



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Conflito de Direitos Fundamentais: Direito à Informação x Direito à Privacidade

Thiago de Freitas da Costa

Rio de Janeiro
2010

THIAGO DE FREITAS DA COSTA

Conflito de Direitos Fundamentais: Direito à Informação x Direito à Privacidade

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para
obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a. Mônica Areal
Prof. Néilson Tavares

Rio de Janeiro
2010

CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITO À INFORMAÇÃO X DIREITO À PRIVACIDADE

Thiago de Freitas da Costa

Graduado pela Universidade Candido Mendes. Advogado.

Resumo: No presente artigo faz-se uma abordagem histórica dos direitos fundamentais, até obterem seu reconhecimento na ordem constitucional. Observa-se que são direitos constitucionais básicos do cidadão, reconhecidos pelo direito positivo do Estado, que exige deste ou uma abstenção ou uma atuação para garanti-los. Demonstra-se, ainda, que os princípios serviriam de orientação para interpretar as normas constitucionais. Por fim, para a solução dos conflitos, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade tornaram-se imprescindíveis à aplicabilidade do juízo de ponderação.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais, Princípios Constitucionais, Informação e Privacidade, Ponderação de Interesses.

Sumário: Introdução. 1. Direitos Fundamentais. Considerações Iniciais. 2. Colisão de Direitos Fundamentais. 3. Limitação dos Direitos Fundamentais. 4. Direito de Informação x Direito à Privacidade. 5. Análise do caso concreto. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este artigo jurídico-científico trata de diversos argumentos em torno do tema Conflito de Direitos Fundamentais: Direito de Informação x Direito à Privacidade.

Antes da análise específica do assunto proposto, faz-se necessária uma abordagem

geral em torno dos direitos fundamentais como princípios constitucionais de grandiosa importância para uma justa e correta solução de conflitos entre determinados direitos igualmente fundamentais.

Os direitos fundamentais, tanto no Direito Brasileiro como na maioria das ordens jurídicas, são considerados absolutos e imutáveis, inerentes à qualidade de todo homem, o qual é o verdadeiro titular desses direitos. Os direitos fundamentais são direitos constitucionais, pois assim determinou a nossa Carta Magna, vinculando-os ao pressuposto elementar de uma vida baseada na liberdade e na dignidade humana.

A doutrina moderna tem classificado os direitos fundamentais em gerações; alguns autores, dentre eles Paulo Bonavides chegam até a quinta geração. Mas, não há um consenso com relação a essa classificação, portanto, num primeiro momento com base na ordem histórica e cronológica, destacam-se as três primeiras gerações. Posteriormente, serão abordadas mais duas, as quais não constituem unanimidade.

A primeira geração surge com a exigência de liberdade individual baseada na igualdade entre todos os homens. Em outro momento, os direitos sociais surgem como base para a verdadeira igualdade, compondo os direitos de segunda geração. Na terceira geração, aparecem os direitos considerados difusos e coletivos, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente, um dos mais relevantes para a humanidade. Contudo, posteriormente se torna necessário o aprofundamento do estudo sobre as gerações de direitos.

Os direitos fundamentais constitucionais resultarão na reflexão e diferenciação entre os princípios e as regras constitucionais, já que através destes será possível que se faça interpretações distintas. Dentre todas as normas constitucionais, os princípios são mais importantes que as regras. Contudo, há hierarquia entre as regras, pois dependendo do caso concreto uma regra pode ser preferida em relação à outra por ter mais valor jurídico, o que não ocorre da mesma forma com os princípios, já que se tratando de princípios fundamentais

todos estão no mesmo nível de importância e relevância, o que dificulta em regra pensar que para solucionar um conflito jamais poderemos preferir um direito fundamental em detrimento do outro, pois estão no mesmo nível hierárquico.

Todavia, esses direitos fundamentais possuem limites, já que se prestam à proteção mínima do núcleo essencial de cada direito fundamental. Dessa forma, quando houver conflito entre eles, deve-se buscar a harmonização dos bens tutelados de cada indivíduo através da ponderação de interesses e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Diante de tais argumentações, é que se pretende esclarecer como dirimir o conflito entre o direito à informação e o direito à privacidade. Sabe-se que a privacidade, atualmente, é violada por informações veiculadas pelos diversos meios de comunicação. Por isso, nos casos em que o exercício à informação colide com o direito à privacidade, faz-se necessária a aplicação da ponderação de interesses.

É inegável a importância da informação, que é o direito que qualquer cidadão tem de saber que é necessário, para que possa formar a sua opinião e se conduzir como membro da coletividade. Porém, é igualmente inegável o direito à privacidade que todo cidadão merece, como preservação de sua intimidade moral e física, e que muitas vezes é invadida de forma tão agressiva e violenta pelos diversos meios de comunicação em nome da liberdade de expressão que norteia o jornalismo em todo o mundo.

Posteriormente, será verificado como os Tribunais Superiores têm decidido sobre determinados casos quando se trata de dois direitos relevantes e necessários ao mundo moderno e globalizado. Será realizada análise de caso concreto com abordagem específica quanto ao direito à informação e à privacidade com base na atual jurisprudência e entendimento doutrinário.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Os direitos fundamentais são os direitos imprescindíveis à pessoa humana, são situações jurídicas definidas em nosso direito positivo, em razão da dignidade, igualdade e liberdade do homem, previstos na Constituição Federal de 1988. Ao adotá-los com essa abrangência, resultou em um desdobramento necessário da concepção de Estado prevista no artigo 1º, qual seja, o Estado Democrático de Direito.

Por isso, são considerados direitos constitucionais, uma vez que nascem e têm como respaldo jurídico o princípio da soberania popular, tornando-se assim garantias da democracia.

Para José Afonso da Silva¹ “a expressão direitos fundamentais do homem são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”.

Os direitos fundamentais possuem quatro características importantes: historicidade (como todo e qualquer direito, possuem a sua parte histórica, pois passam por inúmeras transformações, desde o seu nascimento até a sua extinção; essa evolução é incitada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos e em decorrência das novas feições assumidas pelo poder); inalienabilidade (são direitos intransferíveis, inegociáveis, em razão de seu caráter não econômico-patrimonial; portanto, a sua titularidade não pode ser transmitida, seja de forma gratuita ou onerosa); imprescritibilidade (a maioria dos direitos fundamentais existe, pelo simples fato, de serem reconhecidos pelo nosso ordenamento jurídi-

¹ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 183.

co. São direitos permanentes que jamais deixarão de ser exigíveis; por isso, serão reconhecidos, ainda que haja a inércia de seu titular) e irrenunciabilidade (os direitos fundamentais não podem ser renunciados; alguns podem até deixar de ser exercidos pelo seu titular, mas jamais será admitida a renúncia desses direitos).

A doutrina brasileira, defendida por Alexandre de Moraes e Paulo Bonavides², de acordo com a sistematização estabelecida pela Constituição Federal de 1988 e baseando-se na ordem histórica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos, apresenta-nos os direitos fundamentais em quatro gerações. Todavia, o constitucionalista Paulo Bonavides defende a existência de uma quinta geração, que é o direito à paz.

Os direitos fundamentais da primeira geração são os direitos decorrentes das revoluções liberais, burguesas, marcados pelo individualismo que fundamentou o aparecimento das declarações do século XVIII. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais.

Essa geração é aplicada para caracterizar um determinado grupo dos direitos fundamentais, denominados de direitos civis ou liberdades civis, como o direito à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade perante a lei. Junto a esses direitos, encontra-se a liberdade de expressão, de imprensa e os direitos de participação política.

A titularidade é do indivíduo, pois visa a protegê-lo da opressão do Estado. Por defenderem a separação do Estado da sociedade, são denominados de direitos de abstenção dos poderes públicos, ou conforme afirma Paulo Bonavides,³ “os direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.

Os direitos fundamentais da segunda geração configuram desdobramentos da primeira geração dos direitos fundamentais. São considerados direitos positivos, que dominaram o sé-

² MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 62; BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.523.

³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 517.

culo XX, porque a liberdade é vista de uma forma positiva, como autonomia na formação política, do poder político. São os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, introduzidos no constitucionalismo das diferentes formas de Estado Social.

A segunda geração desses direitos nasceu juntamente com o princípio da igualdade, que dominou as Constituições após a Primeira Guerra e a Segunda Guerra, ficando consagrados nos diversos tratados internacionais.

Os direitos fundamentais da terceira geração são os direitos de solidariedade e fraternidade, por se desprenderem da figura do homem-indivíduo para destinarem-se à proteção da humanidade.

A titularidade desses direitos é coletiva, podendo seu destinatário ser determinado ou não, por se tratar de direitos que pertencem a todos. O seu reconhecimento vem sendo demonstrado nas constituições de forma gradual, porém com ritmo acelerado quando se refere ao Direito Internacional.

Os direitos fundamentais da quarta geração são aqueles que reforçam a objetividade dos direitos da segunda e terceira geração e a subjetividade da primeira geração. Dessa forma, continuam a existir e suas gerações não são nunca superadas.

Estes direitos representavam o futuro da cidadania e da liberdade dos povos e através deles, será possível a globalização política.

Por isso, os direitos dessa geração são o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, pois destes dependem a concretização de uma sociedade aberta ao futuro, para a qual parece o mundo encaminhar-se nas relações de convivência.

Os direitos fundamentais da quinta geração são defendidos por Paulo Bonavides⁴, que reconhece como sendo o direito à paz.

⁴ BONAVIDES, Paulo. A Quinta Geração de Direitos Fundamentais. Revista Direitos Fundamentais & Justiça. Rio Grande do Sul, n. 3, abr/jun, p. 82-93, 2008.

De acordo com o seu entendimento, o direito à paz deve ser concebido como uma condição indispensável ao progresso de todas as nações, pois para este constitucionalista é necessária a proteção ao direito dos povos à paz e fomentar sua realização é uma obrigação importante de todo Estado.

Na sua visualização da paz enquanto direito da quinta geração, defende que o novo Estado de Direito das cinco gerações vem engrandecer o espírito de humanismo que existe nas regiões sociais e transcende no Direito nas suas dimensões. A dignidade jurídica da paz provém do reconhecimento universal que há enquanto pressuposto da convivência humana. Afirma que em países periféricos não se desenvolve, não se prospera Estado de Direito sem Estado Social, pois é fundamental preservar a soberania e reconhecer a paz como um direito.

O ordenamento jurídico pátrio, de acordo com a sistematização feita pela Carta Magna de 1988 em seus vários artigos, reconhece os direitos fundamentais com base no critério de seu conteúdo e também em relação à natureza do bem protegido e do objeto que tutela. Assim, de acordo com esse critério adotado, existem: a) os direitos individuais do homem (artigo 5º); b) os direitos coletivos ou metaindividuais (artigo 5º); c) os direitos sociais (artigo 6º ao 11); d) o direito à nacionalidade (artigos 12 e 13); e) os direitos políticos (artigos 14 ao 16).

Dessa forma, a Constituição Federal reservou aos direitos fundamentais um tratamento especial, devido a sua importância no Direito de forma ampla, ao conferir-lhes eficácia vinculante e imediata e a cláusula de imutabilidade.

2. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Doutrinadores modernos, dentre eles Gilmar Mendes, vem questionando sobre o que ocorre na colisão de direitos fundamentais, isto é, no conflito desses direitos com outros valores constitucionais.

Para responder a tal questionamento, a doutrina tem classificado as normas jurídicas em dois grupos: o dos princípios e o das regras.

Para Gilmar Mendes⁵, “as regras correspondem às normas que, diante da ocorrência do seu suposto de fato, exigem, proibem ou permitem algo em termos categóricos”.

As regras são aplicadas da seguinte forma: se estiverem presentes os pressupostos fáticos, a regra será aplicada, caso contrário, será considerada inválida. Diferentemente delas, nos princípios, presentes os pressupostos fáticos para a sua incidência, não será necessária a sua aplicação.

Os princípios possuem uma importância maior que as regras, porque quando há um conflito entre dois princípios diferentes, incidindo sobre o mesmo caso concreto, deve ser solucionado tal conflito levando-se em consideração o peso de cada um deles. De acordo com Gilmar Mendes, os princípios “são determinações para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem”.⁶ Dessa forma, são considerados mandados de otimização, uma vez que devem ser realizados na máxima extensão possível.

Neste caso, é possível que um dos princípios seja considerado válido, mas suas consequências jurídicas, não. É possível, então, que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, de acordo com o caso que o atrai.

Com as regras é diferente, porque, por não possuírem essa dimensão de peso, para solucionar o conflito entre elas, não basta somente que uma ceda espaço a outra, em função de

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 318.

⁶ Ibidem, p.318.

uma ter um peso maior que a outra. Para que a questão seja resolvida, basta a aplicação do critério hierárquico.

O que determina a aplicabilidade das regras são os critérios de natureza formal, a sua validade e o que determina a incidência dos princípios são os aspectos materiais.

No conflito de regras, existem duas formas de solução: ou se introduz uma cláusula de exceção ou se reconhece que uma das regras é nula, uma vez que o conflito de regras se resolve na dimensão de sua validade.

Quanto aos princípios, sua solução encontra-se na procedência de um dos princípios ter que ceder em face do outro. A determinação de qual deles deverá ceder é feita através de ponderação de peso que cada um possui em relação ao caso concreto.

Por isso, quando algo é permitido por um princípio e vedado por outro, um deles deve recuar, para que nenhum deles seja considerado nulo e tenha que ser excluído do ordenamento jurídico por contradição com o outro.

Dessa forma, é possível encontrar na jurisprudência dos Tribunais Superiores julgados em que tiveram de se estabelecer um juízo de preferência entre direitos fundamentais. É importante perceber que a prevalência de um direito sobre o outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto.

3. LIMITAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Os direitos fundamentais possuem limites porque se prestam à proteção mínima do núcleo essencial de cada direito fundamental. Por isso, quando houver um conflito aparente entre eles, deve-se buscar a harmonização dos bens tutelados de cada indivíduo através dos

princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da razoabilidade e da ponderação de interesses.

Esses limites poderão ser encontrados definidos expressa ou implicitamente na Constituição Federal. Assim, a fixação desses limites é anterior à resolução dos conflitos, pois o conflito somente será concretizado, quando a situação concreta estiver no interior dos limites provenientes de mais de uma norma constitucional.

O princípio da dignidade da pessoa humana é reconhecido pela Constituição Federal no artigo 1º, inciso III, como a finalidade central de instituir um Estado Democrático de Direito, eliminando o autoritarismo e erguendo os direitos humanos e a justiça social como direitos imprescindíveis para uma vida digna e justa.

Esse princípio sustenta a idéia de que o homem deve ser visto como um fim em si mesmo e não como um meio. Nesse sentido, Miguel Reale afirma que “a pessoa humana deve ser tratada como valor fonte do ordenamento jurídico, sendo a defesa e promoção da sua dignidade a tarefa primordial do Estado Democrático de Direito”.⁷ E isso reflete a sua importância em todo o ordenamento jurídico, já que possui uma concepção universalista, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual propõe que a dignidade deve ser reconhecida a todos os indivíduos, tendo como pressuposto primordial, a democracia.

O princípio da dignidade da pessoa humana possui diversas funções. A primeira delas é a legitimação ética da Constituição Federal, indicando que o Poder Constituinte não pode se separar da idéia de que a legitimidade do poder assenta-se nos direitos da pessoa humana, sendo os indivíduos simultaneamente a causa e a consequência de toda a organização política.

Outra função do princípio da dignidade da pessoa humana é a existência de uma dimensão negativa, pois tal princípio limita a atuação do Estado. Portanto, se o Estado agir de

⁷ SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 59.

forma contrária aos preceitos fundamentais da pessoa humana, essa conduta será considerada inválida e sem nenhuma eficácia jurídica.

Além da dimensão negativa em relação ao Estado, o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta uma dimensão positiva em relação ao indivíduo, no momento em que impõe o reconhecimento da autonomia ao homem, garantindo reais condições para o desenvolvimento da personalidade humana.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado também um critério para integração do sistema constitucional, inclusive para o reconhecimento de direitos fundamentais atípicos. Significa dizer que, mesmo existindo pretensões essenciais ao ser humano, sem previsão legal, serão estas reconhecidas como direitos fundamentais.

Desde então, o princípio da dignidade da pessoa humana é imprescindível para uma melhor interpretação do ordenamento jurídico, pois somente assim será possível alcançar ao final, a ponderação de interesses. A ponderação de interesses, além de ser um procedimento formal para solucionar conflitos entre os princípios constitucionais, também possui uma dimensão substantiva que visa à concretização de valores, como igualdade, liberdade, fraternidade e justiça, finalidade almejada pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

O Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade busca a proporção entre o objetivo perseguido pela norma e o ônus imposto ao atingido, resultado esse que somente poderá ser obtido mediante a ponderação aplicada ao caso concreto.

Dessa forma, após a análise dos pressupostos fáticos desse princípio, cabe avaliar se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à sua carga coativa.

Por isso, há a necessidade da presença de três elementos para a correta aplicação desse princípio, quais sejam, o questionamento sobre a necessidade da medida, a adequação entre o meio utilizado e o fim pretendido e a ponderação entre os valores envolvidos no problema.

Diferente de outros princípios fundamentais, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade está implícito na Constituição Federal, mas isto não o torna menos importante. Ao contrário do que se pensa, está no mesmo grau de relevância quando se trata de ponderação de interesses na ocorrência de aparente conflito entre os princípios constitucionais.

Doutrinadores, dentre eles Gilmar Mendes, Paulo Bonavides, impõem à ponderação de interesses o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, pois devido à importância desses direitos, estes não podem ser infringidos pelo legislador e nem pelo aplicador do direito.

A ponderação de interesses deverá ser aplicada quando houver, de fato, a colisão, no mínimo, de dois princípios protegidos pela ordem constitucional. Quando o intérprete estiver diante de um possível conflito, caberá a ele a identificação e a interpretação de cada princípio envolvido, para ter a certeza de que eles realmente se confrontam ou se existe a possibilidade de harmonizá-los de forma a ensejar uma justa avaliação dos interesses em questão.

Em razão disso, o intérprete irá aplicar o princípio da unidade da Constituição, onde encontrará fundamentos para tentar buscar a solução entre as normas constitucionais aparentemente conflitantes.

Corroborando tal afirmação, afirma Canotilho que “o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição em sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão entre as normas constitucionais a concretizar”.⁸

É imprescindível que se busque a demarcação da normatividade de cada princípio envolvido, para verificar se tal hipótese corresponde realmente ao âmbito de tutela de mais de um deles.

⁸ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 100.

É de grande relevância ressaltar-se que, no juízo de ponderação, ficará constatado que cada hipótese pode ser tutelada por dois princípios constitucionais, apontando para soluções diversas.

Inicialmente, o intérprete deve fazer uma comparação entre o peso genérico, conferido pela ordem constitucional e os interesses envolvidos, usando como fundamento os valores subjacentes à Constituição.

O peso genérico apenas traça o peso específico que cada princípio vai ter na solução de cada caso concreto. Significa que a restrição de cada interesse é inversamente proporcional ao peso específico e diretamente proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protetor do bem jurídico concorrente.

A solução do conflito está condicionada à forma como se apresentam os interesses e as alternativas pragmáticas viáveis para a resolução do caso em questão. Uma vez que as restrições dadas a cada um desses direitos possuem determinadas características, faz-se necessário alcançar o equilíbrio entre ambos, empregando, neste caso, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Observamos que a ponderação de interesses deve sempre se fundamentar pelos preceitos enfocados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, já que os valores fundamentais estão defendidos na Constituição.

4. DIREITO À INFORMAÇÃO X DIREITO À PRIVACIDADE

A privacidade, muitas vezes, é infringida por informações veiculadas pelos meios de comunicação social, sendo manifesta a tendência da sociedade contemporânea à invasão da

privacidade.

Dessa forma, é necessário delimitar o direito de informação em relação ao direito à privacidade, nas hipóteses em que o exercício daquele colide com o deste.

O direito de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a propagação de informações, por qualquer meio, e sem medo de censura, respondendo cada um pelos abusos que porventura cometer.

O acesso de todos à informação é um direito individual consignado na Constituição Federal, uma vez que todo cidadão tem o direito de saber aquilo que é necessário que ele saiba, para que possa formar a sua opinião e se conduzir como membro da coletividade.

A busca de outros limites intrínsecos à liberdade de informação, no caso da liberdade de imprensa, remete-se à indagação sobre se apenas a informação verdadeira estaria protegida. Coloca-se a indagação sobre se também a informação falsa está protegida pela liberdade de imprensa.

A informação falsa não estaria protegida pela Constituição Federal, em razão da função social da liberdade de informação, que é colocar a pessoa em sintonia com o mundo que o cerca. A publicação, pelos meios de comunicação, de fato que prejudique a outrem gera direito à indenização pelos danos sofridos, admitindo-se, porém, a prova da verdade. Portanto, a publicação da verdade é a conduta que a liberdade proclamada constitucionalmente protege.

Ressalta-se que, apesar do que está expresso pelo constituinte brasileiro, no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, apenas será assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral, nos casos em que não se possa evitar a divulgação de qualquer matéria considerada lesiva. Cabe ao Poder Judiciário, portanto, intervir para que se evite a divulgação de informações que contenha conteúdo ofensivo à privacidade das pessoas, de acordo com o princípio da inafastabilidade do controle judicial, conforme o disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Por isso, nem o direito a privacidade nem o direito à informação podem ser considerados direitos absolutos, pois sujeitam-se à ponderação de interesses no caso concreto em análise, efetuada pelo juiz. Dada a relevância dos valores que colidem, exige-se uma maior cautela na apreciação das circunstâncias relevantes para dirimir o conflito.

Se um cidadão se defronta com uma publicação de uma notícia que viola a sua privacidade, deve lhe ser reconhecido o direito de exigir, sim, pela via judiciária, que a matéria publicada não seja divulgada pelos meios de comunicação. Não se deve esperar que ocorra a consumação do prejuízo ao seu direito fundamental, para apenas depois do ocorrido vir a buscar uma indenização.

Pode-se afirmar, ainda, que no artigo 220, da Constituição Federal, o legislador ao mesmo tempo em que proclama que não haverá restrição ao direito de manifestação de pensamento, criação, expressão e informação, afirma, também, no parágrafo 1º, que nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, ressalva que assim o será, observado o disposto no artigo 5º, incisos IV, V, X, XIII, XIV.

Diante desse artigo 220 da Constituição Federal é que se encontra o limite à liberdade de informação dos meios de comunicação, expresso no inciso X, do artigo 5º, da Carta Magna.

O direito à privacidade, em sentido estrito, é a pretensão do indivíduo de não ser o centro de observação por outrem, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostos a terceiros ou ao público em geral.

A reclusão à vida privada é uma necessidade que todo o indivíduo tem, até mesmo, para a sua própria saúde mental, para alcançar o desenvolvimento livre da sua personalidade. Estar sempre submetido ao crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios.

O direito à privacidade também encontra limites, que resultam da convivência em sociedade e de outros valores constitucionais. É possível que existam interesses públicos, seja por um determinado acontecimento ou por uma determinada pessoa que viva de sua imagem, acolhidos por normas constitucionais, que se sobrepõem ao direito à privacidade.

Dependendo das circunstâncias do caso concreto, a divulgação de notícias relacionadas a uma certa pessoa poderá ser considerada admissível ou não. Da mesma forma, deve ser levada em consideração a maneira como foi relatada a notícia ao público em geral, a finalidade a ser alcançada com a exposição da notícia coletada.

Nada impede que um indivíduo consinta em que se exponham informações ou fatos relacionados à sua pessoa. Porém, o que é de difícil solução é quanto à definição de se houve ou não consentimento tácito na divulgação da notícia ou da imagem que envolve qualquer aspecto da vida privada da pessoa.

Em princípio, quando uma pessoa se encontra em um lugar público está sujeita a aparecer em alguma foto numa revista ou jornal. Haveria, nesse caso, um consentimento tácito na exposição. No entanto, existem posições diferentes, quando se discute se é possível destacar uma pessoa numa paisagem, como, por exemplo, fotografar uma banhista fazendo topless na praia. Alguns entendem que o meio de comunicação que divulgou essa foto, deveria ser condenado por danos morais. Mas o Superior Tribunal de Justiça tem rejeitado os pedidos de indenização por danos morais, pois a banhista teria consentido tacitamente na exposição de sua imagem.

Verifica-se que há uma tendência de se afirmar que é justificável a violação da vida privada da pessoa quando houver interesse público na notícia que expõe o indivíduo. Acontece que interesse público não deve ser confundido com interesse do público. O conceito de notícias de relevância pública corresponde a notícias relevantes, de real importância para a convivência do indivíduo na sociedade.

Na ponderação de interesses entre o interesse público na notícia veiculada e a vida privada do indivíduo, compreende-se que pessoas públicas tenham menor pretensão de afastamento da mídia.

É importante salientar que não basta a veracidade da notícia sobre um indivíduo para que se legitime a divulgação. É necessário que a divulgação da notícia não se destine apenas a atender à curiosidade do público, mas que se dirija à melhor orientação na sociedade em que vive.

Portanto, quando houver o conflito de interesses entre o direito de informação e o direito à privacidade, deve-se analisar a qualidade da notícia a ser divulgada pelos meios de comunicação, para estabelecer se a notícia constitui assunto de interesse do público. Deve ser analisado, ainda, se o interesse público sobreleva a dor que a notícia poderá causar na pessoa.

5. ANÁLISE DO CASO CONCRETO

Para melhor entendimento, com relação à aplicação da ponderação de interesses, cabe aqui a verificação do seguinte caso concreto que deu origem a jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça quando da análise do Recurso Especial nº 58101 – SP, *in verbis*:

Civil. Direito de Imagem. Reprodução Indevida. Lei nº. 5.988/73 (art. 49, I, "f"). Dever de indenizar. Código Civil (Art. 159). A imagem e a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana, e a emanção da própria pessoa, e o eflúvio dos caracteres físicos que a individualizam.

A sua reprodução, conseqüentemente, somente pode ser autorizada pela pessoa a que pertence, por se tratar de direito personalíssimo, sob pena de acarretar o dever de indenizar que, no caso, surge com a sua própria utilização indevida.

É certo que 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; todavia, não se deve exaltar a liberdade de informação a ponto de se consentir que o

direito a própria imagem seja postergado, pois a sua exposição deve condicionar-se à existência de evidente interesse jornalístico que, por sua vez, tem como referencial o interesse público, a ser satisfeito, de receber informações, isso quando a imagem divulgada não tiver sido captada em cenário público ou espontaneamente. Recurso conhecido e provido.

No caso acima específico, o Tribunal entendeu que ao mesmo tempo em que não se deve exaltar o direito à informação, não se pode consentir que o direito à imagem seja preterido, uma vez que a sua exposição deve acarretar grande valor social.

O caráter informativo da referida publicação não poderia ser afastado por mero capricho da parte que defende o direito à privacidade, uma vez que não se pode, em razão do direito de privacidade, estabelecer-se uma grande proteção em torno de um indivíduo, tornando-o isento de qualquer veiculação sobre a sua pessoa ou sobre a sua imagem, como também não se deve exasperar a liberdade de informação fazendo com que o direito à própria imagem seja preterido por atos dos fotógrafos de plantão, porque a sua exposição deve condicionar-se a interesse de cunho jornalístico, tendo como referencial o interesse público, qual seja: a informação; isso quando a imagem divulgada não tiver sido captada em cenário público ou de forma espontânea.

No caso concreto em análise, não se trata de fotografia captada de forma espontânea ou em cenário público, pois a foto fazia parte de um filme comercial, de veiculação específica e determinada, e objeto de contrato que previa a sua exclusividade e que proibia qualquer outra utilização.

Dessa forma, a lesão ao direito à imagem não depende dos fins a que se serviu a cogitada fotografia. Não é relevante se a foto foi ou não utilizada comercialmente, e que tenha ou não, dessa divulgação, acarretado lucro para a revista, porque esses são considerados dados dispensáveis para o aferimento do ato ilícito praticado, que ocorre com a divulgação da imagem, nas circunstâncias apontadas, já que a ofensa é *in re ipsa*, embora não se possa

esquecer que essa espécie de fotografia geralmente acarreta um aumento nas vendas da revista.

O suposto retorno que possa a utilização dessa fotografia trazer financeiramente à revista pode assim dar apenas, e quando muito, a medida de seu enriquecimento ilícito, e servir de base a uma pretensão ressarcitória, mas não constitui elemento imprescindível à caracterização do uso indevido e também não é considerado requisito essencial à existência de dano direto à pessoa retratada.

Por outro lado, verifica-se claramente que o Tribunal aplicou o princípio da informação corretamente e adequadamente ao caso, uma vez que o fato de a recorrente já ter posado outras vezes nua não implica na perda do direito de sua imagem e nem acarreta redução da garantia do seu direito de privacidade.

Da mesma forma, a simples circunstância de que a recorrente possa ser pessoa famosa e conhecida publicamente não leva a afirmar que essa prerrogativa de que se cogita possa ser limitada.

Aliás, diante da análise dos autos, a recorrente é modelo e atriz profissional de sucesso e, assim, é de fácil constatação que vive justamente de sua imagem e dos rendimentos que recebe com o licenciamento do uso de sua imagem.

A popularidade, ao lado de outros fatores, como, por exemplo, o interesse da ordem pública e a presença do indivíduo em cenário público, enquanto obstáculo ao direito à imagem, não se proporciona à indiscriminada utilização dessa, pelo fato somente da notoriedade do recorrente, prevalecendo o respeito à esfera privada do indivíduo e, no âmbito da atividade profissional, aos limites estabelecidos por esses profissionais à divulgação de suas fotografias.

Por outro lado, ainda que se pudesse afirmar que essa matéria é considerada jornalística, não se poderia admitir a publicação da imagem íntima da pessoa, em cena de

nudez, que só foi licenciada para fins específicos.

Diante disso, a conotação eminentemente jornalística deve observar limites que são facilmente perceptíveis em face do caso concreto, extravasando-os, porém, quando ocorreu o apossamento da fotografia reservada a contrato específico, com a publicação de foto da recorrente com os seios desnudos, momento de grande destaque do filme publicitário, situação, que, diante do momento que a recorrente passava, de grande notoriedade, apenas seria permitida mediante contraprestação.

Por óbvio que, numa situação em que determinada publicação pudesse, com efeito, causar prejuízo a imagem de outrem e o dano fosse devastador, a decisão do Tribunal seria diversa da acima apresentada.

Os tribunais brasileiros têm se posicionado em relação aos direitos fundamentais sobre a informação e a privacidade, quando há incidência de ambos no mesmo caso. Primeiro deve-se considerar as circunstâncias do caso concreto; e se uma pessoa tem uma vida pública, como, por exemplo, os artistas de notório conhecimento, é certo que uma matéria jornalística envolvendo aspectos da sua vida particular venha a ser preferida, pois o retratado sobrevive da imagem que ostenta e a sociedade tem o direito de ter informações e de saber se sua vida pessoal corresponde ao que pretende fazer crer. Diferentemente, ocorre quando há revelação de dados íntimos de um indivíduo que não depende profissionalmente de sua imagem pública. Nesses casos não se justificam tais divulgações sobre sua privacidade e muito menos a invasão de sua vida íntima pela imprensa.

Cabe ainda a verificação do caso concreto a seguir que deu origem a jurisprudência no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro na Apelação Cível nº 0047119-71.2008.8.19.0001:

Apelação Cível. Cuida-se de ação, na qual o autor objetiva a retratação da ré, por meio de nova publicação de reportagem em jornal, bem como o pagamento de compensação por danos morais. A responsabilidade civil decorrente de abusos perpetrados por meio da imprensa abrange a colisão de dois direitos fundamentais: a liberdade de informação e a tutela dos direitos da personalidade, que engloba a honra, a imagem e a privacidade, de acordo

com o disposto no art. 5º, X, DA CRFB. Os veículos de imprensa têm o dever de informar, mas a veiculação das reportagens deve ser feita com responsabilidade, mediante a verificação precisa acerca dos fatos e das pessoas envolvidas, a fim de que a público receba informação correta. É certo que o autor sofreu sérios contratemplos em seu ambiente de trabalho, em decorrência da publicação da notícia, que envolveu seu nome em fato depreciativo da sua função de policial militar. Clara foi a lesão à honra do apelado, estando o valor arbitrado, de R\$ 10.000,00, em consonância com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. No que diz respeito à publicação da errata, cumpre dizer que o STF, no julgamento da ADPF 130/DF, publicada em 06 de novembro de 2009, cujo Relator foi o Ministro Ayres Britto, considerou a Lei de Imprensa (Lei nº 5250/67) não recepcionada pelo ordenamento constitucional, sendo que o direito de resposta era previsto expressamente no art. 30 da referida lei. Ocorre que mesmo sem regulamentação legal, o art. 5º, V, da CRFB, que prevê que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem deve ser aplicado, como forma de garantir uma reparação integral pelo dano moral sofrido pelo autor. Nega-se seguimento à apelação, nos termos do art. 557, caput do CPC.

Inicialmente, cumpre dizer que embora o direito à informação e a liberdade de expressão sejam direitos fundamentais, conforme previsão no art. 5º, IX e XIV da CRFB, tais direitos não são absolutos, podendo sofrer limitação. A responsabilidade civil decorrente de abusos perpetrados por meio da imprensa abrange a colisão de dois direitos fundamentais: a liberdade de informação e a tutela dos direitos da personalidade, que engloba a honra, a imagem e a privacidade, de acordo com o disposto no art. 5º, X da CRFB.

A atividade jornalística deve ser livre para informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito. Contudo, a divulgação de notícias sem a verificação da sua veracidade expõe indevidamente a intimidade ou acarreta danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. É preciso que haja uma ponderação de interesses, para que um direito fundamental não se sobreponha ao outro.

A veiculação das reportagens deve ser feita com responsabilidade, a fim de que o público receba informação correta. Nota-se que a ré limitou-se a argüir que prestou a informação conforme lhe havia sido noticiado.

Portanto, ficou demonstrado que o autor sofreu sérios contratemplos em seu ambiente de trabalho, em decorrência da publicação da notícia, que envolveu seu nome em fato depreciativo da sua função.

CONCLUSÃO

Em suma, em virtude de toda a pesquisa, em torno do tema proposto, deve-se agora, concluir todas as etapas que se buscou enfatizar com total clareza, para uma verdadeira compreensão do assunto.

Observa-se que os Direitos Fundamentais conseguiram alcançar as metas almejadas, no decorrer do seu processo histórico, através das gerações que intensificaram ainda mais o seu real valor, tendo como início de sua consagração com as primeiras constituições liberais, até a sua vigência na Constituição Brasileira de 1988.

O próprio processo de constitucionalização dos Direitos Humanos transformados em Direitos Fundamentais demonstra a preocupação desses direitos com o bem estar social do cidadão, em busca da dignidade.

A concretização não só dos Direitos Fundamentais, mas também dos Direitos Humanos, no Direito Brasileiro, exige uma democracia material e cotidiana, pois é através dela que os preceitos da dignidade humana poderão ser verdadeiramente reconhecidos.

Tal fato se comprova, quando os Direitos Fundamentais têm seu significado contemplado com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, que lhes confere eficácia imediata, impondo a estes as chamadas cláusulas pétreas.

Esses direitos possuem restrições limitadas, e tais limites, referem-se à proteção mínima do núcleo essencial do direito fundamental. Embora o texto constitucional brasileiro

não tenha consagrado expressamente a idéia de um núcleo essencial, afigura-se inequívoco que tal princípio decorre do modelo garantístico utilizado pelo constituinte.

É de se acrescentar que, em uma Constituição reconhecida como norma fundamental, é cabível a diferenciação entre as regras e os princípios. Em um eventual conflito de princípios incidentes sobre uma situação concreta, a solução não será aquela aplicada nos casos de conflito entre regras, pois diante de sua maior importância, no conflito entre princípios, devemos buscar a conciliação entre eles, sem que um deles seja excluído do ordenamento jurídico em razão de uma contradição com o outro.

Dessa forma, o conflito de direitos fundamentais, em vista de seu caráter principiológico, está inserido no conflito de princípios, cuja solução encontrada está não na primazia de um direito em face do outro, mas sim na ponderação dos direitos em colisão.

Essa característica dos princípios de funcionarem como mandados de otimização lhes revela um caráter *prima facie*. Significa que o conhecimento da abrangência de um princípio, de todo o seu significado jurídico, não implica de forma imediata na leitura da norma que o consagra, mas deve ser complementado pela consideração de outros fatores. Nesse sentido, a normatividade dos princípios é provisória.

Com a aplicabilidade do juízo de ponderação e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, os direitos fundamentais devem ser harmonizados, para preservar os bens juridicamente tutelados.

Dessa forma, o direito à privacidade impede que divulguem dados não autorizados acerca de uma pessoa a terceiros. Todavia, esse direito pode ceder, em determinadas situações, a um valor, como a liberdade de expressão, que no caso concreto se revele preponderante, de acordo com um juízo de ponderação.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *A Quinta Geração de Direitos Fundamentais*. Revista Direitos Fundamentais & Justiça. Rio Grande do Sul, n.3, abr/jun, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martines; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial 8101/SP. Relator Min. Cesar Asfor Rocha, Brasília, DF, DJU: 16/09/1997. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=58101&b=ACOR.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0047119-71.2008.8.19.0001. Rel. Des. Carlos José Martins Gomes, Rio de Janeiro, RJ, DJU: 09/09/2010. Disponível em: <http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003ED9E6F64A82110B98F74A9BDFAA93BEFF4C4024E6015>.

CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra – Portugal: Almeida, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direitos Fundamentais: Conflitos & Soluções*, Niterói: Labor Juris, 2000.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.