

DIREITO CIVIL

ARTIGO

BREVES REFLEXÕES SOBRE A INCIDÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES – LIBERDADE DE INFORMAÇÃO V. DIREITOS DA PERSONALIDADE – UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO

BRIEF REFLECTIONS ABOUT THE INCIDENCE OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN RELATIONS BETWEEN PRIVATE – FREEDOM OF INFORMATION V. PERSONALITY RIGHTS – A COMPARATIVE STUDY OF LAW

THIAGO MOREIRA

Oficial do Ministério Público

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

thiago_moreira83@yahoo.com.br

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo demonstrar um breve panorama do tema, teorias para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, para promover avanços jurídico-sociais, entretanto, com extrema cautela, para que retrocessos sejam evitados, mostrando a necessidade de limites para tal aplicação. Com a finalidade de demonstrar o alcance prático de tal teoria, discutiremos de forma comparativa dois casos de ordenamentos jurídicos distintos na utilização da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, o caso *Lebach*, oriundo da jurisprudência alemã, e o caso *Doca Street*, sob a égide da ordem jurídica brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; relações privadas; aplicabilidade; teorias; caso *Lebach*; caso *Doca Street*.

ABSTRACT: This paper aims to demonstrate a brief overview of the topic, theories for the enforcement of fundamental rights in private relations, to promote legal and social advances, however, with extreme caution so that setbacks are avoided, showing the need for such limits application. In order to demonstrate the practical impact of such a theory, we demonstrate the comparative form of two cases in different jurisdictions use the incidence of fundamental rights in private relations, the case *Lebach*, derived from the German case, and the case *Doca Street*, under the aegis the Brazilian legal system.

KEY WORDS: Fundamental rights; private relationships; applicability; theories; case *Lebach*; case *Doca Street*.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os direitos fundamentais: a eficácia horizontal. 3. As características dos direitos fundamentais: a renúncia. 4. Principais teorias acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. 5. Conflito entre princípios: a ponderação. 6. Os direitos fundamentais como princípios constitucionais. 7. O caso *Lebach*. 8. A solução no Tribunal Constitucional Alemão. 9. O caso *Doca Street*. 10. A solução do ordenamento jurídico brasileiro. 11. Algumas similitudes e distinções existentes nos casos em análise. 12. Parâmetros para solução de casos concretos (liberdade de expressão v. direito à intimidade e à vida privada). 13. Conclusão. 14. Referências.

1. Introdução

Nos moldes da nova interpretação das disposições constitucionais, notadamente em face da tão aclamada tese de Konrad Hesse, que pugna pela Força Normativa da Constituição, nos pontos em que esta irradia suas disposições por todo o sistema jurídico vigente sob sua égide, fazendo com que os seus intérpretes observem tais disposições, independentemente da ramificação do direito de que se trata, pois o direito é uno, podemos verificar ser hoje inegável que a Constituição pode e deve irradiar suas normas por todo o ordenamento jurídico vigente, vinculando à observação dessas normas,

fazendo respeitar-se sua vontade. Isso nos leva ao entendimento de que tanto o Estado quanto o particular devem sempre orientar seus passos com as lentes constitucionais.

Isto nos remete, também, ao fato de que atualmente os direitos fundamentais, como normas constitucionais que são, passam a atuar no cenário jurídico com um campo de incidência muito maior, saindo da visão clássica de véu protetor das relações Estado/indivíduo (particular), a chamada eficácia vertical, para também abarcar as relações dos particulares entre si, relações particular/particular, a denominada eficácia horizontal. A inserção do particular no cenário mundial como grande ator demonstrou que o Estado não é a única ameaça aos direitos fundamentais conquistados pelo particular; os próprios particulares, ou seja, seus pares estão se mostrando grande ameaça a tais direitos, talvez em maior proporção que o Estado, gerando a necessidade do estudo do que chamamos de eficácia horizontal de direitos fundamentais, na qual nos dois ou mais polos da relação jurídica se encontram titulares dos referidos direitos, ao contrário da eficácia vertical dos referidos direitos.

Trabalharemos com as argumentações expostas pelo Tribunal Constitucional Alemão, no caso *Lebach*, e pelo ordenamento jurídico brasileiro no caso *Doca Street*. Em ambos se encontra em colisão o direito à liberdade de informação/expressão em face dos direitos da personalidade e de ressocialização.

2. Os direitos fundamentais: a eficácia horizontal

Os direitos fundamentais (MOREIRA, 2011, p. 303-311) são prerrogativas/instituições que se fizeram e se fazem necessárias ao longo do tempo, para formação de um véu protetor das conquistas dos direitos do homem (que compreendem um aspecto positivo, a *prestação*, e um negativo, a *abstenção*), embasados, em especial, na dignidade da pessoa humana, tanto em face das ingerências estatais (o que chamamos de *eficácia vertical*) quanto, segundo melhor doutrina, nas relações entre particulares (seja esta proteção positivada ou não, é inegável a constitucionalização do direito privado, e, por consequência, a força normativa da constituição nestas rela-

ções); em ambos os casos, podem possuir eficácia imediata (chamada eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas), ou imediata no primeiro caso e mediata no segundo (chamada eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas), ou, ainda, só possuindo eficácia no primeiro caso (não aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas) conforme o ordenamento no qual se encontram os referidos direitos.

3. As características dos direitos fundamentais: a renúncia

Importante consignar que tais direitos possuem algumas características de consenso doutrinário, quais sejam, *historicidade*, *inalienabilidade*, *imprescritibilidade* e, por fim, *irrenunciabilidade*.

Entretanto, estas características, em especial a que se refere à irrenunciabilidade¹, merecem atenção especial para melhor desenvolvimento do tema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Dizemos isto pelo fato de que, ao analisarmos os direitos fundamentais em uma visão estritamente fechada ou absoluta, não admitindo a renúncia a tais direitos, ainda que entendida como não exercício, não se poderia falar em incidência dos direitos fundamentais na ordem privada, visto que, em uma sociedade plural e globalizada, temos exemplos vastos e incontestes de negociação de direitos fundamentais, em que deve haver renúncia, ou não exercício destes direitos para celebração de suas relações privadas².

¹ Para melhor compreensão do tema, aduz Canotilho que “As clássicas declarações de direitos referiam-se aos direitos inalienáveis e imprescritíveis. Todavia, ao lado do processo de relativização dos direitos, assistiu-se ainda um processo paralelo de relativização através da ideia de *renúncia* a direitos fundamentais”. (CANOTILHO, 2003, p. 463).

² Neste sentido, como bem aponta o professor Virgílio Afonso da Silva, “ora, com a expansão dos direitos fundamentais, não seria exagero assim dizer que o ‘inchaço’ das declarações de direitos, em quase toda relação contratual existe uma grande possibilidade de que algum direito fundamental seja ‘tocado’. A partir dessa constatação, se seguirmos o que a doutrina costuma atribuir como características dos direitos fundamentais – inalienabilidade, inegociabilidade etc. -, quase todo tipo de relação contratual que tenha como consequência uma limitação a direitos fundamentais deveria ser nula, pois tal limitação, ao contrário do que ocorre com as limitações ocorridas em razão de lei, decorrem em grande parte dos casos de um acordo entre as partes, que negociam e transigem sobre direitos fundamentais”. (SILVA, 2011, p. 50-51).

O professor Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 62-64) explica com clareza o que se deve entender como renúncia e como aplicá-la no que concerne aos direitos fundamentais. Para uma *visão mais conservadora*, o termo *renúncia se reveste de definitividade e irreversibilidade*, somente se podendo falar em renúncia quando se está diante de direitos patrimoniais disponíveis. Como nos direitos fundamentais tal forma definitiva e irreversível não acontece, não haveria renúncia. Entretanto, toma-se como exemplo o direito de propriedade, que, além de ser um direito fundamental, é também um direito assegurado e regulado por disposições de direito privado. O art. 1275, II, do CC/2002, prevê a possibilidade de renúncia ao direito de propriedade, o que não implica dizer que o renunciante jamais poderá exercer seu direito de propriedade novamente.

Assim, a renúncia não é geral, é específica, dada em um momento definido e limitada a uma determinada situação (no caso o bem cuja propriedade foi renunciada). O mesmo raciocínio tem aplicação no caso da renúncia à herança (direito fundamental com disposições próprias no direito privado); o fato de renunciar à herança que cabe a um herdeiro não quer dizer que ele perderá sua qualidade de herdeiro quando houver outra sucessão em que figurar como tal.

Quando se renuncia a um direito fundamental, inclusive ao patrimonial, não se está defendendo a possibilidade de, por mera declaração de vontade, seja tácita seja expressa, abdicar do direito em toda e qualquer situação futura na qual se possa exercitá-lo, mas repisa-se que os efeitos da renúncia somente são válidos em situações específicas, determinadas pelas particularidades do caso concreto.

Não faltariam exemplos para os casos de renúncia, nos termos acima expostos, a direitos fundamentais, pondo em xeque seu caráter absoluto de irrenunciabilidade, como se vislumbra nos exemplos abaixo, elencados pelo professor Virgílio Afonso da Silva:

Aquele que, após a prolação de uma sentença de primeiro grau em um processo, aceita não recorrer à instância superior diante de uma proposta em dinheiro da parte contrária, *negocia* seu direito fundamental ao duplo grau de jurisdição.

Aquele que, diante das câmeras de TV, exhibe sua cédula na cabine de votação, *renuncia* ao sigilo do voto.

Quando um homem entra para um seminário na igreja católica, com o intuito de se tornar padre, ou uma mulher, com o intuito de se tornar freira, *renunciam* eles a seu direito de constituir família.

Aquele que é aprovado em concurso público e aceita o cargo de juiz, renuncia a seu direito fundamental do art. 5º, XIII, referente ao livre exercício de qualquer trabalho, pois somente poderá exercer uma atividade de magistério (art. 95, parágrafo único, I).

Todo aquele que celebra um contrato, renuncia a uma parcela de sua liberdade. (SILVA, 2011, p. 62-64).

Casos outros se apresentam, como a realização de algum *reality show*, cujos componentes renunciam ao seu direito à vida privada e expõem toda a sua intimidade para os espectadores.

Por fim, consigne-se que o termo eficácia será usado ao longo do texto para fins meramente didáticos, apesar de termos nossas reservas quanto ao vocábulo, pois entendemos, tal como o professor Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 62-64), ser *aplicabilidade dos direitos fundamentais o termo mais correto*, uma vez que não se pode confundir a capacidade de produzir efeitos, eficácia, com a possibilidade de tais efeitos terem incidência (aplicabilidade) em determinadas relações; dito de outra forma, os direitos fundamentais são eficazes, entretanto, em uma interpretação jurídica ou outra, podem ter aplicabilidade ou não.

4. Principais teorias acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

A constitucionalização, ou a irradiação dos direitos fundamentais, ou ainda, sua eficácia horizontal, possui um arcabouço teórico que em cada ordenamento delimita regras para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Entre as que se noticiam (MOREIRA, 2011, p. 307-308), destacamos a *teoria da eficácia imediata* ou direta, *teoria da eficácia mediata* ou indireta e, por fim, a *teoria do State action*, que na lição de alguns doutrinadores é tratada como teoria da não aplicabilidade.

Defende a *teoria da eficácia mediata*, sendo esta a mais adotada no direito contemporâneo, que a adoção, ou melhor, a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado só se faz por meio de uma lei que lhe dê tal aplicabilidade, o que poderíamos chamar de intermediária. Assim, nesta concepção, a eficácia indireta, também chamada de teoria dualista no direito português, a incidência dos direitos fundamentais deve estar pautada em uma legislação privada que autorize tal aplicação, até mesmo através de cláusulas gerais, funcionando como verdadeira ponte levando ao direito privado os dispositivos constitucionais fundamentais, tudo com vistas à preservação do princípio reitor das referidas relações particulares, qual seja, o princípio da autonomia privada. Os defensores desta teoria dizem que seria inviável a aplicação direta, uma vez que se poria em risco tal princípio, outorgando ao Judiciário um poder desmesurado, “tendo em vista o grau de indeterminação que caracteriza as normas constitucionais consagradoras destes direitos” (SARMENTO, 2006, p. 198). Por fim, cabe, segundo tal teoria, ao legislador das normas de direito privado zelar, quando da confecção das ditas normas, pelo respeito aos direitos fundamentais, sem, entretanto, solapar a autonomia da vontade.

Por sua vez, a *teoria da eficácia direta*, também denominada imediata ou monista, sendo esta, em princípio, adotada por nosso ordenamento jurídico (apesar de não ser amplamente adotada no plano internacional pelos demais Estados), vela pela inserção dos direitos fundamentais com eficácia *erga omnes*; por esse motivo, tais direitos como direitos subjetivos ou normas de valor, nas palavras de Benedita Mac Crorie (2005, p. 21-22), “devem valer como direitos subjectivos contra entidades privadas que constituam poderes sociais e indivíduos que disponham de uma situação real de poder equiparável à supremacia do Estado”. Tal ilação se funda no conceito de unidade do ordenamento jurídico, conjugado com a propagada teoria *força normativa da constituição*; tem como grande expoente Konrad Hesse, o qual prega a irradiação dos dispositivos constitucionais a todo e qualquer ramo do direito, seja público seja privado, vinculando tanto os particulares quanto o Estado à sua obediência.

Em nosso sentir, a última teoria que se destaca, *State action*³, primando pela não aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, somente podendo invocá-los quando estiverem diante de uma ação estatal que os afronte, é a mais controversa; dizemos isto, pois, segundo Daniel Sarmiento (2006, p. 189), tal teoria pugna pela não aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, podendo haver algumas eventuais mitigações. De outro lado, temos como mais acertado o que entende Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 99), para quem o objetivo de tal doutrina, teoria, é “justamente definir em que situações uma conduta privada está vinculada às disposições de direitos fundamentais”. Pode-se dizer que, ainda que se queira aparentemente com a doutrina da *state action* negar a vinculação de entes não estatais aos direitos fundamentais, não é isso que acontece de fato:

[...] o casuísmo da Suprema Corte norte-americana sempre encontra uma forma, por mais *artificial que seja*, de igualar o ato privado questionado a um ato estatal quando se quer coibir alguma violação a direitos fundamentais por parte de pessoas privadas. (SILVA, 2011, p. 99).

Note-se, portanto, que não existe consenso doutrinário a respeito de tal doutrina.

5. Conflito entre princípios: a ponderação

Quando dois princípios estão em colisão, não se aplicam as mesmas formas de solução de antinomias utilizadas para as regras; não se pode inserir em um dos princípios uma cláusula de exceção, tampouco se falar em invalidade de um princípio em detrimento de outro.

Segundo Alexy (2008, p. 93), o que ocorre é que um dos princípios em colisão tem precedência em face do outro, sem, com isso, implicar a invalidade do outro. Os princípios na constância de um caso

³ Tal teoria tem como expoente o ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América onde sua jurisprudência está presa, em tese, a uma concepção liberal de que os direitos fundamentais são oponíveis somente em face do Estado.

concreto podem ter maior ou menor peso perante outro, e o que possuir maior peso no caso concreto irá prevalecer.

Tendo-se em vista esta dimensão de peso característica de tais espécies normativas, necessário se faz um sopesamento (ponderação) entre os princípios colidentes, para aferir qual deverá preceder devido ao seu maior peso no caso concreto. Ressalte-se que, ao contrário das regras que podem ser analisadas e confrontadas no plano abstrato, os princípios somente podem ser analisados em situação de colisão na égide de um caso concreto.

Tal conceito será posto em prática quando das análises dos *casos Lebach e Doca Street*, nos quais se poderá vislumbrar se houve e de qual forma ocorreu a ponderação entre os princípios postos em colisão.

José Sérgio da Silva Cristóvam (2009, p. 221-222), citando Alexy, aduz que a chamada lei da ponderação quando diante de uma lide deve ter sua aplicação em três fases. Na *primeira* deve ser determinada a intensidade da intervenção (máxima da conformidade ou adequação); na *segunda*, trata-se da importância das razões que justificam a intervenção (máxima da exigibilidade ou da necessidade); por fim, na *terceira* se procede à ponderação propriamente dita (máxima da ponderação ou da proporcionalidade), alega, ainda, o autor:

Fica conferido ao Judiciário o dever de examinar a situação concreta decidir se a medida eleita não afrontou um direito fundamental que deveria prevalecer naquele caso, precedendo àquele outro efetivado. É dever do Juiz, analisando as circunstâncias, ponderar acerca da proporcionalidade da restrição ao direito dos cidadãos, contrastando os resultados obtidos com a restrição efetuada, se proporcionais ou não. Pela máxima ponderação dos resultados, deve-se examinar o grau de satisfação e efetivação daquele mandamento de otimização que a medida procurou atender. Quanto mais alto for o grau de afetação e afronta ao princípio limitado pelo meio utilizado, maior deverá ser a satisfação do princípio que se procurou efetivar. (CRISTÓVAM, 2009, p. 221-222).

Como aponta Alexy (2008, p. 593-594), a máxima da proporcionalidade em sentido estrito (a terceira fase acima apontada) expressa o

que significa a otimização em relação aos princípios colidentes e é de igual teor à *lei do sopesamento*, que é: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.

6. Os direitos fundamentais como princípios constitucionais

O conhecimento do caráter pelo qual se apresentam as normas de direitos fundamentais é tema por demais controverso, entretanto, filiamo-nos ao entendimento de que prevalece o caráter principiológico dos direitos fundamentais⁴, visto que estes se identificam nas disposições que caracterizam os princípios em face das regras, ou seja, os direitos fundamentais podem ser satisfeitos em diversos graus; são normas que em muitas situações encontram-se tutelando valores contrapostos, de igual valor axiológico. Por esse motivo, quando postos em colisão, o critério para solução desta antinomia (conflito entre normas) é o da ponderação, pois o fato de no caso concreto um dos direitos fundamentais ter que prevalecer em face do outro não implica sua invalidade, mantendo-o válido no ordenamento jurídico; pode até mesmo, em outro caso concreto na análise das nuances subjetivas que civarem o caso, prevalecer em face daquele direito que outrora prevalecera.

Segundo Jane Pereira (2006, p. 127), a questão relativa ao modelo estrutural das normas constitucionais, notadamente de direitos fundamentais, é essencial para o tratamento dos problemas que se referem a restrições e limites dos ditos direitos. Se estes forem entendidos como regras, serão considerados como absolutos (plano de realização com fundamento no tudo ou nada), o que os tornaria insuscetíveis de restrição, enquanto o modelo de princípios resulta na consideração de que os direitos fundamentais são passíveis de restrição.

Cumprе consignar, todavia, que os direitos fundamentais são dotados de um duplo caráter (ALEXY, 2008, p. 141-144), ou seja, as normas de direitos fundamentais podem ser construídas de forma que uma norma constitucional possa compreender tanto uma regra

⁴ Neste sentido ver: BARROSO, 2009, p. 100-101.

quanto um princípio, como no caso em que o constituinte inclui nesta norma constitucional uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, sujeitando-a ao sopesamento.

7. O caso *Lebach*

Em 1969, no pequeno lugarejo a oeste da República Federal da Alemanha, chamado *Lebach*, houve um latrocínio (roubo seguido de morte), que ficou conhecido como “o assassinato dos soldados de *Lebach*”. Quatro soldados que guardavam um depósito de munição foram durante a noite brutalmente assassinados, e um quinto soldado foi gravemente ferido. Nesse acontecimento, além das mortes e agressões, houve o roubo de várias armas e munições do depósito. Em agosto de 1970, os dois principais acusados foram condenados à prisão perpétua, um terceiro participante, por ter auxiliado no intento criminoso, foi condenado a seis anos de reclusão.

Um canal de televisão alemão, a ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen* – Segundo Canal Alemão), em razão da grande repercussão que o caso provocou na opinião pública, decidiu elaborar um documentário em que narrava não só os acontecimentos específicos do fato ocorrido, mas, também, os que o antecederam. Nesse documentário eram citados com nomes e fotos, não só os dois principais condenados, como o partícipe do referido crime, com posterior encenação dos acontecimentos por atores contratados para tal, os quais reproduziriam, inclusive, o relacionamento entre os condenados e suas relações homossexuais, bem como toda a preparação para o ato criminoso, sua execução e posterior perseguição policial com a consequente prisão.

Tal documentário iria ao ar em uma sexta-feira do primeiro semestre do ano de 1973, data próxima à da soltura do terceiro condenado que atuou como auxiliar na conduta criminoso, motivo pelo qual este ingressou em juízo para pleitear em medida liminar a proibição dessa transmissão. Sua pretensão restou infrutífera tanto no Tribunal Estadual de *Mainz* quanto no Superior Tribunal Estadual de *Koblenz*, que julgaram improcedente o pedido do reclamante, o que o levou a ajuizar reclamação constitucional no Tribunal Constitucional Federal Alemão – TCF.

8. A solução no Tribunal Constitucional Alemão

As razões de tal Reclamação Constitucional foram, em síntese, que a transmissão do referido documentário provocaria dano irreparável ao reclamante em seus direitos da personalidade, notadamente em seu direito de ressocialização, visto que a reprodução dos acontecimentos, tal como a brutalidade dos assassinatos; até mesmo a relação homoafetiva entre os indivíduos envolvidos poderia provocar na sociedade uma repulsa que se tornaria obstáculo para que ele, após o devido cumprimento de sua pena, pudesse exercer os atos inerentes ao indivíduo, como, por exemplo, inserir-se no mercado de trabalho.

De outro lado, estava em análise o direito fundamental de liberdade de expressão, especificamente o de acesso à informação e à liberdade de imprensa; as narrativas a serem reproduzidas seriam verídicas, atendo-se aos fatos ocorridos sem menção a críticas ou apontamentos de opinião que viessem diretamente a ofender a personalidade do indivíduo ou que gravassem na sociedade compulsoriamente a necessidade de repudiá-lo. Tratava-se de função social inerente à imprensa, por ter caráter informativo dando à sociedade formas de controle dos atos de seus governantes, bem como do seio social como um todo.

Notemos, portanto, que houve no caso em tela uma colisão entre direitos fundamentais, liberdade de expressão *v.* direitos da personalidade, que, por consequência, exigiram a utilização da ponderação como instrumento para dirimi-lo.

O Tribunal Constitucional Alemão diante desse caso julgou procedente a dita Reclamação, vislumbrando que de fato a exibição do documentário provocaria dano facilmente verificável aos direitos fundamentais do reclamante, em especial, seu processo de ressocialização. Houve a permissão da transmissão, mas foi proibida a menção ao nome do reclamante ou a utilização de sua imagem.

Entretanto, para se chegar a esta conclusão, foi necessária a harmonização dos interesses em jogo através da ponderação, fazendo-se uso do postulado da proporcionalidade em uma argumentação jurídica que foi compreendida em três etapas (ALEXY, 2008, p. 100-103).

A primeira etapa foi a de constatação de existência/inexistência de colisão entre direitos fundamentais e quais seriam eles; estabeleceu-se, ainda, que tais direitos em um plano abstrato possuíam a mesma carga axiológica não podendo um indistintamente prevalecer sobre o outro, somente através de um sopesamento de valores constitucionais.

Na segunda etapa, o Tribunal verificou uma precedência geral da liberdade de informação desde que esta fosse uma informação atual sobre os atos criminosos, sendo uma precedência geral ou básica, o que implica dizer que nem toda informação atual é permitida, estabelecendo-se exceções que somente se podem vislumbrar em cada caso concreto, nunca em uma ordem abstrata de direitos fundamentais.

Por fim, na terceira etapa, em que houve a decisão do TCF, encontrou-se no caso em comento precedência dos direitos da personalidade do reclamante, visto que a repetição do noticiário sobre um grave crime que não mais se revestia de interesse atual pela informação colocando em risco sua ressocialização seria exceção à precedência geral e abstrata da liberdade de informar que estaria, caso fosse permitida a exibição nos moldes originais (e não como foi decidido, ou seja, sem menção a imagem ou nome do reclamante), intervindo de forma demasiadamente grave na esfera de seus direitos da personalidade; segundo Alexy (2008, p. 102), em comentário à decisão de tal Reclamação, uma notícia repetida que não está revestida de atualidade sobre um crime de tão grande gravidade pondo em risco a ressocialização do autor é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Veja-se a ementa da referida decisão do TCF:

1. Uma instituição de Rádio ou Televisão pode se valer, em princípio, em face de cada programa, primeiramente da proteção do Art. 5 I 2 GG. A liberdade de radiodifusão abrange tanto a seleção do conteúdo apresentado como também a decisão sobre o tipo e o modo da apresentação, incluindo a forma escolhida de programa. Só quando a liberdade de radiodifusão colidir com outros bens jurídicos pode importar o interesse perseguido pelo programa concreto, o tipo e o modo de configuração e o efeito atingido ou previsto.

2. As normas dos §§ 22, 23 da Lei da Propriedade Intelectual-Artística (Kunsturhebergesetz) oferecem espaço suficiente para uma ponderação de interesses que leve em consideração a eficácia horizontal (Ausstrahlungswirkung) da liberdade de radiodifusão segundo o Art. 5 I 2 GG, de um lado, e a proteção à personalidade segundo o Art. 2 I c. c. Art. 5 I 2 GG, do outro. Aqui não se pode outorgar a nenhum dos dois valores constitucionais, em princípio, a prevalência [absoluta] sobre o outro. No caso particular, a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade deve ser ponderada com o interesse de informação da população.

3. Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: Segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (re-socialização). A ameaça à re-socialização deve ser em regra tolerada quando um programa sobre um crime grave, que identificar o autor do crime, for transmitido [logo] após sua soltura ou em momento anterior próximo à soltura. (SCHWAB, 2006, p. 487-488, grifo nosso).

Em sua fundamentação, foi asseverado:

Em casos de conflito como o presente, vale, por isso, de um lado, o princípio geral de que a aplicação dos §§ 22, 23 KUG em face de programas de televisão não pode limitar a liberdade de radiodifusão excessivamente. De outro lado, existe aqui, em contraposição às demais leis gerais na acepção do Art. 5 II GG, a peculiaridade de que a limitação da liberdade de radiodifusão serve, por sua vez, à proteção de um alto valor constitucional; o interesse da pessoa em questão contra a divulgação ou apre-

sentação de sua imagem, a ser considerado no contexto do § 23 KUG, é reforçado diretamente pela garantia constitucional da proteção à personalidade [do Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG].

A solução do conflito deve partir do pressuposto de que, segundo a vontade da Constituição, ambos os valores constitucionais configuram componentes essenciais da ordem democrática livre da Grundgesetz, de forma que nenhum deles pode pretender a prevalência absoluta. O conceito de pessoa humana (Menschenbild) da Grundgesetz e a configuração a ele correspondente da comunidade estatal exigem tanto o reconhecimento da independência da personalidade individual como a garantia de um clima de liberdade que não é imaginável atualmente sem comunicação livre. Ambos os valores constitucionais devem ser, por isso, em caso de conflito, se possível, harmonizados; se isso não for atingido, deve ser decidido, considerando-se a configuração típica e as circunstâncias especiais do caso particular, qual dos dois interesses deve ser preterido. Ambos os valores constitucionais devem ser vistos, em sua relação com a dignidade humana, como o centro do sistema axiológico da Constituição.

Certamente, podem decorrer da liberdade de radiodifusão efeitos limitadores para as pretensões jurídicas derivadas do direito [fundamental] da personalidade; porém, o dano causado à “personalidade” por uma apresentação pública não pode ser desproporcional ao significado da divulgação para a comunicação livre (cf. Adolf Arndt, *op. cit.*). Além disso, desse valor de referência decorre que a ponderação necessária por um lado deve considerar a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade por um programa de tipo questionável e, por outro lado, está o interesse concreto a cuja satisfação o programa serve e é adequado a servir, para avaliar e examinar se e como esse interesse pode ser satisfeito [de preferência] sem um prejuízo – ou sem um prejuízo tão grande – da proteção à personalidade.

[...]

Resumindo, tem-se que um noticiário sobre um crime com os nomes [verdadeiros], fotos ou representação dos acusados, principalmente na forma de documentário, significará em regra uma intervenção grave na esfera [privada] da personalidade. (SCHWAB, 2006, p. 491-492, grifo nosso).

Como vimos acima, ao tratarmos da ponderação de interesses e da lei do sopesamento, observa-se que houve um sacrifício parcial ao direito de liberdade de informação em face da proteção à personalidade do indivíduo no caso concreto, pois, se não se faz possível a harmonização, deve-se buscar a forma de intervenção com a menor intensidade possível na esfera do direito que será objeto de restrições; o grau de afetação de um princípio/direito fundamental deverá ser proporcional ao grau de importância do outro.

9. O caso *Doca Street*

Trata-se de um dos crimes passionais de maior repercussão no país. Em 1976, Raul Fernando do Amaral Street (conhecido como Doca Street) e Ângela Maria Fernandes Diniz (conhecida como “pantera de Minas”, por ter uma vida fora dos padrões comuns da época, envolvimento com amantes, drogas e suspeitas de crimes, para alguns uma libertina, para outros uma mulher livre que aproveitava sua vida de riqueza e fama sempre constante em colunas sociais de jornais de grande divulgação) começam um relacionamento amoroso. Tal enlace durou até a data de 30 de dezembro de 1976. Nesse dia, por volta das 16h, Ângela decidiu terminá-lo após uma acalorada discussão em sua residência na Praia dos Ossos em Búzios, Estado do Rio de Janeiro. Raul arrumou seus pertences e se dirigiu ao seu carro, retornando em seguida e tentando se reconciliar com Ângela, sem, entretanto, obter sucesso. Quando esta se dirigiu para o banheiro de sua casa, Raul, empunhando uma arma de fogo, seguiu-a abordando-a e desferindo três tiros em seu rosto e um em sua nuca; tais ferimentos culminaram em sua morte.

Em 1979, Doca Street foi ao Plenário do Tribunal do Júri da cidade de Cabo Frio/RJ para seu julgamento defendido por Evandro Lins e Silva (ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal), qual teve como assistente de acusação Evaristo de Moraes Filho, ambos expoentes na seara do direito penal da época. O defensor de Doca utilizou a tese até então aceita de legítima defesa da honra que, em uma cidade interiorana, possuía grande receptividade, até mesmo por narrar a vida “questionável” da vítima e sua contribuição para o fatídico assassinato. Com tais argumentos, o réu foi condenado, por 5 votos a 2, a 2 anos de reclusão por homicídio culposo e imediatamente beneficiado pelo *sursis*.

Tal decisão provocou grande repercussão social, o que gerou a ação de grupos feministas pleiteando um novo julgamento, que foi realizado em 5 de novembro de 1981 em razão de decisão do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, que anulou o julgamento anterior. Neste Plenário do Tribunal do Júri, Doca Street foi condenado a 15 anos de reclusão em regime inicialmente fechado.

Em 1987, Doca recebeu a liberdade condicional e começou seu processo de ressocialização, inserindo-se no mercado de trabalho, constituindo família.

No ano de 2003, a rede Globo de televisão, através de um programa de sua grade chamado *Linha Direta*, que exibia casos de crimes atuais, resolveu fazer uma série de matérias como se fossem uma retrospectiva dos crimes que mais chocaram a opinião pública; entre um desses crimes, encontrava-se o caso Doca Street e Ângela Diniz.

Raul Fernando do Amaral Street (Doca Street) ingressou em Juízo com ação ordinária pleiteando liminarmente que fosse determinada a proibição da transmissão de tal programa, pois iria colocar em risco a manutenção de sua ressocialização. Em primeira instância, a proibição de transmissão foi liminarmente concedida. Entretanto a TV Globo, em agravo de instrumento, conseguiu, por dois votos a um, em decisão da 14ª Câmara Cível do TJRJ, a autorização para a referida exibição.

10. A solução do ordenamento brasileiro

No caso em comento, encontramos novamente uma colisão entre direitos fundamentais, de fato, os mesmos que foram invocados no caso *Lebach*, com algumas distinções que sempre norteiam os casos concretos. De um lado Doca Street invocava seus direitos da personalidade, tais como honra, imagem e vida privada que, caso houvesse exibição de um programa que relatasse o crime que havia cometido há mais de 30 (trinta) anos, poderiam ser violados, inclusive a manutenção de sua ressocialização, visto que, pelo decurso do tempo, conseguiu inserir-se na sociedade não tendo nenhuma outra conduta desabonadora. De outro lado se encontrava o direito fundamental à liberdade de informação/expressão, invocado por

um canal de televisão sob o argumento de que o fato criminoso era um fato histórico e como tal não poderia ser esquecido, pois sua divulgação seria um direito de nossos filhos de ter acesso ao passado da sociedade, até mesmo para sua melhor compreensão.

Ao ingressar em juízo liminarmente, o ex-condenado conseguiu em decisão proferida pelo Juízo da 19ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro/RJ proibição da exibição do programa sob o argumento de que não haveria ali cunho de informação jornalística por ser mais voltado ao lucro (sensacionalismo), razão pela qual não se poderia falar tampouco em ponderação de interesses, já que como tal não se enquadraria na esfera de proteção de direito fundamental. Mas, como visto acima, esta decisão liminar foi alvo de agravo de instrumento (procedente por 2 votos a 1), o qual permitia tal exibição⁵ e justificava que havia interesse público na exibição da notícia; por isso, não se poderia falar em prevalência do direito à honra e à imagem do autor da ação; garantia o ato que qualquer dano aos direitos do autor seria analisado *a posteriori*.

Exibida a programação, ao fim da ação ordinária proposta por Doca Street, foi reconhecido que a transmissão daqueles fatos trouxe danos à sua imagem e, por consequência, foi prolatada decisão indenizando-o por danos morais sofridos.

Entretanto, iremos nos ater mais aos argumentos esposados em acórdão prolatado em sede de apelação interposta pelo canal de televisão, cuja ementa se segue:

IMPrensa. INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA. HONRA E IMAGEM. PONDERAÇÃO DOS INTERESSES.

1 – O ordenamento constitucional, consideradas a importância e as consequências dessa atividade na preservação da democracia

⁵ Como as decisões de primeira instância não são divulgadas, bem como não houve publicação em Diário Oficial, tampouco no sítio da internet do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro da decisão do agravo de instrumento referido, baseamos estas premissas iniciais em notícias disponíveis em sítios da internet, como: <http://www.centraljuridica.com/materia/1582/dano_moral/doca_street_vai_receber_250_mil_da_tv_globo.html>; <http://www.conjur.com.br/2003-mai-21/tv_globo_exibir_linha_direta_justica_crime>.

e no desenvolvimento da sociedade, garante o direito à plena liberdade de informação jornalística e a subordina ao também direito coletivo de ser corretamente informado.

2 – Nesse âmbito, o ordenamento constitucional vincula a liberdade de informação jornalística ao dever de respeito ao direito individual à honra e imagem.

3 – As normas constitucionais, com a finalidade de afastar as contradições e harmonizar o sistema, interpretam-se consoante os princípios da unidade e do efeito integrador.

4 – A unidade do sistema constitucional exige a ponderação dos interesses relativos ao direito à liberdade de informação jornalística e ao direito individual à honra e imagem, de modo a impedir que os comandos de ambas as normas retirem a finalidade e eficácia da quaisquer delas.

5 – Nesse aspecto, a informação jornalística que apresenta fatos ou idéias, independente da contemporaneidade, e resguarda os seus sentidos originais, sem truncá-los ou deturpá-los, cumpre função inerente à sua natureza, corresponde ao direito coletivo de ser informado e expressa o puro exercício de atividade constitucionalmente assegurada.

6 – Nessas circunstâncias e ponderados ambos os interesses protegidos pela ordem constitucional, o puro exercício dessa atividade revela-se essencial ao seu próprio funcionamento e afigura-se incapaz de afrontar a honra e imagens individuais.

7 – Nesses termos, admitir que o puro exercício dessa atividade afronte o direito individual à honra e imagem, ainda na medida da sua importância para a democracia e desenvolvimento da sociedade, retira a finalidade e eficácia da norma que assegura a liberdade de informação.

8 – Nesse contexto, o relato de acontecimento relacionado a crime doloso contra a vida, fato verídico e público, não constitui abuso ou lbe retira o caráter puramente informativo, e descaracteriza a afronta ao direito à honra e imagem de pessoa que se obriga a conviver com seu passado. (RIO DE JANEIRO, 2006a, grifo nosso).

Em tal acórdão houve voto vencido do desembargador revisor, foi provido o recurso julgando improcedente ação; para tanto, ocorreu o uso da ponderação para se averiguar qual dos interesses em tela teve sua prevalência pronunciada.

O relator deste acórdão, Desembargador Milton Fernandes de Souza, pauta-se no fato de que o exercício livre da liberdade de imprensa e informação é essencial para o funcionamento da democracia e da sociedade e que tal exercício por parte do canal de televisão no caso concreto limitou-se a relatar os fatos tais como ocorreram, motivo pelo qual o autor da ação obriga-se a conviver com seu passado; dessa forma, admitir que o puro exercício da atividade jornalística afronte o direito individual e a imagem, na medida da sua essencialidade ao seu próprio funcionamento e da sua importância para a democracia e o desenvolvimento da sociedade, retira a finalidade e a eficácia da norma que assegura a liberdade de informação.

Em nosso sentir, não houve por parte do r. relator acima consignado juízo de ponderação satisfatório no qual houvesse análise detida dos valores em voga no caso concreto. Isso se explica principalmente pelo que se infere do teor do item “8” do acórdão acima, do qual se vislumbra uma generalização, como se aquela premissa fosse aplicável a todos os casos que relacionassem aqueles pontos específicos, quais sejam, fatos daquela natureza (crimes dolosos), direito à imagem, à vida privada e liberdade de informação, o que poderia configurar uma ponderação prévia em abstrato, por mais estranho que isso possa soar.

Não estamos com isso dizendo que o resultado seria diverso, mas que o caminho trilhado não se coaduna com o devido sopesamento.

O Desembargador Antonio Saldanha Palheiro, vogal no referido acórdão, faz um processo de sopesamento ao proferir seu voto que merece destaque. De início, constatou quais interesses em colisão elencados de igual forma no art. 5º da Carta Magna apresentavam a mesma carga valorativa no plano abstrato, arguindo que os direitos e garantias fundamentais encontravam seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Constitucional através do chamado princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas.

Em tal ponderação, o referido Vogal encontrou o direito à informação preponderante no caso concreto, pelo patente interesse público nos fatos sociais notórios e relevantes, como corolário de um re-

gime democrático. Lembra, ainda, a consequência que ocasionaria a proibição de exhibições de tal espécie, visto que poderia causar o regozijo de todos os criminosos, “aí incluídos os tiranos de qualquer matiz, ante a possibilidade de assegurar que seus atos serão varridos do julgamento da história uma vez superado o técnico e acanhado julgamento judicial”.

Ressaltou, por fim, o referido Vogal, que o caso Doca Street foi e ainda é exemplo dado em academias jurídicas, nas aulas de ciências penais, e que outros já foram objeto de notícia como esse episódio. Elucidativa e merecedora de destaque é a conclusão do eminente Vogal ao traçar alguns parâmetros para se aferir a legitimidade do exercício do direito de informação:

De outro lado, não podemos deixar de consignar que, *a narrativa de situações de ressonância social que contemplam situações desabonadoras a seus personagens, deve observar três fatores de limitação intransponíveis*, sob pena de, em qualquer circunstância afetar a honra subjetiva dos envolvidos e assim ensejar reparação imaterial: *primeiro, que a descrição seja verdadeira*, limitando-se a fatos comprovados, com retratação fidedigna dos registros oficiais; *segundo, que não exerça juízo de valor*; isentando-se de adjetivações e subjetivismos para, assim, preservar o quanto possível sua natureza histórica - jornalística, legitimando o direito de manifestação; e, *terceiro, que não decline sequer indícios de atual situação dos envolvidos*, de forma a minimizar a possibilidade de investidas preconceituosas e aventureiras. (RIO DE JANEIRO, 2006a, grifo nosso).

Por sua vez, o eminente Revisor, Desembargador Antônio César Siqueira, prolator do voto vencido do dito acórdão, valeu-se da norma constante do art. 93 do Código Penal c/c art. 202 da Lei de Execuções Penais (LEP) para dar parcial provimento ao recurso interposto⁶, ao aduzir que as citadas normas garantem ao apenado o direito de reabilitação pelo qual após cumprida a pena não constará de folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade

⁶ Parcial pelo fato de que não concordava com o *quantum* atribuído ao valor da condenação por danos morais, manifestando sua vontade em reduzi-lo.

policial ou por auxiliares da Justiça nenhuma notícia ou referência à condenação, salvo para instrução processual ou nos casos previstos em lei. Em assim sendo, questiona o Douto Vogal: “estaria o particular excetuado dessa regra de puro interesse privado consistente na produção de um programa que relata fatos pretéritos?” Soma-se a este posicionamento o fato de que, após o cumprimento da pena, o apelante não mais demonstrou nenhuma conduta desabonadora.

Cumpre colacionar a título de curiosidade o acórdão proferido em sede de embargos infringentes, em face da decisão não unânime em grau de apelação que reforma sentença de mérito na forma do art. 530 do CPC, recurso esse que manteve a decisão recorrida, não necessitando de maiores comentários:

EMBARGOS INFRINGENTES. PUBLICAÇÃO JORNALÍSTICA. PROGRAMA TELEVISIVO ENVOLVENDO CRIME DE REPERCUSSÃO NACIONAL. ESCOPO INFORMATIVO, NÃO SE AFASTANDO DOS FATOS TAIS COMO SE APRESENTARAM NO PROCESSO JUDICIAL.

INTERESSE PÚBLICO QUE SE SOBEPÕE AO INTERESSE PESSOAL DOS ENVOLVIDOS. MATÉRIA DE DOMÍNIO PÚBLICO QUE DEU ENSEJO A PUBLICAÇÕES LITERÁRIAS E FILMES, SENDO UTILIZADA PELOS PROFESSORES COMO EXEMPLO DAS DIVERSAS MATIZES DO DIREITO PENAL.

SOPESAMENTO DA PROTEÇÃO DO DIREITO À HONRA E À IMAGEM, PRETENSÃO DO EMBARGANTE E DO DIREITO DE INFORMAÇÃO CONCEDIDO PELO PODER PÚBLICO À EMBARGADA PARA, NA HIPÓTESE CONCRETA, DAR PREVALÊNCIA AO SEGUNDO.

A PROTEÇÃO TRAZIDA PELA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, DE CUNHO EXCLUSIVAMENTE PENAL, NÃO AFASTA AS CONSEQUÊNCIAS DE CUNHO HISTÓRICO E PSICOSOCIAL.

RATIFICAÇÃO DOS ENTENDIMENTOS ESPOSADOS NO VOTO VENCEDOR E NA DECLARAÇÃO DE VOTO. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (RIO DE JANEIRO, 2006b).

11. Algumas similitudes e distinções existentes nos casos em análise

Entre as semelhanças entre ambos os casos, podemos destacar: a natureza do fato (crime) a espécie de crime (crime contra a vida), os direitos fundamentais em colisão (direito à liberdade de imprensa e informação *v.* direitos à vida privada e à honra, bem como à ressocialização ligada à dignidade da pessoa humana).

Quanto às distinções, as determinantes para a análise dos casos foram a data entre a divulgação e a soltura dos indivíduos, afetando em maior ou menor grau a sua possibilidade de ressocialização, o contexto histórico em que foi proferida tal decisão, levando-se em conta os aspectos socioculturais da sociedade-alvo receptora da notícia, como veremos mais abaixo.

12. Parâmetros para solução de casos concretos (liberdade de expressão *v.* direito à intimidade e à vida privada)

O professor Luis Roberto Barroso (2009, p. 123-126) traz lições importantes acerca do tema, especificamente, traçando parâmetros para que o intérprete se oriente quando da análise do caso concreto, contribuindo, assim, com o melhor desenvolvimento do processo de ponderação. São eles:

A veracidade do fato, pois as informações acobertadas pelo manto constitucional da liberdade de imprensa são aquelas que se amoldam à verdade, ainda que de forma subjetiva (com plausibilidade), não podendo haver juízo de valor; deve haver as diligências possíveis para melhor apuração dos fatos.

A licitude do meio empregado na obtenção da informação, já que as informações obtidas ilicitamente não podem ser acolhidas pelo direito fundamental ao acesso à informação, razão pela qual sua divulgação perderá sua legitimidade.

A personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia: na ponderação dos interesses em colisão, dever-se-á observar o grau de notoriedade pública da pessoa objeto da infor-

mação; quanto maior sua notoriedade, menor será, em tese, a tutela ao seu direito à privacidade, como no caso dos artistas, atletas e aqueles que exercem cargos políticos.

O local do fato deve ser levado em conta na medida em que acontecimentos em locais públicos, tais como ruas, praças, praias e estabelecimentos como restaurantes, gozam de menor proteção do que aqueles que acontecem em locais fechados, não abertos ao público; aqui se esbarra, até mesmo em alguns casos na situação da licitude da obtenção da notícia, visto que, em determinados locais fechados, a informação só seria obtida de forma oculta, clandestina.

A natureza do fato: fatos da natureza, acidentes e crimes em geral, possuem interesse social relevante, passíveis, portanto, de divulgação; segundo o ilustre professor, ainda mais se expuserem a intimidade, a honra ou a imagem de pessoas neles envolvidas.

A existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos: a publicação dos atos dos órgãos públicos torna mais efetivo o seu controle pela população em patente homenagem ao regime Democrático de Direito.

A preferência por sanções a posteriori que não envolvam a proibição prévia da divulgação. Na lição do referido doutrinador, existem diversas formas de reparação das consequências do uso abusivo da liberdade de expressão e informação, tais como retificação, retratação, direito de resposta, indenização por eventuais danos morais e materiais, que, porventura, tenham ocorrido, e, por último, interdição da divulgação; esta somente deverá ocorrer quando da constatação da ineficácia dos demais meios. Na maioria dos casos, tais abusos se resolvem facilmente mediante indenização.

Acrescentamos, mais, em nosso entendimento, que *o grau de violação, ou melhor, de repercussão na vida do indivíduo*, deve ser levado em conta como critério, que, tal como os demais, não é absoluto; prima pela análise do lapso temporal decorrido entre o fato e a notícia, ou até mesmo sua re-veiculação, bem como pela análise das consequências de toda ordem que poderão ocorrer. Pode-se dizer ainda que, em determinadas situações, deve-se considerar *a novi-*

dade da notícia, ou seja, se já foi objeto de divulgação, bem como *o lapso temporal entre o fato e a divulgação*.

Assim a resolução do conflito não pode fugir à análise do caso concreto. No entanto, é muito importante traçar parâmetros para estes casos de colisão, com o objetivo de fornecer critérios que possam estreitar as margens de discricionariedade judicial.

Na metodologia para a resolução de conflitos de direitos, é necessário, antes de mais nada, atender o âmbito e a graduação do conteúdo dos preceitos constitucionais em colisão, para avaliar em que medida e com que peso cada um dos direitos está presente na situação de conflito, e a natureza do caso, para apreciar os aspectos relevantes da situação concreta em que se tem que tomar uma decisão jurídica, buscando-se sempre o menor grau de lesão ao direito fundamental cedente.

O que devemos destacar, com todo o respeito aos doutos julgadores dos casos em comento, é que um caso concreto não deve e não pode ser analisado isoladamente, somente se levando em conta os parâmetros jurídicos e elementos fáticos do acontecimento. Não se pode, ou melhor, é impossível dissociar o contexto histórico do fato e do momento da divulgação da notícia, bem como do momento da ponderação de interesses, ainda que de forma indireta.

Dito de outra forma, ao menos em nosso entendimento, citando como exemplo o caso *Lebach* e suas particularidades, vemos que o fato ocorreu em 1969 e sua divulgação se deu em 1973. É razoável dizermos que a narrativa das relações homossexuais entre os autores do fato criminoso foi fator, ainda que de forma inconsciente ou indireta (não constando das razões da decisão), preponderante para que o caso fosse resolvido nos moldes em que foi decidido; ora, quais seriam as chances de ressocialização de um recém-saído de prisão cujos fatos criminosos foram poucos dias antes noticiados, tornando-se avivados na memória popular, tendo, ainda, sua homossexualidade divulgada em uma Alemanha da década de 70, qual seria a repercussão social de tal notícia? Poderia ser menor tal repercussão, ou até mesmo a decisão ter sido diversa da que foi prolatada se fosse ponderada hoje? Provavelmente sim.

Não existem critérios absolutos. A ponderação é um ato complexo que somente se aproxima do que se pode chamar de Justiça na medida em que amplia os critérios de sua razão de decidir, agregando relevantes fatores (e somente estes, sob pena de se tornar inviável a ponderação e a consequente solução do caso concreto) históricos, políticos, jurídicos e sociais, ainda que seja tal premissa uma utopia, ou uma realidade distante. Isso, entretanto, não nos isenta do dever de continuar no intenso labor para que a Justiça seja gerada, em cada decisão.

Não podemos deixar de falar, mais uma vez, na necessidade de cautela ao trabalharmos o tema, haja vista que a inserção e utilização desmedida dos direitos fundamentais nas relações particulares pode ser um instrumento que provoque na autonomia privada, uma diminuição substancial, a ponto de vermos esvaindo o núcleo essencial, limitando em muito a liberdade contratual, e, em um sentido amplo a faculdade de atuar.

Um questionamento que fica é o que se refere à segurança jurídica, ou melhor, sua presença ou sua ausência quando estamos diante de casos como os que são tratados pelo tema objeto desta argumentação.

Quando um aplicador do direito depara com situações em que se faz necessário o sopesamento de direitos fundamentais, deve sempre ter em mente que não existe um modelo-padrão para solução desses conflitos, o que poderia gerar até mesmo, em alguns casos, injustiças nas decisões. Por outro lado, deve se preocupar, também, mas não em demasia, com a formação de precedentes, já que estes não podem ser o único norte na solução dos referidos conflitos.

Não é em razão de um conflito ter sido decidido de uma forma fazendo prevalecer no caso concreto determinado direito fundamental que nos próximos casos que surgirem ter-se-ia formado precedente irretocável com o primeiro resultado, tornando-se vinculativo por excelência.

Nem sempre o que traz segurança jurídica traz o sentimento de Justiça (talvez ela tenha de fato acontecido, mas, tanto quanto difícil é defini-la, é senti-la), e a recíproca é verdadeira.

O zelo do intérprete deve ser tamanho de modo a proporcionar decisões justas sem se descuidar da segurança jurídica e coibir a formação de precedentes equivocados.

13. Conclusão

Os direitos fundamentais são uma proteção ao particular, tanto em face do Estado quanto do próprio particular; não podemos, contudo, esquecer a necessidade de preservação do núcleo essencial da autonomia da vontade que deve se manter, ainda que em tese, intocável por questões até mesmo de segurança jurídica. A eficácia horizontal é tema controverso, principalmente a forma de estabelecê-la, porém, isto não nos exime de trabalharmos essa tão grande ferramenta de proteção ao particular em suas relações.

O cuidado no estudo do tema é de extrema importância, pois estamos diante de uma teoria que busca traçar limite à atuação dos entes particulares entre si; busca, da mesma forma, delimitar o campo de incidência dos direitos fundamentais em tais relações, ou seja, a autonomia privada no contexto contemporâneo não pode ser vista como um princípio ou direito fundamental, absoluto (como na verdade não é) a ponto de não permitir ingerências, tampouco os direitos fundamentais podem ser aplicados em todas as situações fruto da autonomia privada, sob pena de solapar, como já visto, o seu núcleo essencial.

De acordo com o que vimos no decorrer da argumentação, o caso *Lebach* e o caso *Doca Street* foram decididos de forma distinta, não obstante os direitos fundamentais invocados serem os mesmos. Isto se deve ao fato de que, no que concerne à colisão de direitos fundamentais, ou seja, quando direitos fundamentais são invocados por um particular em face de outro, não se tornam eficazes os critérios tradicionais de solução de conflito entre normas, da especialidade, hierárquico e temporal, bem como mediante a inserção de cláusulas de exceção. Em primeiro lugar, diante de colisão entre direitos fundamentais que possuem estrutura de princípios em que a colisão entre eles não gera invalidade de um como no caso de regras, o meio idôneo para solução do caso é a ponderação. Em segundo

lugar, no juízo de ponderação, não se utilizam critérios absolutos que levam à mesma solução em todas as situações, a menor distinção entre os casos que podem em muito se assemelhar pode levar ao resultado diametralmente oposto.

Não foi nossa intenção dizer qual caso foi mais bem decidido ou em que medida houve o melhor sopesamento, mas mostrar que casos que apresentam idêntica colisão de direitos fundamentais podem resultar em soluções diversas, pois, neste âmbito, até mesmo os critérios para tal podem e em alguns casos devem ser diferentes, e as particularidades do caso concreto e a ponderação são vetores na busca de decisões justas.

Por fim, podemos não deixar uma forma única e taxativa de tratar os casos concretos que surgirem quando os direitos fundamentais são invocados por dois titulares em polos distintos da relação particular, até mesmo pelo fato de que, como já restou provado, tal forma é impossível, no mínimo inviável. É viável, contudo, estabelecer parâmetros para solução de conflitos desta espécie com o fim de dar a maior segurança possível para que as decisões não fiquem entregues à discricionariedade exacerbada do julgador, quais sejam: *a veracidade do fato, a licitude do meio empregado na obtenção da informação, a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia, o local do fato, a natureza do fato, a existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos, a preferência por sanções a posteriori que não envolvam a proibição prévia da divulgação, o grau de violação do direito fundamental, a novidade da notícia, bem como o lapso temporal entre o fato e a divulgação*. Ressalte-se que tais critérios não são únicos e absolutos.

14. Referências

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução: Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

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

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MAC CRORE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.

MOREIRA, Thiago. A incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: anteparo em face da autonomia da vontade. In: MELLO, Cleyson de Moraes; GOES, G. S. (Org.). *A reconstrução do direito: estudos em homenagem a Sergio Cavalieri Filho*. Juiz de Fora: Editar, 2011. v. 1.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2005.001.54774, Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Milton Fernandes de Souza, Rio de Janeiro, 28 de março de 2006. *DJe*, 28 mar. 2006a. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003B1B-D7789D06E0ADA69C2BAC687101D75D470C328231B>>. Acesso em: 22 fev. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embargos Infringentes nº 2006.005.00181, Segunda Câmara Cível. Relatora:

Des. Leila Mariano. Rio de Janeiro, 12 de junho de 2006. *DJe*, 12 jun. 2006b. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00348D32DE95A327401C-0DD7AA5B53E260B60C8C3312147>>. Acesso em: 22 fev. 2013.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006. p. 486-493. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/21686922/1011807870/name/caso+lebach.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011.

Artigo recebido em: 10/12/2012.

Artigo aprovado em: 06/06/2013.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150008