

INFORMAÇÃO V. PRIVACIDADE: SOLUÇÃO PELA PROPORCIONALIDADE NOS CASOS ENVOLVENDO FIGURAS PÚBLICAS

Amanda de Moura Cañizo¹

Resumo

O presente artigo tem por objetivo promover um confronto entre os direitos à informação e à liberdade de imprensa e o direito à privacidade, defendendo limites aos primeiros em determinados casos, de modo a privilegiar a aplicação da proporcionalidade no caso concreto. Para isso, na introdução apresenta-se o contexto histórico de luta e controle entre o indivíduo e o Estado na Era Informacional, evidenciando a fragilidade do direito à privacidade para proteção dos dados pessoais contra excessos do Estado, resultando na importância dos direitos à informação e liberdade de imprensa como garantias de um estado democrático, a partir do direito de saber dos cidadãos. Na segunda parte, por outro lado, demonstra-se, por meio de uma análise jurisprudencial de casos brasileiros e internacionais, que esse mesmo direito de saber que protege os indivíduos contra o Estado, pode ser invasivo sob uma perspectiva de interesse coletivo e que a jurisprudência é dissonante e os Tribunais, algumas vezes, falham ao identificar as situações em que, de fato, o direito à informação e à liberdade de imprensa deveriam se sobrepor ao direito à privacidade, partindo de pressupostos abstratos de proteção e preferência. Conclui-se que é necessário trazer segurança jurídica por meio de uma jurisprudência consonante e, assim, escolher pela prevalência da proporcionalidade, sabendo que, em alguns casos, o valor social a ser protegido será o da privacidade, trazendo exemplos de casos em que mesmo o status de figuras públicas não é suficiente para justificar o direito de saber (*right to know*) da sociedade.

Palavras-chave: Figuras Públicas; Direito à Informação; Liberdade de Expressão; Liberdade de Imprensa; Direito à Privacidade; Proteção de Dados Pessoais; Proporcionalidade.

INFORMATION V. PRIVACY: SOLUTION THROUGH PROPORTIONALITY IN CASES INVOLVING PUBLIC FIGURES

Abstract

This article aims to promote a confrontation between the rights to information and freedom of press and the right to privacy, defending limits to the firsts in some cases, by applying proportionality case by case. In order to achieve this objective, in the introduction, the historical context of conflict and control between the State and the

¹ Graduanda em Direito no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

individuals in the Digital Era is presented, revealing the fragility of the right to privacy to assure personal data protection against possible excesses of the State, resulting in the need for the rights to information and freedom of press, as they provide democratic assurance and establish the citizens' "right to know". In the second part of the paper, on the other hand, an analysis of Brazilian and international jurisprudence will demonstrate that the same right to know that protects the individuals against the State, can also be invasive, since the Courts, sometimes, fail to identify the situations in which the rights to information and freedom of press should, in fact, override the right to privacy, utilizing inaccurate abstract assumptions of preponderance. In conclusion, it is necessary to bring legal security by establishing a consonant jurisprudence and, therefore, choosing the "prevalence of reasonability", knowing that, in some cases, the social value to be protected will be privacy, even when it involves public figures, because this status only should not justify society's right to know.

Keywords: Public Figures; Right to Information; Freedom of Expression; Freedom of Press; Right to Privacy; Personal Data Protection; Proportionality.

INTRODUÇÃO

O direito à privacidade foi, em seus primórdios, um direito essencialmente negativo, pautado no *right to be let alone* (direito de ser deixado só). Com os avanços tecnológicos e a reestruturação do Estado, que se tornou mais interventor, surgem as primeiras gerações das leis de proteção de dados pessoais.

Por sua vez, a evolução das leis de proteção de dados pessoais mostra o histórico de conflito entre o indivíduo e o Estado, com aquele sempre preocupado em coibir possíveis excessos desse, uma vez que, sem controle, o Estado pode tratar os dados dos cidadãos de forma ilegítima.

Evidencia-se, então, a importância de direitos fundamentais como o direito à informação e o direito à liberdade de expressão (*lato sensu*, incluindo a liberdade de imprensa), os quais surgem como pressupostos basilares de uma democracia, pensados como forma de munir o indivíduo no confronto com o Estado. Na Era Informacional, esses direitos proporcionam ao cidadão o direito de saber como o Estado trata os seus dados pessoais e podem ser mais eficazes (enquanto formas de controle) do que o consentimento do indivíduo, que se encontra fragilizado.

Tamanha importância conferida a esses direitos resultou na tese de "preferência abstrata" criada pelo Supremo Tribunal Federal, a qual garante à liberdade de expressão

(*lato sensu*) uma “proteção qualificada, de modo que, quando da ponderação com outros princípios constitucionais, possua uma dimensão de peso *prima facie* maior”².

Entretanto, se, de um lado, há a necessidade de garantir o acesso à informação para proteger o cidadão, por outro lado, questiona-se se esse direito à informação, e a predileção conferida à liberdade de imprensa, não teriam gerado um efeito revés significativo aos direitos da personalidade, em especial os das figuras públicas, que acabam por formar o polo ativo das ações envolvendo liberdade de imprensa v. direito de personalidade, na maioria dos casos.

Assim, o foco deste artigo será explicar que (i) há uma “preferência abstrata” no mundo jurídico para garantir o acesso à informação livre; (ii) isso confere mais poder ao cidadão frente ao Estado e a sua capacidade de vigilância e histórico de tratamento ilegítimo de dados pessoais; (iii) entretanto, essa preferência acabou prejudicando os direitos da personalidade, especificamente os das figuras públicas.

E, com vistas a reequilibrar a situação em que as figuras públicas se encontram quando buscam a defesa de seus direitos da personalidade, irá se defender o fim de “preferências abstratas”, a partir de análise jurisprudencial de casos brasileiros e estrangeiros, optando pela realização da ponderação de Alexy em cada caso, normalmente, sem lesar os direitos do cidadão à liberdade de expressão e à informação.

1. A EVOLUÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE E A POSIÇÃO DESIGUAL DO CIDADÃO

A proteção à privacidade teve um caráter fortemente individualista em seus primórdios, com a sua feição do direito a ser deixado só (*right to be let alone*). É nesse sentido que sobressaíam as suas características de direito negativo, como a exigência absoluta de abstenção do Estado na esfera privada individual para a sua garantia (MENDES, 2014, p. 28).

Com o surgimento do Estado social, concebido em decorrência da necessidade de corrigir os desequilíbrios gerados pelo modelo liberal³, o direito à privacidade enfrentou seus primeiros desafios e adaptações, uma vez que o Estado precisou se tornar uma

² Voto do Ministro Luiz Fux, na ADPF 187.

³ No modelo econômico liberal, o Estado limitava-se a garantir condições mínimas para o funcionamento do mercado. Com o crescente desenvolvimento industrial, as desigualdades sociais e a formação de monopólios, surge a necessidade de intervenção do Estado tanto na economia quanto nas relações de trabalho.

entidade mais envolvida na vida dos indivíduos. Tal fenômeno somado aos crescentes avanços tecnológicos do século XX desencadeou a primeira geração das leis de proteção de dados pessoais⁴, a qual teve como foco proibir a criação de Bancos de Dados integrados pelo Estado, considerados como alternativas mais econômicas para coleta e processamento de dados⁵. A ideia central contida nos normativos era restringir e coibir qualquer excesso estatal que poderia advir do armazenamento centralizado e em massa de informação⁶.

No entanto, por mais que os cidadãos tenham conseguido que os bancos de dados centralizados não chegassem a operar, novos avanços tecnológicos possibilitaram que o Estado criasse vários bancos de dados descentralizados em diferentes setores, fato que mudou as prioridades das segunda e terceira gerações de leis de proteção de dados pessoais, pois, segundo Laura Schertel (2014, p. 40) “(...) a proliferação da quantidade de bancos de dados existentes (...) expôs a fragilidade de regulamentação das normas de primeira geração que estabeleciam procedimentos em detrimento de direitos”.

Desse modo, as novas gerações procuraram fortalecer a posição do indivíduo na proteção de seus dados, conferindo maior importância ao seu consentimento para o tratamento dos dados pessoais. Nesse sentido, surge, na terceira geração de leis, o conceito de *autodeterminação informativa*, trazido pela decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito da Lei do Recenseamento de População, Profissão, Moradia e Trabalho de 1982 e presente no art. 2º, II, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei nº 13.709/2018), de modo a garantir ao indivíduo proteção, a partir da necessidade de prévio consentimento do titular para a coleta, armazenamento e tratamento de informações pessoais.

Todavia, a qualidade de tal consentimento é posta em xeque, uma vez que “o exercício de sua privacidade informacional requer abdicar de facilidades do mercado de consumo” (MENDES, 2014, p. 41), vez que é possível que um site ou aplicativo negue

⁴ A divisão das leis de proteção de dados pessoais em gerações foi idealizada por Viktor Mayer-Schönberger em *Generational Development of data protection in Europe*.

⁵ O conceito do projeto era a de que um único centro de dados nacional eximiria os demais órgãos do governo de investirem em informática e em tecnologia de armazenamento (MENDES, 2014, p. 39).

⁶ A reação dos cidadãos contra as tentativas dos governos de utilizar a tecnologia existente para ampliar a coleta e o processamento dos dados foi extremamente forte, dado o temor do poder de controle de uma burocracia automatizada e desumanizada (MENDES, 2014, p. 39).

seu acesso caso você não consinta com os termos de uso, por exemplo⁷. Mayer-Schönberger chega a questionar se o direito à proteção de dados pessoais só poderá ser exercido por eremitas, que não sofreriam do medo de não fazer parte das interações sociais atuais e das ofertas do mercado (*fear of missing out*):

A proteção de dados pessoais como liberdade individual pode proteger a liberdade do indivíduo. Ela pode oferecer ao indivíduo a possibilidade de não conceder informações a seu respeito que lhe são solicitadas. Mas qual será o custo que se tem que pagar por isso? É aceitável que a proteção de dados pessoais possa ser exercida apenas por eremitas? (MAYER-SCHÖNBERGER, 1997, p. 228 apud MENDES, 2014, p. 41)

Notada a fragilidade do consentimento, na quarta geração da legislação de proteção de dados pessoais, alguns países proibiram o tratamento de dados pessoais sensíveis (dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural, vide art. 5º, II, da LGPD), enquanto outros optaram por impor maiores condições para o tratamento desses dados (e.g. consenso expresso e informado do indivíduo da Diretiva Europeia sobre proteção de dados pessoais de 1995 e, hoje, o consentimento livre, inequívoco, informado, específico e destacado presente no art. 11, I, da LGPD⁸).

No mais, a posição do indivíduo também é fortalecida à medida que se reconhece mais e mais a relação desigual em que se encontra frente ao poder informacional do Estado e das empresas tecnológicas que dominam o novo mercado de consumo. Desse modo, mecanismos como o *no fault compensation*⁹ (semelhante à responsabilidade

⁷ Ressalvados cenários de monopólio e oligopólios que poderiam ser regulamentados pela autoridade antitruste competente, mas este não é o objetivo do presente trabalho.

⁸ Havendo previsão também para o tratamento de dados sensíveis sem necessidade do consentimento do titular em casos excepcionais previstos no art. 11, II, da LGPD.

⁹ No fault compensation foi previsto na emenda à Lei Federal de Proteção de Dados alemã, possibilitando que se fizessem reclamações individuais sobre violação à proteção de dados pessoais (MENDES, 2014, p. 43). No fault compensation refers to a compensation scheme based on the principle that injured persons are entitled to receive compensation for their injuries, without proving fault against the opposite party (DEFINITIONS, US LEGAL). Tradução livre: no fault compensation se refere a um esquema de

objetiva) são introduzidos para aplicação também no âmbito da proteção de dados pessoais quando em caso de violações.

Em suma, percebe-se que um direito de privacidade antes essencialmente negativo e individual, pautado no *right to be let alone* (direito de ser deixado só), evolui para abarcar também a esfera da proteção de dados pessoais e passa a ter também um caráter: (i) coletivo, à medida que os danos causados pelo processamento impróprio de dados são difusos; (ii) positivo, uma vez que o indivíduo se torna responsável pelo controle de suas informações (*autodeterminação informativa*); (iii) e ligado à personalidade do indivíduo, ao invés da propriedade (à despeito da lógica do sistema proprietário da proteção de dados pessoais, aqui entende-se que a melhor doutrina se baseia no dado como um aspecto intrínseco à personalidade do indivíduo, e protegido pela Constituição (art. 5º, X)¹⁰.

No entanto, à despeito da criação de condições ou instrumentos para fortalecer o consentimento do indivíduo, este continua sendo a base legal mais utilizada para o tratamento de dados pessoais e a sua fragilidade gera consequências recentes e sem resposta assentada no mundo jurídico, mas que não serão alvo de explanação neste artigo. A verdade é que, mais do que nunca, “a infraestrutura de comunicação e informação perpassa hoje todos os aspectos da vida, estando incrustada no cotidiano do indivíduo e da sociedade, o que levou à criação do conceito da onipresença ou ubiquidade dos meios informáticos (*ubiquitous computing*)” (MENDES, 2014, p. 20). “Nos mais diversos papéis sociais, como contribuinte, paciente, trabalhador, beneficiário de programas sociais ou como consumidor, o cidadão tem seus dados processados diuturnamente” (MENDES, 2014, p. 22).

Por mais que os avanços tecnológicos tenham possibilitado um tráfego de notícias e informação mais célere, também aumentou as condições do Estado e de instituições privadas de obter uma grande quantidade de dados pessoais, o que deixou os indivíduos

compensação baseado no princípio que pessoas lesadas tem o direito de receber compensação pelos prejuízos sofridos sem ter que comprovar a culpa da parte oposta.

¹⁰ Segundo Laura Schertel Mendes (2014, pp. 122 e 123), a noção de propriedade dos dados pessoais feriria a igualdade, uma vez que os dados ficariam concentrados nas mãos da parcela mais rica da sociedade ou só não seriam comercializados por quem tivesse a opção por não receber a remuneração da venda de seus dados. Poderia ocorrer, também, uma supressão da individualidade, haja vista que o indivíduo, ao detectar os dados que seriam mais em demanda, mudariam suas características para adequar sua personalidade e vida ao mercado (market-oriented individuals). Por fim, a concepção de propriedade dos dados seria um risco democrático, pois não estando mais garantida a privacidade e a personalidade do indivíduo, este não teria mais a autonomia necessária para a formação de vontade, aspecto intrínseco de uma sociedade democrática).

em posição vulnerável. Especificamente em relação ao Estado, o pensado *Big Brother*, de George Orwell, provou seu alto poder de vigilância em algumas situações, expondo um histórico de utilização de dados pessoais para fins ilícitos. A Alemanha nazista, por exemplo, contou com o apoio de grandes empresas tecnológicas como a IBM para automatizar o processamento de dados na Alemanha e nos países ocupados, facilitando a perseguição de judeus e outros alvos do governo (como demonstra o autor Edwin Black no livro “IBM e o Holocausto”). Mais recentemente, o governo chinês tem sido alvo de acusações por utilizar mecanismos de censura em redes sociais (YY e WeChat) no início da descoberta do novo coronavírus para omitir informações acerca da crise sanitária dos cidadãos chineses. Os exemplos, no entanto, não se resumem a regimes autoritários, vez que o escândalo de vazamento de dados que permeou os Estados Unidos em 2013 é prova disso¹¹, e apenas fortalece a ideia da população de vigilância contínua e arbitrária.

Nota-se, portanto, como a preocupação dos cidadãos na primeira geração de leis de proteção de dados pessoais, de restringir excessos estatais, continua existindo nos dias atuais, alterando apenas a forma como esses excessos acontecem, demonstrando a posição especialmente frágil que os cidadãos se encontram, hoje, frente ao Poder Público no tocante à proteção de seus dados pessoais.

Assim, para além dos mecanismos de fortalecimento do consentimento do indivíduo, outros instrumentos jurídicos e direitos fundamentais têm sido utilizados, historicamente, com vistas a proteger o cidadão de excessos do Poder Público e guardam importante relevância também na Era Informacional: o direito à informação e à liberdade de imprensa.

2. O DIREITO À INFORMAÇÃO E A LIBERDADE DE IMPRENSA COMO GARANTIAS DEMOCRÁTICAS

“O acesso à informação pública constitui-se em um instrumento de resgate histórico da memória de sociedades em transição de regimes autoritários para a democracia, bem como para reparação às vítimas de violações de direitos humanos e para

¹¹ Os escândalos relativos à espionagem da internet e dos meios de comunicação que atingiram a Agência Nacional de Segurança dos EUA em 2013 expuseram de forma inédita os riscos a que os cidadãos estão submetidos na Era da Informação (MENDES, 2014, p. 22). O escândalo trouxe à tona a espionagem realizada pela Agência Nacional de Segurança dos Estados Unidos sobre cidadãos norte-americanos e estrangeiros, entre eles figuras públicas como a presidenta Dilma Rousseff.

punição de seus atores” (BENTO, 2013, p. 3). “O direito de acesso à informação constitui não apenas um direito humano em si mesmo, mas possui também um caráter instrumental para a defesa de outros direitos humanos” (BENTO, 2013, p. 3), à medida que não se pode exercer um direito se não sabe que deve exercê-lo.

No mesmo sentido, a liberdade de expressão (*lato sensu*, incluindo a liberdade de imprensa) toma papel central como garantia democrática aos indivíduos, vez que tal direito é extremamente desprezado durante regimes autoritários. No Brasil, a censura exercida durante a ditadura militar, que nas palavras de Luís Roberto Barroso (2001, p. 346), “oscilava entre o arbítrio, o capricho, o preconceito e o absurdo”, fez surgir uma predileção pelo direito fundamental à liberdade de expressão quando da promulgação da Constituição da República de 1988. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal concedeu, inclusive, “preferência abstrata” à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa, em face dos direitos da personalidade, em busca de salvaguardar a democracia.

Na ADPF 130, a liberdade de imprensa¹² foi referenciada como “irmã siamesa da democracia” e o Ministro Carlos Britto disse que “a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão *lato sensu*”. O Ministro Luiz Fux, na ADPF 187, votou de acordo com o mesmo pensamento do Ministro Carlos Britto e afirmou que “a liberdade de expressão (...) merece proteção qualificada, de modo que, quando da ponderação com outros princípios constitucionais, possua uma dimensão de peso *prima facie* maior”. Na mesma linha, ao julgar a ADI 4815, que permitiu a publicação de biografias não autorizadas pelo biografado, o Ministro Luís Roberto Barroso entendeu que o direito à liberdade de expressão se sobrepõe ao direito à privacidade, em âmbito constitucional, pois a liberdade de expressão teria um valor maior em decorrência dos acontecimentos na ditadura militar.

Tal precedente de predileção pela liberdade de expressão e de imprensa não existe só na Suprema Corte brasileira, como cita o Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento

¹² Protegendo, também, dentro da liberdade de imprensa, o direito à crítica jornalista, o Ministro Celso de Mello deixou claro no julgamento do AI 690841 que seria “arbitrária, desse modo, e inconciliável, com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado – inclusive seus Juízes e Tribunais – não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa (...), que hão de ser permanentemente livres, em ordem a desempenhar, de modo pleno, o seu dever-poder de informar e de praticar, sem injustas limitações, a liberdade constitucional de comunicação e de manifestação do pensamento”.

do RCL 18638/MC: “as liberdades de expressão, informação e imprensa (...) são tratadas como liberdades preferenciais em diferentes partes do mundo, em um bom paradigma a ser seguido”. Nos Estados Unidos, por exemplo, há a regra de que a mídia só será responsabilizada por difamação de pessoa pública quando veicular informação sabendo que é falsa ou negligenciando a verdade, que surge como consequência dessa preferência pela liberdade de imprensa.

Entende-se como “figura pública” o indivíduo que pratica atos voltados aos demais particulares, dependendo de reconhecimento para prosseguir em seu trabalho ou papel social. Possui fama e notoriedade (no Brasil, também se utiliza a expressão “figura notória”), e conseqüente fácil acesso à mídia, em uma comunidade¹³, cidade, estado, país ou no mundo. Este conceito abarca não somente artistas ou “socialites”, mas também políticos, humoristas, jornalistas e acadêmicos.

Dois julgados nos Estados Unidos consideraram determinados criminosos figuras públicas¹⁴, visto que ficou comprovado que seriam personalidades no mundo do crime e seus casos tinham repercussão midiática.

Há também casos nos EUA em que parentes de pessoas públicas se tornam figuras públicas, sujeitando-se ao interesse coletivo e tendo sua privacidade restrita:

Friedan v. Friedan, 414 F. Supp. 77, 78-79 (S.D.N.Y. 1976). Tradução livre: A ré Betty Friedan, enquanto líder do movimento feminista, é uma figura pública. Todos os acontecimentos de sua vida, incluindo aqueles que contrastam com seu presente status, são significativos nos termos do interesse coletivo. Assim, sua vida conjugal de 25 anos atrás é matéria de interesse público, e aqueles que fizeram parte de sua vida nesse momento podem ser referidos publicamente.

Dito isso, verifica-se que os pressupostos de “preferência abstrata” dos tribunais surgiram como uma forma de salvaguardar o direito dos indivíduos de terem acesso a uma informação livre a respeito do Estado e conferem, hoje, poder informacional ao cidadão, uma vez que garantem o acesso à informação sobre o tratamento de seus dados pessoais, de modo a prevenir quaisquer excessos estatais similares aos exemplos expostos neste artigo.

¹³ Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323, 345 (1974). Tradução livre: “Apesar de o reclamante ser conhecido em alguns círculos, ele não atingiu fama geral ou notoriedade na comunidade. Nenhum dos jurados tinha ouvido falar do reclamante antes do processo, e não foi oferecida nenhuma prova de que essa reação seria atípica na população local”.

¹⁴ Marcone v. Penthouse Int'l Magazine for Men, 754 F.2d 1072, 1085 (3d Cir. 1985); Rosanova v. Playboy Enterprises, Inc., 411 F. Supp. 440 (S.D.Ga. 1976), *aff'd*, 580 F.2d 859 (5th Cir. 1978).

Entretanto, se, de um lado, analisou-se a necessidade de garantir o acesso à informação para proteger o cidadão, por outro lado, cabe discutir se esse direito à informação, e a predileção conferida à liberdade de imprensa, não teriam gerado um efeito revés significativo aos direitos da personalidade, em especial os das figuras públicas, que acabam por formar o polo ativo das ações envolvendo liberdade de imprensa v. direito de personalidade, na maioria dos casos, para impedir a violação dos seus direitos de personalidade.

Este artigo, questiona, portanto: para garantir os direitos fundamentais e a proteção de dados dos cidadãos (de modo a coibir possíveis excessos estatais), é relevante que as pessoas tenham informação a respeito da esfera íntima de uma figura pública, mesmo que ela represente o Estado?

3. A NECESSIDADE DA PROPORCIONALIDADE NO CONFRONTO ENTRE INFORMAÇÃO E PRIVACIDADE

Como já visto, (i) há uma “preferência abstrata” no mundo jurídico para garantir o acesso à informação livre; (ii) isso confere mais poder ao cidadão frente ao Estado e a sua capacidade de vigilância e histórico de tratamento ilegítimo de dados pessoais; (iii) entretanto, essa preferência acabou prejudicando os direitos da personalidade, especificamente os das figuras públicas, que acabam por formar o polo ativo das ações envolvendo liberdade de imprensa v. direito de personalidade, na maioria dos casos.

O caso *Sidis v. F-R Publishing Corporation* de 1940 é um exemplo de prejuízo desnecessário que uma figura pública sofreu à sua intimidade por conta da predileção pela liberdade de expressão (que, em se tratando de liberdade de imprensa, entende-se incorporar o direito à informação do público). No caso, o autor pede a exclusão do artigo no jornal *The New Yorker* por uma breve biografia não autorizada, sob o argumento de que sua notoriedade quando criança somente trouxe diversos problemas mentais e danosos para sua incolumidade psíquica, além de a publicação o ridicularizar e não levar mais uma vida sob os holofotes. O último argumento é facilmente atestado tendo em vista que a peça publicada pelo jornal se intitulava “*Where Are They Now?*” (i.e. Onde Eles Estão Agora? Ou melhor, Para Onde Eles Foram?).

O juiz Edward Clark disse que o tribunal não pode dar uma imunidade absoluta para todos os detalhes íntimos da vida privada, baseado no alto valor da liberdade de

expressão. Shlomit Yanisky-Ravid e Ben Zion Lahav¹⁵ ressaltam, no entanto, a necessidade de se comprovar a influência que a figura pública exerça de fato na sociedade (ou seja, se poderia mudar percepções sociais, capacidade de iniciar movimentos, notoriedade atual, etc.). Desse modo, refuta-se, neste artigo, decisões a favor da liberdade de expressão frente a um dano íntimo de uma figura pública sem mais relevância social, pois isso não justifica o direito à informação do público.

“Esse entendimento se resume no célebre aforismo que proíbe ‘matar pardais com canhões’ e em semelhantes imperativos de prudência, ‘ponderação’ e razoabilidade no sentido corriqueiro desses termos” (DIMOULIS; MARTINS, 2018, p. 227).

Sendo assim, para que se possa verificar uma intervenção jurisdicional razoável sobre os direitos fundamentais, defende-se que essas decisões deveriam ser norteadas pelo exame da proporcionalidade¹⁶ (isto é, mediante a avaliação da licitude do direito fundamental em conflito e dos fins pretendidos, bem como da adequação e necessidade da intervenção para alcançar determinada finalidade), vez que, segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2018, p. 209):

É uma forma de resposta a problemas concretos e conflitos envolvendo direitos fundamentais que apresenta a vantagem de ser particularmente aberta a concretizações nacionais, sem deixar de ser racional. Além disso, o caráter principiológico permite a adaptabilidade a situações concretas, isto é, a mudanças nas formas de justificação e nos resultados, mesmo no interior do mesmo ordenamento jurídico¹⁷.

A aplicação do critério da proporcionalidade constitui uma ponderação *lato sensu* (*Abwägung in weiteren Sinne*), pois se trata do estabelecimento da relação entre duas grandezas. A análise desse relacionamento não implica, no entanto, uma ponderação abstrata entre bens jurídicas. A ponderação é meramente fática, ocorrendo, como veremos, entre fins e meios juridicamente possíveis (DIMOULIS; MARTINS, 2018, p. 228).

¹⁵ No artigo “Public Interest vs. Private Lives”, 2017, p. 977.

¹⁶ A proporcionalidade é pensada como um método de ponderação e sopesamento entre direitos fundamentais surgida na dogmática alemã na década de 1960, e, por muitos doutrinadores do direito (entre eles, Robert Alexy), foi-lhe atribuído um caráter principiológico e aberto.

¹⁷ Cumpre ressaltar, no entanto, a advertência de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2018, p. 266): “Para direitos fundamentais envolvidos em conflito será sempre necessário o sacrifício de pelo menos parte de um. Mas, nesse caso, deve-se preferir a decisão com base na medida ou no parâmetro complementar oferecido pelo direito à igualdade (análise da simetria da situação de conflito) ou, respeitando a prerrogativa política do legislador se se estiver diante de controle de constitucionalidade abstrato, à aplicação da proporcionalidade em sentido estrito”, vez que o julgador, mediante a subjetividade interpretativa que lhe foi conferida na ponderação *stricto sensu*, não deve exceder o seu poder determinando como inconstitucional uma norma com a qual não concorde.

Isto posto, nota-se que a utilização de “preferências abstratas” pelo Poder Judiciário fere a melhor avaliação em um conflito entre direitos fundamentais, de modo que, de acordo com Nelson Rosenvald e Cristiano Farias (2012, p. 146):

Em tais casos (colisão de direitos da personalidade e liberdade de imprensa), é certa e incontroversa a inexistência de qualquer hierarquia, merecendo, ambas as figuras, uma proteção constitucional, como direito fundamental. Impõe-se, então, o uso da técnica da ponderação de interesses, buscando averiguar, no caso concreto, qual o interesse que sobrepuja.

Em tempo, se no caso *Sidis v. F-R Publishing Corporation* de 1940 tivesse sido feito o exame da proporcionalidade em relação ao direito à liberdade de expressão (*lato sensu*) e o direito à privacidade do autor da ação, seria possível chegar à acertada conclusão de que, embora por vezes ocorra uma invasão à esfera pessoal de um indivíduo pela necessidade de satisfazer o interesse público de receber informações, essa restrição à privacidade da figura pública deve ser na medida da importância da informação para o público (que seria a finalidade da restrição ao direito fundamental em questão)¹⁸. Todavia, comprovada a grave lesão à incolumidade psíquica de Sidis pelos problemas psicológicos sofridos durante sua carreira pública e a falta de importância da informação para o público (vez que tenha passados anos em “reclusão”), não se justifica a restrição ao direito à privacidade, pois a informação do caso não serve à opinião pública frente à grave lesão que pode causar à esfera íntima de Sidis.

Esse entendimento possibilitaria reequilibrar a situação em que as figuras públicas se encontram quando buscam a defesa de seus direitos da personalidade, sem lesar os direitos do cidadão à liberdade de expressão e à informação.

O STJ, em caso similar ao *Sidis v. F-R Publishing Corporation*, decidiu de forma diferente e mais acertada, de acordo com o entendimento deste artigo. O juiz concedeu direito ao esquecimento para Aída Curi, privando os familiares da figura pública de reviver uma história trágica e que não tinha mais relevância cultural e social.

Entretanto, tanto no caso citado quanto no caso da Chacina de Candelária (que também envolvia o direito ao esquecimento), o STJ afirmou que, frente a um conflito

¹⁸ Desse modo, embora a finalidade seja adequada (servir a opinião pública) e o meio seja necessário (a única forma de garantir a informação ao público sobre uma figura pública é, de fato, invadindo a sua esfera pessoal), não há razoabilidade (ou proporcionalidade *stricto sensu*), vez que a lesão ao direito à privacidade no caso se dá de forma tão contundente, não compensando sua restrição.

entre a liberdade de imprensa e direitos da personalidade, haveria, “de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana”. Embora nesses julgados não tenha sido conferida uma predileção à liberdade de expressão, a ideia de uma inclinação aos direitos de personalidade também vai de encontro à utilização do critério da proporcionalidade, de modo que tal fundamentação não se encaixaria no critério aqui defendido como limite do interesse coletivo.

Portanto, somente após comprovada uma preferência factual pelo interesse coletivo em detrimento da esfera privada de uma figura pública, seria decidido contra o direito à privacidade desta.

Nesse sentido, Warren e Brandeis, em 1890, já identificavam limites ao direito de privacidade, entre eles, cite-se: “o direito à privacidade não impede a publicação do que é de interesse geral” (WARREN; BRANDEIS, 1890, pp. 214-218). Mas, o que qualificaria, de fato, um cenário de interesse geral?

No caso relativo ao laudo médico de covid-19 do presidente Jair Bolsonaro, o interesse coletivo é facilmente identificável, pois a despeito dos dados de saúde serem dados sensíveis e a informação advir da vida íntima e privada do presidente, o caso se encaixaria no art. 11, II, *e*, da Lei Geral de Proteção de Dados, não sendo necessário o consentimento do titular dos dados para proteger a vida ou incolumidade física de terceiros¹⁹. Desse modo, tendo o presidente participado de aglomerações durante a pandemia sem as precauções sanitárias necessárias e havendo necessidade da informação para averiguar possível crime de responsabilidade cometido por este, nota-se que a violação à esfera íntima dessa figura pública foi claramente importante para garantia da ordem democrática.

Isto posto, considerando o histórico do direito à informação e da liberdade de imprensa, como garantias democráticas e de proteção ao cidadão, parece justo aferir, como parâmetro ao interesse coletivo, o valor da informação compartilhada para a manutenção da ordem democrática e das garantias constitucionais. Assim, resta claro ressalvar a privacidade de figuras públicas em casos em que a democracia e as liberdades fundamentais não estejam em risco e, mesmo em casos em que se decida pela mitigação

¹⁹ Apesar de a Lei Geral de Proteção de Dados ainda não estar em vigor, seu entendimento seria corretamente aplicado ao caso concreto.

da privacidade dessa figura, quaisquer excessos desnecessários e lesivos a sua esfera íntima deverão ser reprimidos.

Nesse sentido, há o caso Lebach, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, no qual foi determinado o direito ao esquecimento como forma de garantir a ressocialização do indivíduo após o término do encarceramento. De semelhante forma, foi decidido o caso britânico de Robert Thompson e Jon Venables, em que foi concedida proteção eterna ao anonimato para facilitar a ressocialização dos indivíduos que cometeram o crime quando eram menores de idade. Em ambos os casos, houve repercussão midiática e, portanto, os infratores se qualificariam na definição de “figura pública” adotada pelo artigo. Partindo dessa premissa, é possível observar que o direito à privacidade de figuras notórias foi preservado como uma forma de resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana (inerente a um regime democrático) frente a uma informação que mais prejudicaria a pessoa pública do que garantiria controle à população sobre a situação dessa (informação, aqui, desnecessária).

Na mesma linha, aspectos íntimos da esfera privada de figuras públicas são constantemente alvo de notícias nos tabloides, mas quando a notícia envolve figuras públicas em cargos governamentais, a população passa a questionar se a esfera íntima afetiva de políticos eleitos seria de interesse coletivo. Os casos do presidente Bill Clinton e do presidente François Hollande, e.g., tiveram repercussão midiática e jurídica, à medida que algumas pessoas (leigas) passaram a defender a legitimidade da veiculação daquelas informações (e mesmo do uso indevido da imagem) por entenderem ser de interesse geral a vida afetiva que leva uma figura pública eleita pelo povo.

É sabido que políticos moldam suas vidas privadas para agradar seus eleitores (a exemplo de Bill Clinton, que cometeu perjúrio e quase sofreu impeachment para manter sua imagem) e aceitam determinada exposição íntima e familiar para se conectarem com o público. No entanto, há de se argumentar que o dano causado pelo compartilhamento de informações sensíveis e não tornadas públicas pelo próprio titular seria, talvez, incorrigível, não só para a esfera privada e familiar da figura pública, mas também para a estabilidade do governo, uma vez que políticas públicas poderiam se ver penalizadas por falta de colaboração da sociedade, em razão de moralidades alheias ao bem-estar social.

No mais, há casos em que, por mais que o interesse coletivo tenha justificado a mitigação da privacidade de uma figura pública, ficou ressalvado o direito de buscar reparação por qualquer excesso cometido, coadunando com o entendimento deste artigo.

Em alguns julgados dos EUA, adotou-se a tese de “figura pública em potencial”, segundo a qual a vida pretérita dessa pessoa seria de relevância suficiente para ser mostrada e compartilhada na atualidade. No caso *Friedan v. Friedan*, o juiz Edward Weinfeld, do distrito de Nova Iorque, decidiu que seria de interesse público uma reportagem sobre a ativista do movimento feminista, Betty Friedan, de 25 anos antes de ter notoriedade e fama. Nota-se, então, que aquele que atinge status público achará quase impossível se desfazê-lo deste, como bem coloca Olympia Duhart (2002, p. 366). A base desse entendimento se dá pelo interesse coletivo cultural da trajetória da figura pública, devendo ser ressalvados, no entanto e da mesma forma, aspectos da esfera íntima que viriam a lesar os direitos à honra e à imagem dessa pessoa.

Nesse sentido, no caso da ADI 4815, a decisão garantiu o direito cultural do público e a liberdade de expressão do escritor sobre a privacidade da figura pública biografada de grande influência nacional, e que, ao mesmo tempo, não ficará impedida de buscar indenização, i.e., fazer uma publicação de ressalva ou nova edição com correção, caso se sinta ofendida, como cita o Ministro Gilmar Mendes em seu voto.

No mais, em relação à apreensão de celulares de figuras públicas, entende-se ser de interesse coletivo quando para investigar o cometimento de algum crime, restando comprovada uma causa provável, já que seria uma situação de caráter extraordinário. Desse modo, a apreensão de celular ocorreria como em qualquer outro devido processo legal.

Há, no entanto, discussão acerca do limite de acesso uma vez apreendido o celular, devendo ser especialmente levado em consideração no caso de figuras políticas, pois essas teriam informações privilegiadas e potencialmente sigilosas em seus celulares. Cita-se o RHC 99735/SC, em que o STJ decidiu contra o espelhamento de WhatsApp:

Ao contrário da interceptação telefônica, no âmbito da qual o investigador de polícia atua como mero observador de conversas empreendidas por terceiros, no espelhamento via WhatsApp Web o investigador de polícia tem a concreta possibilidade de atuar como participante tanto das conversas que vêm a ser realizadas quanto das conversas que já estão registradas no aparelho celular, haja vista ter o poder, conferido pela própria plataforma online, de interagir nos diálogos mediante envio de novas mensagens a qualquer contato

presente no celular e exclusão, com total liberdade, e sem deixar vestígios, de qualquer mensagem passada, presente ou, se for o caso, futura.

Diante disso, como já exposto no presente artigo, entende-se que o caminho mais proveitoso a ser seguido pelos magistrados deva levar em consideração as características exclusivas de cada caso ao mitigar o direito individual quando em confronto com o interesse coletivo, vez que não é a intenção lesar a esfera íntima da figura pública sem que se reste comprovada sua necessidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No estudo jurídico, é sempre importante se questionar por que um direito surgiu, por que uma norma foi criada, pois a limitação de outros direitos não deve ser feita de forma desenfreada. Como foi visto em alguns casos, tanto no Brasil como no exterior, os tribunais, algumas vezes, falham ao identificar as situações em que, de fato, o direito à informação e à liberdade de imprensa deveriam se sobrepor ao direito à privacidade (e assim, o direito à proteção de dados pessoais), partindo de pressupostos abstratos de proteção e preferência.

Entende-se, diante de todo o exposto, que embora o indivíduo tenha um histórico de conflito com o Estado em busca de conter os excessos deste, e esses conflitos tenham chegado a consequências inéditas na Era Informacional, é necessário aferir um limite ao interesse coletivo que justifica a restrição ao direito à privacidade das figuras públicas. É necessário trazer segurança jurídica por meio de uma jurisprudência consonante. E, assim, escolher pela prevalência da proporcionalidade, sabendo que, em alguns casos, o valor social a ser protegido será o da privacidade, mesmo que de figuras públicas, pois somente esse status não é suficiente para justificar o direito de saber (*right to know*) da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (First Division). 5 June 1973, **Lebach I**, 35 BVerfGE 202.

BARROSO, Luís Roberto. **Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988**. Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

- BENTO, Leonardo Valles. **Direito de acesso à informação sobre violações de direitos humanos.** Publica Direito, 2013. Disponível em: < <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=04940fadf3702cbd>>. Acesso em: 1 jun. 2020.
- BLACK, Edwin. **IBM e o holocausto.** Rio de Janeiro: Campus, 2001.
- BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** In: *Vade Mecum* Revista dos Tribunais. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- BRASIL. **Lei 13709, de 14 de agosto de 2018.** Institui a Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm >. Acesso em: 30 maio 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 99735 - SC (2018/0153349-8).** Santa Catarina. Disponível em: <<https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2018/12/document.pdf>>. Acesso em: 3 abr. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1335153 - RJ (2011/0057428-0).** Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815.** Julgada em 10 jun. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 690841.** Julgado em 21 jun. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130.** Julgada em 30 abr. 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187.** Julgada em 15 jun. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação nº 18638.** Julgada em 17 set. 2014.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- DUHART, Olympia. **When time stands still: an argument for restoring public figures to private status.** *Nova Law Review*, vol. 27, iss. 2, article 9, 2002. Disponível em: < <https://nsuworks.nova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1314&context=nlr>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Generational development of data protection in Europe**. In: AGREE, Philip E.; ROTENBERG, Marc. **Technology and privacy: the new landscape**. Cambridge: The Mit Press, 2001. Disponível em: <
https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=H2KB2DK4w78C&oi=fnd&pg=PA219&dq=related:KTbmQnZDL9gJ:scolar.google.com/&ots=1X0fu9YvPp&sig=QDg9PRYI4NQ8g9FtsAT_QsIqm64&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 24 abr. 2020.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. 1ª ed. Brasília: Saraiva, 2014.

ORWELL, George. **1984**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PASETTO, Tayanne. **O direito ao esquecimento no Brasil aplicado ao direito digital**. Mato Grosso. Tese de especialização, 2017. Disponível em: <
http://bdm.ufmt.br/bitstream/1/806/1/TCCP_2017_Tayane%20Couto%20da%20Silva%20Pasetto.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2020.

SARMENTO, Daniel. **Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira**. Migalhas, 2015. Disponível em: <
<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf> >. Acesso em: 19 jun. 2020.

U.S. Court of Appeals for the Third Circuit. **Marcone v. Penthouse Int’l Magazine for Men**, 754 F.2d 1072, 1085 (3d Cir. 1985).

U.S. Court of Appeals for the Second Circuit. **Sidis v. F-R Publishing Corporation**, 113 F.2d 806 (2d Cir. 1940).

U.S. District Court for the Southern District of Georgia, Savannah Division. **Rosanova v. Playboy Enterprises, Inc.**, 411 F. Supp. 440 (S.D.Ga. 1976), aff’d, 580 F.2d 859 (5th Cir. 1978).

U.S. District Court for the Southern District of New York. **Friedan v. Friedan**, 414 F. Supp. 77, 78-79 (S.D.N.Y. 1976).

U.S. SUPREME COURT. **Gertz v. Robert Welch, Inc.**, 418 U.S. 323, 345 (1974).

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. **The right to privacy**. Harvard Law Review, v. 4, n. 5, 1890. Disponível em: <

<https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>>. Acesso em:
31 maio 2020.

YANISKY-RAVID, Shlomit; LAHAV, Ben Zion. **Public interest vs. private lives –
affording public figures privacy in the digital era: the three principle filtering model.**
University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, vol. 19, no. 5, 2017.

Disponível em: <

<https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1633&context=jcl>>.

Acesso em: 31 maio 2020.