



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO
FRENTE A INVIOABILIDADE DA VIDA PRIVADA

Mariana Manteca Guimarães

Rio de Janeiro
2021

MARIANA MANTECA GUIMARÃES

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO
FRENTE A INVIOABILIDADE DA VIDA PRIVADA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Maria Carolina Cancellia Amorim

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro

2021

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO FRENTE A INVIOABILIDADE DA VIDA PRIVADA

Mariana Manteca Guimarães

Graduada em Publicidade pela PUC-RIO.
Graduada em direito pela Universidade
Cândido Mendes. Advogada.

Resumo - A discussão sobre a responsabilidade civil frente a inviolabilidade da vida privada coloca um enorme desafio para os intérpretes das normas do ordenamento jurídico. Isso porque há um liame muito sutil para distinção dos atributos dos preceitos constitucionais que fazem com que um direito seja mais valorado do que outro, de maneira a não ser claro qual hierarquização usar, ou seja, qual valoração atribuir ao direito à liberdade de informação e a inviolabilidade da vida privada. Sendo assim, o presente trabalho possui o objetivo de, a partir da perspectiva constitucional, propor um debate acerca da necessidade da análise do caso concreto para que haja ponderação de requisitos que façam com que haja uma escolha mais acertada dentre as garantias constitucionais em embate. É proposta uma reflexão quanto aos conceitos de privacidade, liberdade, público e privado, de maneira a buscar formar um entendimento, a partir de princípios constitucionais, de que a Constituição abraça a liberdade de informação e a inviolabilidade da vida privada, mas, em casos de não repercussão, interesse social ou falta de apuração da busca pela verdade real, faz-se necessário valorar a intimidade frente a exposição. Contudo, haverá ponderação sobre o tema através da apresentação de diferentes posicionamentos de doutrinadores, trazendo discussão jurídica e fomentando a necessidade de buscar uma solução ou uma relativização.

Palavras-chave – Responsabilidade Civil. Inviolabilidade. Informação. Privacidade. Liberdade.

Sumário – Introdução. 1. O sentido da liberdade de informação e da inviolabilidade da vida privada no viés constitucional. 2. Análise do limite entre o público e o privado. 3. Responsabilidade civil constitucional como ponderação de conflitos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como proposta analisar os limites e consequências estabelecidas frente a liberdade de expressão\ informação, isto é, propõe um debate com objetivo de analisar a responsabilidade civil na liberdade de informação frente a inviolabilidade da vida privada.

A Constituição da República Federativa do Brasil é o principal plano de fundo desta temática, dado ter abraçado a inviolabilidade da vida privada como um direito fundamental, nos termos do artigo 5º, inciso X. Porém, ainda que o texto constitucional trate sobre o tema, o mesmo não fora exaurido em todas as suas peculiaridades e consequências práticas.

Isso porque em que pese haja explícita noção de que a inviolabilidade da intimidade é um direito constitucionalmente respaldado, há que se sopesar que a realidade fática caminha na contramão desse contexto constitucional, que estabeleceu como garantia fundamental a inviolabilidade da vida privada.

Diante disto, faz-se necessário suscitar o debate acerca do tema, uma vez que notícias que afetam ou até mesmo ferem o direito a intimidade e a privacidade são constantemente compartilhadas, em especial na internet.

Em consequência disso, propõem-se um debate ponderado, de maneira a entender como seria possível conciliar a inviolabilidade da privada com a liberdade de expressão, também abraçada pelo texto constitucional, no artigo 5º, inciso XIV.

Diante disto, resta claro que o presente tema tem especial importância no cenário atual, onde a internet vem se tornando um forte veículo de absorção de conteúdo e notícias, bem como torna sutil o limite entre vida pública e vida privada. Em decorrência disso, esta temática encontra como plano de fundo a dicotomia da liberdade de expressar opiniões e informações em ambientes informais, como as redes sociais, e de outro lado a necessidade de se respeitar garantias fundamentais, como é o caso da intimidade e da vida privada.

Com isso, o presente artigo tem como primeiro enfrentamento o sopesamento dos direitos e garantias fundamentais abraçados pela Constituição, o que é feito no primeiro capítulo, demonstrando o sentido da liberdade de informação e da inviolabilidade da vida privada no viés constitucional. Em seguida, no segundo capítulo, é questionada a possibilidade de conciliar tais direitos, impondo a eles limites. Por fim, no terceiro capítulo, a ponderação é colocada como método de solução de conflito a partir da responsabilidade civil constitucional.

Desta forma, o objetivo deste artigo é demonstrar que no cenário atual, onde a mídia digital se tornou uma das principais modalidade de formação de conteúdo, faz-se necessário delimitar o tema, para compreender qual limite deve ser dado a liberdade para que não deixe de garantir outros direitos fundamentais, que seriam a intimidade e a vida privada.

Cumprе esclarecer que o objetivo específico de cada capítulo, respectivamente, é: demonstrar que a liberdade de informação e a inviolabilidade de vida privada são preceitos constitucionais que serão discutidos e delimitados; demonstrar, também, que a liberdade de expressão será dada com a mesma proporção que a punição legal, caso essa liberdade fira outras garantias fundamentais, bem como será colocada a ponderação de

interesses como método de solução de conflito, de maneira que nenhum direito será excluído, mas sim delimitado.

Para isso, o presente artigo utiliza a metodologia dedutiva e qualitativa, de modo que a doutrina é o embasamento das ideias contidas ao longo deste trabalho. Isso porque o intuito é analisar profundamente a presente temática no viés constitucional, utilizando-se do aparato legal vigente, bem como do entendimento de renomados doutrinadores.

1. O SENTIDO DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E DA INVIOLABILIDADE DA VIDA PRIVADA NO VIÉS CONSTITUCIONAL

O artigo 5^o, inciso X, da Constituição Federal preceitua que a intimidade e a vida privada são invioláveis. Desta forma, faz-se necessário compreender que a intimidade e a vida privada são garantias constitucionais indevassáveis, não devendo suprimi-las ou revelá-las sem consentimento.

A liberdade de expressão constitui uma das características das atuais sociedades democráticas e deduz-se da liberdade de manifestação do pensamento². Isto é, a liberdade de expressão e informação é compreendida como direito subjetivo fundamental assegurado a todo cidadão, consistindo na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, ideias e opiniões através da palavra, escrita, imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como no direito de comunicar ou receber informação verdadeira, sem impedimentos ou discriminações.

Então, a liberdade de expressão tem por base a liberdade quanto ao indivíduo em si, na sua manifestação, seja de forma privada ou pública, buscando, recebendo e propagando informações e ideais, através de qualquer meio de comunicação. Porém, é necessário ponderar que tal garantia constitucional não é absoluta, sendo limitada pelo abuso de outras garantias constitucionais.

Essas garantias são os direitos da personalidade, que estão consagrados no artigo 5^o, inciso X³ da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, são eles: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Cabe destacar que o direito à honra possui duas características essenciais, a de que seu fundamento advém do

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

²FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2 ed. Porto Alegre, Editor Sérgio Antonio Fabris, 2000, p. 128.

³BRASIL, op. cit. nota 1.

princípio da dignidade da pessoa humana, sendo um atributo inerente a qualquer pessoa, e a de que o conteúdo reporta-se a honra objetiva e subjetiva⁴.

Já o direito a imagem versa sobre atributos físicos sendo, por isso, um direito autônomo, dado diferir dos outros direitos da personalidade, em virtude de que é disponível. E, por fim, o direito à vida privada é subjetivo e está intimamente ligado ao direito à intimidade, como também aos direitos fundamentais da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, previstos no inciso XII do artigo 5^o da Constituição Federal. Sendo assim, o direito à intimidade visa proteger o indivíduo dos riscos oriundos da pressão social, em determinadas situações, para que o indivíduo seja deixado em sossego, como exigência moral, constituindo um direito de inibir a indiscrição alheia sobre sua privacidade⁶.

Diante disto, em que pese os direitos da personalidade sejam consagrados como direitos fundamentais, assim como o direito à liberdade de expressão, e, por terem a mesma hierarquia, não se sobrepõem a nenhum direito fundamental, os direitos da personalidade, são limitadores ao direito à liberdade de expressão. A própria Constituição Federal impôs limites materiais na ponderação de seus direitos e garantias, isso porque os limites materiais atribuem a determinados conteúdos da Constituição uma super-rigidez, impedindo sua supressão⁷.

Por tudo isto, em que pese o impedimento de supressão destas garantias e em que pese, também, a existência do pensamento de que as cláusulas pétreas têm hierarquia superior as demais garantias constitucionais ou frente a outras normas vigentes, há que se ponderar a inexistência de hierarquia entre normas originárias, em congruência ao princípio da unidade Constitucional. Com isso, cabe destacar que de fato há proteção especial as cláusulas pétreas, o que sobrelevam seu status político ou sua carga valorativa, com importantes repercussões hermenêuticas, mas não lhes atribui superioridade jurídica.

Nesta esteira, o Artigo 60, §4^o, inciso IV⁹, da Constituição Federal, indica que não será objeto de deliberação emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais. Com isso, deve-se interpretar tal artigo de maneira equilibrada, ao passo

⁴ FARIAS, op.cit. p.128.

⁵ BRASIL, op. cit. nota 1.

⁶ STOFFEL, Roque. *A colisão entre direitos de personalidade e direito à informação*. São Leopoldo: Unisinos, 2000, p.27.

⁷ BARROSO, Luís Roberto *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.167.

⁸ BRASIL, op. cit. nota 1.

⁹ Ibid.

que se deve buscar garantir a proteção dos direitos fundamentais, em especiais aqueles abraçados pela Constituição Federal como cláusulas pétreas, mas, de outro lado, não deve prestar-se a uma inútil muralha contra o vento e a história, petrificando determinado *status quo*¹⁰.

Por tudo isto, aplicando a teoria à prática civil, cabe destacar que em que pese a Constituição Federal estabeleça como garantia fundamental a inviolabilidade da vida privada, nota-se, nos meios de comunicação de massa, em especial os digitais, como, por exemplo, as redes sociais, uma forte tendência a publicação e compartilhamento de notícias que ferem frontalmente tal garantia constitucional. Isso porque a própria Constituição Federal assegura, também, em seu Artigo 5º, inciso IX¹¹, a liberdade de expressão.

O que também é ratificado no Artigo 5º, inciso XIV¹², da referida Magna Carta, que prevê o livre acesso à informação e o resguardo da fonte. Em consequência disso, há duas garantias fundamentais confrontadas, qual seja a liberdade de informação e a inviolabilidade da vida privada.

Dito isto, faz-se necessária a compreensão dos conceitos para melhor análise e ponderação técnica. A privacidade, então, seria um direito fundamental integrante da personalidade, dos atributos mais próximos da dignidade da pessoa humana¹³. O que se assemelharia a intimidade, que seria um conceito mais restritivo dentro do próprio conceito de privacidade, onde poucas pessoas têm acesso.

O conceito de privacidade seria regido pelo princípio da exclusividade, que, por sua vez, importa na solidão, no segredo e na autonomia. Em contrapartida, tudo aquilo que é noticiado se torna público, deixa de ser íntimo ou privado, de onde se conclui que, nessa área, permitir a informação é eliminar a privacidade, sacrificar irremediavelmente o direito a intimidade¹⁴.

A liberdade de expressão, por sua vez, seria conceituada como um direito de expor livremente uma opinião, um pensamento, uma ideia, seja ela política, religiosa, artística, filosófica ou científica. Dessa forma, qualquer pessoa teria, em tese, o direito de expor livremente suas ideias, os seus pensamentos, as suas convicções, respeitada, a toda evidência, a inviolabilidade da vida privada de outrem.

¹⁰ BARROSO, op.cit. p.169.

¹¹ BRASIL, op. cit. nota 1.

¹² Ibid.

¹³ FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 14 ed. São Paulo, Atlas, 2020, p.136.

¹⁴ Ibid, p.137.

Por fim, cabe conceituar a liberdade de informação, que seria o direito de informar e receber livremente informações sobre fatos, acontecimentos, dados, objetivamente apurados. O que difere do último conceito apresentado, que coloca a liberdade de expressão frente a ideias sem compromisso com a verdade ou com a imparcialidade. Isso porque quem divulga uma informação, divulga a existência de um fato, a ocorrência de um acontecimento, de um trecho da realidade, dados objetivamente apurados, e, por isso, há cristalino compromisso com a verdade e a imparcialidade¹⁵.

Então, a verdade pode ser interpretada como uma limitação material a liberdade de informação, isso porque a liberdade de informação deve sucumbir perante a notícia inverídica. Porém, o contrário dessa assertiva não se aplica, ao passo que a veracidade da notícia não confere a ela inquestionável licitude, muito menos transforma a liberdade de imprensa em um direito absoluto e ilimitado¹⁶.

Sendo assim, a Constituição Federal não deve abdicar de preservar seus preceitos fundamentais, mas não deve ter a pretensão de suprimir a deliberação majoritária legítima dos órgãos de representação popular, juridicizando além da conta o espaço próprio da política¹⁷.

Frise-se: o juiz constitucional não deve ser prisioneiro do passado, mas militante do presente e passageiro do futuro¹⁸. Por isso, a liberdade de informação não deve ser plena e irrestrita, de modo que a sua primeira limitação é a verdade.

2. ANÁLISE DO LIMITE ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

O grande problema referente a presente temática gira entorno do entendimento de onde termina o que é privado e onde começa o que é público. Dessa forma, é importante compreender que limite não é uma barreira física, de modo que não há distinção clara e objetiva entre vida privada e vida pública, isto é, não há dois polos distintos de convivência social¹⁹.

Isso porque a fronteira entre a vida pública e a privada é, muitas vezes, difusa, diluída, principalmente para as pessoas de notoriedade pública²⁰. Entende-se que, para o

¹⁵ FILHO, op. cit. p.136.

¹⁶ Ibid, p.137.

¹⁷ BARROSO, op. cit. p.169.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ FILHO, op. cit. p.145.

²⁰ Ibid.

desempenho de algumas atividades expostas ao público, o indivíduo necessita abdicar de parte da sua privacidade, o que não significa redução drástica ou total.

Pelo contrário, há uma redução espontânea dos limites da privacidade²¹, de modo que não há perda do direito a intimidade, havendo, apenas, a imposição do limite frente ao que é confidencial. O que, em regra, não deve haver interesse público em ter acesso a tal tipo de informação.

Nesse ponto, faz-se necessário distinguir aquilo que é vida interior e o que é vida exterior. Isso porque o primeiro conceito se debruça sobre a pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, e integra o conceito de vida privada²², inviolável, nos termos do próprio texto constitucional. Já o segundo conceito, externo, seria aquilo que envolve as pessoas nas redes sociais e nas atividades públicas.

Por isso, a pessoa pública, que exerce atividade pública, não perde seu direito à privacidade, visto que sua vida interior deve ser preservada. Dito isto, a distinção entre o conceito interno e externo deve ser aplicada de maneira macro ao longo da presente temática.

Por exemplo, conflito entre liberdade de expressão ou liberdade de informação frente ao direito a intimidade. Neste cenário, não bastará apenas o elemento subjetivo da notícia, que seria a notoriedade da pessoa noticiada, para que esta notícia possa ser publicada, de modo que deverá haver presença do elemento objetivo, qual seja o interesse público da notícia, que deve ter conexão com a atividade desenvolvida²³.

Frise-se que a revelação, por parte da imprensa neste exemplo dado, de fatos da vida íntima de pessoas públicas deve passar pelo crivo do que é interesse público sobre a informação veiculada, para que seja possível sopesar qual dos direitos deve ter maior prevalência sobre o outro no caso concreto.

Deve haver relevância para a sociedade dado não haver separação absoluta e intransponível entre vida privada e vida pública. O que é brilhantemente destacado pelo Doutrinador Sergio Cavalieri:

A mera curiosidade movida pelo diletantismo de alguns, tanto na divulgação, quanto na busca de fato que expõem indevidamente a vida íntima, notadamente daquelas pessoas com alguma notoriedade no corpo social, não pode ser encarada como interesse social, a justificar a atenção dos organismos de imprensa.²⁴

²¹ FILHO, op. cit. p.145

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid, p.146.

Haverá condutas na vida privada que prenunciarão comportamentos da vida pública, de maneira que, em muitos momentos, a vida privada se misturará com a vida pública. Neste momento, os aspectos da vida privada não podem prejudicar o interesse público, nem muito menos servir de escudo para investigações, motivo pelo qual a revelação desta informação passa a ser de interesse público²⁵.

Além do interesse público, outro evidente limite é o respeito, apontado pela doutrina e pela jurisprudência como sendo *animus injuriandi vel diffamandi*. Isto é, a crítica jornalística não pode ser utilizada com propósito de ofender e desrespeitar, de modo que não deve haver abuso da liberdade de expressão ao ponto que fira a barreira da licitude. O que é muito bem ponderado pela Ilustre Ministra Nancy Andrighi:

Em se tratando de questões políticas, e de pessoa pública, como o é um Senador da República, é natural que haja exposição à opinião e crítica dos cidadãos, da imprensa. Contudo, não há como se tolerar que essa crítica desvie para ofensas pessoais. O exercício da crítica, bem como o direito à liberdade de expressão não pode ser usado como pretexto para atos irresponsáveis, como os xingamentos, porque isso pode implicar mácula de difícil reparação à imagem de outras pessoas - o que é agravado para aquelas que têm pretensões políticas, que, para terem sucesso nas urnas, dependem da boa imagem pública perante seus eleitores²⁶.

Por tudo isto, deve-se impor o limite do interesse público e do respeito, buscando afastar o ativismo da liberdade de expressão absoluta criado principalmente no ambiente virtual da internet.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL CONSTITUCIONAL COMO PONDERAÇÃO DE CONFLITOS

Os Tribunais enfrentam questões relevantes e alarmantes à liberdade de expressão, matéria que tem como plano de fundo principal o Direito Constitucional, o que acaba por influenciar a formação da vida política e democrática. Isso porque a definição dos limites de liberdade frente a privacidade e intimidade de imprensa e da liberdade artística em relação direitos de personalidade, notadamente em relação ao direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, assevera fundamental discussão acerca da colisão de direitos individuais.

²⁵ FILHO, op. cit. p.146

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1328914/DF. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uemcial=34221657&num_registro=201200580657&data=20140324&tipo=51&formato=PDF>.

A colisão entre direitos fundamentais pode ser decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares, bem como entre direitos individuais do titular e bens jurídicos da comunidade²⁷. Dessa forma, a colisão ocorre quando um direito fundamentalmente individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito de mesma qualidade, como, por exemplo a contrariedade entre a liberdade artística, intelectual, científica ou de comunicação e a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas²⁸.

Esclareça-se que em situações de conflito entre a liberdade expressão e o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, o texto constitucional não concebe de maneira expressa que a liberdade de expressão seria um direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo. Em consequência disso, é possível impor limitações à liberdade de expressão desde que estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades deve observar o texto constitucional.

Neste cenário, faz-se necessário ponderar tal aplicabilidade na relação entre liberdade de expressão e as novas tecnologias, que por si só parece ambígua. Até mesmo porque os avanços tecnológicos ligados à internet e à cultura digital não resultaram apenas na abertura de espaços inteiramente novos para o intercâmbio de informação e ideias, mas também em uma alteração na própria forma de se comunicar²⁹.

Houve profunda alteração na mentalidade e nos hábitos, ao passo que a antiga estrutura unilateral dos meios tradicionais de comunicação de massa vem sendo substituída por meios que permitam aos indivíduos participar ativamente não apenas na seleção dos conteúdos, mas na própria construção e difusão dos mesmos. Isto é: o público deixou de ser mero destinatário para se transformar em uma espécie de coautor do discurso comunicativo³⁰.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que os avanços tecnológicos abriram novos espaços de comunicação e suscitaram a esperança de criação de uma espécie de olimpo da liberdade de expressão³¹, há opressão e silenciamento de direitos fundamentais, que são feridos nessa batalha entre liberdade de expressão e inviolabilidade da vida privada.

²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1986, p. 643

²⁸ FARIAS, op. cit., p. 94.

²⁹ SCHREIBE, Anderson. *Direto e mídia: tecnologia e liberdade de expressão*. 1 ed. São Paulo: Editora Foco, 2020, p.1.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

Nesse contexto, o Direito enfrenta desafios ao passo que ameaça o território livre da internet, mas também, por outro lado, tenta aplicar ao caso concreto os preceitos constitucionais. Em consequência disso, uma decisão judicial que se aventure, por exemplo, a interferir na publicação de conteúdo no campo das redes sociais pode ser taxada como censura ou, então, é (des)qualificada como uma intervenção³².

Ocorre que violação a direitos e conflitos entre indivíduos podem ocorrer em qualquer esfera da atuação humana, e na internet isto não deveria ser diferente. Até mesmo porque impedir a intervenção do Direito em absoluto acaba por significar, quase sempre, deixar que esses conflitos se resolvam na força³³, o que implica, na maioria dos casos, no desrespeito a direitos fundamentais.

Diante disto, a internet não pode ser vista como um ambiente em que seus usuários toleram ou aceitam violações a direitos fundamentais, sob pena de, em pouco tempo, tais violações estarem preenchendo a maior parte da sua vida cotidiana³⁴. Por isso, enxergar a internet como ambiente imune ao arcabouço jurídico seria um enorme retrocesso na evolução da ciência jurídica contemporânea.

Desta feita, cabe analisar a presente temática no viés constitucional dado que a Constituição da República Federativa do Brasil figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Isto é: a Constituição funciona como um parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional e como vetor de interpretação de todas as normas do sistema³⁵.

Em consequência disso, a Constituição é empregada diretamente na resolução das mais variadas questões a serem resolvidas nos tribunais, principalmente em razão de sua preocupação central com os direitos fundamentais. Isso porque a Constituição vai além da ordem, unidade e harmonia, uma vez que possui um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados³⁶.

Ocorre que, ainda que haja clara sensibilidade da Constituição em entender e harmonizar todas as regras, direitos e fundamentos, a mesma não tratou com hierarquia

³² SCHREIBE, op. cit. p.3.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid, p.8.

³⁵ BARROSO, op. cit. p.364.

³⁶ Ibid.

sobre os direitos nela expressos. O que faz compreender que o texto constitucional aplica a ponderação como solução de conflitos entre os direitos ali existentes.

A ponderação, então, consiste na técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostra insuficiente³⁷. Essa insuficiência, muitas vezes, está ligada ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferentes ou até mesmo pela falta de definição clara e objetiva sobre alguns preceitos fundamentais.

Aliado a isso, existem os princípios constitucionais, que no momento em que entram em contato com as situações concretas, seu conteúdo se preencherá de real sentido³⁸. Desta feita, o Ministro Luís Roberto Barroso, em seu livro “Curso de Direito Constitucional” explicitou sobre como deve ser feito o sopesamento de valores constitucionais para julgamentos mais acertados:

Nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor a proporcionalidade e a razoabilidade³⁹.

Com isso, resta claro que para aplicar a razoabilidade e a proporcionalidade dentro da presente temática, deve-se, primeiramente, preencher as lacunas legislativas a partir da interpretação de que a inviolabilidade da vida privada deve ser valorada frente a indiscriminada liberdade de expressão, principalmente no ambiente virtual.

Essa ponderação deve ser feita na análise do caso concreto no sentido de compreender o interesse público, a relevância social e a licitude da conduta. Preenchendo todos os requisitos é possível ponderar a liberdade de expressão frente a inviolabilidade da privada, ao contrário disso, este último direito deve ser mais valorado.

Frise-se que há responsabilização civil para casos de lesões a direitos fundamentais, mas, apesar dos esforços doutrinários no sentido de se buscar meios pecuniários de reparação a casos concretos em que já houve desrespeito a um dos direitos fundamentais, a grande parte dessas responsabilizações pelos danos extrapatrimoniais sofridos reverte-se em compensação pecuniária.

³⁷ BARROSO, op. cit. p.335.

³⁸ Ibid, p.336.

³⁹ Ibid.

Desta forma, tutelar os direitos a personalidade apenas no momento patológico acabaria por subverter completamente os valores constitucionais, admitindo-se uma inaceitável mercantilização dos direitos da personalidade⁴⁰. Em outras palavras, estaria autorizada a violação aos direitos fundamentais desde que o ofensor fosse capaz de pagar por eles, motivo pelo qual é necessário aplicar a ponderação antes do fato, isto é, haver uma tutela preventiva no sentido de deixar claro qual valor é aplicado a cada direito e qual será mais valorado frente ao outro em caso de confronto de direitos.

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou enfatizar sobre a latente necessidade de olhar atentamente para as demandas sociais e entender que algumas garantias constitucionais devem ser esmiuçadas para que se possa, na resolução de um caso concreto, sopesar direitos e fazer escolhas mais acertadas.

O cenário por de trás da presente temática é, com maior ênfase, a internet, que hoje é um dos principais meios de comunicação de massa. E é nesse cenário que a defesa pela liberdade de expressão ganha força, ao passo que se trata de um espaço considerado território livre.

Desta feita, uma decisão judicial que se aventure, por exemplo, a interferir na publicação de conteúdo no campo das redes sociais, dos motores de busca ou dos aplicativos de mensagens é quase sempre taxada como censura ou, no mínimo, (des)qualificada como uma intervenção imprópria em um universo que seria, por definição, governado pela liberdade absoluta.

Como sabido, em qualquer campo da atividade humana poderá haver colisão de direitos fundamentais, e é o que ocorre no ambiente virtual da internet. É certo que há quem sustente que a violação a direitos fundamentais na internet configura uma espécie de risco inerente a estar conectado, ocorre que estar conectado hoje não é mais um ato livre de escolha, dado que hoje é imprescindível para a realização de atos corriqueiros a utilização da internet.

A internet não é imune a incidência das normas constitucionais que estabelecem, claramente, a proteção a liberdade de expressão, mas também, em igual medida, de outros direitos fundamentais, como é o caso da inviolabilidade da vida privada. Com isso, parece ser evidente que nem o legislador, nem o poder judiciário podem criar uma preferência

⁴⁰SCHREIBE, op. cit. p.49.

abstrata e geral em favor de um ou de outro direito fundamental, isso porque todos devem ser tutelados em máxima medida.

O presente estudo, então, indicou a técnica de ponderação como forma de solucionar o presente conflito, ocorre que esta técnica impõe desafios, sendo o maior deles a imprevisibilidade latente quanto ao resultado do julgamento que será proferido em caso de colisão de direitos fundamentais. Essa imprevisão pode ser diminuída com parâmetros doutrinários e jurisprudências.

A imprevisibilidade latente do método ponderativo não representa uma razão para não aplicar, mas sim uma razão para aplicá-lo mais, isso porque é a repetição de casos que assegura a todos a previsibilidade esperada. Nesse cenário, o direito não deve ser visto como inimigo da liberdade de expressão, mas, ao contrário, como instrumento imprescindível para garantir a tutela e promoção das garantias fundamentais.

Daí a necessidade de haver uma tutela preventiva no sentido de esclarecer qual valor é aplicado a cada direito e qual será mais valorado frente ao outro em caso de confronto de direitos, motivo pelo qual se faz necessário pensar em instrumentos que incentivem a participação dos próprios agentes econômicos que atuam, por exemplo, na internet.

Até mesmo porque isso não deve ser confundido com uma imposição de ingresso em juízo para solucionar conflitos que se instaurem na internet ou em novos ambientes comunicativos inaugurados pelos avanços tecnológicos. Pelo contrário, o poder judiciário não detém a celeridade necessária para tutelar os direitos fundamentais e a liberdade de expressão no universo dinâmico e difuso da rede.

Desta forma, a ponderação deve ocorrer mediante a análise de fatores objetivos, quais sejam: a veracidade da informação, a justificativa para veiculação ou publicização, o grau de coincidência do indivíduo, a publicidade da pessoa ou do local, o grau de preservação do contexto e da apuração dos fatos, o grau de publicidade da pessoa e devida utilização de sua imagem.

São diferentes pontos que devem ser analisados quando escolher que um direito fundamental será violado em detrimento de outro, e a inviolabilidade da vida privada e da intimidade deve ser respeitada até o limite do possível de modo que apenas em situações que preencham todos os requisitos acima descritos é que se compreende que a publicidade de tal fato deva ser superior a privacidade do mesmo.

Ocorre que no ambiente virtual a violação desses direitos acaba por ser o maior, motivo pelo qual careceu de sanções até mesmo penais para coibir a prática, como foi o

caso, por exemplo, da Lei Carolina Dieckmann. Desta feita, busca-se alcançar a proporcionalidade, visto que somente havendo indenização pecuniária e penas previstas em lei para buscar reparar quem teve sua honra (externa/interna) afetada.

Por tudo isto, resta claro que a tutela e a promoção do sopesamento dos direitos fundamentais, a partir da ponderação, não se alcança por meio do afastamento do direito, mas sim por meio de seu continuado desenvolvimento técnico e da sua efetiva aplicação.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto, 1992, *apud* SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. *Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direitos-fundamentais-a-evolucao-historica-dos-direitos-humanos-um-longo-caminho/>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 ago. 2020.

_____. *Supremo Tribunal de Justiça*. REsp. nº 1328914/DF. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/media do/?componente=ATC&sequencial=34221657&num_registro=201200580657&data=20140324&tipo=51&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/media%20do/?componente=ATC&sequencial=34221657&num_registro=201200580657&data=20140324&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em 25 jul. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1986.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2º ed. Porto Alegre, Editor Sérgio Antonio Fabris, 2000

FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 14 ed. São Paulo, Atlas, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHREIBE, Anderson. *Direito e mídia: tecnologia e liberdade de expressão*. 1 ed. São Paulo: Editora Foco, 2020.

STOFFEL, Roque. *A colisão entre direitos de personalidade e direito à informação*. São Leopoldo: Unisinos, 2000.