

Casos Moro e Neymar: Crônica de uma Invasão Anunciada

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

Desembargador aposentado do TJRJ, Professor Adjunto da UERJ, Pós-doutor pela Universidade de Coimbra, Doutor pela UERJ e Mestre pela PUC-RJ

RESUMO: Este ensaio procura estudar os Casos Moro e Neymar, levando em consideração a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana nos casos *New York Times vs. Sullivan*, de 1964, e *Gertz vs. Robert Welch, Inc*, de 1974, para verificar se a circunstância de o Ministro Sérgio Moro ser um agente público e de o jogador Neymar ser pessoa pública poderiam retirar o caráter de privacidade tanto das mensagens publicadas pelo *The Intercept Brasil* (no caso Moro) quanto pelos vídeos publicados pelo jogador (no caso Neymar), de modo a eliminar o caráter de ilicitude nas duas situações. Considerando que os dois casos são muito recentes e pouco se sabe das circunstâncias em que ocorreram, não se pretende formular conclusões definitivas, mas apenas discutir algumas hipóteses.

ABSTRACT: *This paper studies the Moro and Neymar Cases, taking in consideration the U.S. Supreme Court decisions in the New York Times vs. Sullivan, 1964, and Gertz vs. Robert Welch, Inc, 1974, to verify if the circumstance of Minister Sérgio Moro being a public official, and the circumstance of football player Neymar being a public person, could remove the privacy character of the messages published by The Intercept Brasil (in Moro case), as well the videos published by the player (in Neymar case), in order to eliminate the illegal character in the two situations. Whereas both cases are very recent and their circumstances are not very well known, no definity conclusion can be reached, so this paper is limited to discuss some hypotheses.*

PALAVRAS-CHAVE: Privacidade. Agente público. Pessoa pública. Operação Lava-Jato. Troca de mensagens entre o juiz e as partes. Interesse público. Exibição de vídeo íntimo. Violação de privacidade. Crime.

KEY-WORDS: *Privacy. Public official. Public person. Carwash operation. Ex-parte communications. Public interest. Viewing of intimate videos. Private-facts invasion of privacy. Crime.*

INTRODUÇÃO

Nas últimas semanas, os meios de comunicação e a Justiça foram surpreendidos com dois rumorosos casos que revelam a invasão da revolução tecnológica na privacidade e, também, no ambiente das investigações e dos processos judiciais. As mensagens entre o ex-Juiz Sérgio Moro e os procuradores da Lava-Jato e o vídeo postado pelo jogador Neymar sobre o seu *affair* com uma moça que o acusa de estupro são de conhecimento público e é sobre esse conhecimento geral que algumas considerações serão feitas em seguida, sem qualquer pretensão de revolver o mérito dos dois casos, até pela carência de informações mais seguras e por serem dois acontecimentos bastante recentes e ainda não esclarecidos suficientemente.

Pretende-se, no entanto, contribuir para o debate, ampliando o horizonte para além da discussão de a prova ser ilícita, no primeiro caso, e da questão penal, no segundo caso, acrescentado-lhes contornos relacionados ao direito de informação e à privacidade.

Na verdade, os dois acontecimentos não constituem surpresa alguma. A revolução tecnológica na comunicação a que se assiste desde o século XX e que se acelera no presente século, há muito prometia romper as muralhas da privacidade, bem como invadir os ambientes policial e judicial. Era uma crônica de uma invasão anunciada.

O surgimento da necessidade de tutelar a intimidade coincidiu com a transformação da sociedade rural em uma sociedade industrializada e com o êxodo do campo para a cidade. A sociedade rural, pelo distanciamento das propriedades, pelo isolamento natural das pessoas, favorecia a solidão e o distanciamento. A Revolução Industrial, no século XIX, retirou o homem do campo e o lançou nas cidades, seja em ambientes promíscuos, tanto nas fábricas como em habitações coletivas e insalubres, seja em ambientes menos promíscuos de uma classe média nascente, mas igualmente próximos uns dos outros. O interesse à privacidade surgiu em consequência do diverso tipo de vida imposto pela cidade e pela estrutura

da sociedade industrializada, que obriga a um perigoso contato físico, o que dificulta o isolamento moral (AULETTA, 1978, p.1).

Além disso, enquanto na sociedade rural só havia um ambiente social, onde a pessoa exauria toda a sua vida, a evolução e a sofisticação da sociedade industrializada passaram a favorecer uma multiplicação de ambientes sociais: o ambiente do trabalho, do clube, da família, do curso, da academia, etc. A variedade dos ambientes legitima a pretensão de a pessoa controlar as informações referentes a si própria, de modo a filtrá-la e a evitar que determinados aspectos de sua personalidade, embora conhecidos em um determinado ambiente, não o sejam em outros ambientes onde possivelmente não seriam aceitos. Tal problema não se punha em uma sociedade rural em cujo ambiente único toda a vida se desenvolvia e que provocava a resignação das pessoas a uma situação de discriminação originada em um modo de vida disforme do padrão social.

A revolução tecnológica da comunicação subverte essa lógica. A multiplicidade de meios de comunicação ao alcance de um simples toque de um dedo, o anseio moderno por reconhecimento social, a preocupação de divulgar a própria imagem de uma maneira socialmente positiva, têm como consequência a redução voluntária da esfera da intimidade. Por outro lado, a curiosidade pública tende a invadir mesmo uma esfera mais recôndita, na busca incessante e insaciável de revelações sobre a intimidade do outro, ainda mais se se tratar de pessoa pública. É nesse contexto da revolução tecnológica da comunicação que se inserem os dois casos acima referidos.

CASO MORO/MP

No caso Moro/Ministério Público, o que se viu foi a interceptação de mensagens trocadas pelo Telegram, realizada por terceiro, que foram publicadas pelo *site The Intercept* Brasil. O que se pretende destacar neste artigo não é a óbvia e gritante quebra da imparcialidade do então magistrado e sua suspeição¹, nem aspectos éticos envolvidos, mas a circunstância de se tratar de uma pessoa pública, um agente público, que dirigia um processo

1 Antonio VIEIRA já demonstrou à sociedade a quebra de imparcialidade em casos similares, até mesmo nos EUA: Como a justiça dos EUA tratou casos de troca de mensagens entre juízes e promotores, durante julgamentos criminais (<https://www.conjur.com.br/2019-jun-19/antonio-vieira-eua-tratam-contatos-entre-juizes-promotores>, publicado em 19/6/2019).

público, conversando com outro agente público sobre um assunto de seus respectivos ofícios. Não se pretende considerar – porque não esclarecida ainda - uma outra possível circunstância de os aparelhos celulares serem de propriedade pública, bem como as linhas, supostamente mantidas pelo poder público.

É fundamental trazer essa circunstância ao debate porque as normas constitucionais que protegem a privacidade o fazem para proteger o cidadão das investidas do poder público, ou de outros cidadãos (artigo 5º, X, XI e XII, da Constituição). Não foram concebidas para proteger agentes públicos quando em atividade pública. Em se tratando de agentes públicos, no exercício de atividade pública, devem prevalecer outros princípios constitucionais, como o direito de informação e o sigilo da fonte (artigo 5º, XIV e XXXIII, bem como artigo 220 e seu parágrafo 1º, da Constituição).

No que tange a pessoas públicas, os Estados Unidos têm uma invejável construção jurisprudencial que deve ser trazida ao debate. Um caso paradigmático foi julgado em 1964 pela Suprema Corte daquele País: *New York Times vs. Sullivan* (NORWICK e CHASEN, 1992, p. 161/163). L. B. Sullivan era detentor de cargo público eletivo e teria sido ofendido por um artigo do jornal. Decidiu a corte, pelo voto condutor do juiz William Brennan, que a Constituição assegura o intercâmbio de ideias para a concretização das mudanças sociais e políticas que o povo deseja e que os ocupantes de cargo público só podem valer-se da tutela jurisdicional para proteger sua honra se provarem que a imprensa agiu com *actual malice*.²

Royer-Collard (*apud* HERRERO-TEJEDOR, 1994, P. 231) deputado francês em 1819, a propósito da discussão de uma lei sobre crimes de imprensa, ponderava:

“Se desprende del principio del articulo, Senhores, que si amuralláis la vida pública, si declaráis que no está permitido decir que un funcionario público ha hecho lo que él ha hecho, ha dicho lo que él ha dicho en tanto que hombre público, vosotros reconoceréis que el poder público le pertenece como la vida privada pertenece a cada particular...”

Rui Barbosa (BARBOSA, 1970, p. 75), em texto célebre, caminhou no mesmo sentido:

2 A Suprema Corte definiu *actual malice* desse modo: conhecimento da falsidade ou absoluta desconsideração de ser o fato divulgado falso ou não, tendo o jornal sérias dúvidas quanto à seriedade do material de que dispunha para publicar.

“...os que se consagram à vida pública, até à sua vida particular deram paredes de vidro ...para a Nação não há segredos; na sua administração não se toleram escaninhos; no procedimento dos seus servidores não cabe mistério.”

Esclareça-se, porém, que autoridades públicas que pretendem interceptar comunicações, mesmo de outras pessoas públicas, não podem se valer do mesmo argumento do direito de informação do público, porque suas atuações se circunscrevem ao processo e à investigação, a cujas regras se submetem, inclusive ao princípio constitucional do devido processo legal.

Embora não se tenha pretendido examinar a questão da prova ilícita, há que se dizer que a utilização da lógica processual, bem como da teoria dos frutos da árvore proibida, não podem ser transpostas para a lógica do direito de informação, pura e simplesmente, porque este tem objetivos, pressupostos e funções constitucionais bem distintas. O Estado, por regra, não pode se utilizar de prova ilícita na prestação jurisdicional, mas a sociedade, que não impõe sanção formal de direitos, precisa conhecer os fatos de interesse público para poder situar-se, no contexto de uma organização plural e democrática que lhe exige opções políticas.

Mutatis mutandi e com as devidas adaptações, poder-se-ia dizer que as mensagens publicadas pelo *site* podem não ensejar a proteção constitucional da privacidade; podem não se constituir em prova ilícita, até porque destinadas à opinião pública, e não ao processo; pode a suposta conduta criminosa não ser enquadrada no tipo do artigo 10 da Lei nº 9.296/1996³, tudo diante da prevalência do direito de informação do público.

CASO NEYMAR

Também no delicadíssimo caso Neymar se pretende contribuir para o debate com aspectos relacionados à privacidade e ao direito de informação, e não reduzi-lo ao viés penal⁴. Como se sabe, ele teria postado um vídeo, inclusive com fotos íntimas da moça que afirma ter sido estuprada, além de mensagens trocadas entre eles.

3 Artigo 10 – Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena...

4 O jogador estaria incurso no artigo 218-A do Código Penal: Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave (com redação da Lei nº 13.718/2018).

A moça supostamente retratada nesse vídeo e nas mensagens não é pessoa pública. A jurisprudência norte-americana faz distinção entre pessoas públicas e pessoas privadas para fins de assegurar ou o direito do público à informação ou o direito à privacidade. O caso paradigmático (*Gertz vs. Robert Welch, Inc*) foi julgado pela Suprema Corte em 1974. Decidiu-se que sendo a pessoa privada (ou tendo deixado de ser agente público), não se aplica a doutrina da *actual malice*, bastando provar tão somente a negligência, pelo menos. Portanto, a exigência mínima imposta pela Corte foi a prova da negligência, embora permitindo que os Estados dispusessem sobre outros requisitos. Ao fundamentar a proteção concedida ao particular, a Corte estatuiu que “*as pessoas privadas não são somente mais vulneráveis que agentes públicos ou pessoas públicas; elas são também mais merecedoras de ressarcimento*” (apud NORWICK e CHASEN, 1992, p. 266).

Às pessoas privadas, aplica-se a proteção do artigo 5º, X, XI e XII, da Constituição, não se cogitando de prevalência do direito de informação, do artigo 5º, XIV e XXXIII, muito menos do artigo 220 da mesma Constituição. Ainda mais proteção haveria de ter a moça, na condição de vítima de um crime sexual que não pode ser tolerado.

No entanto, há alguns contornos que devem ser trazidos à discussão e que tornam o caso mais complexo. O primeiro é a constatação de que as pessoas privadas que se envolvem, de qualquer maneira, com pessoas públicas, sabem que perdem parcela de sua privacidade. Por exemplo, são comuns a exibição de fotografias de pessoas privadas na companhia de pessoas famosas; acidentes com familiares de pessoas famosas se transformam em notícia pública; separações e divórcios comumente são noticiados pelos meios de comunicação. Com esses exemplos, pretende-se refletir que o simples registro de notícia-crime pelo crime de estupro, envolvendo o jogador, naturalmente acarretaria a publicidade do caso. Era natural que isso fosse acontecer e bastante provável que os desdobramentos dessa publicidade estariam fora do controle da suposta vítima.

Ainda há um outro aspecto: tudo relacionado ao jogador naturalmente acaba no tribunal da opinião pública, mesmo sem qualquer atitude sua nesse sentido. Era evidente que uma acusação grave como essa, acrescida de prováveis vídeos contendo cenas íntimas do casal, iriam incendiar os meios de comunicação e as redes sociais. Também parece evidente que

o prolongamento da exploração mediática do caso acabaria por trazer prejuízo moral e material ao jogador pela provável perda de patrocínios.

Daí porque talvez não se deva exigir do jogador uma reação ponderada de aguardar o longo inquérito policial, ou talvez uma ação penal, para defender-se da acusação. Tampouco recorrer à jurisdição cível para demandar uma improvável tutela antecipada para proteger sua privacidade e a proibição de órgãos de comunicação e provedores de internet⁵ de continuarem divulgando o fato.

Todas essas circunstâncias que tornam o caso mais complexo podem perfeitamente contribuir para que se discuta se seria exigível conduta diferente da que foi tomada, ao divulgar-se, logo após a notícia do registro policial, a troca de mensagens e mesmo cenas íntimas que pudessem rapidamente estancar a suspeita de um crime de estupro, ou pô-la simplesmente em dúvida.

Antes da invenção da *internet*, o tradicional direito de imprensa⁶ – sob cuja égide era regulada toda a liberdade de informação – previa um instituto destinado a corrigir com presteza uma informação inverídica ou errônea a respeito de uma pessoa natural ou jurídica: o direito de resposta, previsto atualmente na Constituição e na Lei nº 13.188/2015. Para Eliel Ballester (BALLESTER, 1987, p. 5) consiste na *“facultad de constestar a ciertas alusiones periodísticas, de manera pronta y gratuita, en los órganos de publicidad que las difundieran”*. Mais minucioso, Gregorio Badeni (BADENI, 1987, p. 5) o define como

“la facultad. reconocida a toda persona que se considere agraviada o afectada por una información o comentario emitido a través de un medio técnico de comunicación social para difundir, por igual medio, las aclaraciones, réplicas o respuestas, que estime satisfactorias, para precisar las modalidades correspondientes a los hechos susceptibles de lesionar su reputación personal o legítimos sentimientos”.

Sua natureza foi muito controvertida não só no Brasil, mas, especialmente, em seu país de origem, a França, em 1822, havendo uma sólida corrente doutrinária que o considerava uma modalidade de legítima defesa.

⁵ Provavelmente, com base na Lei nº 12.965/2014, art. 19.

⁶ A última Lei de Imprensa, no País, foi a Lei nº 5.250/1967, extirpada do ordenamento jurídico brasileiro por força de decisão do STF na ADPF 130/2008 (CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. O STF e o Direito de Imprensa: Análise e Consequências da ADPF 130/2008. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011).

No Brasil, a ela aderiram Solidônio Leite Filho (LEITE FILHO, 1925, p. 189/190) e Darcy Arruda Miranda (MIRANDA, 1983, v. II, p. 606). Esse último, assim se expressou:

“Este deve ser considerado um verdadeiro estado de legítima defesa, pois o ofendido age imediatamente, antes que o dano da ofensa cause males maiores. É o revide imediato e mais à mão com que conta o ofendido para restabelecer a verdade e lutar contra o poder coletivo do jornal”.

Não se está pretendendo aplicar, diretamente ao caso, o direito positivo vigente relativo ao direito de resposta, até porque as situações previstas em lei e o caso concreto não coincidem, nem se pode atribuir à moça a responsabilidade direta pela informação e pela publicidade, nem ela integra qualquer veículo de comunicação, tampouco tem o poder de direcionar notícias. Pretende-se, tão somente, acrescentar à discussão do caso penal institutos do direito de informação, de modo a refletir se a divulgação supostamente criminoso do vídeo, feita pelo jogador, estaria, ou não, sob o pálio de alguma excludente de ilicitude, em razão da repercussão que forçosamente o incidente haveria de ter, devido à natureza pública de sua vida.

CONCLUSÃO

Em conclusão, pode-se questionar que, nem as mensagens trocadas pelo ex-Juiz Sérgio Moro com os procuradores da Lava-Jato, nem os vídeos postados sobre o *affair* do jogador Neymar com uma moça podem revelar invasão de privacidade.

No primeiro caso, há inequívoco interesse público nos diálogos, que foram travados por agentes do poder público, sobre assunto de natureza pública.

No segundo caso, embora não se possa dizer presente o interesse público, é possível reconhecer que as circunstâncias especiais do caso – uma pessoa famosa acusada de praticar um crime de estupro – justificam a publicidade dos vídeos postados.

Em nenhum dos dois casos parecer haver ofensa à privacidade.

Nos dois casos, afiguram-se presentes, a princípio, causas que excluem eventual criminalização da condutas de interceptar mensagens (no caso Moro) e de divulgar os vídeos (no caso Neymar).

BIBLIOGRAFIA:

ANDRADE, José Carlos Vieira de - *A Problemática dos Direitos da Pessoa e a Comunicação Social na Perspectiva Jurídica*, in Os Direitos da Pessoa e a Comunicação Social, 1996, Edições Asa, Lisboa.

ARGENTINE, Adolfo Beria di. *La società dell'informazione*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1995.

AULETTA, Tommaso Amedeo. *Riservatezza e Tutela della Personalità*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.

ALDERMANN, Ellen e KENNEDY, Caroline. *The Right to Privacy*. Nova York: Alfred A. Knopf, 1995.

BADENI, Gregorio. *Libertad de Prensa*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1987.

BALLESTER, Eliel. *Derecho de respuesta*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1987.

BARBOSA, Rui. *A Imprensa e o Dever de Verdade*, São Paulo: Edusp, 1970.

CHASEN, Jerry Simon. *The Rights of Authors, Artists, and Others Creative People*. Illinois: Southern Illinois University Press, 2ª edição, 1992.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2ª edição, 1994.

_____. *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

_____. *O STF e o Direito de Imprensa: Análise e Consequências da ADPF 130/2008*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

COLOMA, Aurelia Maria Romero. *Derecho a la Intimidad, a la Información y Proceso Penal*. Madri: Editorial Colex, 1987.

COUSIDO, Pilar e ALFONSO, Loreto Corredoira y. *Derecho de la información*. Madri: Editorial Colex, 1992.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Derecho a la Información*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1992.

FERNANDÉZ, Antonio Aguilera. *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información*. Granada: Editorial Comares, 1990.

HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propria Imagem*. Madri: Editorial Colex, 2ª edição, 1994.

MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à Lei de Imprensa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.

SALDANHA, Nelson. *O Jardim e a Praça-Ensaio sobre o Lado Privado e o Lado Público da Vida Social e Histórica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

SANJUÁN, Teresa Freixes. *Libertades Informativas e Integración Europea*. Madri: Editorial Colex, 1996.

WEINBERGER, Andrew D. *Liberdade e Garantias: A Declaração de Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1965.