

LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO PENSAMENTO X INVIOABILIDADE DA VIDA PRIVADA: A PONDERAÇÃO DOS BENS JURÍDICOS ATRAVÉS DA PROPORCIONALIDADE

Talles Arthur Araújo de Macêdo¹
Matusalém Jobson Bezerra Dantas²

RESUMO

Analisa-se importância dos princípios constitucionais para o atual estágio do direito constitucional brasileiro e a inevitável colisão entre tais normas jurídicas. Será abordada a frequente colisão entre a liberdade de expressão do pensamento e a inviolabilidade da vida privada, ambos albergados em nossa Constituição da República. Os mandamentos constitucionais em estudo serão ponderados através do postulado normativo da proporcionalidade, passando pelos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, para que o intérprete e aplicador do direito exerça a função jurisdicional que o Estado lhe confere de maneira proporcional e justa. Restando, ainda, breve análise sobre o direito de estar só, direito de ser deixado em paz, também denominado pela doutrina como direito ao esquecimento.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Inviolabilidade da vida privada. Ponderação. Postulado normativo. Proporcionalidade.

FREEDOM OF EXPRESSION OF THOUGHT X INFRINGEMENT OF PRIVATE LIFE: THE LEGAL CONSIDERATION OF GOODS THROUGH THE PROPORTIONAL.

ABSTRACT

We analyze the importance of constitutional principles to the current stage of the Brazilian constitutional law and the inevitable collision between such legal rules. Frequent collision between the freedom of expression of thought and the inviolability of private life, both housed in our Constitution will be addressed. The constitutional commandments in the study will be weighted by the normative postulate of proportionality, passing the tests of suitability, necessity and proportionality in the strict sense, so that the interpreter and applying the law to exercise judicial function that the State gives proportionately and fairly. Still remaining brief analysis of the right to be alone, right to be left alone, also known as the doctrine of right to oblivion.

Keywords: Freedom of expression. Inviolability of private life. Weighting. Normative postulate. Proportionality.

¹ Estudante de direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: macedotalles@hotmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: matusalemdantas@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

No sistema jurídico tradicional as regras ganharam maior importância que os princípios jurídicos, porém, no que a doutrina chama de constitucionalismo contemporâneo, os princípios passaram a ter força normativa, a concepção clássica de fontes subsidiárias do direito foi ultrajada. Referido *status* de norma trouxe inúmeros benefícios para o Ordenamento jurídico, não só no campo teórico como também na prática da ciência.

Contudo, ressalte-se, esse *status* de norma que os princípios passaram a ter fez com que no caso concreto possam existir colisões, tendo em vista que trazem valores distintos albergados na Constituição da República. Em tese, os princípios se ombreiam, pois vivem harmonicamente no corpo da Constituição, dificultando a ação do intérprete no caso de colisão de escolher o princípio ou direito a prosperar.

Mais especificamente, aponta-se o conflito entre os princípios da liberdade de expressão do pensamento e a inviolabilidade da vida privada, tão presentes no dia-a-dia de todos os cidadãos, notadamente numa era digital, com explosão de meios de comunicação de massa, em especial as redes sociais e blogs, em que a informação veiculada toma uma proporção inimaginável.

Até onde pode o cidadão expor as suas opiniões e pensamentos sob a proteção da liberdade de expressão? E a proteção da inviolabilidade da vida privada, resta prejudicada num mundo globalizado, midiático e digital? Como a doutrina e jurisprudência tem se posicionado acerca do assunto?

Para responder a esses questionamentos, abordar-se-á, no capítulo dois as normas constitucionais e os princípios jurídicos enquanto normas.

Tratar-se-á acerca da colisão de princípios, trazendo como exemplo de colisão aqueles princípios que nos interessam mais de perto: a liberdade de expressão do pensamento e inviolabilidade da vida privada

Nos capítulos subsequentes, serão analisados a ponderação como técnica adequada de interpretação e a utilização dos postulados normativos, principalmente a proporcionalidade, como forma de solucionar a tensão entre os princípios.

Por fim, será vista a importância da ponderação de bens jurídicos para a solução dos conflitos e será abordado o direito ao esquecimento enquanto debate atual acerca do tema em discussão.

2. NORMAS CONSTITUCIONAIS

O Direito é uma ciência que vive em constante evolução e, no que diz respeito às normas constitucionais, não é diferente. Após longos anos de evolução firmou-se ideia na doutrina de que as normas jurídicas são um gênero que comporta duas grandes espécies: princípios e regras. Atualmente os princípios (constitucionais) são vistos como centro do ordenamento jurídico, ultrapassando aquela concepção de que seriam fontes secundárias ou subsidiárias do direito³, uma vez que influenciam direta e indiretamente na interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Os precursores de estudos mais aprofundados sobre o tema foram os autores Ronald Dworkin e Robert Alexy, com seus escritos difundidos no Brasil em meados da década de 1980. O que estes dois autores fizeram de diferente em seus estudos? Seus escritos se tornaram relevantes para o mundo jurídico, pois eles buscaram distinguir as espécies de normas – princípios de regras – mostrando as peculiaridades de cada uma, suas características, não pautada na distinção dos doutrinadores da época, quando afirmavam que a distinção era apenas em grau de atuação, mas, por outro lado, buscando compreender as diferenças entre regras e princípios de forma qualitativa, a partir de maior precisão metodológica.

Nos estudos de Ronald Dworkin, em apertada síntese, compreende-se que o que diferenciava as espécies normativas era, principalmente, o modo final de aplicação. Ambos se assemelham uma vez que estabelecem obrigações jurídicas. A espécie normativa denominada regra, segundo Dworkin, tem o modo de aplicação tudo ou nada, explícito. Nessa espécie a obrigação jurídica é previamente prescrita e, para ser aplicada no caso concreto, devem os fatos corresponderem com a conduta descrita na norma (regra). Sendo assim, *“se os fatos que uma regra estipula ocorrem, então ou a regra é válida, e a solução que dela resulta deve ser aceita, ou não é válida, e não contribuirá em nada para a decisão”*. (1978 apud, DWORKIN; MENDES, 2012, p. 110)

Com efeito, ocorrendo conflito entre regras, estes devem ser solucionados através dos critérios clássicos de solução de antinomias, dos quais: hierárquico, de especialidade e cronológico.

Ensina Dworkin que os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem: a dimensão de peso. Como os princípios extraem valores morais da sociedade, eles se tornam

³ art. 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

elementos próprios de um discurso jurídico, portanto, em um conflito entre eles a resolução deve ser pautada no peso de cada um diante do caso concreto, obviamente, segundo ele, sem que um princípio tome o outro como exceção.

O que Dworkin quis dizer em relação aos princípios é que eles possuem uma dimensão de peso que é exteriorizado quando existente uma hipótese de conflito entre eles, onde, diante do caso concreto, o princípio de maior peso se sobrepõe ao de menor peso, sem que este último perca sua validade.

Ressalte-se, que a distinção entre regras e princípios é necessária para se compreender que um caso de colisão de princípios é diferente, na sua estrutura, de uma hipótese de conflito de regras.

Para Robert Alexy, toda norma ou é uma regra ou um princípio e que se diferenciam qualitativamente, e não somente com uma variação de grau. Alexy (1995 apud, ALEXY; ÁVILA, 2013, P. 48) define as regras *“como normas cujas premissas são ou não diretamente preenchidas e que não podem nem devem ser ponderadas”*.

Desse modo, Alexy tentou demonstrar que se uma regra for válida, deverá fazer exatamente o que ela exige, o que está descrito, nem a mais nem a menos, e sim na medida em que foi estipulada. Logo, a solução para a colisão entre regras deverá – segundo Alexy – ser considerada uma regra como cláusula de exceção da outra ou declarando-se a invalidade de uma delas.

No que diz respeito aos princípios, Alexy entendeu que eles são comandos de otimização, isso porque são aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Dito com outras palavras, em hipóteses de colisões entre os princípios, a solução não será encontrada com a determinação imediata de prevalência de um dos princípios colidentes, mas deve se estabelecer uma função de ponderação, para que um deles, em determinadas circunstâncias concretas, receba prevalência, sem que o outro princípio seja declarado inválido ou, ainda, deixe de existir.

Apesar de as distinções realizadas por Dworkin e Alexy sobre as espécies normativas (princípios e regras) sejam até hoje inspiradoras para qualquer estudo sobre o tema, elas não são imunes a críticas e foram aperfeiçoadas ao longo dos anos.

Os estudos desses dois autores se tornaram importantes porque foram “ponto de partida” para alavancar novos estudos sobre as normas jurídicas e hermenêutica, fazendo os operadores do direito contemporâneos saírem do pragmatismo em que viviam.

Portanto, através desses estudos passou-se a ver como é necessário entender a aplicação dos princípios constitucionais para, em caso de antinomias, serem solucionados da melhor maneira.

2.1. Princípios Jurídicos

O modelo jurídico tradicional foi concebido apenas para interpretação e aplicação da classe normativa chamada regra. No direito contemporâneo os princípios passaram a ser entendidos como norma, e nossa Constituição da República adotou essa compreensão, colocando os direitos fundamentais como protagonistas do ordenamento. Humberto Ávila conceitua os princípios como

Normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação de correlação entre os estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção” (ÁVILA, 2013, p. 203).

Os princípios jurídicos têm duas características bem destacáveis que geram algumas incertezas para o intérprete e/ou aplicador, são elas: o elevado grau de abstração e de indeterminação. Ora, observa-se que os princípios são imediatamente finalísticos, ou seja, promovem um fim, um estado ideal de coisas a ser perseguido, porém, em contrapartida, não determinam qual caminho percorrer para se chegar ao fim promovido. Ao contrário das regras, que prescrevem a conduta a ser seguida ou respeitada.

Diante desta dificuldade é necessária a especificação dos fins ao máximo para que sua realização possa ser controlada. Nesse sentido Ávila aduz que “o início da progressiva delimitação do fim se faz pela construção de relações entre as próprias normas constitucionais, de modo a estruturar uma cadeia de fundamentação, centrada nos princípios aglutinadores.” (ÁVILA, 2013, p. 99)

Tome-se por exemplo o princípio da inviolabilidade da vida privada, consagrado no inciso X, art. 5º da Constituição da República. A norma não indica em quais situações devem ser preservadas a vida privada, presumindo-se que sempre. Ocorre que essa presunção pode ser relativizada. Nossa Constituição também consagra outros princípios que, a depender do caso concreto e interesse público, podem ser aplicados em detrimento da inviolabilidade da vida

privada. Qual princípio aplicar no caso concreto, então? Quais justificativas? Perceba-se que a normatização dos princípios trouxe alguns problemas hermenêuticos, de difícil solução no caso concreto: a colisão dos princípios.

Escolheu-se como símbolo do tema a ser tratado a colisão entre os princípios da liberdade de expressão do pensamento e o princípio de proteção da intimidade/direitos da personalidade, haja vista o impacto político-social-jurídico que sobrepõe em nosso país.

2.2. Colisão de princípios: Liberdade de expressão do pensamento x Direitos de personalidade

Após a promulgação da Constituição da República de 1988, foram elencados em seu corpo diversos direitos chamados de fundamentais para o Estado democrático de Direito. O Brasil viveu uma história recente de ditadura e, promulgando uma Constituição em um período posterior a ela, consagrou direitos que foram relativizados ou mitigados no regime militar. Chama-se atenção para as liberdades de manifestação do pensamento, de comunicação, de imprensa, de consciência e de crença, livre iniciativa, liberdade de locomoção (ir e vir) etc.

O constituinte trouxe no corpo da Constituição, mais precisamente no art. 5º, inciso IV, o direito à liberdade de manifestação ao pensamento. Importa consignar que toda liberdade albergada em nossa Constituição encontram limites que devam ser respeitados. A referida norma dispõe ser *“livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”*.

Em primeiro lugar, o constituinte não fez qualquer menção do que seria manifestação do pensamento, dificultando, assim, saber o alcance da norma. Sobre este direito, entende Leonardo Martins que *“pensamento pode ser traduzido por opinião em sentido amplo, ou seja, expressar o pensamento significa revelar um juízo de valor a respeito de um dado objeto”*(MARTINS,2012, p.214). Deve-se destacar, desde já, que o direito à manifestação do pensamento difere do direito à liberdade de imprensa, apesar de percorrerem paralelamente numa linha tênue. Por exemplo: A afirmação de um fato veiculado em jornal ou telejornal passa, previamente, pelo juízo de valor do diretor do jornal. Nesse sentido o próprio Leonardo Martins aduz que *“a afirmação sobre um fato parece mesmo ser, em regra, intimamente ligada a um juízo de valor: aquele que afirma a existência de um fato, primeiro escolhe se vai transmitir a informação, escolhe quando, onde e a forma de comunicar. Tudo isso é um juízo de valor”*(MARTINS, 2012, p. 214).

Corroborando com tal entendimento Barroso difere as duas liberdades(BARROSO,2014, p.13):

A doutrina brasileira distingue as liberdades de informação e expressão, registrando que a primeira diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado; a liberdade de expressão, por seu turno, destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano.

Portanto, pode-se concluir de a liberdade de imprensa ser diferente da liberdade de manifestar expressão (opinião), apesar de ser realizado um juízo de valor na publicação de alguma informação. Desse modo, para que um fato seja publicado e vire notícia ele sofre um juízo de valor da pessoa responsável pela publicação, logo, tal situação é protegida pela norma do inciso IV, do art. 5º da Constituição da República.

Em segundo lugar, no que diz respeito a segunda parte do inciso IV do referido artigo “(...) *sendo vedado anonimato*”, indica que nos casos de expressões anônimas existe uma repressão, também chamada de censura, por parte do Estado. É bem verdade que a censura – e que fique claro – no Brasil é permitida sim, sob a modalidade repressiva, realizada pelo judiciário, sendo vedada pela nossa Constituição qualquer tipo de censura prévia. Nesse viés, esclareça-se que podem fatos inverídicos serem veiculados nas grandes mídias, propositalmente ou não, sendo a pessoa física ou jurídica que sofrer dano, reparada posteriormente. Não podemos negar a importância e o caráter social dos veículos de comunicação e, a existência de censura prévia seria confrontar os direitos fundamentais a liberdade de imprensa, manifestação do pensamento, o que seria um desestímulo aos profissionais de imprensa. A este respeito Leonardo Martins afirma que (MARTINS, 2012, p. 215):

(...) mesmo informações inverídicas, quando o estado de não veracidade não for consciente por parte daquele que se expressa, fazem parte, em princípio, da área de proteção do direito em tela. A liberdade também abrange a liberdade de cometer erros e enganos (Freiheit zum Irrtum). Exigir daquele que se expressa um ônus muito grande no que tange o teor da expressão significa desestimular o exercício do direito, o que contraria frontalmente o sentido jurídico-objetivo da garantia.

Ainda sobre a vedação de expressões anônimas Leonardo Martins (MARTINS, 2012, p. 216) aduz:

A fórmula adotada pelo constituinte da ‘vedação ao anonimato’ revela que a intenção do constituinte foi excluir a priori somente expressões anônimas, justamente para que todas as demais pudessem ser cerceadas tão somente a posteriori, ou seja, após a interpretação e aplicação dos limites constitucionais e da justificação da intervenção estatal, com base no critério da proporcionalidade.

O critério da proporcionalidade que o autor menciona é o que entendemos nesse estudo como postulado normativo da espécie Proporcionalidade, muito utilizado pelos intérpretes.

Existem também os casos em que um fato divulgado em grandes veículos de divulgação em massa se torna de domínio público, nessa hipótese a inviolabilidade a intimidade e vida privada é relativizada. Atualmente existe a discussão sobre o direito ao esquecimento, onde um indivíduo teria direito a não divulgação de fatos inerentes a algum direito de personalidade seu, fatos que prejudiquem sua honra, imagem e etc. Outro ponto que não é o objeto do estudo, mas merece ser observado no que se refere a direito a personalidade e ao esquecimento, são os registros criminais de pessoa que já fora ressocializada. O indivíduo já cumpriu sua dívida com a sociedade, mas seus registros criminais não são excluídos. Outrossim, a divulgação da imagem de pessoas presas em programas policiais, a informação do crime é dotada de interesse público, mas existem programas que se aproveitam da situação para ridicularizar a imagem do cidadão e expor um cidadão ao ridículo é afrontar a dignidade da pessoa humana.

O art. 220 da Constituição⁴ também preconiza sobre o direito à manifestação do pensamento ou expressão e, a parte final do caput do referido chama a atenção para os limites desse direito com a seguinte expressão: “*observado o disposto nesta Constituição*”. Esta expressão faz referência especificamente aos direitos de personalidade dispostos no inciso V e X da Lei Maior, que serão falados adiante.

Imperioso ressaltar, ainda, que a forma como deve ser exercido esse direito (manifestar o pensamento) é livre, seja escrita, seja em vídeo, em áudio, ou até mesmo em gestos, tendo em vista que o constituinte não explicitou na constituição nenhuma forma específica de manifestar o pensamento.

A inviolabilidade da vida privada ou intimidade, consagrado no inciso X do art. 5º da Constituição, não é apenas um princípio que norteia a ideia de preservação dos direitos de

⁴ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

personalidade de um cidadão brasileiro, mas, ainda, é um verdadeiro limite imposto ao exercício do direito as liberdades de imprensa e manifestação do pensamento. Prova disso é o que prescreve o inciso V do art. 5º da Constituição, que preconiza ser “*assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou a imagem*”.

Este mandamento constitucional corrobora com o acima explicitado sobre a vedação da censura prévia, o Constituinte observou que pode o profissional de imprensa – ou qualquer cidadão - exceder os limites de sua liberdade de manifestar seu pensamento ou seu dever de informar, garantindo o direito a resposta e o direito de indenizar por parte da pessoa que sofra dano.

Sobre a inviolabilidade à vida íntima/privada, Luís Roberto Barroso aduz (BARROSO, 2014, p. 10):

De forma simples, os direitos à intimidade e à vida privada protegem as pessoas na sua individualidade e resguardam o direito de estar só. A intimidade e a vida privada são esferas diversas compreendidas em um conceito mais amplo: o de direito de privacidade. Dele decorre o reconhecimento da existência, na vida das pessoas, de espaços que devem ser preservados da curiosidade alheia, por envolverem o modo de ser de cada um, as suas particularidades. Ai estão incluídos os fatos ordinários, ocorridos geralmente no âmbito do domicílio ou em locais reservados, como hábitos, atitudes, comentários, escolhas pessoais, vida familiar, relações afetivas. Como regra geral, não haverá interesse público em ter acesso a esse tipo de informação.

Apesar de o inciso X do art. 5º também ser limite ao direito de expressar pensamento, ele pode ser relativizado em determinados casos ou situações, sobre essa relativização (BARROSO, 2014, p. 11), veja-se:

Ainda no campo do direito de privacidade, a doutrina e a jurisprudência costumam identificar um elemento decisivo na determinação da intensidade de sua proteção: o grau de exposição pública da pessoa, em razão de seu cargo ou atividade, ou até mesmo de alguma circunstância eventual. A privacidade de indivíduos de vida pública – políticos, atletas, artistas – sujeita-se a parâmetro de aferição menos rígido do que os de vida estritamente privada. Isso decorre, naturalmente, da necessidade de auto-exposição, de promoção pessoal ou do interesse público na transparência de determinadas condutas. Por vezes, a notoriedade advém de uma fatalidade ou de uma circunstância negativa, como estar envolvido em um acidente ou ter

cometido um crime. Remarque-se bem: o direito de privacidade existe em relação a todas as pessoas e deve ser protegido. Mas o âmbito do que se deve interditar à curiosidade do público é menor no caso de pessoas públicas.

Por vida privada devemos entendê-la genericamente, invioláveis são os direitos de personalidade inerente a ela, o direito de estar só, de ser deixado em paz, de não ter suas informações pessoais divulgadas, imagens. Enfim, nada que abale sua moral ou honra, sua personalidade, observando a dignidade da pessoa humana, pilar da nossa Constituição, isso para que qualquer cidadão brasileiro não sofra dano.

Daí se extrai a importância das normas de segundo grau, os postulados normativos. Existem muitos métodos de interpretação que podem ser explorados pelo aplicador das normas e, inegavelmente, a ponderação é a mais indicada para interpretação e aplicação dos princípios jurídicos. No afã de evitar a já citada arbitrariedade da ponderação no momento de aplicação dos princípios constitucionais da Liberdade de expressão do pensamento e inviolabilidade da vida íntima/privada, estudaremos no posteriormente as Normas de segundo grau (Postulados Normativos).

O certo é que a colisão ora discutida só ocorrerá diante do caso concreto, uma vez que deve ser observado o princípio da unidade da Constituição na interpretação e aplicação de qualquer norma Constitucional. Destaque-se, ainda, que os direitos e garantias fundamentais tem a condição de cláusulas pétreas, não podendo ser objeto de qualquer alteração, tudo isso por força do disposto no art. 60, §4º, IV⁵.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2014, p. 5) comenta estas circunstâncias:

A circunstância que se acaba de destacar produz algumas consequências relevantes no equacionamento das colisões de direitos fundamentais. A primeira delas é intuitiva: se não há entre eles hierarquia de qualquer sorte, não é possível estabelecer uma regra abstrata e permanente de preferência de um sobre o outro. A solução de episódios de conflito deverá ser apurada diante do caso concreto. Em função das particularidades do caso é que se poderão submeter os direitos envolvidos a um processo de ponderação pelo qual, por meio de compressões recíprocas, seja possível chegar a uma solução adequada.

⁵ Art. 60. §4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda a abolir: IV- Os direitos e garantias individuais.

Dito isto, passamos para o próximo capítulo que trata da escolha da ponderação para a interpretação e aplicação do princípio a ser escolhido na análise do caso concreto.

3. A PONDERAÇÃO COMO TÉCNICA ADEQUADA DE INTERPRETAÇÃO.

A subsunção foi por muito tempo o mais importante método de interpretação de normas constitucionais. Referida técnica, nas palavras de Luís Roberto Barroso, se desenvolve “(...) *por via de um raciocínio silogístico, no qual a premissa maior – a norma – incide sobre a premissa menor – os fatos -, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma ao caso concreto.*” (BARROSO, 2009, p.333)

A Constituição da República, promulgada em 1988, dispõe em seu art. 5º sobre Direitos e Garantias fundamentais para os cidadãos brasileiros. Nesse rol, frise-se exemplificativo, pois existem direitos e garantias fundamentais dispostos em outros artigos da constituição, estão consagrados os princípios em análise nesse estudo, a liberdade de manifestação/expressão do pensamento e a inviolabilidade da vida íntima/privada.

Com efeito, a subsunção parece não ser adequada para a solução de conflitos entre princípios constitucionais, uma vez que não existe, *de per si*, relação hierárquica entre princípios constitucionais, devendo ser respeitado o princípio da interpretação conforme a constituição. No direito contemporâneo os princípios passaram a ter força normativa, trazendo enormes dificuldades para o intérprete, necessitando a doutrina trazer novos métodos de interpretação constitucional.

Nessa esteira, Luís Roberto Barroso aduz que para este tipo de colisão é necessário utilizar uma técnica mais racional e com alto grau de controlabilidade nas decisões judiciais, daí surge a utilização da ponderação (BARROSO, 2009, p. 333). Para ele a ponderação: “(...) *consiste ela em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas.*” (BARROSO, 2009, p. 334)

A solução para conflitos entre os princípios é realizada de forma gradual, aplicando os princípios em maior ou menor intensidade de acordo com o caso concreto. Barroso explica a utilização desse método em razão da complexidade de se solucionar as antinomias (BARROSO, 2014, p. 4), veja-se:

Princípios, por sua vez, expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam, portanto, 'estados ideais', sem especificar a conduta a ser seguida. A atividade do intérprete aqui será mais complexa, pois a ele caberá definir a ação e a tomar. E mais: em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por esta razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: o intérprete irá aferir o peso de cada um, à vista das circunstâncias, fazendo concessões recíprocas. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.

Depreende-se, então, que a ponderação é utilizada quando for insuficiente a utilização da subsunção, ou seja, será utilizada a ponderação quando existir ausência de uma solução em abstrato para a colisão, só podendo realizar-se no caso concreto. Importa ressaltar, ainda, o que a respeito da utilização do referido método (BARROSO, 2014, p. 4):

(...) na aplicação dos princípios, o intérprete irá determinar, in concreto, quais são as condutas aptas a realiza-los adequadamente. Nos casos de colisões de princípios ou direitos fundamentais, caberá a ele fazer valorações adequadas, de modo a preservar o máximo de cada um dos valores em conflito, realizando escolhas acerca de qual interesse deverá circunstancialmente prevalecer. Um intérprete que verifica a legitimidade de condutas alternativas, que faz valorações e escolhas, não desempenha apenas uma função de conhecimento. Com maior ou menor intensidade, de acordo com o caso, ele exerce sua discricionariedade. Para que não sejam arbitrárias, suas decisões, mais do que nunca, deverão ser racionais e argumentativamente fundamentadas.

A subsunção ainda é uma técnica muito importante para a ciência do direito, porém, existem casos onde direitos e valores variados se chocam para resolução de uma mesma situação fática, o que torna a ponderação a técnica mais adequada para solucionar as antinomias, a Liberdade de Expressão/Manifestação do pensamento e a inviolabilidade da vida íntima, privada, imagem e honra. Sobre a subsunção como técnica inadequada para resolução dessa antinomia (BARROSO, 2014, p. 7):

Imagine-se uma hipótese em que mais de uma norma possa incidir sobre o mesmo conjunto de fatos – várias premissas maiores, portanto, para apenas uma premissa menor -, como no caso aqui em exame da oposição entre liberdade de imprensa e de expressão, de um lado, e os direitos à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada, de outro. Como se constata singelamente, as normas envolvidas tutelam valores distintos e apontam

soluções diversas e contraditórias para a questão. Na sua lógica unidirecional (premissa maior – premissa menor), a solução subsuntiva para esse problema somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na escolha de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal fórmula, todavia, não seria constitucionalmente adequada: como já se sublinhou, o princípio da unidade da Constituição não admite que o intérprete simplesmente opte por uma norma e despreze outra também aplicável em tese, como se houvesse hierarquia entre elas.

O uso da ponderação é realizado através de etapas, na primeira – segundo Barroso – o intérprete tem que encontrar no sistemas as normas que possam ser aplicáveis ao caso concreto e, ainda, identificar as normas que apontam para a mesma solução/direção, para serem usadas como argumentos em momento oportuno. Posteriormente, na segunda etapa, o intérprete deve analisar as circunstâncias do caso concreto, os fatos ocorridos, e verificar de que forma poderá fazer a interação com as normas selecionadas (BARROSO, 2014, p. 8). Aduz ainda “*Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.*” (BARROSO, 2014, p. 8).

Na terceira etapa os grupos de normas selecionados pelo intérprete na primeira etapa e os fatos do caso concreto serão analisados conjuntamente, onde será realizado uma espécie de apuração de pesos a serem distribuídos aos diversos elementos, para, assim, sabermos quais normas e circunstancias serão utilizadas para solucionar a antinomia (BARROSO, 2014, p. 9). Por fim, o autor (BARROSO, 2014, p. 9) ressalta a importância do que ele chama de princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade para conduzir todo o processo de ponderação:

(...) é 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 o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.

O que Luís Roberto Barroso denomina de princípios instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade, nosso estudo denomina de postulado normativo (norma de segundo grau) e

não entende proporcionalidade e razoabilidade como unidade, sendo postulados diferentes, como se verá mais adiante.

4. AS NORMAS DE SEGUNDO GRAU (POSTULADOS NORMATIVOS)

Neste trabalho muito se falou em evitar arbitrariedades no momento de ponderar os elementos (fatos, normas e circunstâncias eventuais) no momento de aplicação de um princípio em detrimento de outro. Então, como orientar a aplicação dos princípios sem cometer alguma arbitrariedade, uma vez que cabe ao intérprete escolher o princípio preponderante diante do caso concreto?

Surge aqui, o que alguns autores sustentam como Postulados Normativos. Segundo Humberto Ávila, postulados normativos são “(...) *normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação.*” (ÁVILA, 2013, p. 143). Sendo assim, depreende-se que os postulados são normas que orientam a aplicação de outras, para que seja ponderada de maneira justa os bens jurídicos controvertidos no caso concreto.

Com efeito, por se tratar também de uma espécie de norma, o autor explica o teor da expressão “norma de segundo grau” porque os postulados não se situam no mesmo nível, mas em um metanível (ÁVILA, 2013, p. 99), veja-se:

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder público e aos contribuintes; Os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminar complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); Os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.

Elas diferem das regras e princípios pois estabelecem diretrizes metódicas que estruturam a argumentação jurídica para a aplicação correta de determinada norma, ou seja, são normas que oferecem alguns critérios bastante precisos para aplicação do direito. O que é certo,

é que os postulados são muito úteis para resolver especificamente as antinomias, devido as circunstância externas encontradas na nossa sociedade. Isso porque, abstratamente as normas em análise nesse estudo estão albergadas em nossa Constituição harmonicamente, ocorrendo a colisão somente diante de um caso concreto, externo a nossa Constituição.

Para não restar dúvidas sobre a diferença entre postulados e princípios, aduz (ÁVILA, 2013, p. 157):

(...) os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescreve indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados.

Esclarecida, em síntese, a diferença entre postulados e outras normas jurídicas, devemos voltar a falar brevemente sobre a importância de não restringir o exercício do direito de manifestar pensamento. Anteriormente fora explicitado que a existência de censura prévia causaria um desestímulo ao profissional de imprensa, por exemplo. O que importa ressaltar que essa colisão entre os princípios em estudo só acontece em concreto, por isso, o controle judicial é repressivo. Em outras palavras, por não ser resolvido abstratamente a antinomia em questão, só será avaliada a violação aos direitos de personalidade posteriormente ao fato, ou fatos. Logo, o direito a manifestação do pensamento é pleno, sem censura prévia, restando ao ofendido a reparação do dano sofrido posteriormente, pelas vias cíveis ou penais, não quer dizer que a inviolabilidade foi mitigada em abstrato, mas que a análise da violação só ocorre pós fato.

Dito isto, no que concerne aos postulados normativos, estes serão normas a apontar a solução mais adequada para aplicarmos o direito. Existem vários tipos de postulados normativos, como o da proibição de excesso, a concordância prática, a ponderação, a igualdade, a proporcionalidade e a razoabilidade. Os três últimos se enquadram na categorias de específicos, sendo objeto desse estudo a proporcionalidade.

4.1. A Proporcionalidade

A ideia de proporção passa por todo o direito e seus variados ramos, eleitoral, tributário, penal, constitucional e etc. Ocorre que o Postulado da proporcionalidade não pode ser confundido com a ideia de proporção comumente utilizada nos variados ramos do direito.

É necessária a realização de alguns exames ditos fundamentais para que se conclua que determinada escolha do intérprete seja proporcional. Nesse sentido, sobre a aplicabilidade da proporcionalidade (ÁVILA, 2013, p. 183):

(...)se aplica apenas em situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).”

Nesse viés, depreende-se que deve necessariamente haver uma relação entre meio e fim para, após, ser realizado os exames de adequação, necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. Fim nada mais é que um estado desejado de coisas e, os princípios promovem fins, estados ideais a serem alcançados. Daí vem a importância do explicitado anteriormente, falamos que para estruturar uma cadeia de argumentação é preciso a delimitação de um fim a ser perseguido, o Fim deve ser especificado ao máximo. Por isso “*um fim vago e indeterminado pouco permite verificar se ele é, ou não, gradualmente promovido pela adoção de um meio.*” (ÁVILA, 2013, p. 185). Em outros termos, com a indeterminação de um fim a ser perseguido, enfraquece o uso da proporcionalidade, não é possível utilizar o postulado de forma adequada, resultando numa decisão desproporcional.

Destarte, é oportuno saber como são realizados os exames inerentes a proporcionalidade, dos quais: a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No que se refere a adequação pode-se afirmar, *de per si*, que uma medida será adequada quando ela conseguir ser eficaz ao ponto que o fim seja realizado no caso concreto. Nessa esteira, segundo Ávila, essa relação deve ser analisada em três aspectos: quantitativo, qualitativo e probalístico, veja-se:

Em termos quantitativos, um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio. Em termos qualitativos, um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que outro meio. E, em termos probalísticos, um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio.” (ÁVILA, 2013, p. 188)

Infer-se do texto acima delineado que o intérprete pode, ou não, escolher meios que promovem mais ou menos o fim, mas que possa ser pior ou melhor em relação a outro meio, e ainda, que tenha maior, menor ou igual certeza em relação a outro meio. Difícil será ter um meio que seja adequado em termos quantitativos, qualitativos e probalísticos ao mesmo tempo ou, em outros termos, mais intenso, melhor e mais seguro.

Diante da dificuldade de aferir a medida que venha a ser proporcional, adequada será a escolha de medida, observadas os critérios acima descritos, que promova minimamente o fim, para, no exame da necessidade ser realizada a “filtragem”.

Pois bem, após o exame da adequação, onde foram escolhidos meios que promovem minimamente o fim, passamos a análise do critério necessidade. Aqui deve-se observar a igualdade de adequação dos meios e o exame do meio menos restritivo. Inegável é que a análise desses critérios é uma tarefa árdua para o intérprete, pois, como igualar o meios anteriormente selecionados e, ainda, escolher os que menos restringem o direito fundamental violado? O que vai ficando cristalino é que para se ter uma decisão proporcional é necessário realizar a construção de um raciocínio através da ponderação, depois reconstruí-la, quase como funciona um filtro, até se chegar a um meio que restringe menos o direito fundamental e, ao mesmo tempo, aplique pouco o fim.

A grande dificuldade vem dos diferentes graus de promoção do fim, afirma Ávila: *“Um meio não é, de todos os pontos de vista, igual ao outro. Em alguma medida, e sob algum ponto de vista, os meios diferem entre si na promoção do fim.”* (ÁVILA, 2013, p. 193). Fácil seria para o intérprete se todos os meios promovessem igualmente o fim e se diferenciasses apenas na restrição do outro princípio ou direito fundamental controvertido, onde seria escolhido o que restringe menos o direito fundamental. Portanto, necessário é um meio que, dentre todos os outros que promovem minimamente um fim, restringe minimamente um direito fundamental.

Ainda resta realizar a análise da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse exame, o intérprete irá verificar se o meio escolhido para a promoção do fim justifica as desvantagens causadas pela adoção desse meio. É um exame subjetivo e requer muita atenção do intérprete, Ávila afirma que o exame da proporcionalidade em sentido estrito *“(…) exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.”* (ÁVILA, 2013, p. 195).

O direito à manifestação do pensamento é pleno, não em sentido de se sobrepor a outros direitos, mas no sentido de sempre ser exercido e, como dito anteriormente, apesar de ser diferente do direito à imprensa, faz parte desse direito, pois é preciso um juízo de valor para

saber o momento, aonde, e como publicar uma notícia. Vimos também que dependendo do interesse público e o grau de exposição da pessoa na sociedade, a exposição de informações de determinadas pessoas podem ser relativizadas. Pois bem, no ano de 2012 vazaram fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann na internet após deixar seu computador na assistência técnica, ou seja, seus direitos inerentes a honra, imagem, moral, privacidade foram violados. Diversos veículos de comunicação divulgaram a notícia e alguns publicaram as fotos – mesmo com tarjas impedindo o conteúdo sexual – que vazaram na internet. Surgem alguns questionamentos: a divulgação do fato narrado acima constitui inviolabilidade a vida privada da atriz? Não estariam eles em cumprimento do seu dever de informar? E o direito a manifestar pensamento e de imprensa?

A análise da proporcionalidade em sentido estrito nos ajuda a solucionar esses questionamentos em uma demanda judicial e o intérprete deverá analisar com muita atenção. Não nos importa adentrarmos na seara penal, mas é certo que houve um crime na divulgação das imagens sem autorização da titular das fotos. Mas por se tratar de um crime, sua notícia é dotada de interesse público, tanto é verdade que posteriormente foi criada a Lei nº 12.737, sancionada pela Presidenta da República, denominada Lei Carolina Dieckmann, Lei essa que altera o código penal e tipifica alguns crimes virtuais. Ocorre que, na divulgação do fato por parte dos veículos de comunicação, deveriam também ser publicadas as fotos da atriz pelada?

Entendo ser negativa a resposta, e a análise da proporcionalidade em sentido estrito nos ajuda. Ora, a divulgação do fato em si já viola a vida privada da atriz e seus outros direitos de personalidade, mas por ser um fato dotado de interesse público a notícia não pode ser omitida, porém, a publicação dos fatos acompanhadas das imagens da atriz não se torna desproporcional? Existiam outros meios que justificassem a promoção do fim (liberdade de imprensa)?

Creio que a divulgação da notícia acompanhada das imagens da atriz pelada configura um excesso da liberdade de expressão/imprensa/pensamento, pois, tão somente a notícia do crime/fato seria suficiente para a promoção do fim, ou seja, a liberdade de expressão (*lato sensu*). Dito de outra maneira, o fato publicado sem as imagens já viola a intimidade da atriz, porém, a informação é dotada de interesse público, a notícia de um crime é dotada de interesse público, daí vem a relativização anteriormente citada, logo, a publicação do fato sem as imagens da atriz é um meio adequado, necessário, e proporcional em sentido estrito, isso porque: A uma, promove minimamente o fim (liberdade de expressão); a duas, é necessário porque entre vários meios possíveis é o que restringe menos o direito fundamental da inviolabilidade da vida privada/intimidade; A três, é proporcional em sentido estrito porque a utilização do meio

adequado e necessário justifica a intensidade da restrição do direito fundamental restringido, que no caso narrado, é minimamente restrito.

4.2. Distinção entre Proporcionalidade e a Razoabilidade

Vimos no capítulo anterior que a proporcionalidade é a ponderação adequada para resolver conflitos entre princípios constitucionais, sendo realizada análise dos meios através de critérios intrínsecos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No capítulo 02 (dois) desse estudo foi explanado a técnica de decisão jurídica chamada de ponderação. Foi dito que referida técnica é aplicada nos casos difíceis, onde outra técnica não se mostrou suficiente. Neste mesmo capítulo, para explicar referida técnica, foi delineado alguns escritos do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto barroso, onde o referido autor ressalta a importância do que ele chama de *“princípio Instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade”*.

Com efeito, nesse estudo entende-se proporcionalidade como Postulado Normativo e, ainda, postulado independente da razoabilidade, não os utilizando como sinônimos. É imperioso destacar que razoabilidade e proporcionalidade são postulados diferentes e para viabilizar a melhor aplicação do direito, devemos distingui-las.

Humberto Ávila faz algumas considerações sobre a falta de diferenciação entre os postulados, tendo em vista que a diferença não é meramente terminológica, mas, que, independente da nomenclatura, o que existe são exames concretos diversos para que o intérprete possa chegar a melhor solução e aplicação do direito. Nesse sentido o referido autor aduz que *“(...) o exame da razoabilidade-equivalência investiga a relação entre duas grandezas ou entre uma medida e o critério que informa sua fixação.”* (ÁVILA, 2013, p. 200)

Diferentemente da proporcionalidade, a razoabilidade não analisa o meio adequado, necessário e proporcional em sentido estrito, o que ocorre é uma espécie de imposição de uma relação de equivalência entre determinada medida e os critérios que a dimensiona.

Ainda sobre esta distinção (ÁVILA, 2013, p. 201):

Importa registrar, por fim, que em todos esses exames sempre há um raciocínio que é feito relativamente à aplicação de outras normas do ordenamento jurídico. No exame da razoabilidade-equivalência analisa-se a norma que institui a intervenção ou exação com a finalidade de verificar se há equivalência entre sua dimensão e a falta que ela visa a punir. No exame de proporcionalidade investiga-se a norma que institui a intervenção ou

exação para verificar se o princípio que justifica sua instituição será promovido e em que medida os outros princípios serão restringidos.

O que se pode perceber é que na proporcionalidade a investigação é concentrada entre meio utilizado e o quão restringido será o princípio ou direito fundamental colidente, enquanto que na razoabilidade o que se analisa é a existência ou não de equivalência entre a medida e o critério que a dimensiona.

Desse modo, importa saber que os postulados acima delineados são distintos e não devem ser vistos como unidade, seja na proporcionalidade ou na razoabilidade, o certo que é que sempre haverá normas sendo norteadas pelos critérios e medidas intrínsecos a cada um desses postulados.

5. A IMPORTÂNCIA DA PONDERAÇÃO DE BENS JURÍDICOS E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

No capítulo anterior vimos que a ponderação dos princípios em estudo deve ser realizada através da proporcionalidade, analisando seus critérios intrínsecos para obter uma solução proporcional. Também foi tratado neste trabalho a distinção de regras e princípios, pois a ponderação é a técnica adequada para resolver as antinomias entre princípios, devido sua estrutura diferente das regras. Tratamos, ainda, sobre os limites, alcance e os excessos do direito de manifestar o pensamento, sendo possível até o erro, desde que não intencional.

O que importa demonstrar é que tanto para os defensores da liberdade de expressão quanto para defensores da inviolabilidade da intimidade os elementos aqui estudados devem ser ponderados, um a um, no afã de evitar decisões equivocadas, injustas, desproporcionais. No tópico 2.1, que trata dos princípios jurídicos, falamos brevemente sobre o direito ao esquecimento, objeto de muita discussão na doutrina e que merece algumas considerações.

A inviolabilidade da vida privada se refere à proteção aos direitos de personalidade de um indivíduo e não é somente um limite à liberdade de expressão. O direito ao esquecimento é um direito de personalidade inerente à vida privada, ao direito de estar só. Sobre o direito de estar só (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, 2012, p. 410):

De modo geral, há consenso em que o direito à privacidade tem por característica básica a pretensão de estar separado de grupos, mantendo o

indivíduo livre da observação de outras pessoas. Confunde-se com o direito de fruir o anonimato – que será respeitado quando o indivíduo estiver livre de identificação e de fiscalização.

Gilmar Ferreira Mendes aduz que (MENDES, 2007, p. 374):

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.

No exemplo acima citado, percebe-se que quando a informação sobre um fato já aconteceu – no caso, um crime – não mais tiver interesse público ou for uma informação que não faz parte da história da sociedade, ela deve ser relativizada para que o indivíduo tenha seus direitos de personalidade preservados. Logicamente, se chega a essa conclusão analisando os elementos já estudados para que a decisão seja proporcional.

Daniel Bucar⁶ entende o direito ao esquecimento como controle pessoal de dados que um indivíduo possui, nesses termos ele aduz (BUCAR, 2014, p. 11):

Em termos mais amplos, o direito ao esquecimento permite que a pessoa, no âmbito de sua plena autodeterminação informativa, exerça o controle da circulação de seus dados após determinado período, mediante supressão ou restrição, ainda que estes tenham por conteúdo informações passadas e verídicas acerca do interessado.

Importa registrar que a legislação processual penal corrobora com esse entendimento, tendo em vista que em seu art. 748⁷ preconiza que o reabilitado tem direito ao sigilo da folha de antecedentes e a exclusão dos registros da condenação.

⁶ Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Professor do IBMEC. Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado.

⁷ Art. 748. A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.

Nesse mesmo sentido, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça⁸ reconheceu o direito ao esquecimento ao autor da ação de reparação de danos morais em face da TV Globo, Sr. Jurandir Gomes de França, por ter sido violado seus direitos de personalidade em razão da veiculação de sua imagem a um fato ocorrido em 1993, a chacina da candelária. Nesse caso, o autor foi indiciado como coautor/partícipe dos homicídios ocorridos na chacina, no ano de 1993. Ocorre que, ao final do processo foi absolvido por negativa de autoria pela unanimidade dos membros do conselho de sentença. Na referida ação o autor afirma que a rede Globo o procurou para que fosse realizada uma entrevista para o programa Linha direta, onde o mesmo recusou alegando desinteresse, pois sua imagem seria exposta novamente em rede nacional como indiciado na chacina. Mesmo após a recusa do autor da ação, a rede globo realizou o programa linha direta contando como aconteceu a chacina da candelária, veiculando nome e imagem do senhor Jurandir Gomes de França ao crime, como indiciado e posteriormente absolvido, fatos que realmente aconteceram.

Na ação de reparação de danos morais movida contra a Rede Globo, o autor da ação afirmou que a sua exposição no programa televisivo para milhões de expectadores reacendeu na sociedade a imagem de que o mesmo seria assassino, violando sua privacidade e trazendo abalos morais.

Nesse julgamento foi realizada a ponderação entre o direito de informação e o direito a inviolabilidade da vida privada, sendo o direito ao esquecimento privilegiado em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, pilar da nossa Constituição da República. Interessante sobre esse caso é destacar uma passagem do voto do relator do Recurso Especial, Ministro Luís Felipe Salomão, que utiliza a ponderação dos bens jurídicos através da proporcionalidade, veja-se:

A cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana garante que o homem seja tratado como sujeito cujo valor supera ao de todas as coisas criadas por ele próprio, como o mercado, a imprensa e até mesmo o Estado, edificando um núcleo intangível de proteção oponível erga omnes, circunstância que legitima, em uma ponderação de valores constitucionalmente protegidos, sempre em vista os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, que algum sacrifício possa ser suportado, caso a caso, pelos titulares de outros bens e direitos.

⁸ Julgamento do REsp 1.334.097 – RJ.

Com esta afirmação o relator corrobora com o tratado no capítulo concernente aos postulados normativos, ele ressalta a importância da ponderação de bens jurídicos através da proporcionalidade e, ainda, usa em seu discurso a dignidade da pessoa humana para legitimar sua escolha, o direito ao esquecimento.

Existem outros casos onde o direito ao esquecimento foi mitigado⁹, inclusive na própria 4ª Turma do Superior de Justiça, tendo como relator o Ministro Luís Felipe Salomão.

Em síntese, no caso de Aída Curi, o relator em seu voto entendeu que foi um fato histórico, paradigmático, dotado de interesse público, usado até em universidades para estudos sobre o tema. No que se refere ao primeiro caso, o do senhor Jurandir Gomes de França, a 4ª Turma entendeu pela violação da vida privada e sobre o interesse público e historicidade dos fatos, aspectos estes interligados, asseverou o Ministro:

(...) penso que a historicidade do crime não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do fato –, pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado. Muito pelo contrário, nesses casos o reconhecimento do “direito ao esquecimento” pode significar um corretivo – tardio, mas possível – das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia. Portanto, a questão da historicidade do crime, embora relevante para o desate de controvérsias como a dos autos, pode ser ponderada caso a caso, devendo ser aferida também a possível artificiosidade da história criada na época.

Sobre o interesse público do caso em análise o Ministro transcreve os escritos de Gilmar Mendes, Ministro do Supremo Tribunal Federal (MENDES, 2007, p. 373), veja-se:

Decerto que interesse público não é conceito coincidente com o de interesse do público. O conceito de notícias de relevância pública enfeixa as notícias relevantes para decisões importantes do indivíduo na sociedade. Em princípio, notícias necessárias para proteger a saúde ou a segurança pública, ou para prevenir que o público seja iludido por mensagens ou ações de indivíduos que postulam a confiança da sociedade têm, prima facie, peso apto para superar a garantia da privacidade.

⁹ Recurso Especial nº 1.335.153 – RJ – “caso Aída Cury”.

Estas considerações são importantes e devem ser ponderadas utilizando a proporcionalidade, ficando cristalino em quais situações os direitos de personalidade (esquecimento, honra, imagem, moral) poderão ser aplicados ou não diante do caso concreto.

6. CONCLUSÃO

No mundo globalizado onde as informações e expressões de pensamento se espalham rapidamente como fogo em pólvora, por causa das grandes mídias e o acesso facilitado aos meios de comunicação para todas as camadas da sociedade e, o surgimento de grandes demandas judiciais pelo excesso no exercício desse direito, era necessário um estudo sobre em que situações pode a vida privada ser relativizada em prol da informação, da expressão do pensamento.

A distinção entre princípios e regras é demasiado importante para compreensão de que uma colisão de princípios é diferente de uma colisão entre regras. As regras, por sua vez, descrevem condutas previamente a serem respeitadas e, dependendo da colisão, podem ser resolvidas pela subsunção ou até mesmo pela ponderação. Já os princípios, estipulam fins a serem perseguidos, mas sem, ao menos, descreverem alguma conduta para que o fim estipulado seja alcançado. Por isso, a subsunção não é mais suficiente para interpretação desse conflito de normas, sendo a ponderação de bens a técnica adequada para interpretação dos bens jurídicos colidentes.

A ponderação é realizada em etapas, estas funcionam como filtros, sendo analisadas uma a uma para que não haja erro na escolha do melhor argumento para uma decisão judicial. Os bens jurídicos tutelados serão ponderados através dos critérios (postulados) intrínsecos da proporcionalidade, passando pelo exame interno da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nessa colisão – liberdade de expressão x inviolabilidade da vida privada -, o que se busca é selecionar todos os meios a depender do caso concreto, nos casos tratados nesse estudo, observou-se que ponderar esses meios é um trabalho árduo para o intérprete. Nesse exame, o meio adequado é aquele que promove minimamente o fim; Necessário é o meio que é adequado (pois promove minimamente um fim) e dentre todos os adequados restringe menos o direito fundamental em colisão (direitos de personalidade); e ainda, no que se refere a proporcionalidade em sentido estrito, o meio será proporcional se o

meio escolhido para a promoção do fim justifica as desvantagens causadas pela adoção desse meio, tudo isso através da ponderação.

Não nos coube nesse estudo apontar quais bens jurídicos são mais importantes, aliás, em abstrato, como exposto anteriormente, não existe hierarquia, devido ao princípio da unidade da constituição, são os meios externos que farão o interprete escolher qual princípio aplicar se utilizando do postulado normativo da proporcionalidade através da técnica da ponderação.

Ainda sobre a proporcionalidade, nos resta frisar que é distinta da razoabilidade, já que comumente são tratados como sinônimos, quando na verdade são postulados normativos diferentes. Na razoabilidade o que se busca analisar é a equivalência entre o critério e a medida, enquanto que a proporcionalidade verifica se um princípio será promovido e em que medida o princípio ou direito colidente será restringido.

Por fim, restou falar sobre o direito ao esquecimento, uma vez que é um direito de personalidade objeto de muita discussão na doutrina. Muitas vezes as informações sobre uma pessoa, pública ou não, são repassadas a vida toda, como a notícia de um crime. Apesar de a notícia de um crime ser dotada de interesse público, qualquer cidadão tem o direito de cometer erros e posteriormente se arrepender, faz parte da evolução do ser humano, adquirimos experiências após vive-las, cometendo erros ou não, e dependendo do caso, temos o direito de esquece-las. Um exemplo bem cristalino é a de um cidadão tentando sua ressocialização, e a divulgação pelos veículos midiáticos sobre condutas passadas pode dificultar essa ressocialização e, até mesmo, causa danos psíquicos no indivíduo, como nos exemplos mostrados nesse estudo.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios - da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 14ª Ed. Malheiros Editores. 2013;

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Artigo Científico. Acesso em 10/03/2014. Link:
http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm;

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Ed. Saraiva – 2009. São Paulo-SP;

BUCAR, Daniel. Controle Temporal de Dados: O direito ao esquecimento. Acesso em 20.04.2014. <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica.com-a.2.n.3.2012.pdf>;

MARTINS, Leonardo. Liberdade e Estado Constitucional – Editora Atlas S.A. – São Paulo. 2012;

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012;

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007;