



FACULDADE FARIAS BRITO

CURSO DE DIREITO

**O DIREITO À PRIVACIDADE FRENTE À HIPERTROFIA DA LIBERDADE
DE EXPRESSÃO NA SOCIEDADE MODERNA**

Phillipe Lopes Silveira

FORTALEZA-CE

2013



FACULDADE FARIAS BRITO

CURSO DE DIREITO

**O DIREITO À PRIVACIDADE FRENTE À HIPERTROFIA DA LIBERDADE
DE EXPRESSÃO NA SOCIEDADE MODERNA**

Phillipe Lopes Silveira

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade Farias Brito como critério parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADORA:
Professora Ms. Haradja Leite Torrens

FORTALEZA-CE

2013

Esta Monografia foi submetida ao curso de Direito da Faculdade Farias Brito como parte dos requisitos necessários para obtenção do grau Bacharel em Direito. Na avaliação da banca este trabalho obteve o conceito 10,0 (dez) conferido pelos avaliadores da banca e outorgada pela referida Faculdade.

A citação de qualquer trecho desta monografia é permitida, desde que seja feita de acordo com as normas científicas.

Phillipe Lopes Silveira

Banca examinadora:

Orientadora: Profa. Me. Haradja Leite Torrens

Examinadora: Profa. Me. Renata Neris Viana

Examinador: Prof. Me. João Gabriel Laprovitera Rocha

Para minha querida esposa, companheira
de todas as horas.

RESUMO

Este trabalho apresenta uma análise da relação hodierna entre dois direitos humanos fundamentais: o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade, sob o prisma do direito constitucional. Objetiva-se (i) desenvolver breves noções acerca da evolução histórica, conceito, características e eficácia dos direitos fundamentais, ressaltando a sua aplicabilidade nas relações entre particulares (eficácia horizontal); (ii) conceituar e analisar o tratamento dado pela jurisprudência pátria ao princípio da proporcionalidade; (iii) analisar como o direito doméstico, a doutrina e a jurisprudência vêm tratando o direito à liberdade de expressão, em face da evolução do seu conceito; e (iv) entender como a jurisprudência e os particulares vêm lidando com o direito à privacidade, num mundo em que se revela crescente a evolução das tecnologias da informação e que cada vez mais as pessoas têm interesse em revelar e ver revelada aspectos particulares da sua vida e da vida alheia.

Palavras-chaves: Direitos fundamentais, princípio da proporcionalidade, liberdade de expressão, privacidade, tecnologia da informação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 BREVES NOÇÕES SOBRE A TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	10
1.1 Noções históricas dos direitos fundamentais	10
1.2 As gerações de direitos fundamentais	12
1.3 A quarta geração de direitos fundamentais	13
1.4 Conceito de direitos fundamentais	14
1.4.1 Características dos direitos fundamentais	16
1.5 Eficácia Horizontal dos direitos fundamentais.....	17
2. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	20
2.1 Regras e princípios	20
2.2 O caráter relativo do direito à liberdade de expressão e à privacidade.....	22
2.3 O princípio da proporcionalidade.....	25
2.3.1 O princípio da proporcionalidade enquanto princípio constitucional.....	27
2.3.2 O princípio da proporcionalidade e seus elementos parciais	28
3 LIBERDADE.....	31
3.1 Conceito e dimensões do direito à liberdade.....	31
3.2 Liberdade de pensamento e expressão na sociedade moderna.....	33
3.3 Liberdade de imprensa v. personalidades notórias.....	36
3.3.1 Caso Von Hannover v. Alemanha (Carolina de Mônaco <i>versus</i> Paparazzi).....	37
3.3.2 Lilian Wite Fibe v. Editora Abril S/A e Editora Caras S/A.....	38
4 PRIVACIDADE.....	41
4.1 Conceito e espécies de privacidade	41

4.2	Noções históricas acerca do direito à privacidade.....	48
4.3	Privacidade e tecnologia da informação	51
4.3.1	Renúncia à privacidade nas redes sociais.	52
CONCLUSÃO.....		58
BIBLIOGRAFIA.....		60

INTRODUÇÃO

Ocorre na sociedade moderna um desvirtuamento de valores antes considerados imprescindíveis ao Estado Democrático de Direito. Valores estes que foram frutos de embates históricos, hoje, vivem um período de ostracismo.

As pessoas, no afã de usufruir ao máximo das tecnologias hodiernas, que conferem uma comodidade sem precedentes em outros tempos, entram em um processo autofágico de corrosão de valores fundamentais ao regular desenvolvimento de uma sociedade.

Tal fato se inaugurou com o advento da era tecnológica, que inicialmente foi desenvolvida com vistas a promover maior conforto, praticidade e segurança para a população mundial. Num segundo momento, se prestou a criar meios para democratizar e viabilizar o acesso à informação, a manifestação mais patente deste processo é a internet.

Na prática, acontece que aquela função inicialmente altruísta que fomentou o desenvolvimento das diversas tecnologias deu lugar à busca desenfreada pelo lucro e pelo consumo, marca notória da sociedade hodierna. Destarte, a informação se transforma no grande objeto de desejo da sociedade moderna.

O homem, deslumbrado com todo esse fenômeno de modernização e querendo superar sua pseudomediocridade, deixa-se invadir em seu âmago, compartilhando suas sensações e anseios mais íntimos, como forma de obter notoriedade e, desta forma, se inserir na sociedade. Um exemplo notório deste fenômeno são as redes sociais, que consistem na publicização do pensamento e da vida privada.

À iniciativa privada, por exemplo, é lícito vasculhar, através da rede mundial de computadores, a vida de qualquer pessoa, de modo que a propicie formular táticas de abordagem personalizadas de acordo com o perfil de cada um; como também é lícito a programas de televisão, ávidos por audiência, usar de câmeras escondidas para flagrar qualquer cidadão desprevenido nas mais constrangedoras situações.

Toda essa tecnologia impõe à sociedade hodierna mudanças vertiginosas na relação entre seus membros, até mesmo no âmbito da unidade familiar. As famílias que inicialmente instalavam circuitos internos de televisão como medida de segurança às eventuais investidas de bandidos, hoje os instalam para vigiar seus próprios integrantes. Esses fatos remetem ao célebre romance de George Orwell, “1984”, que conta a história de uma comunidade em que

seus membros eram diuturnamente vigiados pelo “Big Brother”, inclusive no recôndito dos seus lares.

Diante de tal realidade, é muito comum e crescente as demandas que chegam ao poder judiciário envolvendo a colisão entre os princípios da liberdade de expressão – que engloba a liberdade de informação e comunicação – e o direito fundamental à privacidade.

A liberdade, que tem como base axiológica a dignidade da pessoa humana, surge como um dos corolários do Estado Democrático de Direito, consistindo em uma faculdade da pessoa de realizar tudo aquilo que não se submeta a um imperativo jurídico válido.

O constituinte originário enumerou várias liberdades, ao longo do art. 5º da Carta Magna. São elas; liberdade de expressão (inciso IV), liberdade de crença (inciso VI), liberdade ao livre exercício do trabalho (inciso XIII), liberdade de locomoção (inciso XV), liberdade de reunião (inciso XVI) e liberdade de associação (inciso XVII).

O direito à liberdade de expressão, consagrada de maneira peremptória na CRFB/88 como resposta ao jugo da ditadura militar, hoje em dia, tem se tornado quase que intocável, acabando por malucar outros direitos fundamentais, com não menos imprescindibilidade ao Estado Democrático de Direito, como o direito fundamental à privacidade.

O direito à privacidade surge preponderantemente como um dever de abstenção por parte do Estado e de terceiros na esfera privada do indivíduo, residindo aqui o aspecto negativo (dever de abstenção) desse direito fundamental. Porém, para que esse direito seja plenamente alcançado exige-se do poder público, além do dever de abstenção na vida privada dos seus governados, uma atuação positiva, no sentido de conferir ao indivíduo as condições necessárias para o exercício desse direito fundamental.

A Carta Magna, em seu art. 5º, X, protege de maneira explícita o direito à intimidade e à vida privada, *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:

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;

O direito à privacidade, reconhecido desde o século XVI por diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, é essencial para o correto desenvolvimento psicossocial do ser humano, como também para a formação do seu caráter e da sua autodeterminação, que são intimamente dependentes de um espaço de atuação reservado para que se desenvolva livremente o sentimento crítico a respeito dos fatos do mundo.

Doutro lado, a privacidade está condicionada, quanto a sua amplitude, aos interesses públicos e sociais envolvidos, como também pode variar de pessoa para pessoa; caso clássico é o de um célebre artista fotografado num simples passeio por um *paparazzi*, ou de um político que, tendo em vista o interesse público inerente à sua função, deve se sujeitar a uma maior fiscalização da mídia, por exemplo.

Não obstante, os limites delineados para cada direito fundamental, acima apresentados, não podem ser suprimidos, sob pena de ferir o mais sublime e importante direito constitucional, qual seja, o da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, buscar-se-á, por meio do presente trabalho, analisar os direitos fundamentais à liberdade expressão e à privacidade, tendo por fulcro a teoria geral dos direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade. Analisar-se-á, outrossim, como a imprensa e os particulares vem lidando com o novo modelo de comunicação social, que se traduz numa comunicação imediatista, sem muitas barreiras à liberdade de expressão e que por vezes esvazia o direito à privacidade. E, por fim, será demonstrado como a jurisprudência nacional vem tratando esse conflito moderno e como a mesma vem negligenciando na aplicação do princípio da proporcionalidade.

Para alcançar as finalidades propostas, utilizou-se neste estudo a técnica de pesquisa bibliográfica, fazendo uso da doutrina e jurisprudência nacionais e estrangeiras; da técnica de pesquisa documental, valendo-se de materiais que não receberam tratamento analítico, tais como, artigos e teses disponíveis em meio eletrônico; como também a pesquisa de campo, estudando-se como as relações se desenvolvem nas redes sociais – como o *Facebook* e o *Twitter* – e como o judiciário tem enfrentado os conflitos oriundos da revolução comunicativa.

1 BREVES NOÇÕES SOBRE A TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Noções históricas dos direitos fundamentais

A consolidação dos direitos fundamentais é resultado de uma evolução histórica de dinamismo acentuado e conceitos que vão se aprimorando na exata medida do aprimoramento da sociedade.

Sob uma análise histórica, é possível constatar que os valores ligados à dignidade da pessoa humana acompanham a grei humana desde sua gênese, de modo que, mesmo que inicialmente não positivados em cartas constitucionais, esses valores sempre estiveram presentes em todas as sociedades humanas.

Marmelstein (2011, p. 31) faz interessante constatação ao afirmar que o Código de Hamurabi (1800 a.C.), em seu prólogo, já dispunha que seu objetivo seria o de “evitar a opressão dos fracos” e “propiciar o bem estar do povo”. Há que se frisar que o mesmo código consagrou a regra do “olho por olho, dente por dente”, ratificando a afirmação sobre o dinamismo dos direitos fundamentais.

A partir do século XVII e XVIII, os direitos fundamentais começam a se moldar à maneira que concebemos hodiernamente, pois começa a se inverter a tradicional concepção, adotada notadamente por Hobbes e Maquiavel, nos séculos XVI e XVII, onde o Estado deveria primeiramente preocupar-se em organizar a sociedade a todo custo; seja, na concepção de Hobbes (2003), conferindo toda força e poder ao Estado – comparado pelo filósofo ao Leviatã, monstro bíblico controlado apenas pelo próprio Deus – ou, na concepção de Maquiavel (2010), através das mãos do príncipe, que tinha primordialmente o dever de se manter no poder.

Nesse período, segundo Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 266):

As teorias contratualistas vêm enfatizar a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado. A defesa de que certo número de direitos preexistem ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda característica crucial do Estado, que lhe empresta legitimação – o Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos.

Sob esta perspectiva, segundo Locke (*apud* MARMELSTEIN, 2011, p. 38), até mesmo o Príncipe estaria subordinado às leis previamente aprovadas pela maioria dos membros da sociedade civil.

Nesse contexto, ganha corpo a ideia de que os direitos fundamentais, além de serem inerentes a qualquer ser humano, são irrenunciáveis. Tal ideia, inserida dentro de um complexo de direitos indispensáveis à dignidade da pessoa humana e à limitação do poder estatal, foi de decisiva influência para a elaboração da Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, e para a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, diplomas que serviram de base ao Estado Democrático de Direito.

Embora haja controvérsias, muitos estudiosos afirmam que a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 foi base para a elaboração da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Importante destaque há de ser feito, acerca dos artigos 10 e 11 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão que se referem aos direitos à liberdade de opinião e expressão respectivamente. Senão, vejamos;

Art. 10. Ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, contando que a manifestação delas não perturbe a ordem pública estabelecida pela Lei;

Art. 11. A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei.

Muito válida é a observação tecida por Jabur (2000, p. 144) acerca da Declaração Francesa, que sem prejuízo algum poderia ter se estendido à Declaração de Direitos de Virgínia:

O documento, que retrata um momento de luta, mas também de glória e de conquistas para os franceses, mantém a atualidade dos seus termos, porque o respeito à elevação e à incolumidade da dignidade humana continuam identificando a solidez de qualquer ordenamento sócio-jurídico. Poderá o texto, por força das vicissitudes ou contingências outras, naturais reflexos da evolução, ser acrescido, entretanto jamais diminuído. Suas diretrizes permanecem íntegras e se mantêm tão condizentes com a nossa época quanto eram no momento de sua elaboração, porque não se pode abrir mão de valores fundamentais dos quais resultam direitos essenciais e irrenunciáveis do ser humano.

O princípio XII da Declaração de Direitos de Virgínia dispõe “que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos.”. Uma prova que, à época, já havia uma grande preocupação com a liberdade de expressão, condição *sine qua non* ao Estado Democrático de Direito.

As Declarações americana e francesa foram frutos das revoluções liberais, que tiveram o condão de erigir as vigas-mestras do Estado Democrático de Direito. Inaugura-se, então, uma nova era, onde, nas palavras de Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 267), “se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.”.

1.2 As gerações de direitos fundamentais

Essas ideias, a partir de então positivadas, formaram a gama dos chamados direitos de primeira geração (direitos civis e políticos), que se traduzem num dever eminentemente de abstenção por parte do Estado, ao qual cabia a ele positivamente apenas garantir a propriedade e a segurança dos seus governados, a fim de que os mesmos pudessem gozar sem interferências da sua propriedade, negócios e vida particular.

Destarte, a preocupação do Estado Liberal era apenas com os indivíduos, de modo que quaisquer limites impostos à liberdade, mesmo que cobertos sob o manto do interesse público ou social, eram considerados abusivos.

Essa concepção começou a mudar na medida em que os problemas sociais foram se agravando. Analisando o momento histórico, Mendes, Coelho e Branco analisam (2009, p. 267):

O descaso para com os problemas sociais, que veio caracterizar o *État Gendarme*, associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absenteísta do Estado não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento.

Tendo em vistas essa perspectiva, grupos formados por proletariados começaram a se unir, formando estruturas politizadas e organizadas, para reivindicar melhores condições de trabalho. Imbuído pela péssima situação vigente, Karl Marx, em 1848, publicou seu vultuoso Manifesto Comunista.

Diante desse cenário, surgiram os direitos sociais, os chamados direitos de segunda geração, que exigiam uma ação positiva por parte do Estado, de modo que garantisse o bem-estar social (*Welfare State*) dos seus governados.

Por derradeiro, os direitos de terceira geração são direitos oriundos de valores e concepções extraídas após a Segunda Guerra Mundial, com a internacionalização de alguns valores. São direitos que se prestam a proteção do homem, mas não o homem considerado individualmente, e, sim, o homem inserido na coletividade. Portanto, consistem em direitos difusos e coletivos, ligados à dignidade da pessoa humana.

Há que se ressaltar, não obstante, que as gerações de direitos servem apenas para marcar o contexto histórico em que cada direito se desenvolveu. Deste modo, cada geração serve para complementar a anterior, de modo que os valores surgidos a partir de um determinado acontecimento histórico sejam compatibilizados com os da geração anterior.

Por isso, resta claro que o direito à liberdade, por exemplo, da forma como era admitida com o advento da Revolução Liberal, não mais subsiste em tempos hodiernos, onde já está perfeitamente compatibilizado às novas concepções constitucionais. Exemplo clássico de compatibilização do direito à liberdade (direito de primeira geração) com as demais gerações subsequentes é o comando, previsto no art. 5º, XXIII, da CRFB/88 que dispõe que a propriedade atenderá sua função social.

1.3 A quarta geração de direitos fundamentais

Tendo em vista que o direito evolui no sentido de se adaptar aos novos anseios perseguidos pela humanidade, é razoável que as gerações de direitos fundamentais não se esgotem em uma ou três gerações apenas, ao contrário, há uma constante readaptação dos “velhos direitos” aos paradigmas vigentes, bem como a incorporação de outros valores clamados pela sociedade (MARMELSTEIN, 2011, p. 56).

Entre os juristas pátrios, Bonavides é o mais contundente em defender a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, que está relacionada ao direito à democracia direta, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

A importância do reconhecimento dessa nova geração de direitos fundamentais se dá pelo fato da crescente evolução das tecnologias da informação, das novas maneiras de interação social, das novas formas, inclusive, de acesso aos órgãos públicos, de modo que é

razoável se afirmar que aquele a quem foi negado o direito – no sentido de não ter sido criado, pelo poder público, os pressupostos necessários ao acesso às diversas tecnologias hoje consideradas essenciais ao pleno desenvolvimento humano – de compartilhar deste novo parâmetro de convivência social considera-se ferido em sua dignidade.

Com isto, surge a necessidade de Estado criar os meios necessários para a inclusão digital de toda a população, notadamente das classes menos favorecidas.

1.4 Conceito de direitos fundamentais

Conceituar direitos fundamentais é tarefa de grande importância prática. Pois, a partir de tal conceituação, o jurista ou estudioso do direito pode identificar no ordenamento jurídico ou na constituição quais são as normas de direitos fundamentais, e quais não são.

Inicialmente, cabe frisar, que a doutrina busca diferenciar as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, apenas pelo fato de que esta é expressão usada comumente nos diplomas internacionais, enquanto aquela concerne aos princípios já pertencentes ao ordenamento constitucional interno.

Segundo a doutrina de Silva, J. (2002, p. 178), a melhor expressão a ser usada é “direitos fundamentais do homem”, pois:

Além de referir-se a princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo *fundamentais*, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; *fundamentais do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. [...] É com esse conteúdo que a expressão *direitos fundamentais* encabeça o título II da Constituição, que se completa, como *direitos fundamentais da pessoa humana*, expressamente, no art. 17.

Pois bem, pela breve digressão histórica delineada no tópico anterior, percebe-se, que os direitos fundamentais se prestam, principalmente, a duas finalidades, quais sejam; a limitação do poder estatal e a promoção da dignidade da pessoa humana, sendo esta última a base axiológica dos direitos fundamentais.

Todavia, os direitos fundamentais necessitam de um conteúdo normativo, além do conteúdo axiológico, de modo que somente se consideram direitos fundamentais aqueles

direitos que o povo, por intermédio do constituinte originário, reconheceu. Isto é, o aspecto material (conteúdo axiológico) conjugado ao aspecto formal (conteúdo normativo) é condição para que se considere um direito fundamental como tal.

Deste modo, são direitos fundamentais aqueles incorporados ao ordenamento jurídico constitucional de determinado país, ainda que implicitamente. Por isso, é cediço que a fonte primária dos direitos fundamentais é a Constituição, cabendo a lei infraconstitucional apenas o papel de discipliná-los (MARMELSTEIN, 2009).

Isso não significa, entretanto, que todas as normas, previstas no bojo constitucional, tratam-se de normas de direitos fundamentais, tendo em vista que para que sejam consideradas desse modo, devem estar ligadas à dignidade humana e à limitação estatal.

No Brasil, é possível que o estudioso da ciência jurídica seja induzido à ideia de que os direitos fundamentais são apenas aqueles previstos no Título II da Constituição de 88 (artigos. 5º a 17), intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Contudo, tal observação não pode ser tomada como absoluta, haja vista que, se, por um lado, se pode afirmar que todos os direitos previstos no Título II da Constituição de 88 tratam-se de direitos fundamentais, doutro lado, não se pode conceber a ideia que os mesmos se esgotam apenas no referido título.

Pode-se citar, a título ilustrativo, os artigos 150 e 225 da CRFB/88, que se referem respectivamente; ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio da anterioridade tributária.

Além disso, o artigo 5º, § 2º, da Constituição de 88 estabeleceu uma regra de abertura ao prever que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Então, temos que os direitos fundamentais são; (i) aqueles previstos no Título II da Constituição; (ii) os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela constituição, com a condição que estejam ligados à dignidade humana e à limitação do poder estatal, são os casos dos artigos 150 e 225 da Constituição de 88; (iii) e aqueles previstos em tratados internacionais de direitos humanos, internalizados ao ordenamento jurídico interno através de quórum qualificado, na forma do artigo 5º, § 3º da Constituição de 88.

Definido o conceito de direitos fundamentais, passa-se agora à análise de suas características.

1.4.1 Características dos direitos fundamentais

Passadas as concepções em torno dos direitos fundamentais dotadas de fortes cargas utópicas, motivadas notadamente pelas revoluções do século XVIII, onde se tinha as cartas constitucionais, mais como cartas orientadoras sobre o que é ético e justo do que propriamente imperativos de conduta, conseguiu-se definir as características inerentes a esses direitos.

Analisando esse processo evolutivo, Marmelstein (2009, p.268) leciona:

Foi um longo processo evolutivo para que os direitos fundamentais deixassem de ser meros conselhos morais facultativos para se tornarem verdadeiras normas jurídicas. Isso se deu com o desenvolvimento das ideias de rigidez constitucional, de supremacia da Constituição e de controle de constitucionalidade. A partir daí, as normas constitucionais ganharam um novo *status* jurídico, tornando-se o fundamento de validade de todo o ordenamento [...] **de simples recomendações éticas, elas se tornaram verdadeiras normas irrevogáveis e vinculantes, de observância obrigatória, com aplicação direta e eficácia imediata, capazes de se irradiar por todos os ramos do direito.** (*grifamos*)

Hodiernamente, ainda é corriqueiro, que o jurista se depare com magistrados extremamente legalistas, que exigem fundamentação em leis infraconstitucionais, mesmo que a norma constitucional, por si só, tenha o condão de solucionar a questão. Por isso, a súpera necessidade em se definir as características inerentes aos direitos fundamentais.

Segundo Mendes, Coelho e Branco (2009) a tarefa de definir características para os direitos fundamentais que sejam válidas, indistintamente, em qualquer lugar do orbe é tarefa complexa. Entretanto, algumas são citadas com maior frequência.

A primeira característica a ser analisada é a da universalidade. De acordo com essa característica todas as pessoas, independente de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação são titulares de direitos fundamentais, conforme se extrai dos artigos 3º, IV, e 5º, *caput*, da CRFB/88. Porém, a universalidade deve ser compreendida em termos, de modo que há alguns direitos fundamentais que são voltados apenas para a proteção de alguns indivíduos, à guisa de exemplo, pode-se citar o artigo 7º da Constituição que dispõe sobre a proteção dos trabalhadores.

Alguns doutrinadores apontam os direitos fundamentais como direitos absolutos. Porém, sabe-se, que os mesmos sofrem limitações, notadamente quando confrontados com outros direitos fundamentais. Muitas vezes essas limitações são trazidas pelo próprio texto constitucional, exemplo emblemático é do direito à vida, limitado explicitamente pelo artigo 5º XLVII, “a”, da CRFB/88.

A historicidade diz respeito ao fato de que os direitos fundamentais devem ser analisados de acordo com o contexto histórico. Isso foi provado com maior contundência alhures, quando analisamos a evolução das gerações de direitos fundamentais. Além disso, trata-se de característica muito importante para o presente estudo, tendo em vista, pois, que os direitos à liberdade de expressão e à privacidade serão analisados de acordo com a sociedade moderna, a chamada “era da informação”.

Outra característica consagrada pela doutrina diz respeito à constitucionalização dos direitos fundamentais. É uma importante característica, tendo em vista que, dada a supremacia da constituição dentro do sistema normativo constitucional, esses direitos gozam de supremacia formal e material. Como desdobramento de tal característica, os poderes judiciário, legislativo e executivo são vinculados em seu *myster* aos direitos fundamentais, de modo que qualquer dicotomia com o mandamento constitucional expõe seus atos à invalidade.

Os direitos fundamentais também são; inalienáveis, no sentido de não poderem ser transferidos pelo seu titular a quem quer que seja; imprescritíveis, pois não desaparecem pelo decurso do tempo; irrenunciáveis, tendo em vista que seus titulares não podem abdicar de maneira definitiva e irrevogável de um direito fundamental.

No Brasil, notadamente duas características estão expressas no texto constitucional, são elas: a aplicabilidade imediata, na forma do artigo 5º; § 1º e a sua elevação ao *status* de cláusulas pétreas, na forma do artigo 60, § 4º, inciso IV.

1.5 Eficácia Horizontal dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais surgiram, preponderantemente, para regular as chamadas relações verticais, ou seja, aquelas concernentes à relação entre o particular e o Estado.

Debruçado sobre o fato de os direitos fundamentais possuírem uma feição objetiva, que obriga o Estado a criar os pressupostos necessários para que os indivíduos obedeçam, nas

suas relações entre si, os direitos fundamentais, o constitucionalismo moderno passa a admitir a eficácia horizontal (entre particulares) das normas de direitos fundamentais.

Então temos que, além de o Estado estar obrigado a não violar os direitos fundamentais (aspecto negativo), deve ele também instituir os mecanismos para que não haja tal violação (aspecto positivo), seja por seus poderes constituídos ou pelos próprios particulares nas suas relações entre si.

Essa prerrogativa de proteção contra a intervenção de terceiros que o titular de direitos fundamentais goza em face do Estado, é conhecido por “direito a proteção”. Que consiste na adoção pelo Estado de medidas regulamentares, atos administrativos ou até mesmo por ações fáticas, que visem “demarcar as esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia” (ALEXY, 2012, p. 450).

Mendes, Coelho e Branco (2009) observam que a constituição federal traz em seu bojo, ora direitos voltados exclusivamente para particulares, ora voltados apenas para o Estado. No primeiro caso, pode-se citar como exemplo o 7º XVII da Constituição de 88, que assegura ao trabalhador o gozo de férias anuais remuneradas, com pelo menos 1/3 a mais do salário normal. No segundo caso, cita-se como exemplo o preceito constitucional que dispõe que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (artigo 5º, LXXIV).

Há três vertentes teóricas acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, quais sejam; a teoria *state action* (ação estatal), predominante no Estados Unidos da America, que nega a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas; a teoria do efeito direto, que apregoa que os direitos fundamentais incidem apenas indiretamente nas relações entre particulares, servindo tão somente como orientadores para a aplicação do direito infraconstitucional; e, por fim, a teoria do efeito direto, onde os direitos fundamentais aplicam-se diretamente às relações entre particulares, sem a necessidade de lei infraconstitucional para isso.

Daniel Sarmento (*apud* MARMELSTEIN, 2009, p.377), apesar de filiar-se a tese da incidência direta dos direitos fundamentais, afirma que trata-se de uma tarefa complexa analisá-la no caso concreto, pois

a aplicação de direitos fundamentais nas relações entre particulares envolve uma ponderação de interesses, em que, no outro lado da balança, quase

sempre vai figurar alguma emanção da autonomia privada, entendida em sentido amplo (autonomia privada negocial, privacidade, autonomia associativa etc.).

Frente a tal situação, é imperioso que o Estado no seu *mister* jurisdicional sopesse criteriosamente os direitos fundamentais envolvidos, a fim de que se prolate a decisão que se mostre mais justa ao caso sob análise. Para dirimir possíveis controvérsias oriundas da colisão entre direitos fundamentais antagônicos, incide o chamado princípio da proporcionalidade, que será doravante estudado.

2. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Regras e princípios

Para o esmerado estudo da colisão entre direitos fundamentais, preliminarmente, há que se estabelecer a distinção entre regras e princípios. Pois, só com base nessa distinção, é possível se formular uma teoria adequada para solucionar, por exemplo, colisões entre direitos fundamentais, suas possíveis restrições e estabelecer o papel destes direitos no sistema jurídico.

Dentre os sistemas jurídicos do orbe, existe uma vertente que compreende os direitos fundamentais como regras, são os sistemas jurídicos fechados, que se vinculam ao legalismo e outra vertente que concebe os direitos fundamentais como princípios, são os sistemas jurídicos abertos, ligados ao constitucionalismo.

Há que se frisar que, de acordo com a melhor doutrina clássica, encabeçada notadamente por juristas do calibre de Alexy e Dworkin, os princípios fazem parte do gênero norma que, por sua vez, compreende os princípios e as regras.

Antes de adentrarmos na diferenciação entre as espécies de normas em questão, há que se ressaltar que os princípios jurídicos comportam duas acepções. Uma relacionada aos princípios como *ratio legis*, ou seja, aqueles que servem meramente como guias do ordenamento jurídico ou mandamentos nucleares do sistema, são os chamados princípios abertos. E a outra relacionada aos princípios não como *ratio legis*, e sim como *lex*, incorporando-se ao direito positivo e caracterizando-se pela sua aplicabilidade imediata, são os chamados princípios normativos. Sendo este último o confrontado com as regras.

Pois bem, uma das principais formas de diferenciação entre regras e princípios se debruça no fato de que este possui um alto grau de generalidade enquanto aquele possui um baixo grau de generalidade.

Segundo Alexy (2007, p.90 e 91), o ponto fulcral na distinção entre regras e princípios é de natureza qualitativa, e não uma distinção de grau. Vejamos:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, **mandamentos de otimização**, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida

de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. (*grifamos*)

Com efeito, extrai-se, que se, por ventura, ocorrerem fatos descritos na hipótese de incidência de uma regra válida, esta regulará o fato na exata medida da sua prescrição, afastando-se, por conseguinte, outras regras que, eventualmente, possam entrar em conflito com aquela. Esses eventuais conflitos são dirimidos através de critérios de resolução de antinomias, já consolidados ao longo dos anos pela doutrina, legislação e jurisprudência, quais sejam; o cronológico, hierárquico e da especialidade.

Sob outra perspectiva, encontra-se a resolução dos conflitos entre princípios, haja vista que princípios concorrentes e/ou conflitantes – diferentemente das regras – podem coabitar num mesmo ordenamento jurídico, sem que um se considere válido e o outro inválido. Ao contrário, a resolução de eventual choque entre princípios deve ser enquadrada, conforme lição de Mendes, Coelho e Branco (2009, p.56):

Num complexo jogo concertado de complementações e restrições recíprocas; ou, se preferirmos, num processo essencialmente dialético, que se inicia no instante em que o intérprete esboça a aplicação dos princípios às situações da vida.

Destarte, analisa-se pelo exposto, que a aplicabilidade da norma atua no campo da subsunção, enquanto a aplicabilidade dos princípios se dá através do mecanismo de ponderação.

Gomes Canotilho (*apud* MENDES, COELHO E BRANCO, 2009, p.60) estabeleceu alguns critérios para a diferenciação entre regras e princípios, são eles:

- a. Grau de abstração: os princípios jurídicos são normas com grau de abstração relativamente mais elevado do que o das regras de direito;
- b. Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta;
- c. Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (*e.g.* os princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (*e. g.* o princípio do Estado de Direito);
- d. Proximidade da ideia de direito: os princípios são *standarts* juridicamente vinculantes, radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou

na ideia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional;

e. Natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem o *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Essas noções propedêuticas acerca da distinção entre regras e princípios serão de vital importância para a confrontação doravante analisada, entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão e à privacidade.

2.2 O caráter relativo do direito à liberdade de expressão e à privacidade

As normas constitucionais de direitos fundamentais por terem uma carga altamente principiológica e axiológica, não podem ser tratadas de maneira absoluta, nem, sequer, poderão ser aplicadas imoderadamente a todos os casos.

Por isso, muitas vezes essas normas se revelam, no caso concreto, contraditórias, exigindo do interprete a aplicação de mecanismos de harmonização, a fim de que se aplique a norma mais adequada ao caso concreto e se afaste parcialmente – ou quiçá, completamente – a aplicação da outra norma.

Como já visto, esse fenômeno se deve ao fato de tais normas, por serem enunciadas através de princípios, não possuírem critérios objetivos de resolução de antinomias, como os possuem as regras. Ou seja, o fato de algum princípio ter sua incidência afastada num caso concreto em detrimento de outro, não significa que o mesmo não possa ser aplicado noutra caso semelhante que envolva a colisão entre estes mesmos princípios.

É impossível a presença de princípios absolutos num ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais. Sobre o tema, Alexy (2012, p. 111) analisa:

É fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais. Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a direitos coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentos pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com os direitos individuais, ou

os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito.

Então, tem-se que as normas de direitos fundamentais, tendo em vista o seu caráter eminentemente principiológico, não podem ser tratadas como direitos absolutos. Ao contrário, na análise de um caso concreto que envolva a colisão de normas de direitos fundamentais antagônicas, há a exigência de um sopesamento entre elas, de modo a aferir, dentre as possibilidades jurídicas, a que melhor se aplica ao caso sob exame.

Acontece que a liberdade de expressão na sociedade moderna muitas vezes é entendida pela sociedade como um todo como um direito absoluto, que se exclui apenas nos casos de crimes de ódio; como a homofobia, o racismo e o antissemitismo, por exemplo.

Muitas vezes as finalidades precípua da imprensa são desvirtuadas, dando lugar ao culto à frivolidade e à maledicência. Um exemplo claro de tal fenômeno são os programas de televisão que tem por único objetivo expor a vida privada de personalidades notórias.

Jabur (2000, p. 191) cita como exemplo o rumoroso caso enfrentado pela Corte norte-americana (*Firestone versus Time Inc.*) que teve como protagonista Mary Firestone. Mary obteve uma indenização de cem mil dólares em demanda aforada contra a badalada revista “*Time*”, responsável por noticiar que o seu divórcio foi ocasionado por adultério da qual seria culpada. A Suprema Corte declarou, em sua decisão, que à imprensa não era franqueada a publicação de questões concernentes à vida conjugal sem a anuência dos envolvidos.

Caso parecido foi o que envolveu a separação conjugal entre o cantor Chico Buarque e a atriz global Marieta Severo. O jornal “O Dia” do Rio de Janeiro noticiou que a cantora Daniela Mercury teria dado causa a separação do casal, tendo em vista que ela e o cantor estariam tendo um caso. Não conformados com a fofoca, Chico Buarque e Marieta Severo propuseram uma ação de indenização contra a Editora O Dia S/A, responsável pela publicação do jornal carioca, restando esta condenada, em todas as instâncias, a pagar uma quantia referente a 500 (quinhentos) salários mínimos pelo valor vigente na época do efetivo pagamento.

Vale dar o devido destaque a decisão da 10ª Câmara Cível do Estado do Rio de Janeiro, relatada pelo Desembargador Sérgio Lúcio de Oliveira e Cruz, negando provimento às apelações interpostas, conforme acórdão assim ementado:

IMPrensa. DANO MORAL. REPORTAGEM QUE ATRIBUI, COMO MOTIVO DE SEPARAÇÃO DE CASAL, A EXISTÊNCIA DE ROMANCE DO VARÃO COM OUTRA MULHER OFENDE A HONRA SUBJETIVA DOS POR ELA ATINGIDOS . NÃO SUJEIÇÃO AOS LIMITES ESTABELECIDOS NA LEI DE IMPrensa, POR NÃO SE TRATAR DE ATO CULPOSO. ENTENDIMENTO DO ART. 51 DAQUELE DIPLOMA LEGAL.

A liberdade de imprensa deve, sempre, vir junto com a responsabilidade da imprensa, de molde a que, em contrapartida ao poder-dever de informar, exista a obrigação de divulgar a verdade, preservando-se a honra alheia, ainda que subjetiva. Indenização fixada em valor equivalente a 500 (quinhentos) salários, para cada autor, que se apresenta razoável. Multa aplicada pelo culto Juiz monocrático, em embargos de declaração. Sua manutenção, pois evidente o caráter protelatório (no mínimo, infringente) dos embargos. Sucumbência. Em ações indenizatórias, por dano moral, o pedido principal é o de reconhecimento da ocorrência da ofensa e da existência de dano, sendo, até, desnecessário que formule o autor pedido de condenação ao pagamento de quantia certa. **Assim, procedente aquele pedido, seja qual for o quantum indenizatório fixado, o réu será, sempre o único sucumbente.**

Do acórdão é possível se extrair que a condenação não se deu em virtude da divulgação da separação do casal pelo jornal, o abuso de direito se deu, sim, pela tentativa de atribuir-lhe causa, com vistas ao auferimento de lucro com a venda de jornais, aproveitando-se da posição social dessas pessoas.

Aliás, a busca incessante pelo lucro é característica marcante do jornalismo moderno, pois cultiva-se bem mais os pontos obtidos no IBOPE (Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística) do que a contribuição para a consecução dos ditames constitucionais da educação, arte, cultura e informação legítima, na forma do artigo 221, incisos I, II, III e IV¹, que dispõem sobre os princípios que norteiam a atividade jornalística.

¹ Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Entretanto, não se está a admitir a incolumidade absoluta da privacidade e/ou intimidade. Aqui o direito também encontra barreiras – muito mais difíceis de transpor do que aquelas encontradas pela liberdade de expressão, tendo em vista o processo de evolução da tecnologia da informação.

Costa Jr. (2007, p. 31) afirma que “certamente as barras divisórias das esferas da vida privada não deverão ser rígidas, e sim, pelo contrário, flexíveis e elásticas”.

Assim, tudo está ligado à maneira com que o indivíduo se relaciona com o meio onde vive, de modo que segundo Miccio (*apud* COSTA JR., 2007, p. 32):

Se, *verbia gratia*, o indivíduo integrar uma categoria social de tradições particularmente austeras, será fatalmente levado a ampliar sua esfera de fatos privados. Se, ao invés, fizer parte de uma categoria destituída de tradições, poderá mesmo alegrar-se com a publicidade que venham a dar os seus episódios mais íntimos.

Daí a explicação para a diminuição da esfera privada de personalidades notórias. Pois, pelo modo peculiar de conduzir a vida, é atribuído a essas pessoas um certo interesse público, que tem o condão de em determinadas situações se sobrepor a seus interesses privados.

2.3 O princípio da proporcionalidade

A resolução de questões envolvendo direitos fundamentais é regida pelo princípio da proporcionalidade, que consiste no sopesamento dos direitos envolvidos, segundo critérios definidos por seus elementos parciais (ou subprincípios), quais sejam; o da adequação, da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

Sobre o conceito preliminar do princípio da proporcionalidade, Silva, V. (2002, p. 24) leciona:

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito – no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais –, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma *restrição às restrições*. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da

necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade.

Trata-se de um expediente já consolidado em âmbito internacional como sendo um princípio com reconhecida importância dentro do “Estado Democrático de Direito com plena e necessária operatividade”, porquanto sua utilização se apresenta como uma das garantias básicas que não devem ser observadas sempre que os direitos e liberdades sejam lesados (PENALVA *apud* BONAVIDES, 2010, p. 395).

Guerra Filho (2006) trata o princípio da proporcionalidade como uma verdadeira emanção da fórmula política adotada pelo constituinte originário pátrio, a do Estado Democrático de Direito. Pois, mesmo que não previsto expressamente no texto constitucional, tal como o da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, inciso III), é indispensável à harmonização dos interesses individuais, coletivos e públicos.

Já Silva, V. (2002), sobre o tema, ressalta que o termo “princípio” visa conferir apenas maior importância à exigência da regra da proporcionalidade, não devendo o intérprete pugnar pela uniformização terminológica do referido termo, dada a sua forte carga semântica.

Segundo o mesmo autor (2002, p. 33), o STF vem citando o princípio da proporcionalidade em suas decisões de maneira equivocada e assistemática, tratando-o muitas vezes como sinônimo de razoabilidade. Adverte, outrossim, que na maioria das decisões o tribunal excelso vem analisando apenas a “compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins”. Ou seja, tem em foco exclusivamente o primeiro subprincípio da proporcionalidade, qual seja, o da adequação, sendo os demais ignorados no teor das decisões daquela corte.

Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 370) afirmam que é cada vez mais frequente a utilização do princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF, citando, dentre inúmeros precedentes, o HC 87.776/SP, Rel. Ricardo Lewandowski, julgado em 26/06/2006, desta forma ementado:

EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE I. - O princípio da razoabilidade impõe o reconhecimento do excesso de prazo da prisão preventiva, quando a delonga no curso processual não for atribuível à defesa. II. - Habeas corpus concedido.

Tal julgado é um exemplo notório da utilização equivocada do princípio da proporcionalidade, pois, como pode ser extraído da alusão feita por Mendes ao julgado em questão, o princípio é utilizado frequentemente de maneira atécnica, e deve ser entendida, na grande maioria das vezes, como referência apenas à análise da razoabilidade.

Esse fenômeno corrobora com o pensamento de Guerra Filho (2006, p. 11) acerca da natureza de princípio – e não de regra – do princípio aqui estudado. Porquanto, segundo o autor entende, o princípio da proporcionalidade, por ter seu conteúdo formado por elementos parciais – a saber; a máxima da adequação, a máxima da necessidade e a máxima da proporcionalidade em sentido estrito – passível de subsumirem fato e questões jurídicas, não pode ser considerado mera regra, pois

não poderia ser uma regra o princípio que é a própria expressão da peculiaridade maior deste último tipo de norma em relação à primeira, o tipo mais comum de normas jurídicas, peculiaridade esta que RONALD DWORKIN refere como a ‘dimensão de peso’ (*dimension of weight*) dos princípios, e ALEXY como a ponderação (*Abwägung*) – justamente o que se contrapõe à subsunção nas regras. E também, pragmaticamente, caso a norma que consagra o princípio da proporcionalidade não fosse verdadeiramente um princípio, mas sim uma regra, não poderíamos considerá-la inerente ao regime e princípios adotados na Constituição brasileira de 1988, deduzindo-a do sistema constitucional vigente aqui, como em várias outras nações, da ideia de Estado democrático de Direito, **posto que não há regra jurídica que seja implícita, mas tão-somente os direitos (e garantias) fundamentais, consagrados em princípios igualmente fundamentais – ou, mesmo, ‘fundantes’ –, a exemplo deste princípio de proporcionalidade, objeto da presente exposição. (grifamos)**

Do que foi expandido por Guerra Filho, extrai-se que o princípio da proporcionalidade por ter status de direito fundamental, não pode ser afastado arbitrariamente pelo poder judiciário, sob pena desta atitude ser maculada pelo vício insanável da inconstitucionalidade.

2.3.1 O princípio da proporcionalidade enquanto princípio constitucional

O novo Estado de Direito, tutor inarredável da supremacia da constituição, deve especial atenção à liberdade, à limitação do poder estatal e a guarda dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, Bonavides (2011, p. 400) afirma que o princípio da proporcionalidade é condição primordial para a manutenção desse novo modelo de Estado.

Por esse aspecto, todo o ordenamento jurídico e toda e qualquer ação estatal de qualquer dos poderes constituídos deve observância aos valores e princípios constitucionais; entre esses princípios está presente o da proporcionalidade, princípio este que, apesar de implícito no ordenamento constitucional, faz parte da essência do Estado Democrático de Direito.

Guerra Filho (2006, p. 13) entende que o princípio da proporcionalidade está inserida na cláusula do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da CRFB), pois em um Estado Democrático de Direito, com o devido respeito à dignidade da pessoa humana, deve haver uma compatibilização entre legalidade (Estado de Direito) e legitimidade (Democracia), “obtida, em última instância, pela aplicação, no âmbito dos processos administrativos, judiciais e outros, precisamente, do princípio da proporcionalidade”.

Bandeira de Mello (2000, p. 748) sobre a importância e a posição dos princípios em nosso ordenamento jurídico dispõe:

A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Alexy (2012, p. 116-117) afirma que o caráter de princípio implica o princípio da proporcionalidade, e essa implica aquela. De modo que o princípio da proporcionalidade e seus elementos parciais decorrem logicamente da natureza dos princípios, “ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza”.

2.3.2 O princípio da proporcionalidade e seus elementos parciais

Tendo em vista que qualquer medida restritiva de direito fundamental só será válida se for proporcional, surge a necessidade de que se estabeleçam critérios que permitam aferir no caso concreto acerca desta proporcionalidade. Daí surge a essência do princípio da proporcionalidade, que reside na análise minuciosa dos seus elementos parciais, quais sejam; a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A máxima da adequação exige que o meio escolhido para a consecução do resultado visado seja o mais apto para a sua realização. Ou seja, se a medida escolhida não for

suscetível de obter o resultado pretendido, poderá ser afastada pelo poder judiciário, tendo em vista o não cumprimento de um dos elementos parciais do princípio da proporcionalidade.

Por isso, Marmelstein (2011, p. 413) alerta que a supressão total ou parcial de um dos direitos envolvidos para ser válida, deve se mostrar idônea para o atendimento de uma finalidade constitucionalmente legítima. Caso contrário, a medida tomada não será válida e padecerá de flagrante inconstitucionalidade.

A máxima da necessidade é analisada quando duas medidas se mostram igualmente adequadas para a consecução de determinado fim. Neste caso, deve-se escolher a medida que se mostre menos nociva aos interesses da sociedade.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em 07 de Dezembro de 2000, na cidade francesa de Nice, observa, em seu artigo 52º, I, a máxima da necessidade ao se referir ao princípio da proporcionalidade. Eis a exegese do referido artigo:

1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do **princípio da proporcionalidade**, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de **interesse geral reconhecidos pela União**, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros. (*grifamos*)

Xavier Philippe (*apud* BONAVIDES, 2010, p. 397) assevera que a referida máxima pode ser resumida pelo seguinte brocardo: “de dois males, faz-se mister escolher o menor”.

Por fim, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito – que é o critério derradeiro para se aferir acerca da proporcionalidade da medida a ser tomada em relação ao fim colimado – chamado por Bonavides (2010) de “elemento de concretização do princípio da proporcionalidade” –, se presta a fazer uma correlação entre os “*bônus e os ônus*” oriundos de determinada medida a ser tomada.

Sobre a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, observa Guerra Filho (2006, p. 10-11):

O “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja *juridicamente* a melhor possível. [...] bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas,

acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.

Ao chamar a proporcionalidade em sentido estrito de elemento concretizador, Bonavides (2010) dá a entender que os elementos parciais se complementam, tendo que o intérprete, julgador ou legislador necessariamente aplicar todos eles.

Já Silva, V. (2002) entende de maneira oposta. Ou seja, o doutrinador entende que os elementos parciais guardam uma relação de subsidiariedade, o que significa dizer que nem sempre será necessária a aplicação de todos eles.

Pelo que foi expandido, observa-se a necessidade de os pretórios pátrios, quando instados a dirimir conflitos entre direitos fundamentais, notadamente aqueles voltados à proteção dos direitos da personalidade, tão frágeis diante das evoluções tecnológicas da sociedade moderna, agirem em prol da otimização da proteção da dignidade da pessoa humana, tendo por fulcro o princípio constitucional da proporcionalidade.

3 LIBERDADE

3.1 Conceito e dimensões do direito à liberdade

Não é fácil aferir o conceito exato de liberdade, porquanto se está diante de um conceito dotado de subjetividade elevada, que se condiciona às inflexões e variâncias decorrentes do momento social vivido, e que comumente se desdobra em múltiplas cargas semânticas.

Além de um conceito complexo, a liberdade pode ser percebida sob o signo da ambivalência. Isto é, um Estado em que sua constituição e, por conseguinte, suas leis infraconstitucionais conferem liberdade irrestrita aos seus governados corre o sério risco de tornar-se um Estado anárquico. *A contrario sensu*, o Estado que suprime totalmente a liberdade dos seus governados, sem sombra de dúvidas, é um Estado déspota.

Às voltas com a penosa tarefa de extrair o conceito de liberdade, Jabur (2000, p. 142 e 143) analisa:

Liberdade é, pois, atributo da vontade. Mas não só. É também direito. A liberdade, como virtude do querer, ou faculdade de autodeterminação é concebida como um poder. Deriva da natureza e encontra seus limites no próprio homem. Este é o primeiro sentido do termo. Mas quando adquire o status de faculdade jurídica, liberdade significa autorização [...]. Dentro desse segundo juízo, liberdade é insubmissão a um imperativo jurídico.

Nesse mesmo sentido, Thomas Hobbes (*apud* ALEXY, 2012, p. 219) afirmava que “liberdade designa exatamente a ausência de oposição”. De modo que o ser humano livre é aquele que pode fazer o que bem entender, desde que não haja nenhum impedimento ou obstáculo. Corroborando com o mesmo pensamento, Jeremy Bentham (*apud* ALEXY, 2012, p. 226) formula que “desde que o legislador ‘não tenha ordenado ou proibido nenhum ato [...] todos os atos são livres: todas as pessoas estão em liberdade em face da lei’”.

Deste modo, liberdade é aliar o interesse pessoal, salvaguardado pelo ordenamento jurídico, que se perfaz em um direito subjetivo, com a *vonluntas legis*. Ou seja, para que a liberdade de um indivíduo seja usufruída há que se observar se o seu interesse se coaduna com o da sociedade e do Estado.

Tem-se, então, que o direito à liberdade é demarcado pelo ordenamento jurídico, sendo esta a única garantia da fruição de tal direito pelos diversos atores sociais, haja vista

que a demasiada liberdade de um pode significar a supressão da liberdade de outrem. Sobre o tema, segundo Stuart Mill (2011, p.30), “tudo o que torna a existência valiosa para qualquer pessoa depende da imposição de limites às ações das outras pessoas”.

O direito a liberdade é salvaguardado como direito fundamental em quase todos os ordenamentos do orbe, bem como em todos os tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos. A Carta Magna brasileira, do mesmo modo, prevê a liberdade como direito fundamental, *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;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

E a cobre com o manto protetor das cláusulas pétreas, *in verbis*:

Art. 60 [...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.

O constituinte originário, ao estrategicamente alocar o direito à liberdade entre os direitos e garantias fundamentais, o fez no sentido de limitar o poder do Estado, que deve observância – tanto quanto os particulares – aos imperativos jurídicos, não podendo atuar, desta forma, nem aquém nem além dos parâmetros legais e constitucionais. Como também com vistas à consecução do direito fundamental à dignidade da pessoa humana, porquanto é condição *sine qua non* à fruição dos demais direitos humanos fundamentais.

Por isso, a liberdade, como os outros direitos fundamentais, dever ser analisada em sua dimensão subjetiva e objetiva. Sendo aquela o direito do indivíduo de exercê-la, dentro dos limites legais, sem intromissão externa, quer dos poderes estatais constituídos quer dos particulares. E esta consiste no dever do Estado de voltar as suas ações no sentido de propiciar que o direito à liberdade possa ser exercido sem embaraços.

Tendo por fulcro o art. 220, §1º, da CRFB/88, que dispõe que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art 5º, IV, V, X, XIII e

XIV”, pode se extrair que, por um lado, este direito permite ao titular exigir a abstenção, por parte do Estado, no que concerne ao exercício da liberdade de informação (dimensão subjetiva); e, por outro, o Estado deve agir positivamente no sentido de criar as circunstâncias favoráveis ao exercício da liberdade de informação jornalística (dimensão objetiva).

3.2 Liberdade de pensamento e expressão na sociedade moderna

Nenhuma ditadura ou regime de exceção é capaz de suprimir ou impedir a formulação do pensamento dos seus governados, porquanto que ele se processa no recesso da mente humana, local estanque, capaz de preservar a sua total incolumidade. No máximo, o que se tem – muito corriqueiramente em tais regimes – é a tentativa de manipulá-lo e coibi-lo. Obsta-lo jamais!

Nesse sentido, Pinho (2008, p. 85) dispõe que “o pensamento, em si, é absolutamente livre. Ninguém possui condições de controlá-lo, de conhecer o que, de certo ou errado, passa pela mente de um ser humano”.

Cabe frisar, para melhor compreensão do tema, que o direito à liberdade de pensamento “é gênero, do qual decorrem, naturalmente, suas diversas maneiras de manifestação” (JABUR, 2000, p. 151); dentre eles a liberdade de consciência e liberdade crença ou culto, ambos previstos no Art. 5º, VI da CRFB, e a tão poderosa e cobiçada liberdade de expressão, pulverizada em vários dispositivos constitucionais que serão abordados oportunamente.

Jabur (2000, p. 154 e 155) analisa que “seria ilógico, incalculável e inútil que o atributo de pensar ficasse confinado, permanecesse oculto no intelecto. Decorre da natureza humana um dever de expressão associado à liberdade de pensamento.”

A liberdade de expressão é, pois, essencial ao Estado Democrático de Direito, porquanto permite o desenvolvimento do Estado e da sociedade através do confronto de opiniões dos seus governados. Stuart Mill (*apud* MARMELSTEIN 2011, p.128) afirma que “a verdade tem maior probabilidade de vir à tona quando existe um mercado de ideias livremente divulgadas e debatidas, de modo que os cidadãos poderão tomar decisões mais acertadas se as diversas opiniões políticas puderem circular sem interferências.”

O constituinte originário de 88, em perfeita consonância com os ideais democráticos e em resposta ao jugo militar que à época ainda jazia vivo na memória do país, dispôs,

especialmente nos artigos 5º, inciso IX e 220 “*caput*”, sua preocupação com a livre manifestação de pensamento, previstos respectivamente desta forma:

É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação independente de censura ou licença.

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.

Extrai-se, pois, que o pensamento é virtude humana ilimitada, sem restrições de qualquer espécie, porém andou bem o constituinte originário ao prever, notadamente em dois dispositivos constitucionais, meios com o condão de limitar as manifestações excessivas ou desmoderadas deste, nesses termos previstos, nos incisos IV e V, respectivamente, do art. 5º: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Explanando sobre as consequências devastas que pode tomar a irrestrita e imoderada manifestação do pensamento, assim assente Jabur (2000, p.149):

Porque quando o pensamento se exterioriza de maneira descurada e voraz, vulnera a esfera personalíssima de outrem, o âmbito sagrado onde repousa uma gama de dados e aspectos escondidos deste ou daquele sujeito, quando não alcança, vez ou outra de maneira fulminante, a autoestima e a reputação das pessoas. Lá a intimidade, aqui a honra. [...] E da ausência de empecos a essa atividade humana pode resultar ofensa a outros direitos que não merecem menor proteção de qualquer ordenamento jurídico que prescreva a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental para a sua constituição.

É cediço que a liberdade de pensamento pode ser manifestada por diversas formas, por exemplo: através de discursos, pinturas, desenhos em calçada, charges, manifestos, passeatas, gestos, anúncios publicitários. Pode ser veiculada desde pequenas rádios estudantis à grandes veículos midiáticos de massa.

Sob este prisma, trazendo para o modo como as relações se desenvolvem atualmente, na chamada “sociedade da informação”, e dado o crescimento acelerado das redes sociais e *blogs* – como exemplos emblemáticos utilização de mídias sociais –, pode-se afirmar que a liberdade de expressão, como desdobramento natural da liberdade de pensamento, passa por um processo de hipertrofia, haja vista que não há meios hábeis de interceptar ou neutralizar

com eficácia uma informação maldosa ou falaciosa a respeito de alguém, antes que isso possa tomar proporções incontroláveis.

Hoje em dia, por exemplo, uma pessoa com *animus* de denegrir, difamar ou caluniar alguém com quem tenha uma relação conflituosa ou, quiçá, até revelar um segredo de um desafeto que possa vir a trazer grandes prejuízos à sua imagem, honra ou à sua moral pode fazê-los sem precisar sair de casa, através do simples compartilhamento dessas informações nas diversas redes sociais existentes.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 660.861 MG, apontando para a responsabilidade dos provedores de internet:

GOOGLE – REDES SOCIAIS – SITES DE RELACIONAMENTO – PUBLICAÇÃO DE MENSAGENS NA INTERNET – CONTEÚDO OFENSIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR – DANOS MORAIS – INDENIZAÇÃO – COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO vs. DIREITO À PRIVACIDADE, À INTIMIDADE, À HONRA E À IMAGEM. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL DESTA CORTE.

Não há como prosperar a preliminar alegada pela recorrente, pois o prestador de serviço de um site de relacionamento que permite a publicação de mensagens na internet, sem que haja um efetivo controle, ainda que mínimo, ou dispositivos de segurança para evitar que conteúdos agressivos sejam veiculados, sem ao menos possibilitar a identificação do responsável pela publicação, deve responsabilizar-se pelos riscos inerentes a tal empreendimento.

Percebe-se, que na referida decisão do pretório excelso concebeu-se a ideia que as empresas prestadoras de serviços de sites de relacionamentos devem suportar os ônus oriundos de tal empreendimento, no caso de as mesmas não se cercarem das devidas cautelas em relação às manifestações do seu público.

Muito disso se deve a necessidade que o homem moderno tem de divulgar suas opiniões, sentimentos, manifestos ou protestos em relação a algo – seja nas diversas redes sociais, em blogs ou até em sites midiáticos que abrem espaço para o público manifestar-se através de comentários, vídeos ou fotos, por exemplo – consiste em um meio de se alcançar certa notoriedade, que seria dificilmente atingida em meio às grandes concentrações urbanas da sociedade moderna.

A problemática oriunda de tal fenômeno é que muitas vezes essas manifestações virtualizadas do pensamento humano alcançam horizontes inimagináveis porquanto

inalcançáveis tempos atrás, ferindo por muitas vezes outros princípios constitucionais de mesma envergadura quanto o da liberdade de expressão, ocorrendo neste caso uma colisão entre princípios, tema este que será oportunamente tratado em capítulo próprio.

3.3 Liberdade de imprensa v. personalidades notórias

A liberdade de imprensa indubitavelmente é uma das manifestações mais importantes do direito à liberdade de expressão, porquanto desempenha diversas funções na sociedade, notadamente a fiscalizatória do poder público.

Dada a sua grande importância como defensora da liberdade, como base do sistema democrático e como sustentáculo da cidadania, reafirme-se que o constituinte originário previu, no capítulo da Comunicação Social, artigo 220, que “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”. Acresceu ainda no parágrafo 1º, desse mesmo artigo, que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”.

Toda essa proteção tem um fim específico, qual seja, o da busca pela verdade tendo em vista o interesse público. Di Franco (2012, p. 567) afirma que “o jornalismo é, ou deve ser, uma livre obstinação na busca da verdade. Dois elementos essenciais devem marcar a atividade informativa: a busca da verdade e a defesa da liberdade”.

Mendes, Coelho e Branco (2009) observam que, ao exercício legítimo da liberdade de expressão, não se enquadram aquelas publicações que tem por finalidade expor o ser humano à mera curiosidade de terceiros ou como instrumento de divertimento alheio. Ou seja, aquelas “pegadinhas” comumente exibidas em programas de televisão, se capazes de trazer algum transtorno de cunho moral ou material à vítima, não se inserem no âmbito de proteção do direito.

Acontece, que muitas vezes o direito à liberdade de imprensa é usado como escudo para a maledicência. Em razão disso, é muito comum que cheguem ao judiciário demandas envolvendo conflitos entre o direito à liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, entre eles o direito à privacidade, a imagem e a honra.

Analisemos, então, alguns casos envolvendo tais conflitos.

3.3.1 Caso Von Hannover v. Alemanha (Carolina de Mônaco *versus* Paparazzi)

Esse é o principal “leading case” mundial, acerca da colisão entre a privacidade de personalidades notórias e a liberdade de expressão dos veículos de informação.

Caroline Von Hannover, a princesa Carolina de Mônaco, desde o início dos anos 90, vem tentando, geralmente pelas vias judiciais, evitar a publicação de fotos sobre a sua vida privada, pela imprensa sensacionalista.

Em 13 de Agosto de 1993, Carolina de Mônaco ajuizou uma ação perante o Tribunal Regional de Hamburgo, na Alemanha, com o objetivo de impedir que uma série de fotos tiradas por determinada editora alemã fosse publicada.

O Tribunal Regional ao prolatar a sentença afirmou que a princesa não havia estabelecido um interesse legítimo que justificasse a interdição das publicações e que para personalidades da sociedade contemporânea “por excelência” o direito à proteção da vida privada cessa na porta de entrada da sua residência.

Não satisfeita com os argumentos sustentados pela justiça alemã, em todas as instâncias percorridas, Carolina de Mônaco provocou a Corte Europeia de Direitos Humanos, alegando a violação pelas cortes alemãs do seu direito e da sua família à vida privada, com base no artigo 8º da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos.

A Corte acolheu parcialmente o seu pedido e proferiu decisão bastante didática acerca das noções de privacidade.

A Corte, inicialmente, reconheceu que por se tratar de personalidade notória há a uma redução no âmbito de sua vida privada, pois “o público tem um interesse legítimo em ser permitido julgar sobre se o comportamento das personalidades em questão corresponde ao seu comportamento durante os seus compromissos oficiais”.

Como também cita a Resolução Nº 1.165 (1998) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa sobre o Direito ao Respeito à Vida Privada, que em um dos seus dispositivos destaca que os Estados signatários devem tomar medidas visando “proibir o ato de seguir ou perseguir pessoas para delas tirar fotografias, filmá-las ou registrá-las, de tal maneira que as impeça de levar suas vidas num contexto de normalidade, de paz e de sossego”.

Entendeu, por fim, que as imagens impugnadas pela princesa diziam respeito exclusivamente a pormenores da sua vida privada, não havendo nenhum interesse público envolvido, nas fotografias publicadas e nos comentários que as acompanhavam.

Uma interessante ressalva há de ser feita acerca do voto proferido pelo Juiz Cabral Barreto, que apresenta a tese da “expectativa legítima de estar a salvo da mídia”.

Tal tese alberga a possibilidade de que mesmo estando a celebridade em local público, a mesma pode possuir uma expectativa legítima de estar a salvo da mídia. Neste caso, o direito à privacidade deve prevalecer sobre a liberdade de expressão ou o direito de ser informado.

Assim, justifica-se um tratamento caso a caso, à luz do princípio constitucional da proporcionalidade.

Situação diferente foi a que envolveu o cantor, compositor e escritor Chico Buarque que foi fotografado, no ano de 2005, na praia do Leblon, no Rio de Janeiro, aos beijos com uma mulher casada. Neste caso, o artista abriu mão voluntariamente do seu direito à privacidade no momento em que se expôs ao jugo público, não havendo o que se perquirir acerca da violação do seu direito à privacidade em detrimento do direito à liberdade de expressão dos veículos de informação que divulgaram a notícia.

3.3.2 Lilian Wite Fibe v. Editora Abril S/A e Editora Caras S/A

A famosa jornalista Lilian Wite Fibe, que já foi âncora do Jornal Nacional da Rede Globo, ajuizou ação ordinária com pedido de indenização em desfavor da Editora Abril, responsável pela publicação da revista *Veja*, e da Editora Caras, pela publicação de matéria na revista “Caras” sem sua prévia autorização.

A jornalista concedeu entrevista para Editora Abril, autorizando a publicação na revista “Veja”. Acontece, que a Editora, sem qualquer autorização da entrevistada, publicou a matéria na revista “Caras”, com informações relativas à sua intimidade e vida privada.

Em sede de apelação a Editora Abril se insurgiu contra a sentença condenatória de primeiro grau, com o argumento de que não violou a privacidade da jornalista, porquanto usou fotografias constantes no banco de dados da Abril S/A, já publicadas na revista “Veja”.

Alegou ainda, que uma vez tornadas públicas as fotos da autora, com a autorização desta, não há o que se falar em ofensa a qualquer direito da jornalista.

O Tribunal de Justiça de São Paulo acolheu os argumentos da Editora Abril S/A, mantendo a condenação da Editora “Caras” pela publicação indevida de fotos e pelas informações inverídicas veiculadas à reportagem.

A jornalista, então, interpôs recurso extraordinário e especial, visando preservar seus direitos violados, tais como; a honra, a imagem e a privacidade.

O STJ ao analisar o caso acolheu a pretensão da autora em acórdão assim ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Dano moral. Fotografias. Revista.

A cessão de fotografias feitas para um determinado fim, mostrando cenas da intimidade da entrevistada, é fato ilícito que enseja indenização se, da publicação desse material, surgir constrangimento à pessoa, não tendo esta concedido entrevista ao veículo que o divulgou. Recurso conhecido e provido.

Em seu voto o Ministro Ruy Rosado de Aguiar asseverou que:

O entrevistado que autoriza fotografias para um determinado fim, que no caso era uma reportagem a ser publicada na referida revista, não está implicitamente autorizando que tais fotos sejam cedidas a terceiros, se elas registravam cenas de intimidade que se justificam para o fim específico a que se destinavam, mas que, publicadas em outro contexto, poderiam criar constrangimentos e transmitir uma falsa ideia da realidade.

Assim, os veículos de informação não podem sobrepor a ânsia de lucro aos direitos fundamentais da pessoa humana. No caso, a revista “Caras”, além de divulgar fotografias íntimas da jornalista, no recôndito do seu lar, publicou notícias inverídicas e descontextualizadas sobre sua vida privada, sem a devida autorização.

Nessa decisão, o STJ não fundamentou a prevalência de um direito fundamental sobre o outro, com base no princípio da proporcionalidade.

O referido acórdão reforça o argumento de Silva, V. (2002, p. 34) sobre a indevida aplicação pela jurisprudência nacional do princípio da proporcionalidade:

A subdivisão da regra da proporcionalidade em três sub-regras, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conquanto praticamente ignorada pelo STF, é bem salientada pela doutrina pátria. Algumas vezes, contudo, a análise dessas sub-regras não tem sido feita de maneira a torná-las compreensíveis e aplicáveis na prática jurisprudencial. Muitas vezes é

fornecido apenas um conceito sintético de cada uma delas, sem que se analise, no entanto, a relação entre elas, nem a forma de aplicá-las. Com isso, são ignoradas algumas regras importantes da aplicação da regra da proporcionalidade, impossibilitando sua correta aplicação pelos tribunais brasileiros. Uma dessas regras, trivial à primeira vista, mas com importantes consequências, é a ordem pré-definida em que as sub-regras se relacionam.

Assim, baseando-se no entendimento de Guerra Filho (2006) acerca da natureza de direito fundamental do princípio da proporcionalidade, entende-se como imprescindível a análise do princípio da proporcionalidade, quando da colisão entre princípios fundamentais, tendo em vista que tal princípio é um desdobramento da cláusula do devido processo legal.

4 PRIVACIDADE

4.1 Conceito e espécies de privacidade

George Marmelstein (2011, p. 138) dispõe que o constituinte originário brasileiro ao positivizar os direitos à privacidade, a honra e imagem – os direitos de personalidade – teve por escopo “criar uma espécie de redoma protetora em torno da pessoa dentro da qual não cabe, em regra, a intervenção de terceiros, permitindo com isso o livre desenvolvimento da individualidade física e espiritual do ser humano.”.

Por isso, preliminarmente, há que se diferenciar, de acordo com a doutrina de Costa Jr. (2007), a proteção da honra (esfera individual) da proteção da privacidade e da intimidade (esfera privada), tendo em vista, pois, que o constituinte de 1988 inseriu em um mesmo dispositivo da Carta Magna (Art. 5º, X) o direito a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

A honra está ligada, notadamente, ao direito ao nome e à reputação. Aquele é destinado a manter a individualidade de cada pessoa, resguardando-a de abusos ou de investidas maliciosas de terceiros. Este se presta a assegurar incólume a “estima social” do indivíduo, “escudando-se contra os ataques difamatórios dos concidadãos” (COSTA JR., 2007, p. 24).

Em sentido oposto encontra-se o direito à vida privada e/ou da intimidade, que diz respeito, não mais ao indivíduo enquanto “cidadão do mundo”, mas sim na sua intimidade, no recôndito da sua individualidade, em seu “isolamento moral”. Corresponde a aspiração do indivíduo de preservar a sua tranquilidade de espírito, aquela paz interior que uma intromissão alheia viria perturbar (VIEIRA, 2007, p. 22).

Segundo Branco, Coelho e Mendes (2009, p. 423), o direito à vida privada, em sentido mais estrito, consiste no direito que tem o indivíduo de “não ser foco da observação por terceiros, de não ter seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros ou ao público em geral”.

Como visto, apesar de o direito à vida privada e à intimidade estarem vinculados à mesma esfera do indivíduo (esfera privada), possuem certa diferenciação entre si. Aquela se encontra em um âmbito mais abrangente, trata-se, por exemplo, das relações profissionais,

acadêmicas, com amigos e etc. Esta é ligada aos episódios mais íntimos do indivíduo, como as relações familiares, amigos mais próximos e relação médico-paciente.

Salutares para compreensão do tema são as palavras de Sidney Guerra (*apud* VIEIRA, 2007, p. 28):

Assim, para melhor esclarecimento, verifica-se que a intimidade é algo a mais do que a vida privada, ou seja, a intimidade caracteriza-se por aquele espaço, considerado pela pessoa como impenetrável, intransponível, indevassável e que, portanto, diz respeito única e exclusivamente a pessoa, como, por exemplo, recordações pessoais, memórias, diários, etc. Este espaço seria de tamanha importância que a pessoa não desejaria compartilhar com ninguém. São os segredos, as particularidades, as expectativas, enfim, seria, o que vamos chamar de o ‘canto sagrado’ que cada pessoa possui. Já a vida privada consiste naquelas particularidades que dizem respeito, por exemplo, à família, problemas envolvendo parentes próximos, saúde física e mental etc. Seria então aquela esfera íntima de cada um, que vedasse a intromissão alheia. Entretanto, percebe-se que neste caso a pessoa poderia partilhá-la com as pessoas que bem lhe conviesse, sendo da família ou apenas um amigo próximo.

Na busca por um conceito mais amplo de privacidade, Vieira (2007, p. 23) assim leciona:

O direito à privacidade consistiria em um direito subjetivo de toda pessoa – brasileira ou estrangeira, residente ou transeunte, física ou jurídica – não apenas de constranger os outros a respeitarem sua esfera privada, mas também de controlar suas informações de caráter pessoal – sejam estas sensíveis ou não – resistindo às intromissões indevidas provenientes de terceiros. Nesse sentido, o direito à privacidade traduz-se na faculdade que tem cada pessoa de obstar a intromissão de estranhos na sua intimidade e vida privada, assim como na prerrogativa de controlar suas informações pessoais, evitando acesso e divulgação não autorizados [...] Tem, intrinsecamente, natureza negativa ao proteger o titular das intromissões de terceiros; e, de outro lado, natureza positiva ao permitir que o próprio indivíduo controle o que deve ser conhecido e o que não deve ser conhecido pelos demais, expressão da liberdade que lhe é insita.

Percebe-se, pelo conceito acima transcrito, que a intimidade pode ser usurpada de duas formas: pela divulgação não autorizada ou pelo acesso ilícito. No primeiro caso, a aquisição da notícia é lícita, o que é ilícita e sua ulterior divulgação. Ao passo que no segundo caso, a obtenção da informação encontra-se maculada desde o surgimento.

Há ainda outra forma de intromissão na esfera privada do indivíduo, que é o caso da divulgação ilegítima de dados lícitamente obtidos. São os casos de, por exemplo, estatísticas com portadores de determinadas doenças, onde os mesmos devem ter sua

identidade preservada. Desta forma, a violação poderá ocorrer não só em relação a pessoas identificadas, mas como também a pessoas identificáveis.

Resta consignar que, dado o vasto campo que a expressão “vida privada” possui, pode-se dividi-la em cinco diferentes categorias, de acordo com seu âmbito de proteção, quais sejam: física, do domicílio, das comunicações, decisional e informacional (VIEIRA, 2007, p. 24).

A privacidade física concerne à proteção do corpo do indivíduo contra procedimentos invasivos e compulsórios. Exemplo disto é a impossibilidade de o indivíduo ser coagido a se submeter a testes de droga ou de exames genéticos como o de DNA, conforme pode ser observado no HC nº 76060-SC impetrado perante o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA. DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende - de resto, apenas para obter prova de reforço - submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria.

Segundo Leonardo Martins (*apud* VIEIRA, 2007, p. 25), o direito à privacidade física foi reconhecido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, em 10 de junho de 1963, em que julgou procedente a reclamação constitucional impetrada por um pequeno empresário, que, em processo criminal de menor potencial ofensivo, foi coagido a se submeter a uma intervenção cirúrgica para retirada de líquido cefalorraquiano a fim de provar sua imputabilidade. Na visão do Tribunal, o interesse público não poderia servir de pano de fundo, no sentido de legitimar condutas capazes de ferir a incolumidade física do reclamante.

Importante destacar um caso de grande repercussão no Brasil envolvendo Glória de Los Angeles Treviño Ruiz – Glória Trevi, assim como era conhecida –, cantora de grande sucesso no México, seu país de origem, que, em 1997, ao ser acusada de abuso sexual em menores, e tendo sido decretada sua prisão, veio a fugir daquele país.

Em Janeiro 2000, após três anos foragida, foi presa no Brasil e ficou sob custódia do Departamento da Polícia Federal em Brasília, aguardando o andamento do seu processo de extradição (n.º 783).

Após ter ficado grávida e alegar que a gravidez foi ocasionada por reiterados estupros praticados por agentes daquele órgão federal, pretendeu-se coletar, por ocasião do parto, material genético, do líquido amniótico, com o propósito de se fazer um exame de DNA para comprovar a paternidade do nascituro, a fim de salvaguardar a honra e a imagem dos agentes federais envolvidos como também da própria instituição.

Sobre tal aspecto se debruçou a Reclamação Constitucional (Plenário, RCL 2.040-DF, Néri da Silveira, j. 21.02.02, Informativo STF 257, de 27.02.02, p. 2), ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, pela extraditanda mexicana Glória de Los Ángeles Treviño Ruiz, em face da decisão do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que autorizava a coleta do material solicitado.

O pretório excelso, no mérito, manteve a decisão de 1º instância, *in verbis*:

EMENTA: - Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF.

2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda.

3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88.

4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente.

5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal.

6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente.

7. **Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria**

instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho.

8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal.

9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante. (*grifo nosso*)

A extraditanda, baseada no artigo 5º, X² e XLIX³ da CRFB, alegou, na referida reclamação, que a paternidade do seu filho se reveste de “características próprias, atinentes à personalidade do nascituro e a intimidade da vida privada dela própria”. Portanto, na sua visão, qualquer coleta de material genético dela ou de seu filho, dependeria da sua autorização exclusiva, pois, caso contrário, estar-se-ia agindo em “flagrante violação e intromissão na sua intimidade e vida privada”, direitos estes protegidos pela lei maior.

Houve, no caso, uma aparente colisão entre princípios constitucionais. De um lado, o direito a intimidade e vida privada da reclamante e do nascituro, de outro lado, a honra e imagem da instituição federal e dos agentes e detentos – 61 homens, vale frisar! – acusados pela reclamante Glória Trevi.

O Ministro Néri da Silveira, em seu voto, afastou a pretensão principal da reclamante com os seguintes argumentos: (i) a coleta da placenta, por si só, não representa ofensa a direitos fundamentais, haja vista que não há nenhum procedimento invasivo com o fito de se configurar uma ofensa a integridade física ou a intimidade da reclamante, apenas há a coleta de um material considerado “lixo biológico”; (ii) do ponto de vista jurídico, mesmo que a extraditanda pretende-se arvorar-se a tutelar “tais e quais direitos da criança”, dada a notória autonomia que o filho detém em relação à mãe, mesmo que a coleta fosse de uma pequena quantidade de sangue da criança, estar-se-ia diante de uma situação “singularíssima de se invocar o direito fundamental de um indivíduo para impedir a fruição de outro direito

² 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.

³ XLIX – É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

fundamental deste mesmo indivíduo”. Neste caso, admitindo-se a excepcionalíssima hipótese de colisão entre direitos fundamentais de um mesmo indivíduo, certamente a simples espetadela de uma agulha seria um mal menor, se comparada à indeterminação da sua paternidade.

Outro aspecto arguido pela reclamante seria a revelação dos homens com quem a mesma teve relações sexuais, fato este que revelaria fatos íntimos sobre a sua vida privada (privacidade informacional). Porém, tal argumento não prosperou quando ponderado, à luz do princípio da proporcionalidade, em face do direito fundamental à honra de 60 pessoas, acrescido do direito da criança acerca do conhecimento da sua paternidade.

O exame de DNA comprovou que nenhuma das pessoas acusadas por Glória Trevis era pai do filho dela. Em Dezembro de 2012, enfim, Glória Trevis foi extraditada para o México

A segunda categoria é a privacidade de domicílio, prevista no Art. 5º, XI, da CRFB/88, prevê que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Percebe-se, pela transcrição do dispositivo constitucional, que o constituinte originário foi cuidadoso em preservar a intimidade dos indivíduos, pois previu que mesmo o cumprimento de ordens judiciais devem ser executadas durante o dia, a fim de evitar uma maior invasão na esfera privada do investigado.

A terceira categoria engloba a privacidade das comunicações, prevista no Art. 5º, XII, da CRFB/88 que dispõe:

é inviolável o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Observe que o dispositivo supratranscrito não é nada mais que um desdobramento do princípio geral da intimidade e privacidade (art. 5º, inc. X), que protege o indivíduo contra a intromissão indevida na sua esfera privada. Frise-se que, via de regra, é um direito oponível tanto ao Estado, quanto ao particular.

A quarta categoria envolve a privacidade decisional, que diz respeito à autonomia decisória em relação à zona de intimidade do indivíduo (COHEN, 2012). Refere-se, por exemplo; aos rumos do casamento, como a procriação, a criação da prole, aos investimentos; à preferência sexual; ao aborto, e assim por diante. Ou seja, é o direito de não ser submetido a nenhuma regulação externa indevida.

Por fim, a quinta categoria está ligada à privacidade informacional, que concerne à proteção dos fatos pessoais e íntimos. Visa preservar, sob a discricção do lar, as relações e dados pessoais e profissionais, por exemplo. Está intimamente ligada ao consagrado conceito de privacidade, proposto por vários autores, que se debruça basicamente sobre o direito de ser deixado em paz.

Sobre a privacidade informacional, há um fenômeno claro de abdicação deste direito nas diversas redes sociais. As provedoras de redes sociais têm por principal foco a colheita de informações de seus usuários, que são usadas posteriormente para fins estritamente comerciais.

Os usuários, por sua vez, dedicam boa parte do seu dia compartilhando informações de cunho pessoal e profissional nessas redes, devassando a sua própria privacidade e a das pessoas ao seu redor, que é o fato mais grave disso tudo.

Jabur (2000, p. 201) alerta que a vulneração da privacidade de terceiro, *par ricochet*, é ilícita. Então, mesmo que a pessoa opte por divulgar seus anseios, sua localização, seus hábitos e dados pessoais em redes sociais deve se atentar para não ferir a privacidade de terceiros, mesmo que obliquamente.

Há ainda outra categoria de privacidade, defendida por Jean Cohen, denominada de privacidade da entidade. Nesse modelo “a privacidade está associada a uma entidade, a família, que serve de proteção a suas relações íntimas naturais contra a intervenção e o escrutínio públicos” (COHEN, 2012, p. 174). Nota-se que, aqui, a privacidade decisional e a informacional se almagamam, porquanto que permitem à família, sem intromissões externas, gerenciar suas decisões e informações.

4.2 Noções históricas acerca do direito à privacidade

Menções ao direito à privacidade podem ser encontradas em diplomas legais arcaicos, porém, só na Inglaterra do século XVI é que surgiu o princípio da inviolabilidade de domicílio, através do brocardo *man's house is his castle*.

Não obstante, apenas no século XIX, mais precisamente em 16 de junho de 1856, foi que se acolheu judicialmente, no Tribunal Civil do Sena, a proteção da vida privada. O caso, conhecido como *Affaire Rachel*, reconheceu à família de uma famosa artista da época o direito de não publicarem sua imagem em seu leito de “moribunda” (COSTA JR., 2007, p. 11).

Já nos Estados Unidos a questão ganhou notoriedade a partir da publicação de um influente artigo (*The Right to Privacy*) publicado, em 1890, por Samuel Dennis Warren e Louis Demitz Brandeis, dois advogados amigos, que estavam revoltados com a postura da imprensa que recalcitrava em publicar indevidamente e imoderadamente relatos das festas da alta sociedade americana. Inaugurou-se, então, a tese de que os indivíduos tinham o direito de esquivar-se do jugo do público em geral.

O referido artigo foi essencial para a formulação do conceito de privacidade presente na sociedade hodierna, haja vista que defendeu a necessidade de reconhecimento pelas Cortes Americanas do *right to privacy*, ou, em bom vernáculo, do direito à privacidade. A partir do artigo de Brandeis e Warren, abandonou-se o simples conceito formulado, em 1873, pelo juiz Colley – que conceituava a privacidade simplesmente como o direito de ser deixado em paz, de estar só (*Right to be alone*) – e passou-se a diferenciar o *right to privacy* da proteção da honra e acolheu a tese de que o direito à privacidade não poderia ser considerado um direito absoluto, porquanto pode ser mitigado frente algumas hipóteses, como nos casos de publicações de interesse público; ou quando a própria pessoa autoriza sua divulgação, caso em que estaria cessado o *right to privacy*.

Em âmbito internacional o direito à privacidade alvoreceu através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que dispôs, em seu artigo XII, que “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

Já em 04 de novembro de 1950, foi firmada em Roma a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais que traz em seu artigo 8º a seguinte disposição:

Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem o direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Posteriormente, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), trouxeram em seu bojo a proteção à privacidade, reproduzindo, outrossim, o disposto na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Mesmo tendo se reconhecido a importância pela comunidade internacional do direito à privacidade, Vieira (2007) observa que a efetiva proteção deste direito “só ocorreria mediante conscientização interna – dentro de cada país – da importância desse preceito, recomendando-se a edição de leis de abrangência nacional com aplicabilidade imediata pelo Judiciário”.

O fenômeno de aceitação e incorporação do direito à privacidade nos diversos ordenamentos jurídicos do orbe foi ocorrendo paulatinamente, de modo que a maioria dos países democráticos atualmente traz em seu escopo jurídico a proteção à privacidade.

Um exemplo notório deste fenômeno são as disposições do artigo 35º da Constituição da República Portuguesa de 1976, senão vejamos:

- 1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e actualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei.**
2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa independente.
3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento

expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.

4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei.

5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos.

6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional.

7. Os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de protecção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei. (grifamos)

Pela análise dos dispositivos acima alinhados, percebe-se, que o constituinte originário lusitano rendeu especial atenção à protecção dos dados pessoais e impôs ao legislador ordinário a regulamentação legal dos comandos constitucionais.

Aliás, importante consignar, que em 1989 foi proposta perante o Tribunal Constitucional Português uma declaração de inconstitucionalidade por omissão, incidindo sobre a inércia do legislador ordinário em regulamentar o disposto no n.º 6 do artigo constitucional em comento, que veio a ser acolhida através do acórdão nº 182/89, culminando na edição da lei 10/91, primeira lei portuguesa a versar sobre protecção dos dados pessoais.

No Brasil, o constituinte de 88, seguindo a orientação dos diplomas de direito internacional, andou bem em prever no inciso X do catálogo dos direitos individuais da CRFB/88 que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. A inclusão do direito à privacidade no artigo 5º da Carta Constitucional tornou indene de dúvidas sua natureza de direito fundamental e o regime jurídico diferenciado que deve ser dispensado em seu favor.

Tal dispositivo constitucional representa o principal limitador dos direitos oriundos da liberdade de pensamento, como os direitos à liberdade de expressão e comunicação social, por exemplo. Contudo, não se pode atribuir natureza antagónica entre estes direitos e os do artigo supracitado, tendo em vista, pois, que por serem decorrentes do direito geral de liberdade, deve incidir sobre eles um juízo de harmonização e compatibilização.

4.3 Privacidade e tecnologia da informação

Notadamente na última década, as tecnologias de tratamento da informação cresceram vertiginosamente. Os aparatos tecnológicos estão presentes em praticamente todos os lares e aparelhos portáteis de conexão direta à rede mundial de computadores, como celulares, *tablets*, relógios e etc., não dificilmente são vistos nas mãos de crianças de tenra idade.

Acontece, que além de facilidades e acesso ilimitado às coisas do mundo, tal fenômeno hodiernamente se mostra como o mais pernicioso ataque à privacidade. As informações pessoais são fornecidas a um número ilimitado de empresas de toda a sorte pela internet, para fins de cadastramento. Como exemplo, há pessoas que possuem várias contas de *e-mail's*, inúmeras em redes sociais, do tipo *Twitter, Facebook, Orkut, My Space, Instagram* e etc., que não sabem sequer o tratamento dado por tais empresas aos seus dados pessoais.

Lins (2000) aponta três problemáticas concernentes à proteção da informação, vejamos:

São essencialmente três os fenômenos que vêm contribuindo para uma maior preocupação com o tema: primeiramente, a estruturação de bases de dados, que abriu a possibilidade de se cruzar informações com grande facilidade, construindo perfis detalhados de praticamente qualquer pessoa, a um custo baixo, até mesmo sem a ciência do interessado; em segundo lugar, a disseminação da informática, que culminou com a ampla utilização da Internet, estimulando praticamente a todos a manterem em forma digital as suas informações, facilitando a sua coleta; e, finalmente, a padronização de equipamentos e sistemas, o que facilitou a aquisição de informações mantidas por usuários de informática, inclusive sem o seu conhecimento.

Há outra grande patologia social, presente na sociedade hodierna, que merece ser destacada, além daquela já explanada. Trata-se da necessidade que o ser humano moderno tem de expor indiscriminadamente os fatos de sua vida cotidiana para estranhos. As redes sociais, neste caso, são as grandes vilãs.

Di Franco (2012, p.570) analisa de maneira crítica e incisiva tal fenômeno, senão vejamos:

Se qualquer ação humana tivesse de ficar submetida à publicidade, já não se poderia falar em liberdade. Não obstante o *strip-tease* voluntário da intimidade a que se assiste numa sociedade dominada pela síndrome do pavão, pela patologia dos quinze segundos de glória, concordo com o estudioso italiano Norberto Gaiatano, professor da Faculdade de Comunicação Institucional de Roma, para quem ‘a total dissolução da intimidade suporia a despersonalização da vida pública e da vida privada’. Mais do que isso, a exposição abusiva da intimidade acaba num autêntico processo de desumanização. As pessoas são engolidas pelo mundo do espetáculo. São peças descartáveis na engrenagem do entretenimento. [...] Há momentos na vida do homem que pertencem à intimidade, como são, por exemplo, o amor, a oração e a morte. Dar caráter público a essas experiências equivale a desumanizá-las, a roubar o seu valor mais íntimo.

A crítica de Di Franco reflete bem a esquizofrenia virtual que acometeu a sociedade moderna, além de estar alinhado com o fato de que a total supressão do direito fundamental à privacidade configura-se como uma flagrante afronta ao bem mais precioso do ordenamento jurídico pátrio: a dignidade da pessoa humana.

Resta consignar, que o direito à privacidade, na qualidade de direito fundamental intrínseco à personalidade humana, se reveste de duas características principais, quais sejam, a intransmissibilidade e irrenunciabilidade.

O Código Civil pátrio positivou essas características em seu artigo 11, prescrevendo que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos a personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitações voluntárias”.

Interpretando esse artigo do Código Civil, Delgado (2004) sustenta que o dispositivo não proíbe a fruição econômica do direito a personalidade, porém impede a cessão duradoura quanto ao tempo ou indeterminada quanto ao objeto. Ou seja, o exercício do direito à privacidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.

4.3.1 Renúncia à privacidade nas redes sociais.

Primeiramente, há que se ressaltar que mesmo não sendo suscetíveis de renúncia plena, os direitos fundamentais podem sofrer autolimitações.

Nada impede que uma pessoa com sua total aquiescência consinta em expor sua imagem, suas ideias, suas aflições, sensações e tudo mais que achar por bem levar ao conhecimento público.

Entretanto, deve-se perquirir acerca da voluntariedade de tal ação. Ou seja, em muitos casos o internauta, por exemplo, não tem a exata noção de como serão tratadas as suas informações em uma rede social. Frise-se que tais redes são usadas indiscriminadamente – com ou sem o conhecimento dos pais – por crianças e adolescentes, que como tais não são dotadas do ideal discernimento para avaliar os riscos de determinada postagem.

Para que sigamos elucubrando sobre o referido tema, há que primeiramente se apontar três situações distintas em que é lícita da utilização da imagem de outrem, quais sejam: O uso da imagem mediante paga, ou seja, determinada pessoa consente em exibir sua imagem em troca de uma vantagem financeira; uso gratuito mediante o consentimento expresso da pessoa que terá sua imagem utilizada para determinado fim; e, por último, o consentimento tácito que se dá em razão de determinadas circunstâncias em que a pessoa não poderá objetar a aparecer, nos casos de, por exemplo, se encontrar em lugar público.

O problema reside na última situação apontada acima, qual seja, o consentimento tácito do uso da imagem. Neste caso, é necessário que se leve em conta as peculiaridades de cada caso, os interesses públicos envolvidos em tal publicação e sua repercussão social para que se justifique a intromissão na esfera privada do indivíduo.

Sobre o tema, dessa forma decidiu o STJ, por ocasião do julgamento do REsp 595.600 (DJ de 13-9-2004, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha):

EMENTA

DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. TOPLESS PRATICADO EM CENÁRIO PÚBLICO.

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

Recurso especial não conhecido.

No referido voto o relator ainda salientou:

A própria recorrente optou por revelar sua intimidade, ao expor o peito desnudo em local público de grande movimento, inexistindo qualquer conteúdo pernicioso na veiculação, que se limitou a registrar sobriamente o evento sem sequer citar o nome da autora.

Infere-se do referido acordão que a análise acerca da usurpação ou não da privacidade se debruçou sobre as circunstâncias e peculiaridades em que ocorrida a captação da imagem. No caso concreto, entendeu o tribunal, que não houve a intenção de divulgar ou sensacionalizar a conduta da recorrente, ao contrário, foi veiculada de maneira sóbria pela recorrida, apenas registrando o fato incomum que ocorreu numa praia.

Diferente interpretação deveria ser dada, se uma pessoa – jornalista ou não – divulgasse na imprensa ou em redes sociais um “flagra” de uma mulher, em uma praia, depois de ser atingida por uma onda, que arrancou-lhe a parte superior da sua roupa de banho. Nesse caso, não há que se falar em consentimento tácito, tendo em vista, pois, a conduta exacerbadamente maldosa e inidônea do fotógrafo.

Gomes Canotilho (2003, pp. 55-57), a respeito do tema, leciona:

Se a Constituição só permite restrição através de lei e nos casos nela expressamente previstos, seria fácil eliminar a força dirigente dos direitos fundamentais, imanente a esta reserva, se a vontade individual se sobrepusesse ao sentido constitucional da reserva e transformasse os direitos, liberdades e garantias em direitos totalmente disponíveis, suscetíveis, inclusive, de renúncia. [...] O princípio da autonomia contratual justificava, à semelhança do princípio *volenti non fit injuria*, uma redução do alcance do princípio da reserva da lei restritiva. De qualquer modo, a renúncia a direitos fundamentais, mesmo a admitir-se, pressupõe sempre como *conditio sine qua non* que o titular do direito dispunha sobre a sua posição jurídica de forma livre e autodeterminada. [...] O problema vai entroncar na questão, já estudada, da eficácia *erga omnes* dos direitos fundamentais, e no problema, há muito tratado pela doutrina de renúncia aos direitos da personalidade. A orientação deve ser fundamentalmente diferenciada: (1) é irrenunciável qualquer direito medularmente inerente à dignidade da pessoa humana [...]; (2) os direitos fundamentais, como totalidade, são irrenunciáveis, devendo distinguir-se entre renúncia ao núcleo substancial do direito (constitucionalmente proibida) e limitação voluntária ao exercício (aceitável sob certas condições) de direitos [...]. Poderá, assim, existir uma disposição individual acerca de posições de direitos fundamentais, mas o “o uso negativo” de um direito não significa renúncia a esse mesmo direito.

Esse é o entendimento que pode ser extraído do artigo 20 do Código Civil brasileiro é claro, que dispõe:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a

transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Di Franco (2012) analisa essas ações como um culto à frivolidade que atinge os diversos atores sociais contemporâneos – notadamente alguns setores midiáticos que recalcitram em divulgar notícias fúteis de toda a sorte, quanto a da exposição exacerbada da privacidade e intimidade por algumas pessoas –, de modo que existe entre eles uma forte relação de amor e ódio, onde todos, por fim, alcançam seu objetivo, que é o de atrair atenções para si.

A situação se complica quando da análise acerca da voluntariedade da adesão às cláusulas dispostas nos termos de uso e privacidade de uma conta numa rede social, sobretudo, quando estamos diante de pessoas incapazes, relativamente incapazes ou, até mesmo, aquelas pessoas que não revelam maturidade para lidar com as tecnologias modernas.

Para exemplificar tal situação, ventile-se a hipótese de uma senhora – ainda neófito frente aos novos aparatos tecnológicos –, recém ingressa em determinada rede social, que resolve compartilhar as fotos dos seus bisnetos para seus amigos virtuais, nas mais diversas situações como num banho de piscina e etc., tendo a convicção que apenas seus familiares e conhecidos mais íntimos terão acesso a essas informações. Suponha-se que essas fotos tenham caído nas mãos de delinquentes filiados a uma rede internacional de pedofilia.

Discute-se, em casos como esses, acerca da responsabilidade da empresa responsável pela administração da rede social, pois o usuário não encontra a esmerada maturidade frente às coisas da era da informação.

Por isso, fazem-se necessárias algumas indagações: teria os provedores de redes sociais de relacionamento responsabilidade pelas publicações voluntárias, ainda que equivocadas, alheias? É lícito que o Estado tome medidas com vistas a impedir a adesão popular às redes sociais?

A melhor resposta a ser dada a última questão é no sentido negativo, ou seja, não cabe o Estado intervir na esfera privada da pessoa, cabendo a ela própria o julgamento de expor ou não os seus pensamentos, fatos da vida cotidiana, críticas e etc. Não obstante, se

revela salutar que o Estado, através do seu poder legislativo, tome as medidas regulamentares adequadas no que concerne: à classificação indicativa de idade para adesão; aos termos de uso e privacidade; à obrigatoriedade de mecanismos de denúncia, para coibir crimes contra a honra, por exemplo e mais todas as medidas que se façam necessárias para coibir abusos do direito fundamental à liberdade de expressão.

Quanto à responsabilidade civil dos provedores de redes sociais de relacionamento, o poder judiciário pátrio vem acolhendo a tese de atribuir responsabilidade a essas empresas. Há que se frisar, entretanto, que tal responsabilidade está adstrita a determinados casos, não consistindo em responsabilidade objetiva, tendo, por conseguinte, que se perquirir acerca da desídia por parte do provedor para que o mesmo seja responsabilizado.

Esse entendimento pode ser extraído do Recurso Extraordinário com Agravo nº 660.861 MG, citado alhures, onde foi reconhecida pelo STF a repercussão geral da questão, como também do informativo de jurisprudência do STJ nº 460, em que foi noticiado o seguinte acórdão (Resp nº 1.193.764, Rel. Min. Nancy Andrigthy, julgado em 14/12/10):

A Turma negou provimento ao recurso especial originário de ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais proposta pela recorrente em desfavor do provedor de rede social de relacionamento (recorrido) sob a alegação de que foi alvo de ofensas proferidas em página da *internet*. Inicialmente, afirmou a Min. Relatora que a relação jurídica em questão constitui verdadeira relação de consumo sujeita ao CDC, mesmo se tratando de serviço gratuito, tendo em vista o ganho indireto alcançado pelo fornecedor. Contudo, consignou que o recorrido, por atuar, *in casu*, como provedor de conteúdo – já que apenas disponibiliza as informações inseridas por terceiros no *site* –, não responde de forma objetiva pelo conteúdo ilegal desses dados. Asseverou que o provedor deve assegurar o sigilo, a segurança e a inviolabilidade dos dados cadastrais de seus usuários, além de garantir o pleno funcionamento das páginas que hospeda, **entretanto não pode ser obrigado a exercer um monitoramento prévio das informações veiculadas por terceiros**, pois não se trata de atividade intrínseca ao serviço por ele prestado (controle, inclusive, que poderia resultar na perda de eficiência e no retrocesso do mundo virtual), razão pela qual a ausência dessa fiscalização não pode ser considerada falha do serviço. Salientou, ainda, não se tratar de atividade de risco por não impor ônus maior que o de qualquer outra atividade comercial. Todavia, ressaltou que, a partir do momento em que o provedor toma conhecimento da existência do conteúdo ilegal, deve promover a sua remoção imediata; do contrário, será responsabilizado pelos danos daí decorrentes. Nesse contexto, frisou que o provedor deve possuir meios que permitam a identificação dos seus usuários de forma a coibir o anonimato, sob pena de responder subjetivamente por culpa *in omittendo*. (*grifamos*)

O referido acórdão destaca que o provedor não é obrigado a exercer o controle prévio das publicações emitidas por seus usuários, porém exige que o mesmo a partir do momento que tomar ciência da publicação abusiva proceda imediatamente a sua exclusão, sob pena de ser responsabilizado pelos danos oriundos de tal postagem.

Em virtude da carência legislativa no que tange à regulamentação desses tipos de provedores de internet, percebe-se o imperioso papel do poder judiciário em sopesar minuciosamente todos os princípios que envolvem esse dilema moderno, levando em conta, especialmente, o fenômeno de enfraquecimento vertiginoso da privacidade frente às atuais frivolidades, que no ambiente virtual vêm ganhando *status* de informação relevante.

Pois, é dever do Estado agir positivamente no sentido de garantir às pessoas, que se encontram juridicamente num mesmo patamar hierárquico, que seus direitos sejam respeitados pelos seus pares. Por isso, é necessário que o Estado, com observância ao seu dever de proteção, aplique a ordem jurídica no sentido de otimizar a fruição pelos diversos atores sociais dos direitos fundamentais dos quais são titulares.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, formula-se as conclusões acerca da relação entre o direito à liberdade de expressão e à privacidade, na sociedade moderna, tendo por fulcro a teoria geral dos direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade.

(1) Os direitos fundamentais se prestam a realizar notadamente dois objetivos precípuos, quais sejam; o de promover a dignidade da pessoa humana e o de limitar o poder estatal. Acontece que tais direitos, por serem dotados de uma elevada carga axiológica, têm a sua aplicação condicionada às variâncias sociais, de modo que todas as gerações de direitos fundamentais se complementam e se aprimoram entre si.

(2) Dada a complexidade das relações modernas é de súpéra importância que o Estado crie os pressupostos necessários, no sentido da implementação de medidas administrativas, legislativas e jurisdicionais para que se aplique os direitos fundamentais nas relações entre particulares (eficácia horizontal).

(3) Os direitos fundamentais, por serem enunciados através de princípios, clamam por mecanismos de harmonização dentro do ordenamento jurídico. Vez que surge um expediente já consolidado há muito tempo em âmbito internacional, trata-se do princípio da proporcionalidade e seus elementos parciais ou subprincípios (adequação, necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito). Tal princípio já é considerado pela doutrina um verdadeiro princípio constitucional, desdobramento da cláusula do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da CRFB), surgindo, por isso, o dever de observância pelo Estado, sob pena de atingir o bem mais valioso do ordenamento jurídico constitucional: a dignidade da pessoa humana.

(4) O problema é que os tribunais superiores, notadamente o Supremo Tribunal Federal, negligenciam na aplicação do princípio da proporcionalidade, haja vista que, quando da análise de um litígio envolvendo a colisão entre direitos fundamentais, os pretórios superiores não fundamentam a incidência do referido princípio sob a luz dos seus elementos parciais. Restando nas decisões apenas meras referências ao princípio.

(5) Nesse contexto moderno, com a jurisprudência ainda titubeante no que concerne à resolução dos conflitos entre os direitos fundamentais pela incidência do princípio da proporcionalidade, eis que se fortalece um grande direito catapultado pelos avanços da tecnologia da informação: o direito à liberdade de expressão. Direito este que parece ser

tratado pela sociedade como absoluto, e, por conseguinte, usufruído sem a devida responsabilidade.

(6) Por sua vez, o Estado, no seu *mister* jurisdicional, vem tentando combater o males oriundos de tal fenômeno. São inúmeras as decisões judiciais que ratificam o fato de que o direito à liberdade de expressão, apesar da sua importância para o Estado Democrático de Direito, se reveste do mesmo caráter relativo inerente aos demais direitos fundamentais.

(7) Porém, a imprensa parece não estar muito preocupada com a atuação do judiciário. Percebe-se um processo de banalização do que é verdadeiro, na sociedade atual. A imprensa que em outrora tinha como objetivo precípua a busca pela verdade factual, o poder fiscalizatório sobre o poder público, a preferência pelas finalidades “educativas, artísticas, culturais e informativas” (artigo 221, I, CRFB/88) cede espaço ao sensacionalismo, à fofoca e à notícia-mercadoria.

(8) Nesse contexto, o direito fundamental à privacidade encontra-se relegado a segundo plano. Nem mesmo os próprios titulares dão o devido valor à sua própria privacidade e/ou intimidade, direitos estes indispensáveis ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.

(9) Por derradeiro, se conclui que o judiciário pátrio deve permanecer atento aos abusos cometidos por empresas e particulares no uso do seu direito fundamental à liberdade de expressão, com vistas a coibir que tal direito se sobreponha a outros de mesma envergadura constitucional, notadamente o direito à privacidade. Frise-se que isso nada mais é que o direito de proteção que os titulares de direitos fundamentais gozam em face do Estado, sendo imprescindível uma atuação estatal positiva – seja ela regulamentar ou jurisdicional –, com vistas a conciliar esses dois direitos fundamentais.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2º Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª Ed. Malheiros, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocência Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BRASIL. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 30 jan. 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 87776/SP**. Impetrante: Maria Elizabeth Queijo e outro. Paciente: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 26 de junho de 2006. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 28 de dezembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 660861/MG**. Reclamante: Google do Brasil Internet LTDA. Reclamado: Lilian Fernanda Teixeira Rocha. Relator: Luiz Fux. Brasília, DF, 07 de Novembro de 2012. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 04 de abril de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 76060-SC**. Impetrante: Elisa Pimenta. Paciente: Arante José Monteiro Filho. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 31 de março de 1998. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 março de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 2040/DF**. Recorrente: Glória de Los Angeles Treviño Ruiz. Recorrido: Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Relator: Néri da Silveira. Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2002. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30 jan. 2007

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP nº 221757/SP**. Recorrente: Lílian Wite Fibe. Recorrido: Abril S/A. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF, 16 de setembro de 1999. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 30 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP nº 1193764/SP**. Recorrente: IP DA S B. Recorrido: Google Brasil Internet LTDA. Relator: Nancy Andrichi, DF, 25 de novembro de 2011. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 30 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP n° 595600/SC**. Recorrente: Maria Aparecida de Almeida. Recorrido: RBS Zero Hora Editora Jornalística S/A. Relator: Cesar Asfor Rocha, DF, 08 de outubro de 2004. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 de abril 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E. M.. **Reality Shows e liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. NICE. 7 de Dezembro de 2000. Disponível em <http://www.ulbra.br/direito/files/direito-e-democracia-v2n2.pdf#page=205>. Acesso em 04 de Maio de 2013.

COHEN, Jean L. **Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto**. Rev. Bras. Ciênc. Polít. [online]. 2012, n.7, pp. 165-203. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n7/a09n7.pdf> >. Acesso em 27 de Fevereiro de 2013.

CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS. ROMA. 4 de Novembro de 1950. Disponível em http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 06 de jan. 2013

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4ª ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2007.

CRUZ, Elisa Costa. **O Direito dos Filhos à Privacidade e sua oponibilidade à Autoridade Parental**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br>> Acesso em 02 de Junho de 2012.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DA VIRGÍNIA. 1776. Disponível em: <http://www.constitution.org/bcp/virg_dor.htm>. Acesso em 08 de Dezembro de 2012

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. 1789. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br>> Acesso em 08 de Dezembro de 2012.

DELGADO, Mario Luiz. **Big Brother Brasil: reality shows e os direitos da personalidade**. Revista Jurídica Consulex. Ano VIII, nº 169, 31 de janeiro de 2004, pp. 24-26.

DI FRANCO, Carlos Alberto. **Tratado de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 567-603.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Por uma Teoria Fundamental da Constituição: enfoque fenomenológico**. Disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131006d.pdf>. Acesso em 01 de Abril de 2013.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflito entre direitos da personalidade**. São Paulo: RT, 2000.

LINS, Bernardo Felipe Estellita. **Privacidade e Internet**. Estudo técnico da Consultoria Legislativa. Brasília: Câmara dos Deputados/Consultoria Legislativa. 2000. Disponível em <http://www2.camara.gov.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema4/pdf/001854.pdf>. Acesso em 10 de Abril de 2013.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Obra completa comentada por Napoleão Bonaparte. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. Ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 4. ed

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 1999.001.13153 – Capital**. Apelante 1: Francisco Buarque de Holanda. Apelante 2: Editora O Dia S/A. Apelado: Os mesmos. Relator: Desembargador Sergio Lucio de Oliveira e Cruz, RJ, 20 de agosto de 1999. Disponível em <http://www4.tjrj.jus.br> . Acesso em 12/02/2013

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27a. edição - São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: RT, v.798, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.23 - 50.

SILVEIRA, Luís Novais Lingnanda. **O Direito à Protecção de Dados Pessoais**. Disponível em http://www.apdsi.pt/uploads/news/id545/2.11_luis%20silveira_070626.pdf. Acesso em 03 de março de 2013

UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. Autos nº 59320/00. Requerente: Caroline Von Hannover. Requerido: Governo Alemão. Presidido: MM. I. Cabral Barreto. in **Revista de Direito Público**, São Paulo, N.º 7, 2005, pp. 99-135. Disponível em <http://www.georgemlima.xpg.com.br/princesa.pdf>. Acesso em 04 de Abril de 2013.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O Direito à Privacidade na Sociedade da Informação: A efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. 2007. Dissertação (Mestrado em Educação). Disponível em <<http://repositorio.bce.unb.br>> Acesso em 02 de Junho de 2012.

