

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

MARCELO DE OLIVEIRA BURGATI

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO: A COMUNICAÇÃO EM CONFLITO
COM OS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS**

MARÍLIA
2017

MARCELO DE OLIVEIRA BURGATI

LIBERDADE DE EXPRESSÃO: A COMUNICAÇÃO EM CONFLITO COM
OS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Linha de Pesquisa: Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica.

Orientador:

Prof. Dr. JAIRO JOSÉ GÊNOVA.

Burgati, Marcelo de Oliveira

LIBERDADE DE EXPRESSÃO: A COMUNICAÇÃO EM
CONFLITO COM OS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS / Marcelo de
Oliveira Burgati; orientador: Jairo José Gênova. Marília, SP [s.n.], 2017.

111 f.

Dissertação – Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides
Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília
– UNIVEM, Marília, 2017.

1. Censura. 2. Direitos Personalíssimos. 3. Liberdade de
Comunicação. 4. Liberdade de Expressão.

CDD: 341.17



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Aprovado e recomendado pela CAPES em 29 de junho de 2000
Avaliação trienal - Reconhecido pela Portaria MEC nº 1.077, de 13 de setembro de 2012

ATA DA DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO

Mestrando: Marcelo de Oliveira Burgati

Título: "LIBERDADE DE EXPRESSÃO: A COMUNICAÇÃO EM CONFLITO COM OS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS".

Linha de Pesquisa: Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica.

Em 07 de março de 2017, com início às 11:00 horas, realizou-se, nas dependências do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, a Defesa Pública da Dissertação de Mestrado. A Banca Examinadora, constituída pelos Professores Dr. Jairo José Gênova - orientador (Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM), Dr. Ricardo Pinha Alonso (Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM) e Prof.ª Dr.ª Cláudia Mansani Queda de Toledo (Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM), arguiu o candidato, tendo o examinado sido APROVADO, com nota 10,0 (dez). Encerradas as atividades, foi lavrada a presente ata que, posteriormente, segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Observações:

BANCA EXAMINADORA:

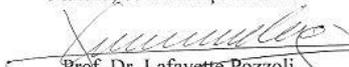
Prof. Dr. Jairo José Gênova (Orientador)
(Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM)

Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso
(Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM)

Prof.ª Dr.ª Cláudia Mansani Queda de Toledo
(Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM)

Mestrando: Marcelo de Oliveira Burgati

Marília, 07 de março de 2017.


Prof. Dr. Lafayette Pozzoli
Coordenador do Programa de Mestrado
UNIVEM

A Deus, pelo esplendor da vida, presente em
todas as atividades;
Aos amigos pelo incentivo;
À minha esposa Sandra, aos meus filhos Marcelo, Ana Flávia e
Guilherme (*in memoriam*), pelo apoio, compreensão e carinho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me proporcionar vida, saúde e oportunidade para desenvolver este trabalho.

Agradeço à minha família, em especial a minha esposa Sandra, por suportar meus maus humores, incontáveis horas de ausência e por incentivar meu crescimento intelectual.

Ao meu amigo Prof. Dr. Azor Lopes da Silva Junior por seu apoio e incentivo.

Ao meu orientador Dr. Jairo José Gênova por ter gentilmente me aceitado como seu orientando e ter norteado o desenvolvimento de meu trabalho.

A todos os diletos professores do Programa de Mestrado do UNIVEM, pelas contribuições intelectuais oferecidas em suas disciplinas.

Aos funcionários do UNIVEM que sempre se dispuseram a proporcionar o melhor ambiente acadêmico possível, sobretudo à Secretaria do Programa, na pessoa da Leninha pelo afeto, esforço e pela paciência em atender todas as necessidades discentes.

A todos o meu sincero agradecimento.

Veja!

Não diga que a canção
Está perdida
Tenha fé em Deus
Tenha fé na vida
Tente outra vez!

Beba! (Beba!)
Pois a água viva
Ainda tá na fonte
(Tente outra vez!)
Você tem dois pés
Para cruzar a ponte
Nada acabou!
Não! Não! Não!

Oh! Oh! Oh! Oh!
Tente!
Levante sua mão sedenta
E recomece a andar
Não pense
Que a cabeça aguenta
Se você parar
Não! Não! Não!
Não! Não! Não!

Há uma voz que canta
Uma voz que dança
Uma voz que gira
(Gira!)
Bailando no ar
Uh! Uh! Uh!

Queira! (Queira!)
Basta ser sincero
E desejar profundo
Você será capaz
De sacudir o mundo
Vai!
Tente outra vez!
Humrum!

Tente! (Tente!)
E não diga
Que a vitória está perdida
Se é de batalhas
Que se vive a vida
Han!
Tente outra vez!

Composição: Paulo Coelho / Raul Seixas

BURGATI, Marcelo de Oliveira. **LIBERDADE DE EXPRESSÃO: A COMUNICAÇÃO EM CONFLITO COM OS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS**. 111f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, 2017.

RESUMO

O violento ataque de terroristas islâmicos ao jornal francês Charlie Hebdo em que foram assassinadas 12 pessoas abriu mais uma vez a discussão em torno do tema da censura à liberdade de expressão. O jornal é conhecido pelas suas sátiras ácidas por meio de charges a diversos segmentos e instituições públicas e privadas da sociedade, e o ataque teria sido provocado por charges que teriam desrespeitado a religião islâmica e seu profeta Maomé. O presente trabalho se propôs a analisar se há ou não limites ao uso da liberdade de expressão nas atividades de comunicação. Apesar do pleno gozo dessa liberdade contribuir sobejamente para as conquistas democráticas e de fundamentais direitos humanos, sofre de influência direta das paixões e interesses inerentes aos seres humanos que assim podem abusar de suas liberdades e ferir outros direitos igualmente protegidos dos cidadãos. Sofrem então as democracias constitucionais contemporâneas de um dilema entre garantir o pleno direito à liberdade de expressão e proteger os cidadãos dos eventuais abusos que possam decorrer dessa liberdade. A dogmática jurídica que procura determinar e foca nas respostas possíveis do “ser” (aquilo que é algo) partindo de premissas razoavelmente fixas, é insuficiente para dar uma resposta satisfatória sobre qual seria a melhor solução aos conflitos que, invariavelmente, surgem entre os direitos fundamentais, uma vez que carregam consigo uma indefinição de seus limites interpostos. Procuramos, portanto, determinar a melhor resposta utilizando-se do método dedutivo-indutivo, procedemos a uma pesquisa bibliográfica doutrinária e jurisprudencial por meio de uma abordagem qualitativa de análise de conteúdo, uma vez que igualmente protegidos em nossa Constituição pátria, estão tanto à liberdade de expressão e a proibição de qualquer tipo de censura, quanto os direitos personalíssimos da intimidade, vida privada, honra e imagem, ao final demonstramos se há ou não um limite à liberdade de expressão e de comunicação e se o judiciário pode impor previamente uma restrição, “censura”, a essas liberdades.

Palavras-chave: Censura. Direitos Personalíssimos. Liberdade de Comunicação. Liberdade de Expressão.

BURGATI, Marcelo de Oliveira. **LIBERDADE DE EXPRESSÃO: A COMUNICAÇÃO EM CONFLITO COM OS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS.** 111f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, 2017.

ABSTRACT

The violent attack by Islamic terrorists to the French newspaper Charlie Hebdo when 12 were murdered opened again the discussion on the topic of censorship and freedom of speech. The newspaper is known for its stern satires through charges to various sectors both public and private of society, and the attack would have been caused by charges that mocked the Islamic religion and its Prophet Muhammad. This study aims to analyze whether or not there are limits to the use of freedom of speech in the press activities. Despite the full enjoyment of this freedom contribute abundantly to the democratic achievements and fundamental human rights, they are directly influenced for the passions and interests inherent to human beings and by so they can be abused to hurt other rights also protected by law. Thanks to that the contemporary constitutional democracies suffer from a dilemma between ensuring unlimited freedom of speech or protecting citizens from abuses that may result from this freedom. The standpoint legal dogmatism that seeks to determine and focuses on the possible responses of "being" (what is something) based on reasonably fixed premises would be insufficient to give a satisfactory answer to which would be the best solution to the conflicts that invariably arise between fundamental rights, since they carry with them a lack of definition of their interposed limits. This work seeks to determine the best answer using the deductive-inductive method proceeding to a bibliographical research both doctrinal and jurisprudential through a qualitative approach to content analysis, once both the freedom of expression and the prohibition of any kind of Censorship are equally protected in our country's Magnum Letter, as well as the personal rights of intimacy, private life, honor and image, looking for the end of demonstrate whether or not there is a limit to freedom of expression and communication and whether the judiciary may previously impose a restriction, "censorship", on those freedoms.

Keywords: Censorship. Rights very personal. Freedom of press. Freedom of expression.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgInt: Agravo Interno

AgRg: Agravo Regimental

AREsp: Agravo em Recurso Especial

Art.: Artigo

CC: Código Civil

CF: Constituição Federal

IBCCRIM: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 - DIREITOS CONSTITUCIONAIS.....	13
1.1 Princípio e regra.....	13
1.2 Dignidade humana como direito fundamental e princípio constitucional.....	17
1.3 Princípios constitucionais inerentes à liberdade de expressão.....	21
1.3.1 Princípio da vedação do anonimato.....	21
1.3.2 Princípio da proscrição de censura e licença.....	23
1.4 Os Direitos à intimidade, vida privada, honra e imagem como direitos constitucionais.....	24
1.4.1 O direito à intimidade e à vida privada.....	24
1.4.2 O direito à honra.....	30
1.4.3 O direito à imagem.....	33
CAPÍTULO 2 - A MÍDIA.....	37
2.1 Da liberdade de expressão e de comunicação.....	37
2.1.1 Liberdade de expressão.....	39
2.1.2 Liberdade de comunicação.....	44
2.1.3 Liberdade de expressão e comunicação nas Constituições Brasileiras.....	48
2.2 Possibilidades de censura e controle da mídia.....	55
2.2.1 Conceito de censura.....	56
2.2.2 Limites constitucionais à liberdade de expressão e comunicação.....	62
2.2.3 Limites legais à liberdade de expressão e comunicação.....	66
2.2.3.1 Da responsabilidade civil.....	67
2.2.3.2 Da responsabilidade penal.....	69
2.2.4 O controle jurisdicional da liberdade de comunicação.....	71
CAPÍTULO 3 - CONFLITO ENTRE OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO E OS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS.....	75
3.1 Multiculturalismo e liberdade de comunicação.....	75
3.2 Conflito aparente entre normas constitucionais.....	80
3.3 Formas de resolução quando do conflito aparente entre normas constitucionais.....	83
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	100
REFERÊNCIAS.....	104

INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão, como direito fundamental, é direito que vem buscando por proteção desde a cultura grega. O direito de expressar livremente suas ideias e opiniões está para o homem como o direito de respirar e viver. Conter a liberdade de expressão é aprisionar a pessoa dentro de seu próprio eu. O homem como ser social tem a necessidade de exteriorizar suas ideias e pensamentos de forma livre, entretanto essa liberdade pode contrariar outras ideias ou interesses e a tentativa ou o êxito em impedi-la, em especial quando praticada pelo Estado poderá constituir alguma forma de censura.

Como vamos procurar demonstrar neste trabalho, essa liberdade que não é absoluta pode, em determinadas situações, ferir outros direitos fundamentais, como os direitos personalíssimos da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, que também adquiriram igual proteção, tal qual a liberdade de expressão.

Tão graves são as colisões entre esses direitos, que podem levar a reações violentas e extremadas quando eles são violados, ou minimamente quando alguns entendem que o foram.

Exemplo disso foi o violento ataque de terroristas islâmicos ao jornal francês Charlie Hebdo em que foram assassinadas 12 pessoas, uma vez que entenderam os terroristas que o jornal estaria ofendendo gravemente seu profeta Maomé, ao exercer sua liberdade de expressão e publicar charges de cunho sexual envolvendo sua fé e aviltando sua imagem, a França protege amplamente a liberdade de expressão e publicações, mesmo que venham a ofender, não podem ser censuradas.

No Brasil, emblemático foi o caso Ellwanger, em que Siegfried Ellwanger, sob o pretexto de exercer seu direito de liberdade de expressão e opinião, escreveu e divulgou diversos livros seus e de outros autores de conteúdo julgado anti-semita e contestando a existência do holocausto, até que acabou sendo-lhe negado *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal em virtude de condenação sofrida por racismo, entretanto a votação plenária não foi unânime, terminando em 8 a 3, no Brasil, como veremos, a liberdade de expressão não é absoluta.

Nos Estados Unidos a Primeira Emenda protege a liberdade de expressão e o faz em forma de princípio aberto, fazendo com que sua delimitação seja dada pela Suprema Corte, que tende a beneficiar tal liberdade, como se viu e até hoje é seguida, na decisão dela no caso *New York Times vs. Sullivan*, em que se exige que uma figura pública ao pleitear indenização por calúnia deve provar que o que foi publicado era falso e que o foi com “malícia efetiva”,

ou seja, com a ciência de que a informação era falsa ou com “temerária desconsideração” pela sua veracidade.

Os três exemplos acima nos demonstram como a liberdade de expressão pode variar em sua amplitude de proteção, conforme a cultura em que está inserida, nos concentraremos em seu tratamento no Brasil.

A liberdade de comunicação, como demonstraremos, aqui referenciada como toda forma de transmissão de algum tipo de informação, seja ela escrita, falada ou televisada, faz parte do conceito amplo de liberdade de expressão e está inserida no chamado núcleo duro de nossa Constituição, entretanto também estão neste mesmo núcleo duro os direitos personalíssimos que aqui analisaremos e que em determinadas circunstâncias podem colidir com a liberdade de expressão.

Ocorrendo o conflito entre os ditos direitos fundamentais, difícil será o papel da hermenêutica jurídica para solucioná-lo, uma vez que gozam, todos eles, de igual hierarquia constitucional.

No primeiro capítulo demonstrei a diferenciação, sob a visão de diversos autores, dos conceitos de princípios e regras, em especial constitucionais, para que assim pudesse demonstrar o conceito dos princípios constitucionais inerentes à liberdade de expressão, tais como o da vedação do anonimato e o da proscrição da censura e licença, além de estabelecer os conceitos do que se tem entendido como liberdade de expressão, de comunicação, e os direitos à intimidade, vida privada, honra e imagem, bem como estabelecer o conceito de dignidade humana como direito fundamental, uma vez que intrinsecamente ligado aos direitos fundamentais envolvidos em nosso trabalho.

No segundo capítulo para responder ao questionamento sobre a possibilidade de limites à liberdade de comunicação, bem como se o impedimento prévio do judiciário de divulgação pela mídia de informações, que pudessem ferir direitos personalíssimos se constituiria em um tipo de “censura” prévia, estudamos a mídia e os conceitos dos diversos tipos de censura, e suas possíveis conotações, que podem se desvendar, não como censura, mas como limites impostos pela própria constituição ou por leis com ela de acordo e ainda os conceitos de liberdade de expressão e comunicação, traçamos cronologicamente nas Constituições brasileiras o desenvolvimento da liberdade de expressão e comunicação, referenciada nas mesmas como liberdade de imprensa e procuramos estabelecer a responsabilidade civil e penal daqueles que extrapolarem o limite da liberdade de expressão e, também, demonstramos a possibilidade do controle jurisdicional da liberdade de comunicação.

Sob a égide do antagonismo contemporâneo entre os métodos de solução dos casos denominados difíceis, expusemos no capítulo 3 o pensamento de alguns autores “princípiosistas”, e a teoria da ponderação e sopesamento, em contraposição aos “garantistas”, o que não deixa de ser o velho embate entre positivistas e “neopositivistas” ou antipositivistas, a fim de verificar qual a melhor solução para os conflitos e, se possível, determinar qual dos direitos deverá prevalecer, bem como demonstramos brevemente, dentro de um conceito de multiculturalismo, como a liberdade de comunicação é tratada na França e nos Estados Unidos.

CAPÍTULO 1 DIREITOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição brasileira de 1988 faz referência às expressões direitos e garantias, entretanto não é tão simples diferenciar uma da outra, já que não são nítidas as diferenças, mesmo porque uma pode estar contida na outra, ou seja, direitos podem estar descritos como garantias e vice-versa. Todavia, “enquanto os direitos teriam por nota de destaque o caráter declaratório ou enunciativo, as garantias estariam marcadas pelo seu caráter instrumental, vale dizer, seriam os meios voltados para a obtenção ou reparação dos direitos violados.”, assim a fim de diferenciar uns dos outros se deve ter em foco, na interpretação do texto constitucional, “[...] o conteúdo jurídico da norma, se declaratório ou assecuratório, e não a forma redacional empregada.” (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2014, p. 151-153)

José Afonso da Silva (2005, p. 186) afirma que “Não são nítidas, porém, as linhas divisórias entre direitos e garantias [...] Nem é decisivo, em face da Constituição, afirmar que os direitos são *declaratórios* e as garantias *assecuratórias*, porque as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram os direitos usando forma assecuratória.”

Filiaremos-nos ao entendimento esposado por Araujo e Nunes Júnior, separando uma da outra pelo seu conteúdo jurídico e não pela forma redacional empregada, versando nosso trabalho sobre os direitos da liberdade de expressão (gênero) do qual extrairemos a espécie, comunicação, bem como os da intimidade, vida privada, honra e imagem.

1.1 Princípio e regra

A distinção entre princípio e regra, dentro do que alguns autores entendem como normas de forma genérica, ganhou especial atenção com a teoria de Robert Alexy sobre a solução de conflitos entre princípios constitucionais, assim necessário se faz procurarmos estabelecer tal distinção, já que há entre os autores muita divergência sobre essa possibilidade, em especial em razão da indeterminação do que se pode entender por princípio.

“O que caracteriza os princípios?”, pergunta Ana Paula de Barcellos (CANOTILHO et al., 2013, p. 200-202) ao afirmar que a diferença entre este e as regras ainda causa discussão doutrinária, mas que isso não se trata de apenas uma “celeuma acadêmica”, pelo contrário ela terá repercussões importantes na sua interpretação individual, no papel no sistema a que pertence e no ordenamento jurídico como um todo e em sua eficácia jurídica e arremata: “Com efeito, a diferenciação estrutural que há entre princípios e regras, e o fato de

um enunciado ter a natureza de um ou de outra, é determinante para a compreensão de sua eficácia jurídica e, em consequência, da posição em que investe o particular.”

Resumidamente a autora demonstra oito dos critérios que têm sido utilizados pela doutrina para distinguir entre princípios e regras, dentre eles: o do conteúdo, da origem e validade, do compromisso histórico, da função no ordenamento, da estrutura linguística, do esforço interpretativo exigido, da aplicação e da (in)determinação dos efeitos.

José Afonso da Silva (2005, p. 91-92) não faz distinção entre regras e normas, porém reconhece que há quem faça essa distinção. Quanto à palavra princípio explica que o significado da mesma aparece com sentidos diversos, como numa acepção de começo, “norma de que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa”, entretanto afirma não ser este o sentido dado a ela na “expressão *princípios fundamentais* do Título I da Constituição”.

Nessa concepção, para o autor, princípio “exprime a noção de ‘mandamento nuclear de um sistema’”, concordando com a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que o define como:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica e lhe dá sentido harmônico. (2009, p. 53)

E complementa: “Os *princípios* são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem *valores* e *bens* constitucionais.”

Para o mesmo autor normas:

[...] são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas e ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. (2005, p. 91)

Notamos aqui que o autor coloca como norma aquilo que outros autores irão definir como regra.

Kildare G. Carvalho (2011, p. 559) coloca princípios e regras como espécies de normas jurídicas e diz ser a distinção entre eles uma distinção entre dois tipos de normas.

Citando Guilherme Peña traz a distinção entre princípio e regra constitucionais:

[...] princípios constitucionais são extraídos de enunciados normativos, com elevado grau de abstração e generalidade, que preveem os valores que informam a ordem jurídica, com a finalidade de informar as atividades produtiva, interpretativa e aplicativa das regras, de sorte que eventual colisão é removida na dimensão do peso, ao teor do critério da ponderação, com a prevalência de algum princípio concorrente.

As regras constitucionais são extraídas de enunciados normativos, com reduzido grau de abstração e generalidade, que descrevem situações fáticas e prescrevem condutas intersubjetivas, com a fenomenologia de incidência dirigida pelos princípios, de modo que eventual conflito é resolvido na dimensão da validade, à luz dos critérios cronológico, hierárquico ou especialidade, com o sistema de Direito Constitucional.

Alexy (2008, p. 87) reúne sob o conceito de norma, tanto regras como princípios.

“Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser.”

O mesmo autor concorda com a tese de que entre regras e princípios “não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença *qualitativa*.” e assim se posiciona quanto à distinção entre regra e princípio:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípio* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (ALEXY, 2008, p. 90-91)

Ronald Dworkin assim diferencia um do outro:

A diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (2002, p. 39)

Assim, para Dworkin (2002, p. 23-72), os princípios estabelecerão ou pontos de partida ou metas genéricas, não exigindo comportamento específico, ao contrário das regras que são específicas, sendo que os princípios não são aplicáveis à maneira do tudo ou nada, enunciando razões que levarão a decisões em determinado sentido, enquanto as regras

estabelecem condições de aplicação obrigatória e que levam a consequências necessárias; os princípios têm dimensões de peso, importância, relativa, assim comportando uma avaliação, sem necessariamente que um de maior peso possa substituir o outro de menor e signifique sua exclusão, enquanto as regras se impõem mais estritamente, sendo que a imposição de uma causa a exclusão da outra, mesmo comportando exceções; os princípios têm legitimidade, enquanto as regras têm validade.

Fugindo das tradicionais definições sobre norma, regra e princípio, Humberto Ávila reconstrói os mesmos, dando nova visão a eles.

Baseando-se em Riccardo Guastini, Ávila (2015, p. 50) diz que as “*Normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.”

Dessa forma, inicia seu trabalho afirmando que as normas são construídas pelos seus intérpretes, a partir dos dispositivos e que então elas não podem conter uma regra ou princípio, já que estes também dependem da “colaboração construtiva do intérprete”, para assim poderem ser qualificados. (2015, p. 50-55)

A partir dessa ideia, após demonstrar, analisar e criticar as tradicionais formas de diferenciar princípios e regras, o autor propõe sua tese nesse sentido:

A dissociação entre as espécies normativas, sobre ser havida como hipótese de trabalho para o processo aplicativo, pode ser laborada em razão de seu significado frontal. Nesse sentido, o significado preliminar dos dispositivos pode experimentar uma *dimensão* imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado).

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. As regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser cumprida. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente

relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento.

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto à justificação que exigem. [...]

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como contribuem para a decisão. [...] (2015, p. 225-226)

A diferenciação entre princípio e regra será fundamental para as formas como se dará solução aos problemas havidos no conflito entre direitos fundamentais, para nosso trabalho, entre os da livre manifestação do pensamento, liberdade de expressão e informação vinculados por meio da mídia e os direitos personalíssimos da vida privada, intimidade, honra e imagem.

1.2 Dignidade humana como direito fundamental e princípio constitucional

A palavra dignidade provém do latim *dignus* e significa “aquele que merece estima e honra”. De acordo com Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos “Os princípios fundamentais expressam as principais decisões políticas no âmbito do Estado, aquelas que vão determinar sua estrutura essencial. [...]” e “[...] merece destaque em todas as relações públicas e privadas o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), que se tornou o centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais.” (2003, p. 34-35)

Para Barroso (2014, p. 62) a dignidade da pessoa humana tem uma dupla dimensão: “uma interna, expressa no valor intrínseco ou próprio de cada indivíduo; outra externa, representando seus direitos, aspirações e responsabilidades, assim como os correlatos deveres de terceiros.”

O autor classifica a dignidade da pessoa humana como um valor fundamental e diz ser ela também um princípio constitucional, funcionando “tanto como justificação moral quanto fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais.” Assim como outros princípios constitucionais este vai desempenhar um duplo papel: em seu conteúdo essencial é uma fonte direta de direitos e deveres e cita como exemplo que “o conteúdo essencial da dignidade humana implica na proibição da tortura, mesmo em um ordenamento jurídico no qual não exista nenhuma regra específica impedindo tal conduta.” e outro papel é o interpretativo, ou seja, como parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais a dignidade humana “vai necessariamente informar a interpretação de tais direitos constitucionais, ajudando a definir o seu sentido nos casos concretos.”

Na mesma linha de pensamento se expressa Kildare Gonçalves Carvalho:

A dignidade da pessoa humana, que a Constituição de 1988 inscreve como fundamento do Estado, significa não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio. O termo dignidade designa o respeito que merece qualquer pessoa.

A dignidade da pessoa humana significa ser ela, diferentemente das coisas, um ser que deve ser tratado e considerado como um fim em si mesmo, e não para a obtenção de algum resultado. A dignidade da pessoa humana decorre do fato de que, por ser racional, a pessoa é capaz de viver em condições de autonomia e de guiar-se pelas leis que ela própria edita: todo homem tem dignidade e não preço, como as coisas, já que é marcado, pela sua própria natureza, como fim em si mesmo, não sendo algo que pode servir de meio, o que limita, conseqüentemente, (sic) o seu livre arbítrio, consoante o pensamento kantiano. (2011, p. 582)

Seres humanos não podem ser comparados com coisas, nos diz Kildare, e assim não pode lhes ser atribuído um preço, eles são um fim em si mesmo.

Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 62), considerando a dupla perspectiva ontológica e instrumental da dignidade da pessoa, procurando destacar tanto a sua faceta intersubjetiva, e, portanto, relacional, quanto a sua dimensão simultaneamente negativa (defensiva) e positiva (prestacional), conceitua dignidade da pessoa humana como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável (sic) nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A respeito da dignidade da pessoa humana, cinco diretrizes são dadas por Jorge Miranda:

a) A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e a cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; *b)* Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; *c)* O primado da pessoa é o de ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; *d)* A protecção (sic) da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos; *e)* A dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas. (1997, p. 169-170)

Apesar de o autor estar se referindo ao sistema constitucional português, suas diretrizes se aplicam perfeitamente ao nosso sistema constitucional e informam a dignidade como valor a toda ordem jurídica desde que assegurados os direitos inerentes ao ser humano.

Segundo Oscar Vilhena Vieira:

A Constituição Brasileira estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos de nossa República, por intermédio de seu art. 1º, III. A expressão não volta mais a aparecer no texto como um direito subjetivo expressamente reconhecido. Talvez essa tenha sido uma posição sábia de nosso constituinte, pois a dignidade é multidimensional, estando associada a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, a começar pela própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais de bem-estar etc. Nesse sentido, a realização da dignidade humana está vinculada à realização de outros direitos fundamentais - estes, sim, expressamente consagrados pela Constituição de 1988. (2006, p. 63)

O autor nos traz a dimensão intersubjetiva do princípio da dignidade do ser e afirma que, apesar de ter aparecido em nossa Carta Magna, apenas no seu início isso não deve significar que ela não tenha um sentido autônomo e juridicamente relevante, como um direito que imponha deveres ao Estado e aos demais membros da sociedade. Até porque, em muitas situações, encontraremos a ideia de dignidade em confronto com outros direitos fundamentais.

Gilmar Mendes afirma que os direitos fundamentais se inspiram no princípio da dignidade da pessoa humana e será ele a formular limitações do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça.

Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. Nessa medida, há de se convir em que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana” (2014, p. 147)

A dignidade da pessoa humana deve ser considerada como primado e inspiração para todos os outros princípios e direitos fundamentais, que devem ser protegidos pela Constituição, assim, estes não podem confrontá-la e se isso ocorrer, a necessária ponderação entre os mesmos deverá privilegiá-la.

Tadeu Antonio Dix Silva, inspirado em José Carlos Vieira Andrade, assim conclui sobre o princípio:

O princípio da dignidade da pessoa humana, assim, constitui toda a vigamestra do arcabouço jurídico, porque confere *unidade de sentido* ao conjunto de preceitos relativos aos direitos fundamentais e tem de ser interpretado como referido “a cada pessoa (individual), a todas as pessoas sem discriminação (universal) e cada homem como um ser autônomo (livre)”. O princípio situa-se, pois, na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer do direito dos trabalhadores e direitos a prestações sociais. (2000, p. 54)

Para Cláudio Chequer (2011, p. 38-39) o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio que funciona como fundamento e limite da liberdade de expressão, sendo este um requisito para a sua realização.

O Código Internacional de Ética dos Jornalistas estabelece princípios a serem seguidos pelos profissionais da área, e em seu décimo princípio, trata do respeito à privacidade e à dignidade humana, impondo aos mesmos o respeito ao direito do indivíduo à privacidade e à dignidade humana, de acordo com as disposições do direito nacional e internacional que regem a matéria e que proíbem a injúria, calúnia e difamação:

Principle VI - Respect for Privacy and Human Dignity

An integral part of the professional standards of the journalist is respect for the right of the individual to privacy and human dignity, in conformity with provisions of international and national law concerning protection of the rights and the reputation of others, prohibiting libel, calumny, slander and defamation.

Ingo W. Sarlet ao comentar sobre os limites à liberdade de expressão e o “assim chamado discurso do ódio ou de incitação ao ódio”, afirma ser “entendimento dominante, no Brasil e em geral no direito comparado, que a liberdade de expressão encontra limites na dignidade da pessoa humana de todas as pessoas e grupos afetados, quando utilizada para veicular mensagens de teor discriminatório e destinada a incitar o ódio e até mesmo a violência.” (2014, p. 468)

A dignidade humana permeia e paira sobre todos os direitos e garantias inseridos na atual Constituição brasileira, e irá determinar no caso de cada um deles, qual deve ser seu alcance e de que forma devem ser implementados.

Tanto o discurso do ódio, quanto temas ligados a orientação sexual, dentre outros, são considerados tabus e como tal encontram resistência e discordâncias acentuadas para serem discutidos no âmbito público.

Difícil desvincular o salutar debate de idéias e opiniões, que deve ser preservado, do insalubre quando se trata de temas tão polêmicos levados a público por meio da liberdade de comunicação, sem de alguma forma os divergentes acabarem por se sentirem atingidos ou ofendidos pela forma de se expressar do outro.

Palavras, expressões, sentimentos podem ser interpretados de diversas formas, conforme o interesse e as paixões envolvidas e acabar por gerar o conflito.

A dignidade humana deverá dar então o tom a ser perseguido quando da prática da liberdade expressão por meio da mídia. Palavras, gestos, expressões ofensivas, discriminatórias, de incitação à violência não devem ser toleradas, entretanto não se deve banir totalmente o debate desses temas que contribuem para a formação da opinião sobre eles, e assim preserva-se essa liberdade, mesmo para esses grupos minoritários que divergem da grande maioria.

1.3 Princípios constitucionais da liberdade de expressão

Exploraremos aqui os dois princípios mais direta e intimamente ligados à liberdade de expressão.

1.3.1 Princípio da vedação do anonimato

A vedação ao anonimato figura em nossas constituições desde a de 1891, onde estava insculpida em seu art. 172, § 12, exceção feita apenas à constituição de 1967 que não prevê tal princípio.

O princípio prevê que aquele que quiser exteriorizar seu pensamento de qualquer forma, por meio da mídia ou de qualquer outra forma de comunicação, não poderá fazê-lo sem se identificar. Essa vedação terá o especial objetivo de proteger as pessoas que possam ter seus direitos violados pelo exercício da liberdade de expressão de outrem. A vedação irá possibilitar eventual responsabilização civil ou criminal daquele que abusar de seu direito de livre expressão e proteger os direitos daqueles que possam ser atingidos.

Na atual constituição o princípio está consagrado no art. 5º, inciso IV e segundo Edilson P. Farias (2001, p. 165-166) “[...] coíbe o anonimato tanto para a expressão do pensamento como para a comunicação de notícias.”, sem, contudo conflitar com a garantia do sigilo da fonte, do art. 5º, inciso XIV, que se dirige à fonte da notícia, ou seja, para quem fornece a informação e não ao autor ou responsável pela divulgação da mesma.

Ingo W. Sarlet entende que a vedação do anonimato se aplica “[...] às liberdades de expressão em geral e, apoiado em decisão do STF, afirma que se assim não fosse, “eventual responsabilização civil ou penal do autor de alguma manifestação ofensiva ou apócrifa poderia ficar inviabilizada.” (2014, p. 563-564)

Para Maria Lúcia Karam (2009, p. 12) “Quem exerce a liberdade de expressar publicamente seus pensamentos, suas idéias (sic), suas opiniões, suas convicções, seus pontos de vista, tem de assumir e ser responsável por aquilo que pensa e aquilo que diz.”

Para Edilsom P. Farias (2001, p. 166) “[...] comumente o anonimato significa a ocultação maliciosa do próprio nome, para fugir à responsabilidade pela divulgação de matérias que podem causar prejuízos a terceiros [...]”, o que indica a finalidade do princípio de não permitir que autores que não se identificam ao divulgar informações e/ou opiniões, não possam ser responsabilizados por danos provocados a outros bens jurídicos tutelados pela constituição como a honra, a vida privada, a imagem e a intimidade.

José Afonso da Silva (2005, p. 245) afirma que a vedação do anonimato é o ônus da manifestação do pensamento, visto que ela “não raro atinge situações jurídicas de outras pessoas[...]” e irá proporcionar, se for o caso, que o autor responda por eventuais danos e também para que possa ser exercido o direito de resposta, assegurado no art. 5º, inciso V, da Constituição.

Inferre que a proibição do anonimato atinge o âmbito das investigações criminais, o que impossibilitaria a abertura de inquérito policial baseado em denúncia anônima, uma vez que não seria possível atribuir responsabilidade ao denunciante quando feita de forma infundada ou mentirosa, o que é assentado pelo STF (HC 95.244, 2010) “a denúncia anônima, por si só, não serve para fundamentar a instauração de inquérito policial, mas, a partir dela, poderá a polícia realizar diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório propriamente dito”. Este posicionamento é ratificado por Ingo W. Sarlet. (2014, p. 464)

“O anonimato é uma atitude covarde e traiçoeira de quem quer fugir às suas responsabilidades, de quem se esconde para não se incomodar ou não se comprometer.” (KARAM, 2009, p. 12)

Quando se fala encoberto pelas sombras pode-se soltar todos os demônios internos e, sem pensar, ou pior, pensando, proferir todo tipo de ofensas e discriminações contra o outro, a proibição do anonimato, além de possibilitar a responsabilização dos autores que se excederem em sua liberdade de expressão, também vai agir como prevenção aos excessos, pois, expondo-se, as pessoas refletem melhor sobre a forma de expressar seus pensamentos.

A proibição do anonimato no exercício da liberdade de expressão, apesar de referido como princípio, adequar-se-á mais ao conceito de regra, na definição da maioria dos doutrinadores, como vimos na distinção entre princípio e regra no item 1.1 acima.

1.3.2 Princípio da proscrição de censura e licença

O princípio figura na Constituição Federal nos artigos 5º, inciso IX “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; e 220, § 2º “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”.

Edilson Pereira Farias, (2001, p. 168) entende que o princípio é consequência lógica da livre expressão e comunicação, pois seria uma contradição afirmar ser ela livre e submetê-la ao regime de censura e que ele é um princípio básico para uma convivência democrática, cabendo a cada um ser o seu próprio censor e, citando Cass R. Sunstein, diz que "um governo democrático não deveria intrometer-se nas decisões dos indivíduos a respeito do que dizer, do que ouvir e do que acreditar".

A proscrição da censura esteve presente em todas as nossas Constituições que protegiam a liberdade de expressão, com exceção da de 1937, período do Estado Novo de Getúlio Vargas, quando a mesma foi amplamente utilizada.

Na Constituição de 1967/69, apesar da mesma garantir a liberdade de expressão e proscrever a censura, ela foi largamente utilizada como forma de manter o poder político do governo ditatorial militar, especialmente após a imposição do Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, sua prática perdurou até sua total proibição pela Constituição de 1988.

O princípio da proscrição da censura e licença tem sido entendido, não mais como somente aquela exercida pelo Poder Estatal, em regra a exercida pelo Poder Executivo, mas também em um sentido mais amplo, como as que provêm de outras fontes, como do Poder Judiciário ou até mesmo de fontes privadas, como afirma Daniel Sarmiento:

Porém, pode-se falar em censura em sentido mais amplo, para incluir também as restrições posteriores ao exercício das liberdades comunicativas, bem como aquelas que impedem a divulgação de ideias, fatos ou mensagens, mas que não provêm de autoridades administrativas, e sim de outras fontes, como decisões judiciais e até condutas privadas. (CANOTILHO et al, 2013, p. 4404)

Essa nova forma de interpretar o princípio vai ao encontro do fato de que indivíduos e empresas, em especial conglomerados de empresas de comunicação com grande influência

na sociedade, em decorrência do acúmulo de poder econômico, eventualmente violam direitos fundamentais, limitando a liberdade de expressão por motivos políticos, econômicos ou ideológicos, decorrendo que “o âmbito de proteção do princípio da proscricção de censura, nos termos configurados pela Carta Federal de 1988, abrange tanto a censura prévia e a posterior, quanto a censura administrativa e a privada.” (FARIAS, 2001, p. 170-171)

O tema da censura será melhor explorado mais à frente no item 2.2 e subsequentes.

1.4 Os Direitos à intimidade, vida privada, honra e imagem como direitos constitucionais

Dentre os inúmeros direitos enumerados na atual Constituição brasileira destacam-se os da intimidade, vida privada, honra e imagem, que dão proteção aos chamados direitos da personalidade, ou melhor, direitos personalíssimos, como prefere se referir Edilson P. Farias (2001, p. 230), uma vez que personalidade seria o conjunto de atributos individuais.

René Ariel Dotti (1980, p. 22) afirma que no mundo jurídico existem diferentes categorias de bens: os pessoais, os materiais, os familiares e os sociais, e diz que “A proteção da primeira e mais importante destas categorias se traduz pelos chamados ‘direitos da personalidade’.”, que em sua expressão mais simples, citando Antunes Varela “são direitos da personalidade os que se referem à própria pessoa humana”.

O autor cita então, como conceito de “direitos da personalidade”, nas palavras de Castan Tobeñas, como “aqueles que garantem ao sujeito do domínio sobre uma parte essencial da própria personalidade”, ou, então, “aqueles que têm por objeto os ‘modos de ser’, físicos ou morais da pessoa”, ou, ainda, como “os direitos que concedem um poder às pessoas para proteção da essência da personalidade e suas qualidades mais importantes”.

Trabalharemos aqui a delimitação do que sejam alguns desses direitos ínsitos ao nosso trabalho.

1.4.1 O direito à intimidade e à vida privada

Intimidade e vida privada são direitos que embora tratados separadamente na Constituição de 1988, são confundidos e misturados em suas definições o que vai causar uma indeterminação quando de sua tutela, então vejamos:

André R. Tavares (2012, p. 675-676) utiliza o termo genérico “direito à privacidade”, para fins doutrinários e didáticos, ao se referir à proteção constitucional da vida privada e da intimidade, contudo reconhece que a nossa Constituição não segue essa concepção genérica

de direito à privacidade e trata de forma autônoma cada um deles. Para o autor o “direito à privacidade” comporta “toda e qualquer forma de manifestação da intimidade, privacidade e, até mesmo, da personalidade da pessoa humana.”, e prossegue:

Pelo direito à privacidade, apenas ao titular compete a escolha de divulgar ou não seu conjunto de dados, informações, manifestações e referências individuais, e, no caso de divulgação, decidir quando, como, onde e a quem. Esses elementos são todos aqueles que decorrem da vida familiar, doméstica ou particular do cidadão, envolvendo fatos, atos, hábitos, pensamentos, segredos, atitudes e projetos de vida.

O direito à privacidade é compreendido, aqui, de maneira a englobar, portanto, o direito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem das pessoas, à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo das comunicações e ao segredo, dentre outros.

Concordando com André R. Tavares, Ingo W. Sarlet (2014, p. 407) também adota “[...] uma noção abrangente, incluindo a intimidade no âmbito de proteção mais amplo do direito à vida privada (privacidade).”, uma vez que considera a distinção entre ambas “[...] difícil de sustentar, especialmente em virtude da fluidez entre as diversas esferas da vida privada (incluindo a intimidade), [...]”.

Não obstante incluir o direito à intimidade no conjunto dos direitos à privacidade, André R. Tavares (2012, p. 676) define a expressão “direito a intimidade” como: “Significa a intimidade tudo quanto diga respeito única e exclusivamente à pessoa em si mesma, a seu modo de ser e de agir em contextos mais reservados ou de total exclusão de terceiros.”, separando-a do círculo de proteção da vida privada.

A nossa Carta Magna coloca a intimidade e a vida privada dentro do título dos direitos e garantias fundamentais, no art. 5º, X “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” (grifo nosso).

Bastante didática é a visão de Araujo e Nunes Júnior (2014, p. 201-203). Para os autores a Constituição “[...] quis outorgar ao indivíduo duas diferentes formas de proteção.”, assim haverá duas esferas a serem protegidas, uma a da vida privada, a que os autores passam a chamar de âmbito de privacidade e outra da intimidade.

Separando a vida social do indivíduo em duas partes: a pública e a privada, para eles o âmbito da privacidade se encontra naqueles relacionamentos sociais “[...] que o indivíduo habitualmente mantém oculto ao público em geral, dentre eles: a vida familiar, as aventuras amorosas, o lazer e os segredos dos negócios.” e, como uma subdivisão do âmbito privado da vida social do indivíduo existe a esfera de proteção da intimidade do mesmo, como sendo

aquela “[...] onde se fixa uma divisão linear entre o ‘eu’ e os ‘outros’, de forma a criar um espaço que o titular deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos.”. Exemplificam a violação da intimidade como o caso de um pai que devassa o diário da filha adolescente ou o sigilo de suas comunicações e complementam:

Os exemplos poderão elucidar as diferenças. As relações bancárias de um indivíduo estão dentro do círculo da privacidade. Da mesma forma, seus relacionamentos profissionais, assim como o rol de seus clientes. Por outro lado, os segredos pessoais, as dúvidas existenciais, a orientação sexual compõem o universo da intimidade.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 90), a vida privada “[...] é a que se desenvolve fora das vistas do público, perante, eventualmente, um pequeno grupo de íntimos” e a intimidade é “[...] a vida em ambiente de convívio, no interior de um grupo fechado e reduzido, normalmente, ao grupo familiar”.

Apesar de os dois direitos serem grafados e tratados separadamente pelo texto constitucional, alguns autores têm tratado os direitos à intimidade e à vida privada como sinônimos e não como direitos autônomos.

Dentro do direito à privacidade, no pensar de Kildare Gonçalves Carvalho, está contido o direito à intimidade, a intimidade passa a ser uma espécie do gênero privacidade, que são os relacionamentos interpessoais das pessoas na vida social em sua esfera privada – em contraposição à pública – na vida familiar, no lazer, nos negócios e nas aventuras amorosas. Contido nessa esfera, existirão outras formas de relações mais íntimas, como aquelas entre pais e filhos, irmãos, cônjuges, namorados. Essa esfera de intimidade mais recôndita, pessoal, está associada ao segredo, à confiança; enquanto a privacidade está ligada ao particular, próprio, individual. A intimidade traz conteúdo intersubjetivo, relacional, de proximidade, confiança e amizade, enquanto que a vida privada parece significar algo isolado, distante, solitário. (2011, p. 653-654)

Já José Afonso da Silva considera a terminologia dos dois direitos imprecisa e, assim, prefere adotar um conceito genérico e amplo da expressão direito à privacidade, de modo a abarcar todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, consagradas pelo texto constitucional pátrio, e traz um conceito de privacidade como: “[...] o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”. (2005, p. 206)

Celso Ribeiro Bastos também não faz distinção entre os dois direitos:

O inciso oferece guarida ao direito à reserva da intimidade assim como ao da vida privada. Consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano. (1989, p. 63)

Já Tadeu Dix (2000, p. 203-207) vislumbra a proteção da intimidade e vida privada sob dois aspectos: um material e outro formal, sem, porém que eles percam entre si sua complementariedade funcional.

Sob o aspecto material, entende o autor ser dada a proteção do art. 5º, inciso X da Constituição Federal, em que a intimidade representa o aspecto de maior resguardo da pessoa, mais profundo, aquele em que não se quer divulgar a ninguém “o bem jurídico protegido pela tutela da *intimidade é a área iminentemente pessoal do indivíduo, no qual possa pode (sic) realizar-se de acordo com as suas próprias representações, sem ser perturbado ou inibido pelo medo de uma discussão pública de sua vida privada.*”

Ainda sob o aspecto material distingue que a proteção da vida privada “é o interesse que tem o indivíduo em que determinados eventos que dizem respeito à sua própria vida ou de seus familiares e/ou amigos mais próximos – e que por isso assumem um caráter *privado* – não sejam do conhecimento de terceiros, ou não sejam trazidos à luz da publicidade, sob qualquer forma.”

Sob o aspecto formal, “intimidade e vida privada são entendidas dentro do âmbito geral de proteção da *privacidade*.” Nesse aspecto a proteção se dá “em si e de per si” independentemente do conteúdo das informações ou da natureza dos dados devassados[...]” como ocorre com as incriminações da violação da correspondência ou violação de segredo.

Sarlet (2014, p. 410, grifo nosso) adota o entendimento “[...] que o critério (principal) de determinação do âmbito de proteção do direito à privacidade deverá ser material e não formal.”, tendo em vista que o critério formal está ligado a uma visão pessoal de cada indivíduo quanto a tudo aquilo que ela decida excluir do conhecimento alheio, assim “[...] o âmbito de proteção da privacidade seria variável consoante a particular visão do titular do direito, [...]”, enquanto que do “[...] ponto de vista material o direito à privacidade cobre os aspectos da vida pessoal que, de acordo com as pautas sociais vigentes, costuma ser tido como reservado e indisponível ao legítimo interesse do Estado e de terceiros, [...]” e, adotando um entendimento conforme Michael Kloepfer, o autor conclui:

Dada sua dupla dimensão objetiva e subjetiva, o direito à privacidade opera, na condição de direito subjetivo, em primeira linha como direito de defesa, portanto, como direito à não intervenção por parte do Estado e de terceiros no respectivo âmbito de proteção do direito e, como expressão também da liberdade pessoal, como direito a não ser impedido de levar sua vida privada conforme seu projeto existencial pessoal e de dispor livremente das informações sobre os aspectos que dizem respeito ao domínio da vida pessoal e que não interferem em direitos de terceiros. Assim, o direito à privacidade é também direito de autodeterminação do indivíduo. Por sua vez, da perspectiva objetiva decorre, além da assim chamada eficácia irradiante e interpretação da legislação civil (notadamente no campo dos direitos de personalidade), um dever de proteção estatal, no sentido tanto da proteção da privacidade na esfera das relações privadas, ou seja, contra intervenções de terceiros, quanto no que diz com a garantia das condições constitutivas da fruição da vida privada. (2014, p. 410)

Essa mistura e essa imprecisão ao definir-se ou conceituar-se vida privada e intimidade tem trazido confusão, já que os termos são empregados indiscriminadamente e muitas vezes não se sabe em que aspecto da personalidade são utilizados para a busca de sua tutela. Essa confusão e indiscriminação também ocorrem no âmbito jurisprudencial, como afirma Vellêda Bivar Soares Dias Neta:

Com o auxílio da doutrina, é verdade, mas, em larga medida, é a jurisprudência que vem criando um catálogo de casos sobre a privacidade. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, grande parte dos julgados emprega indiscriminadamente as expressões ‘privacidade’, ‘intimidade’, ‘vida privada’, bem como ‘imagem’ e ‘honra’. Muitas das vezes, a hipótese, inquestionavelmente, é de ofensa à imagem, vez que publicada sem autorização, mas o ‘direito à privacidade’ é considerado ofendido. Não há critério, nem, tão pouco, parâmetros. Não é raro encontrarmos mais de uma expressão no mesmo julgado, dificultando a compreensão acerca de qual aspecto da personalidade que, de fato, está sendo objeto de tutela. Outro fato corriqueiro consiste no seguinte: a despeito de ser reconhecida a ofensa à ‘privacidade’, é a indenização por danos patrimoniais a fixada, ou, ainda, são expressivos os julgados onde a indenização por danos morais é indeferida pelo fato da ofensa não ter sido de conotação vexatória, ridícula ou ofensiva ao seu decoro, o que demonstra dificuldade na distinção em relação ao direito à honra. Contudo, este último posicionamento já tem sido repensado por alguns Ministros. Por fim, não é difícil encontrarmos julgados em que a indenização por dano moral foi considerada devida em razão da agressão ao segredo de sua vida privada.

O que mais chama a atenção do exposto até aqui, não só na doutrina como na jurisprudência do STJ é não só a forte influência da teoria das “esferas” concêntricas em quase todas as abordagens, como também a dificuldade em separar a proteção da privacidade da lógica patrimonialista e a de compreender aspectos da personalidade do indivíduo de forma autônoma. (2010, p. 7)

Vale registrar aqui a preocupação da Juíza Vellêda em se ter como tutela dos direitos da personalidade o principal foco na proteção remedial, ou seja, a responsabilização civil

apenas após os prejuízos verificados, o que tem se demonstrado dominante no judiciário. É necessário estabelecer-se uma tutela preventiva como já afirmou Pietro Perlingieri “[...] a tutela da pessoa não pode se esgotar no tradicional perfil do ressarcimento do dano. Assume consistência a oportunidade de uma tutela preventiva: o ordenamento deve fazer de tudo para que o dano não se verifique e seja possível a realização efetiva das situações existenciais.” (2010, p. 10-11, grifo nosso)

E ela termina colocando que a seu ver a privacidade deve ser tida como um aspecto existencial e não somente patrimonial e como a doutrina deve colaborar nesse processo ao “sistematizar o mais amplamente possível a matéria, esforçando-se para elaborar conceitos jurídicos úteis e parâmetros eficazes, que sirvam como guia para o legislador e medida necessária para se evitar depender tão somente da sensibilidade dos juízes.”

Discordante do pensamento da Juíza Vellêda, René Ariel Dotti (1980, p. 67-73) apesar de expor as diversas visões a respeito da distinção entre vida privada e intimidade e de referenciar a “importância prática” da distinção, o autor afirma que em seu trabalho empregará “[...] indistintamente, as denominações: *direito à vida privada, direito à intimidade da vida privada e direito à privacidade.*”, uma vez que entende que em relação a esse direito “[...] a proteção jurídica deve alargar-se para abarcar a muralha exterior que cerca toda a vida privada em qualquer de suas manifestações.” e já propugnava que o preenchimento do conceito de vida privada fosse deixado para a jurisprudência, pois, nas palavras de Urabayen (1977, p. 280 apud DOTTI, 1980, p.70) “o preço que se paga pelas definições é o de encerrar os conceitos definidos, deixando-os imóveis no cambiante mundo jurídico-social”.

Entretanto há que se ressaltar que René Ariel Dotti falava sobre esse direito antes da Constituição de 1988, quando o mesmo sequer tinha previsão expressa e se referia a ele como um “novo direito ainda em elaboração” e desenvolveu seus estudos com base no direito comparado com o de outros países.

Mesmo nível de proteção não podem exigir as pessoas públicas, em especial as políticas, uma vez que ao ingressarem na vida pública põem “[...] a nu seus predicados de legislador, de administrador, de líder, enfim, de gestor da coisa pública.”, conforme entende Vidal Serrano Nunes Júnior (1997, p. 72-73):

Em síntese, a pessoa que se oferece ao julgamento de seus concidadãos, com o fito de vir a gerir o patrimônio e as coisas públicas, coloca-se em uma situação de manifesta evidência e não pode reclamar o mesmo nível de privacidade de um cidadão comum, pois é ingênita à política a exposição ao público, que, por sua vez, tem o direito a informação que considere necessárias quanto à vida do homem público.

Tal posicionamento não exclui tais indivíduos da proteção constitucional, incluindo não só os políticos, mas também as pessoas em geral que por sua profissão ou atividade se expõem ao público, como artistas, modelos, dançarinas etc., significa que essas pessoas têm uma esfera de proteção da vida privada e da intimidade mais restrita que as demais.

A despeito do entendimento de renomados autores sobre a imprecisão e, com isso, a generalização dos dois âmbitos de proteção previstos distintamente na constituição, como direito à privacidade, discordamos de tal posicionamento e entendemos importante tal distinção, uma vez que intimidade é o espaço da vida privada mais pessoal e introspectivo, que não pode ser violado e quando o for, deve ser considerado como mais grave do que a violação da vida privada, círculo mais amplo da privacidade das pessoas. Para a intimidade reservamos nossos segredos mais pessoais, os quais só compartilharemos se quisermos, violar esse espaço sem permissão é invadir o âmago, a alma da pessoa.

1.4.2 O Direito à honra

Para determinar o que é honra é preciso determinar o espaço/tempo em que se considerará tal conceito, uma vez que a percepção das pessoas e da sociedade muda com o passar do tempo e com as mudanças sociais ocorridas em relação ao que se deve considerar ou não como ferindo a honra.

O conceito de honra é inexato e muda de acordo com o passar do tempo, caracterizando-se pelo seu condicionamento histórico-cultural. (SILVA, 2000, p. 157-158)

Sarlet (2014, p. 437) afirma “[...] que o conceito de honra, na sua origem e durante muito tempo (e, de certo modo, ainda hoje), guarda uma forte relação com uma organização e uma estrutura aristocrática da sociedade, não tendo um caráter igualitário, [...]” servia para destacar alguns membros da sociedade, como os nobres, tidos como pessoas honradas, das outras pessoas menos honradas ou mesmo não honradas. Entretanto, afirma:

Com a evolução da noção de dignidade da pessoa humana – não se deve olvidar que, especialmente no período clássico, dignidade e honra como valor social do indivíduo era a versão prevalente! – e sua definição como atributo de todos os seres humanos, o direito à honra foi universalizado e passou a ser considerado como elemento importante da igual dignidade de todas as pessoas, afastando-se, na quadra nobiliárquico, que restrinja o direito à honra aos que são “mais dignos” do que outros.

Araujo e Nunes Júnior (2014, p. 205) advertem que apesar da variação semântica que sofre o conceito de honra, este não implica em modificação do seu âmbito de proteção

jurídica, ou seja, “[...] uma coisa é a honra, outra o direito à honra.”, assim “[...] se o conceito de honra protege a dignidade, essa proteção conceitual não sofreu modificações; o que pode variar, segundo as condições de tempo e lugar, é o conceito de dignidade.”

Beccaria (2013, p. 79) já indicava essa imprecisão afirmando que: “A palavra *honra* é uma daquelas sobre as quais se fizeram os mais brilhantes raciocínios, sem ligar-se a qualquer ideia fixa e precisa.”, entretanto deu-lhe sua definição ao dizer que “As injúrias pessoais, contrárias à honra, isto é, a essa justa porção de estima que todo homem tem o direito de esperar dos seus concidadãos, devem ser punidas pela infâmia.”

René Ariel Dotti em sua obra sobre a proteção da vida privada e a liberdade de informação diferencia honra e intimidade como bens juridicamente diversos e utiliza como definição de honra a de Abbagnano: “toda manifestação de consideração e de estima tributada a um homem por outros homens. Assim como a autoridade, ou o prestígio, o cargo do qual é reconhecidamente empossado”. (ABBAGNANO, p. 491 apud DOTTI, 1980, p. 85)

Tadeu Dix (2000, p. 172-174), após trazer diversas concepções de honra, termina por conceituá-la de acordo com o conteúdo constitucional no estado democrático de direito e a equipara a própria dignidade da pessoa humana, elevando-a a categoria de valor fundamental da Constituição e afirma:

A honra, assim compreendida, revela-se um bem jurídico que se fundamenta em um juízo pessoal e normativo. Pessoal – e não *subjetivo*, nem *social* ou *moral* – como atributo de toda pessoa, independente de auto-estima (sic) ou autodesprezo individual (*honra subjetiva*), da efetiva valoração social (*honra social*) e de apreciações éticas (*honra moral*). Juízo normativo, porque a honra descansa sobre a dignidade humana, e não em uma constatação fática.
[...]

Fundada a honra na dignidade da pessoa humana, inerente a sua própria condição, não se pode negar que, de acordo com o ordenamento constitucional, o ataque à honra será aquele que seja dirigido contra esta dignidade com independência dos méritos ou deméritos do indivíduo a qualquer outra circunstância: [...]

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217-A (III) da Assembleia das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, em seu artigo XII traz a proteção ao direito à honra nos seguintes termos: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.” (grifo nosso)

Na normatização pátria a inviolabilidade do direito à honra encontra proteção constitucional no mesmo artigo 5º, X, que trata do direito à intimidade e à vida privada.

José Afonso da Silva conceitua honra como “o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação.”

Segundo Cupis “o direito à honra alcança tanto o valor moral íntimo do homem como a estima dos outros, a consideração social, o bom nome, a boa fama, enfim, o sentimento ou a consciência da própria dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa.” (CUPIS, 1961, p. 111-2 *apud* CARVALHO, 2011, p. 652)

Sarlet afirma que são titulares do direito à honra, além dos indivíduos, brasileiros ou estrangeiros, mesmo que não residentes no Brasil, visto estar ligada à dignidade da pessoa humana. Também a pessoa jurídica se consolidou como titular do direito à honra objetiva no Brasil, em função da distinção entre honra objetiva e subjetiva no direito brasileiro, sendo destinatários tanto os órgãos estatais quanto os privados. (2014, p. 439)

Para Maria Lúcia Karam (2009, p. 32) o indivíduo tem o direito de “ter sua honra garantida, isto é, seu direito de não ser menosprezado, estigmatizado ou diminuído perante os demais indivíduos.”, impondo à honra um limite à liberdade de expressão e informação, porém sem “significar uma restrição a críticas, opiniões negativas, questionamentos ou notícias de fatos verdadeiros.”, devendo ela, quando em conflito com a liberdade de expressão e informação, somente prevalecer quando a ofensa for “efetivamente significativa, representando uma ameaça clara e presente da dignidade do indivíduo atingido.”

Ingo W. Sarlet (2014, p. 440) demonstra que também o direito à honra não é absoluto, mas representa limite a outros direitos fundamentais, como à liberdade de expressão (informação, comunicação, manifestação do pensamento). Nesse ponto há que se considerar “[...] a possibilidade de excluir a ilicitude da ofensa à honra resultaria do interesse público na questão revelada e não no caráter público da pessoa atingida ou de sua exposição na esfera pública.”, entretanto deve-se observar que:

No limite, mesmo que a mensagem divulgada possa ser ofensiva (especialmente na ótica do titular do direito à honra), se os termos empregados na divulgação tida como ofensiva forem condizentes com o intuito de informar assunto de interesse público, há de prevalecer a liberdade de expressão. Todavia, quando a opinião emitida não apresentar interesse público, além de ter caráter manifestamente ofensivo e violador da dignidade da pessoa humana do ofendido, o direito à honra se transforma em limite da liberdade de expressão e dá ensejo à responsabilidade civil e mesmo penal (atendidos os pressupostos legais) dos autores da ofensa.

Afirma, finalmente, que há uma forte adesão por parte da jurisprudência do STF “[...] à doutrina da preferência da liberdade de expressão e certa condescendência com

manifestações que sejam ofensivas à honra pessoal quando o ofendido for agente estatal.”, porém sendo graves, infundadas e desacompanhadas de prova de sua veracidade, as ofensas poderão ensejar dano moral indenizável, mesmo sendo a vítima agente estatal.

Como vimos a honra vai abarcar tanto a honra subjetiva, ou seja, o sentimento atinente ao que se considera sobre si mesmo, um sentimento de autoestima, de respeito por seus atributos físicos, morais e intelectuais, tanto quanto a honra objetiva, ou seja, aquilo que as outras pessoas, a sociedade pensa a respeito do indivíduo, seu apreço social, entretanto é preciso que se faça isso levando em consideração a época, o lugar, a cultura em que se insere a violação do direito.

Concordamos que liberdade de expressão deva ter maior peso quando confrontada com os direitos personalíssimos de pessoas públicas, tanto do mundo privado (atores, atletas, celebridades etc.), como ocupantes de cargos públicos, em especial políticos, uma vez que mais expostos por seus atos, atitudes e opiniões, entretanto somente quando se tratar de sua vida “em público”, permanecendo suas vidas particulares com nível de proteção comum as das demais pessoas, sem, contudo, excluir eventuais responsabilizações civis e/ou criminais por abusos e excessos graves cometidos contra a honra das mesmas em suas vidas públicas.

1.4.3 O direito à imagem

A imagem é importante instrumento de autodeterminação de uma pessoa inserida na sociedade e sua violação pode trazer graves consequências para a vida pessoal dessa, assim esse direito foi resguardado pela Constituição de 1988, entretanto a imagem tem diversos aspectos.

René Ariel Dotti (1980, p. 77-80), mesmo antes da atual proteção constitucional do direito à imagem, já indicava essa possibilidade como uma forma de violação da privacidade e cita para ilustrar essa violação em diversos aspectos alguns exemplos, dentre os quais selecionamos dois:

A Rainha da Inglaterra dirigiu-se ao Conselho de Imprensa, que funciona como juiz moral nos casos de violação do *right of privacy*, queixando-se que os semanários londrinos *Sunday Express* e *The People* haviam publicado diversas fotografias da família real em trajes de banho quando faziam esqui aquático em um lago situado em terras da Coroa.

Examinando detalhadamente as circunstâncias e levando em consideração a qualidade das pessoas envolvidas, o *Press Council* concluiu que as fotos foram obtidas sub-repticiamente, com o emprego de teleobjetivas e dentro da propriedade real. Como consequência (sic), o Conselho censurou o fotógrafo e declarou que os diretores dos periódicos aludidos foram surpreendidos em

sua boa fé, advertindo, entretanto, que em situações semelhantes deveriam adotar cautelas antes de divulgar as fotos. (URABAYEN, 1977, p. 71-72 apud DOTTI, 1980, p. 79)

[...]

Porém, o caso de maior repercussão dos últimos tempos, principalmente como acontecimento forense, foi a demanda proposta pelo Presidente Georges Pompidou contra o semanário parisiense *L'Express* porque, no número de 6.4.1970, divulgou a foto do Presidente a bordo de um barco equipado com motor *Mercury*. A página visava exclusivamente a promoção comercial e por baixo da imagem do ilustre homem público, aparecia um texto publicitário: “Se durante dez anos nos esforçamos em ganhar todas as competições, o fazemos por sua segurança, Sr. Presidente”.

A revista acionada respondeu alegando que tal publicidade “não constituía uma ofensa intolerável ao direito da pessoa”. O Tribunal, porém, reconheceu o abuso e proclamou que toda a pessoa tem um direito exclusivo sobre sua imagem e respectivo uso. E ordenou a proibição da publicidade. (URABAYEN, 1977, p. 246-247 apud DOTTI, 1980, p. 80)

Os exemplos demonstram dois aspectos de proteção do direito à imagem, o primeiro relaciona-se com o que hoje se classifica como imagem-atributo e o segundo com o da imagem-retrato, como veremos abaixo.

Em nossa atual Constituição o direito à imagem tem sua proteção delineada de forma expressa dentre os direitos fundamentais no art. 5º, incisos V, X e XXVIII, alínea “a”:

Art. 5º [...]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; (grifo nosso)

David Araujo (1996, p. 67-73) coloca o direito à imagem como um direito autônomo e afirma que “[...] a Constituição em vigor cuida de proteger a imagem de forma expressa e bastante efetiva. O tema foi abordado de forma a proteger a imagem como bem, acompanhando, nesse passo, as constituições mais modernas e avançadas.”

O direito à imagem pode ser visto sob dois aspectos: envolvendo a imagem-retrato ou a imagem-atributo. Quando sob o aspecto imagem-retrato se refere aos direitos relativos à reprodução gráfica como por exemplo: retrato, desenho, fotografia e outros, da figura humana ou, até mesmo, de partes do corpo como pernas, rosto, nariz etc. Sob o aspecto imagem-atributo é a considerada sob determinado contexto, o conjunto de atributos cultivados pelo indivíduo e reconhecido pelo meio social. (CARVALHO, 2011, p. 652-653)

Essa posição é também adotada por Luiz Alberto David Araujo (1996, p. 27), que: “Entendemos que existem *imagens* no texto constitucional, e não apenas uma idéia (sic) de *imagem* como já anunciado.”, e adota como conceito de imagem-retrato um conceito amplo e complementa “O conceito mais amplo de imagem, assim, deve prevalecer como não só reprodução visual do homem, mas também extensão de seus característicos de personalidade”

Com relação à imagem como atributo entende que a mesma está relacionada à vida em sociedade, a forma como se é visto pela sociedade que nos cerca, “São característicos que acompanham determinada pessoa em seu conceito social.”, “Dessa maneira, podemos afirmar que existem duas imagens no texto constitucional: a primeira, a imagem-retrato, decorrente da expressão física do indivíduo; a segunda, a imagem-atributo, como o conjunto de características apresentados socialmente por determinado indivíduo.” e ainda entende que a imagem-atributo “[...] não se limita à imagem do indivíduo, podendo ser interpretada ampliativamente, englobando a imagem da pessoa jurídica, inclusive de seus produtos e serviços.”, dessa forma afirma que a imagem-retrato está protegida pelo art. 5º, inciso X, enquanto que a imagem-atributo pelo art. 5º, inciso V da Constituição, uma vez que o inciso X se refere à imagem de maneira genérica e o inciso V de maneira a relacioná-la com os meios de comunicação ao fazer referência expressa ao direito de resposta, pois se assim não fosse, o inciso V seria redundante e repetitivo em relação ao inciso X. (ARAUJO, 1996, p. 31-32 e 110-111)

Para José Adércio L. Sampaio (CANOTILHO et al., 2013, p. 602), o direito à imagem de uma pessoa pode estar associado aos seus aspectos físicos externos, assim “se compõe de seu traço físico, de suas feições, de sua aparência in natura ou representada gráfica, plástica ou fotograficamente.” ou como objeto de direito, afirma que a experiência jurídica o tem associado aos poderes atribuídos aos seus titulares, sejam eles negativos: de oposição ao conhecimento alheio; ou positivos: de consentir com seu uso. Observa-se que o autor não faz referência ao que outros autores chamam de imagem-atributo, referindo-se apenas à imagem-retrato.

Sarlet (2014, p. 441-442) concorda que o direito à imagem é um direito autônomo, entretanto, diferentemente de outros autores, entende que a proteção constitucional atinge apenas a chamada imagem-retrato e não a imagem-atributo, pois esta estaria ligada a “[...] aspectos vinculados à noção de honra.”

José Afonso da Silva (2005, p. 209) considera o direito à imagem como objeto de um direito independente da personalidade, inserindo-o na tutela do aspecto físico.

Celso Ribeiro Bastos (1989, p. 62) entende que “o direito à imagem consiste no direito de ninguém ver o seu retrato exposto em público sem o seu consentimento”, bem como “em não ser a sua imagem distorcida por um processo maléfico de montagem.”, e complementa comentando que pessoas públicas (políticos, artistas etc.), não podem esperar uma proteção com a mesma extensão que as pessoas não comprometidas com a publicidade, entretanto não quer dizer que as mesmas não gozem da proteção.

Na concepção de Tadeu Dix:

A configuração constitucional do direito à própria imagem como direito fundamental ao lado da honra, vida privada e intimidade, conduz à aceitação da proteção do direito em exame como bem jurídico autônomo pelo setor majoritário da doutrina contemporânea. A argumentação que robustece esse entendimento é nutrida pela aceitabilidade quase incontestada de constituir o direito à imagem um direito personalíssimo; junto a essa consideração, surge a compreensão do direito em recensão estar conectado à zona pertencente ao campo da privacidade – como entendemos, apoiando-nos em considerável setor doutrinário – ou imbricada por entre os círculos concêntricos da “*Privatsphäre*”, como desejam os partidários das teorias tradicionais das *esferas*. Deste ou do ponto de vista anterior, há um consenso doutrinário que fortalece a necessidade de proteção jurídica autônoma do direito à própria imagem. (2000, p. 225)

O Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros prescreve, em seu artigo 6º, inciso VIII, ser dever do jornalista: “respeitar o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem do cidadão;”.

Sob o aspecto imagem-retrato poderá opor-se a pessoa ao uso indevido de caráter patrimonial de sua imagem, ou seja, sem a devida autorização para utilização com fins comerciais, visando lucro ou não; bem como sua produção, reprodução e realização para outros fins lícitos, quando se discute então a necessidade de autorização da pessoa quando a imagem é captada em lugares públicos.

Sob o aspecto imagem-atributo o direito à imagem passou a ser direito fundamental, quando inserido na Constituição de 1988 e está associado a outros direitos fundamentais como a vida privada, a intimidade e a honra.

CAPÍTULO 2 - A MÍDIA

Utilizamos *mídia lato sensu* para designar qualquer meio de comunicação de informações, ideias, opiniões, notícias, críticas etc., por intermédio, v.g., de jornais, televisão, rádio, revistas, redes sociais de internet etc.

Conforme Farias (2001, p. 88-89) A palavra *mídia* significa a comunicação massiva realizada por intermédio de organizações institucionais, comumente designadas por meios de comunicação de massa, veículos ou órgãos de comunicação social, bem como pelo neologismo anglo-latino *mass media* ou pelo termo aportuguesado *mídia*.

2.1 Da Liberdade de expressão e de comunicação

Das liberdades humanas, a de expressão é uma das mais antigas, desde o momento que nascemos passamos a nos expressar, com o primeiro choro já nos manifestamos e exteriorizamos algo para alguém.

O homem, como ser social, tem necessidade de se expressar, comunicar-se com outras pessoas e essa necessidade torna-se um problema quando exteriorizada e considerada ofensiva por outra pessoa ou contrária aos seus interesses, assim também foi necessário que tais liberdades fossem protegidas.

“A liberdade de comunicação do pensamento, que se situa entre os direitos fundamentais da pessoa humana, responde a uma necessidade universal tão antiga quanto o aparecimento das primeiras sociedades.” (DOTTI, 1980, p. 107)

Desde a cultura grega o homem busca por reconhecimento e proteção da liberdade de expressão e comunicação, nessa época os cidadãos apreciavam a liberdade conferida a todos de falar nas assembleias públicas, liberdade de expressão e comunicação que lhes era garantida pela *politéia*. (FARIAS, 2001, p.48)

Passando pela cultura helênica com Sócrates e pelo pioneirismo da Inglaterra a favor da liberdade de expressão e comunicação, serão as revoluções americana e francesa que consagrarão essa liberdade como direito fundamental na forma que atualmente são entendidas.

Nos Estados Unidos, já o Virginia Bill of Rights de 1776 proclamava no seu art. 12: "Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e jamais pode ser restringida, senão por um governo despótico". E a Primeira Emenda ao texto original da Constituição norte-americana e aprovada em 1791, consagra: "O Congresso não legislará no sentido de

estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos".

Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, no seu art. 11, estabelecia que "a livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade pelo qual deverá responder nos casos determinados por lei". E a Constituição de 1793 assegurava no seu art. 7º: "O direito de manifestar seu pensamento e suas opiniões, pela imprensa ou por qualquer outra via, o direito de se reunir pacificamente e o livre exercício dos cultos não podem ser proibidos". (FARIAS, 2001, p. 50)

Atualmente a liberdade de imprensa *lato sensu*¹ está inserida no chamado núcleo duro da nossa Constituição, liberdade que representa muito mais do que o simples desempenhar de uma profissão, mas o exercício do direito difuso da sociedade pela informação, povo em nome do qual o poder deve ser exercido, assim como Abrahan Lincoln definiu "o governo do povo, pelo povo e para o povo"².

A esse respeito afirmou Edilsom P. Farias:

Com efeito, a liberdade de expressão e comunicação, consagrada em textos constitucionais com a proscrição de censura, constitui selo distintivo das atuais sociedades democráticas. É estimada tanto como meio de autonomia e auto-realização da personalidade humana quanto como termômetro do regime democrático.

A liberdade de expressão e comunicação também integra o International Human Rights Law, incluída na International Bill of Rights, composta pelos documentos: Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, aprovada pela ONU (art. 19); Convênio Europeu para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais de 1950, aprovado em Roma (art. 10); Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em Bogotá em 1948 (art. 4o); Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, adotado em 1966 (art. 19); Convenção Americana sobre Direito Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, adotado em 1969 (art. 13).

Cumprir lembrar que o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992) incluem-se, entre nós, no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, por força do art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988. (2001, p.7)

A verdadeira e plena liberdade de expressão se cristaliza nas palavras de John Stuart Mill "Se toda a humanidade tivesse certa opinião, e somente uma pessoa tivesse opinião contrária, a humanidade não teria mais razão em silenciá-la do que ela à humanidade" (2001, p. 18, tradução nossa)

¹ Imprensa será aqui referenciada como toda forma de comunicação, seja ela escrita, falada ou televisada.

² in ADPF n. 130/2009-DF, p.27

A liberdade de expressão é um dos instrumentos mais eficazes no combate à tirania e aos governos totalitários, além de exercer papel fundamental na fiscalização, baliza e impulsionamento dos governos democráticos.

2.1.1 Liberdade de expressão

A liberdade de expressão como um dos direitos mais antigos do homem é definida pelos autores como gênero, abarcando diversas outras formas de se manifestar como a artística, a escrita, falada, a de informar, ser informado e se informar, a de dar e ter opinião, dentre outras.

Veremos que a maioria dos autores entende não ser plena essa liberdade, entretanto não é pacífica essa posição, como veremos abaixo, é a posição de Maria Lúcia Karam.

Maria Lúcia Karam (2009, p. 02) afirma que: “O indivíduo que há de ser livre para pensar da forma que quiser e acreditar no que bem entender, há de ter igual liberdade de exteriorizar seus pensamentos e crenças, manifestar suas opiniões, se expressar, dizer o que pensa.” e que este indivíduo também deve ter “livre acesso às informações transmitidas e divulgadas através dos pensamentos, idéias (sic) e opiniões dos demais indivíduos, inclusive para poder avaliar e melhor elaborar seus próprios pensamentos, idéias (sic) e opiniões.”

A autora inclui no conceito de liberdade de expressão, não somente o direito de pensar e expressar esse pensamento para outras pessoas, mas também o de ter direito de acesso à exteriorização do pensamento de outras pessoas, para que assim cada um possa formar suas próprias opiniões sobre qualquer assunto.

Maria Lúcia Karam, diferentemente de outros autores mais moderados, como os que citamos abaixo, é radical ao afirmar que a liberdade de expressão deve ser plena sobre qualquer assunto, mesmo que possam ser até mesmo antidemocráticos.

A liberdade de expressão e de informação pressupõe a ampla possibilidade de manifestação de qualquer opinião, de discussão de qualquer tema, de qualquer assunto. Nenhum tema pode ser proibido. A garantia da liberdade de expressão e de informação e a garantia democrática não conhecem temas tabus.

Por mais absurda que pareça uma opinião, por mais que a maioria repudie um determinado pensamento ou uma determinada forma de ver qualquer aspecto da vida, por mais chocante ou repugnante que seja uma idéia (sic), o indivíduo tem o direito de expressar tais opiniões, idéias (sic), pensamentos, pontos de vista ou convicções.

[...]

Nenhuma idéia (sic), pensamento, opinião, pontos de vista ou convicção pode ser objeto de proibição. Nem mesmo idéias (sic), pensamentos, opiniões, pontos de vista ou convicções abertamente antidemocráticas. [...] Proibições que visam impedir a difusão de idéias (sic), pensamentos ou opiniões, como as que se manifestam na criminalização de meros discursos racistas, homofóbicos ou de qualquer outra natureza discriminatória, são incompatíveis com o modelo do Estado de direito democrático. (2009, p. 04-05)

Esse pensamento de Maria Lúcia Karam se coaduna com o ideal liberal norte-americano e a proteção mais ampla dada à liberdade de expressão pela Suprema Corte dos Estados Unidos, como nos demonstra Dworkin (2006, p. 318-319) em sua teoria da leitura moral da constituição:

Os advogados e juristas constitucionais propuseram muitas justificativas diferentes para o dispositivo da liberdade de expressão e liberdade de imprensa. A maioria delas, porém, se enquadra numa ou noutra de duas grandes categorias. Na primeira categoria, a liberdade de expressão tem uma importância *instrumental*, ou seja, não é importante porque as pessoas têm o direito moral intrínseco de dizer o que bem entenderem, mas porque a permissão de que elas o digam produzirá efeitos benéficos para o conjunto da sociedade.

[...]

O segundo tipo de justificação da liberdade de expressão pressupõe que ela é importante não só pelas conseqüências (sic) que tem, mas porque o Estado deve tratar todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis, sendo esse um traço essencial ou “constitutivo” de uma sociedade política justa. Essa exigência tem duas dimensões. Em primeiro lugar, as pessoas moralmente responsáveis fazem questão de tomar suas próprias decisões acerca do que é bom ou mal (sic) na vida e na política e do que é verdadeiro ou falso na justiça ou na fé. O Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis.

Podemos encontrar diversas denominações para a manifestação do pensamento, conquanto entendida como difusão de ideias, opiniões, crenças, juízos de valor, fatos ou notícias na sociedade. Dentre elas podemos citar: liberdade de pensamento, liberdade de palavra, liberdade de opinião, liberdade de consciência, liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade de expressão e informação, direito à informação, liberdade de informação jornalística, direito de comunicação, liberdade de manifestação do pensamento e da informação, dentre outras. (FARIAS, 2001, p. 43)

Apesar de afirmar que “[...] a Constituição Federal de 1988 não adotou o termo liberdade de expressão como o gênero que abarca as diversas manifestações específicas [...]” desta liberdade, Ingo W. Sarlet coloca a liberdade de expressão como “[...] compreendida em

sentido amplo, e que se decodifica em uma série de liberdades especiais.” e mais a frente afirma que apesar da “ausência de uma terminologia uniforme na Constituição Federal,” [...] “optamos por utilizar o termo genérico liberdade de expressão, como noção que abrange tanto a livre manifestação do pensamento prevista no art. 5.º, IV, da CF, quanto as demais dimensões da liberdade de expressão, [...]” e adota o seguinte esquema para a divisão da liberdade de expressão como gênero em liberdades em espécie: “(a) liberdade de manifestação do pensamento (incluindo a liberdade de opinião); (b) liberdade de expressão artística; (c) liberdade de ensino e pesquisa; (d) liberdade de comunicação e de informação (liberdade de ‘imprensa’); (e) liberdade de expressão religiosa. (2014, p. 450-456)

De acordo com sua posição sobre a amplitude da proteção da liberdade de expressão Sarlet afirma:

Para assegurar sua máxima proteção de destaque no âmbito das liberdades fundamentais, o âmbito de proteção de expressão deve ser interpretado como o mais extenso possível, englobando tanto a manifestação de opiniões, quanto de ideias, pontos de vista, convicções, críticas, juízos de valor sobre qualquer matéria ou assunto e mesmo proposições a respeito de fatos. Neste sentido, em princípio todas as formas de manifestação, desde que não violentas, estão protegidas pela liberdade de expressão, incluindo ‘gestos, sinais, movimentos, mensagens orais e escritas, representações teatrais, sons, imagens, bem como as manifestações veiculadas pelos modernos meios de comunicação, como as mensagens de páginas de relacionamento, *blogs* etc’. (2014, p. 457-458)

Segundo Cláudio Chequer (2011, p. 11) “Os Estados Unidos e a França são os países precursores em constitucionalizar a liberdade de expressão.”, tendo sido incluída na constituição francesa em 1791, mas esta tinha a tendência de censura prévia, sendo que em 1793 é que a mesma foi promulgada, após a queda da monarquia, então como uma liberdade indefinida, inspirada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que assim reza em seus artigos 10º e 11º:

Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11º. A livre comunicação das idéias (sic) e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei. (DECLARAÇÃO..., 1789)

A liberdade de expressão também está incluída na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 em seu artigo 19 “Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de

expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.”³

Para Tadeu A. Dix Silva (2000, p. 109-110) “A liberdade de expressão é costumeiramente utilizada para designar a liberdade de exprimir o pensamento.” E, “[...] costuma ser incluída entre as liberdades de pensamento, juntamente com a liberdade de opinião, de culto, de ensino, de crença e organização religiosa, manifestação cultural, de informação e outras similares.”

Manifesta-se de várias maneiras, segundo o âmbito de atividade intelectual escolhido. Assim, podemos ter a liberdade de opinião e de consciência, concebida como o direito a não ser molestado nem discriminado por adotar determinadas ideias ou crenças e, como a liberdade de manifestação e de comunicação de tais ideias e crenças: no plano religioso, a liberdade de cultos; no plano educativo e científico, a liberdade de ensino e no plano da comunicação pública, a liberdade de expressão, podendo ser entendida nessa acepção genérica como o direito de “difundir publicamente, por qualquer meio e ante qualquer auditório, qualquer conteúdo simbólico”. (SILVA, 2000, p. 111)

Kildare Gonçalves Carvalho (2011, p. 674) diz que: “O homem não se contenta com o pensamento interiorizado. Projeta o seu pensamento por meio da palavra oral ou escrita, ou outros símbolos que sirvam de veículo exteriorizador do pensamento.”

A liberdade de expressão abrange a possibilidade de o homem manifestar suas ideias, opiniões, convicções, comentários, julgamentos para além de si mesmo, por meio de qualquer forma de comunicação, seja interpessoal, falada, escrita, digital, artística ou qualquer outra, envolvendo tema de interesse público ou não, de importância e de valor, ou não. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 257)

A Relatoria para a Liberdade de Expressão da OEA, em sua Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão traz que: “1. A liberdade de expressão, em todas as suas formas e manifestações, é um direito fundamental e inalienável, inerente a todas as pessoas. É, ademais, um requisito indispensável para a própria existência de uma sociedade democrática.” (CARVALHO, 2011, p. 675)

A liberdade de expressão, assim, desde sua perspectiva coletiva ou institucional, é um elemento essencial para a configuração de uma opinião pública livre, e como tal, instrumento de garantia do pluralismo político e condição necessária para a própria manutenção de uma sociedade democrática. (SILVA, 2000, p. 114)

³ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>> Acesso em: 27 abr. 15

Intimamente imbricado com a liberdade de expressão está a liberdade de informação, desde seu reconhecimento jurídico na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

Conforme Chequer (2011, p. 16-17) a doutrina e a jurisprudência brasileira distinguem entre liberdade de informação e de expressão, sendo que “a liberdade de imprensa consiste em uma das formas de exteriorização das liberdades de expressão e de informação conferidas aos meios de comunicação em geral, abrangendo tanto a liberdade de informação (fatos) quanto a liberdade de expressão em sentido estrito (ideias, pensamentos etc.)”.

Luís Roberto Barroso assim se manifesta:

É fora de dúvida que a liberdade de informação se insere na liberdade de expressão em sentido amplo, mas a distinção parece útil por conta de um inegável interesse prático, relacionado com os diferentes requisitos exigíveis de cada uma das modalidades e suas possíveis limitações. A informação não pode prescindir da verdade – ainda que uma verdade subjetiva e apenas possível [...] pela circunstância de que é isso que as pessoas legitimamente supõem estar conhecendo ao buscá-la. Decerto, não se cogita desse requisito quando se cuida de manifestações da liberdade de expressão. De qualquer forma, a distinção deve pautar-se por um critério de prevalência: haverá exercício de direito de informação quando a finalidade da manifestação for a comunicação de fatos noticiáveis, cuja caracterização vai repousar sobretudo no critério de sua veracidade. (2004, p. 18-19)

Partindo do texto da Declaração, a liberdade de informação possui três “feições”: o direito de informar, o de se informar e o de ser informado. O direito de informar, contido no art. 220, *caput*, da Constituição, consiste na possibilidade de se veicular informações ou, no direito de transmitir informações, enquanto o direito de se informar é o de recolher as informações desejadas, conforme prescreve o art. 5º, inc. XIV: “é assegurado a todos o acesso à informação [...]” e, quanto ao direito de ser informado, este é entendido como o de ser mantido constante e integralmente informado, entretanto ele não encontra em nossa Constituição caráter absoluto, uma vez que não atribuiu “a nenhum organismo privado de caráter informativo ou não, o dever de prestar informações” e “no que concerne às atividades públicas, o indivíduo tem o direito de ser constantemente e integralmente informado”, conforme os dispositivos dos arts. 5º, inc. XXXIII e 37, *caput* e § 1º. (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2014, p. 194-201)

José Afonso da Silva (2005, p. 245 e 260) faz distinção entre “liberdade de informação e direito à informação” e afirma que a Constituição acolheu essa distinção, sendo que nos arts. 220 a 224 está a liberdade de informar, que é completada pela liberdade de manifestação do pensamento, explicitada no art. 5º, inc. IV e, no mesmo art. 5º, inc. XIV e XXXIII, temos a dimensão coletiva do direito à informação.

Como podemos notar a liberdade de expressão como forma de exteriorização do pensamento, não deverá ser absoluta, apesar de alguma divergência, pois se essa liberdade for exercida de forma absoluta, mesmo que pacificamente, poderá ofender e ferir direitos de outras pessoas, como as manifestações, por qualquer meio, de grupos racistas como os nazistas ou da Ku Klux Klan, assim essa liberdade tem encontrado sua limitação quando invade outros direitos também protegidos.

2.1.2 Liberdade de comunicação

Apesar da evolução dos meios de comunicação com o passar dos anos e de há muito a imprensa não ser apenas aquela impressa em papel, muitos autores ainda se referem à liberdade de comunicação, como a feita pela mídia em geral, como liberdade de imprensa.

Conforme preleciona Edilson P. Farias (2001, p. 146), a liberdade de imprensa está inserida nos resguardos constitucionais dos direitos e garantias quanto à comunicação, complexo processo comunicacional, que envolve a troca de mensagens entre emissores e receptores, que é a faculdade de procurar, acessar, receber e difundir fatos, notícias ou informações.

Para Cláudio Chequer (2011, p. 16-17) “a liberdade de imprensa consiste numa das formas de exteriorização das liberdades de expressão e de informação conferidas aos meios de comunicação em geral, abrangendo tanto a liberdade de informação (fatos) quanto a liberdade de expressão em sentido estrito (idéias, pensamentos, etc.).”

René Ariel Dotti afirma que “Durante a época liberal, a liberdade de imprensa situava-se no prolongamento do direito de opinião, como síntese das liberdades básicas e instrumento de defesa contra a autoridade ilimitada do Estado.” e “Com o aparecimento de novas vertentes do pensamento moderno, a liberdade de expressão foi erigida a um dos direitos fundamentais da pessoa humana.”, sendo umas das formas de seu exercício o feito por meio da imprensa e de outros meios de comunicação. (1980, p. 126-127)

Entretanto, mais à frente em sua obra, ao comentar sobre o relacionamento entre “O Estado e a informação” informa que uma posição de neutralidade do Estado não o impede de discipliná-lo e regulamentá-lo:

É preciso, no entanto, esclarecer que a atitude de abstenção e neutralidade do Estado não exclui, de modo algum, o direito (e o dever) de submeter o problema da informação à disciplina de textos legais e regulamentadores que visem fixar, no interesse da legalidade e da ordem pública, os limites da liberdade de informação. Este princípio figura no art. 10 da Convenção

Européia (sic) dos Direitos do Homem e da Salvaguarda das Liberdades Fundamentais, no sentido de que o exercício da liberdade de expressão (compreendendo as liberdades de opinião, de receber e transmitir informações ou idéias (sic)), comporta deveres e responsabilidades e deve ser submetido a certas condições, restrições ou sanções previstas na lei. Tais aspectos conduzem, numa sociedade democrática, às medidas necessárias à segurança nacional; à integridade territorial ou à segurança pública; à defesa da ordem e à prevenção do crime; à proteção da saúde ou da moral; à defesa da reputação ou dos direitos de terceiros a fim de se impedir a divulgação de informações confidenciais ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do Poder Judiciário.

Estes são alguns dos “limites” opostos pelo Estado ao direito de informação. (1980, p. 161-162)

Para Tadeu Dix da Silva a liberdade de informação é um dever imposto ao Estado de fornecer quaisquer informações que lhe for solicitado, e também por outro lado, não obstaculizar ou limitar à livre circulação da informação, seja em suas fontes, formas de divulgação ou impedindo que a opinião pública exerça esse direito, de fundamental importância para o Estado Democrático de Direito. (2000, p. 134)

Nas palavras de José Afonso da Silva (2005, p. 246) a “velha liberdade de imprensa” se centra agora na liberdade de informação jornalística, pois aquela estava ligada à publicação de *veículo impresso* de comunicação, sendo que a *informação jornalística* alcança qualquer forma de difusão de notícias, comentários e opiniões por qualquer veículo de comunicação social e complementa:

Por isso é que a ordem jurídica lhe confere um regime específico, que lhe garanta a atuação e lhe coíba os abusos. A propósito da liberdade de imprensa, cabe recordar estas palavras de Marx: “A imprensa livre é o olhar onipotente do povo, a confiança personalizada do povo nele mesmo, o vínculo articulado que une o indivíduo ao Estado e ao mundo, a cultura incorporada que transforma lutas materiais em lutas intelectuais, e idealiza suas formas brutas. É a franca confissão do povo a si mesmo, e sabemos que o poder da confissão é o de redimir. A imprensa livre é o espelho intelectual no qual o povo se vê, e a visão de si mesmo é a primeira confissão da sabedoria.”

“A liberdade de informação jornalística é por assim dizer a herdeira primogênita da antiga liberdade de imprensa.” (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2014, p. 196)

Encontraremos a proteção constitucional da liberdade de comunicação no art. 5º, IX da Constituição Federal, por meio da qual se exerce o direito da liberdade de informar ou liberdade de informação jornalística, amparada pelo art. 220 e seus parágrafos. Os quais proíbem qualquer restrição à manifestação do pensamento, à informação e veda toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

José Afonso da Silva coloca a liberdade de informação jornalística como uma espécie do gênero liberdade de comunicação, a qual classifica como um “conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação.” E continua “É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII e XIV do art. 5º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição.” (2005, p. 243)

Imbricado com a liberdade de comunicação, vem a liberdade de informação jornalística que segundo Vidal Serrano (1997, p. 36-40) “abraça duas realidades”: a notícia, como sendo “toda nota, ou anotação, sobre fato ou pessoa”, sem, contudo conter qualquer juízo de valor; e, a crítica, quando sobre a notícia se faz um “exame valorativo, em que se apontam a perfeição e as deficiências do fato noticiado”, quando então poderá ocorrer abuso dessa liberdade.

Essas liberdades carregam então consigo uma grande carga de responsabilidade e devem impor à mídia a obrigação de bem informar.

Essa obrigação está esboçada na Teoria da Responsabilidade Social da imprensa, que nas palavras de Tadeu Dix, alicerça-se no “direito do público de ser informado a partir de uma pluralidade heterogênea de fontes, com objetividade e sem manipulações, e que esse processo deveria respeitar determinados valores morais e culturais representativos da dignidade da pessoa humana e o progresso da civilização”. (2000, p. 96)

Em decorrência dessa teoria Denis McQuail “compendiou” os seguintes princípios:

- a) os meios de comunicação de massa devem aceitar e cumprir determinadas obrigações com a sociedade;
- b) essas obrigações devem ser cumpridas para estabelecer um alto nível – ou profissional – para a informação, que necessita revestir-se de veracidade, exatidão, objetividade e equilíbrio;
- c) ao aceitar e aplicar estas obrigações, os meios de comunicação de massa devem auto-regular-se (sic) dentro do marco legal e das instituições estabelecidas;
- d) os meios de comunicação devem evitar tudo aquilo que induza o delito, a violência ou desordem civil, ou que resulte ofensivo para as minorias éticas ou religiosas;
- e) os meios de comunicação de massa, em conjunto, devem ser pluralistas e refletir a diversidade da sociedade, concedendo acesso aos distintos pontos de vista e ao direito de resposta;
- f) a sociedade e o público, como se deduz do primeiro princípio exposto, têm o direito de esperar bons níveis técnicos, e estaria justificada a intervenção estatal para assegurar o bem público. (apud SILVA, 2000, p. 98-99)

Os princípios de McQuail se coadunam com os princípios esposados pelo Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros e demonstram a responsabilidade da mídia:

Capítulo I - Do direito à informação

Art. 1º O Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros tem como base o direito fundamental do cidadão à informação, que abrange o direito de informar, de ser informado e de ter acesso à informação.

Art. 2º Como o acesso à informação de relevante interesse público é um direito fundamental, os jornalistas não podem admitir que ele seja impedido por nenhum tipo de interesse, razão por que:

I - a divulgação da informação precisa e correta é dever dos meios de comunicação e deve ser cumprida independentemente de sua natureza jurídica - se pública, estatal ou privada - e da linha política de seus proprietários e/ou diretores.

II - a produção e a divulgação da informação devem se pautar pela veracidade dos fatos e ter por finalidade o interesse público;

III - a liberdade de imprensa, direito e pressuposto do exercício do jornalismo, implica compromisso com a responsabilidade social inerente à profissão;

Essa preocupação fica clara no discurso do escritor russo Alexander Shozhenitsyn ao homenagear a imprensa responsável em seu discurso à Universidade de Harvard:

[...] a imprensa pode, ao mesmo tempo enganar e deseducar a opinião pública. Desta maneira, podemos ver terroristas transformados em heróis; ou informações confidenciais, referentes à defesa de um país, serem publicamente reveladas; ou podemos assistir à invasão, sem nenhuma vergonha, da privacidade de personalidades conhecidas, tudo feito sob a égide do lema 'todo mundo tem o direito de saber de tudo'. Mas este é um lema falso, caracterizado de uma era falsa; o povo também tem o direito de não saber, e este é um direito mais valioso. O direito de não ter sua alma divina entupida de mexericos, de absurdos, de conversa vã. Uma pessoa que leve uma vida frutífera, e que trabalhe, não necessita deste tipo de informação. A precipitação e a superficialidade são as doenças psíquicas do século XX, e mais do que em qualquer outra parte esta doença se reflete na imprensa. A análise em profundidade de um assunto é um anátema para a imprensa. Ela para ao nível das fórmulas sensacionalistas. (apud GÊNOVA, 2001, p. 23-24)

Com a velocidade da informação no mundo contemporâneo, especialmente com a presença da internet nos mais longínquos rincões da terra, ainda maior passa a ser a responsabilidade da mídia como formadora de opinião, assim deve exercer seu mister de forma a mais honesta e correta possível, buscando sempre um compromisso com a verdade da informação e o respeito aos direitos fundamentais individuais e coletivos do homem, independentemente de expressar suas próprias opiniões sobre elas.

2.1.3 Liberdade de expressão e comunicação nas Constituições brasileiras

Nossa primeira Constituição, cujo projeto foi imposto por D. Pedro I, após a independência de Portugal, já trazia a garantia da liberdade da exteriorização do pensamento, pela palavra, escritos, bem como a publicação dessas manifestações pela imprensa e sem censura, mas os autores poderiam ser responsabilizados pelos abusos cometidos no exercício desse direito.

Foi a que teve maior período de vigência até hoje, cerca de 66 (sessenta e seis) anos.

Constituição de 1824:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

I. [...]

II. [...]

III. [...]

IV. Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publicalos pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

Após a proclamação da República, a Constituição de 1891 substituiu a do Império e manteve a liberdade de manifestação do pensamento e de imprensa com a responsabilização pelo abuso do direito na forma que a lei determinasse e incluiu a proibição do anonimato e o direito dos herdeiros de autores de obras literárias e artísticas de publicá-las (reproduzi-las) pelo tempo disposto em lei.

Constituição de 1891:

Art.72 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

[...]

§ 12. Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar. Não é permittido o anonymato. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

[...]

§ 26. Aos autores de obras litterarias e artisticas é garantido o direito exclusivo de reproduzilas pela imprensa ou por qualquer outro processo mecanico. Os herdeiros dos autores gosarão desse direito pelo tempo que a

lei determinar. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

A Constituição de 1934 foi a de menor duração, já em 1935 Getúlio Vargas suspende suas garantias por meio do estado de sítio após a Intentona Comunista, mas, enquanto em vigor, mantinha a liberdade de manifestação do pensamento sem censura, entretanto passa a excepcionar os espetáculos e diversões públicas. A proibição do anonimato continua, sendo introduzido o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos passa a não depender de licença, porém qualquer tipo de propaganda de guerra ou processos violentos que pudessem subverter a ordem pública ou social passa a ser proibida, deixando uma brecha para o controle desses tipos de publicações. Surge a possibilidade constitucional de acesso do cidadão às informações de repartições públicas, mas ressalva aquelas que tenham interesse público em se manter segredo ou reserva. Faz-se referência a uma lei orgânica da imprensa que poderia estabelecer regras quanto ao trabalho dos redatores, operários e demais empregados da mesma. No artigo 175 estabelece a possibilidade de decretação de estado de sítio, quando então se poderia censurar as publicações em geral, o que efetivamente acabou ocorrendo.

Constituição de 1934:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social.

[...]

35) A lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas, a comunicação aos interessados dos despachos proferidos, assim como das informações a que estes se refiram, e a expedição das certidões requeridas para a defesa de direitos individuais, ou para esclarecimento dos cidadãos acerca dos negócios públicos, ressalvados, quanto às últimas, os casos em que o interesse público imponha segredo, ou reserva.

Art 131 - É vedada a propriedade de empresas jornalísticas, políticas ou noticiosas a sociedades anônimas por ações ao portador e a estrangeiros. Estes e as pessoas jurídicas não podem ser acionistas das sociedades anônimas proprietárias de tais empresas. A responsabilidade principal e de orientação intelectual ou administrativa da imprensa política ou noticiosa só por brasileiros natos pode ser exercida. A lei orgânica de imprensa estabelecerá regras relativas ao trabalho dos redatores, operários e demais empregados, assegurando-lhes estabilidade, férias e aposentadoria.

Art 175 - O Poder Legislativo, na iminência de agressão estrangeira, ou na emergência de insurreição armada, poderá autorizar o Presidente da

República a declarar em estado de sítio em qualquer parte do território nacional, observando-se o seguinte:

[...]

c) censura de correspondência de qualquer natureza, e das publicações em geral;

[...]

§ 5º Não será obstada a circulação de livros, jornais ou de quaisquer publicações, desde que os seus autores, diretores ou editores os submetam à censura.

Em 1937 Getúlio Vargas instituiu o “Estado Novo” e outorga uma nova constituição que ficou conhecida como “Polaca” por ter inspiração na Constituição da Polônia, de tendência fascista e passa a governar em regime ditatorial.

O período foi marcado por forte controle e censura da imprensa, tendo a liberdade de manifestação do pensamento, garantida na constituição, deixado de vigorar por força do Decreto Nº 10.158, de 31 de agosto de 1942, que declarava estado de guerra em todo território nacional.

“Inserido no contexto da assim chamada ditadura do Estado Novo, o texto da Constituição de 1937 já reflete uma ideologia menos liberal, estabelecendo fortes limitações ao exercício da liberdade de expressão [...]”. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 451)

Constituição de 1937:

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. (Vide Decreto nº 10.358, de 1942)

A lei pode prescrever:

a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;

[...]

A imprensa reger-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios:

a) a imprensa exerce uma função de caráter público;

b) nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei;

c) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente nos jornais que o informarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação;

d) é proibido o anonimato;

e) a responsabilidade se tornará efetiva por pena de prisão contra o diretor responsável e pena pecuniária aplicada à empresa;

f) as máquinas, caracteres e outros objetos tipográficos utilizados na impressão do jornal constituem garantia do pagamento da multa, reparação

ou indenização, e das despesas com o processo nas condenações pronunciadas por delito de imprensa, excluídos os privilégios eventuais derivados do contrato de trabalho da empresa jornalística com os seus empregados. A garantia poderá ser substituída por uma caução depositada no princípio de cada ano e arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a natureza, a importância e a circulação do jornal;

g) não podem ser proprietários de empresas jornalísticas as sociedades por ações ao portador e os estrangeiros, vedado tanto a estes como às pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas. A direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, só poderá ser exercida por brasileiros natos;

Art 168 Durante o estado de emergência as medidas que o Presidente da República é autorizado a tomar serão limitadas às seguintes:

[...]

b) censura da correspondência e de todas as comunicações orais e escritas;

Com a queda de Getúlio Vargas e a redemocratização do país foi promulgada uma nova Constituição, a de 1946, em que novamente são garantidas as manifestações do pensamento sem censura, ressalvados quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometessem na forma da lei, proíbe-se o anonimato, assegura-se o direito de resposta e a publicação de livros e periódicos não dependem de licença do poder público.

Entretanto, em sendo decretado estado de sítio, no caso de grave comoção intestina ou na evidencia de a mesma irromper, o Presidente da República poderia determinar a censura à correspondência, de publicidade e de radiodifusão, cinema e teatro, o que efetivamente aconteceu em 25 de novembro de 1955 ficando suspensas as garantias do parágrafo 5º do artigo 141.

Constituição de 1946:

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 5º É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe. (Vide Ato Institucional nº 2) (Vide Lei nº 2.654, de 1955)

Art 209 - Durante o estado de sítio decretado com fundamento em o nº I do art. 206, só se poderão tomar contra as pessoas as seguintes medidas:

[...]

Parágrafo único - O Presidente da República poderá, outrossim, determinar:

I - a censura de correspondência ou de publicidade, inclusive a de radiodifusão, cinema e teatro;

Com o golpe militar de 1964 os militares assumem o governo e em 1967 é promulgada uma nova Constituição que mantém as mesmas proteções quanto à liberdade de expressão que a constituição anterior, porém cerca de dois meses depois entra em vigor a Lei de Imprensa, Lei nº 5.250 de 9 de fevereiro de 1967, regulamentando a liberdade de manifestação do pensamento e de informação e que impunha algumas limitações e responsabilidades que acabavam por cercear a plena liberdade de manifestação do pensamento e informação.

Constituição de 1967:

Art 8º - Compete à União:

[...]

VII - organizar e manter a policia federal com a finalidade de prover:

[...]

d) a censura de diversões públicas;

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

Art 166 - São vedadas a propriedade e a administração de empresas jornalísticas, de qualquer espécie, inclusive de televisão e de radio difusão:

[...]

§ 2º - Sem prejuízo da liberdade de pensamento e de informação, a lei poderá estabelecer outras condições para a organização e o funcionamento das empresas jornalísticas ou de televisão e de radiodifusão, no interesse do regime democrático e do combate à subversão e à corrupção.

Art 152 - O Presidente da República poderá decretar o estado de sitio nos casos de:

[...]

§ 2º - O Estado de sítio autoriza as seguintes medidas coercitivas:

[...]

e) censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas;

A “Constituição de 1969” é tida por alguns como uma nova Constituição devido à modificação de grande parte da Constituição de 1967 promovida pela Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969.

O país vivia uma ditadura militar e com base nos Atos Institucionais, em especial o de número 5, conhecido como “AI-5”, vigeu forte censura à liberdade de expressão e imprensa durante o período no Brasil até sua redemocratização em 1988.

Constituição de 1969:

Art. 8º. Compete à União:

VIII - organizar e manter a polícia federal com a finalidade de:

[...]

d) prover a censura de diversões públicas;

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes. (Regulamentação)

Art. 156 No caso de guerra ou a fim de preservar a integridade e a independência do País, o livre funcionamento dos Poderes e de suas instituições, quando gravemente ameaçados ou atingidos por fatores de subversão, o Presidente da república, ouvindo o conselho de segurança Nacional, poderá decretar o estado de sítio. (Redação da pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978)

[...]

§ 2º O estado de sítio autoriza as seguintes medidas coercitivas; (Redação da pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978)

[...]

f) censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978) (Vide Decreto nº 89.566, de 1984)

Art. 174. A propriedade e a administração de empresas jornalísticas, de qualquer espécie, inclusive de televisão e de radiodifusão, são vedadas:

[...]

§ 2º Sem prejuízo da liberdade de pensamento e de informação, a lei poderá estabelecer outras condições para a organização e o funcionamento das empresas jornalísticas ou de televisão e de radiodifusão, no interesse do regime democrático e do combate à subversão e à corrupção.

Com o fim do regime militar e a volta da democracia ao país, é promulgada uma nova Constituição, a de 1988, chamada de “Constituição Cidadã”, e é então instituída a proteção à plena liberdade de expressão do pensamento por qualquer meio no país, vindo a Lei de Imprensa a ser considerada inconstitucional, por não ter sido recepcionada pela nova constituição, conforme decisão do STF na ADPF 130 de 30 de abril de 2009.

Para Ingo W. Sarlet (2004, p. 454-455) na Constituição Federal “[...] as liberdades de expressão foram não apenas objeto de mais detalhada positivação, mas também passaram a corresponder, pelo menos de acordo com texto constitucional, ao patamar de reconhecimento e proteção compatível com um autêntico Estado Democrático de Direito.”, demonstrando os

dispositivos de proteção de tal direito seu “[...] lugar de destaque e o alto nível de proteção que tais liberdades experimentam na atual Constituição Federal[...]”.

Constituição de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

[...]

III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;

Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - [...]

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

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

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

Podemos observar que em todas as constituições brasileiras ao longo de nossa história tem um ponto de convergência quanto à liberdade de expressão e imprensa, ou seja, todas, em maior ou menor grau e, de uma forma ou outra colocam alguma limitação à liberdade de expressão e imprensa.

2.2 Possibilidades de censura e controle da mídia

O exercício do poder sobre aquilo que as pessoas poderiam expressar de forma livre sempre foi uma tentativa de controlar a exteriorização da liberdade do pensamento, como nos demonstra Jairo J. Gênova (2001, p. 30) “Desde que o homem descobriu que podia pensar, contestar, manifestar, existe a censura. A história da humanidade mostra que a censura existia mesmo antes de Cristo. Acusado de irreligiosidade e de corromper a juventude, [...], Sócrates foi processado, preso e morto, no ano 399 a.C.”

Desde então e até os tempos modernos ela nunca deixou de existir.

Entretanto a “censura”, concebida como controle do Estado sobre a liberdade de expressão, necessita ser analisada com mais cuidado, pois nem sempre essa intromissão é indevida ou abusiva, mas contrário sensu pode ajudar a promover a própria liberdade.

É o que nos demonstra Owen M. Fiss (2005, p. 99-134) ao analisar “A missão democrática da Imprensa” quando demonstra que o Estado pode atuar como defensor da liberdade de expressão e comunicação e não como seu algoz e como entes privados *e.g.*, conglomerados de comunicação, podem restringir essa mesma liberdade.

Gustavo Binbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto ao prefaciarem a obra de Fiss, questionam no contexto brasileiro como, por exemplo, “a compra de uma grande rede de televisão aberta, de alcance nacional, por uma agremiação religiosa não tem um potencial silenciador de outros grupos religiosos?” ou “Quais os parâmetros mínimos exigíveis da cobertura jornalística de empresas de comunicação, no que se referem aos interesses econômicos, políticos ou religiosos da própria direção das empresas?” e, terminam por demonstrar o pensamento do autor de que sua reflexão sobre a intervenção estatal no domínio discursivo, em sua obra na sociedade americana, e que Binbojm e Pereira Neto afirmam deve pautar também a discussão brasileira é de que “a regulação se justifica quando puder ser concebida como uma intervenção *a favor* e não contra a liberdade de expressão.”, mesmo que isso signifique uma intervenção estatal na liberdade. (FISS, 2005, p. 12-13)

Entretanto essa liberdade não pode ser ilimitada, conforme nos preleciona René Ariel Dotti:

O eminente Chassan ao tecer considerações sobre a Constituição dos EUA assinalava: “A liberdade ilimitada da palavra e da imprensa, isto é, a autorização de tudo dizer e tudo publicar sem expor-se a uma repressão ou a uma responsabilidade qualquer, é, não uma utopia, porém uma absurdidade que não pode subsistir na legislação de nenhum povo civilizado”. Historicamente, a liberdade de imprensa, designada por Lorde Chatham, de “prostituta privilegiada”, excedeu com freqüência (sic) os limites naturais do

respeito pelos direitos da personalidade afetando, por outro lado, bens cuja defesa interessava à própria conservação da sociedade política. (1980, p. 127)

Porém, mais a frente, o mesmo autor adverte: “Entre os problemas que envolvem o exercício da liberdade de imprensa, a censura desponta inegavelmente como um dos mais cruciais e também de maior acuidade.” (1980, p. 135)

João Féder, após uma série de exemplos a demonstrar essa imperfeição, assim termina o capítulo 5 de sua obra: “Como bem ponderou Marx numa série de artigos publicados no *Rheinische Zeitung*: ‘Por que somente a liberdade de imprensa deveria ser perfeita entre todas as imperfeições das instituições humanas? Por que um sistema de Estado imperfeito exigiria uma imprensa perfeita?’”. (1987, p. 48-54)

Como qualquer instituição a mídia não é perfeita, visto que constituída de pessoas imperfeitas, afetas às paixões e sentimentos e acaba por abusar de seu direito de informação e opinião.

2.2.1 Conceito de censura

A palavra censura nos traz a ideia de intervenção estatal para controlar os meios de comunicação, entretanto ela pode ser entendida também como outras formas de se barrar, controlar ou obstaculizar a divulgação de informações e/ou opiniões por meio dos meios de comunicação, mídia, como já conceituamos anteriormente.

René Ariel Dotti ao comentar sobre a censura, como intervenção do Estado (política) na liberdade de imprensa já observava:

Com efeito, para além do direito de opinião e expressão do pensamento do ponto de vista humano, político e cultural, a liberdade de imprensa responde a uma necessidade de ordem prática, como instrumento de defesa contra a autoridade ilimitada do Estado. Sob esse aspecto, o princípio da liberdade de imprensa é incompatível com o princípio da intervenção do poder político sobre a opinião pública.

A experiência tem comprovado que a simples possibilidade legal dessa intervenção conduz a uma tendência natural do Estado para se absolutizar, para confundir a verdade com a sua opinião, para identificar a ilegitimidade com o arbítrio. (1980, p. 136)

Maria Lúcia Karam (2009, p. 06-07) afirma ser a censura uma marca dos Estados totalitários de todos os tempos e de todas as matizes, sendo, um dos principais, senão o principal instrumento de dominação daqueles que querem se manter no poder sem

contestação. Sendo ela imposta por quem detém algum tipo de poder que ao dispor desse poder “[...] pretende estabelecer o que é bom ou ruim e ditar o que pode ou não pode ser visto, escutado ou lido pelo conjunto de indivíduos.” Utilizando-se de disfarçadas boas intenções, apresenta-se “[...] como um meio de proteger de coisas ‘obscenas’, ‘feias’, ‘imorais’, que não devem ser vistas, escutadas ou lidas, porque podem prejudicar a formação de crianças e adolescentes, ou porque podem ofender ou ferir sentimentos.”

A autora tem posição radical contra a censura ao ponto de afirmar que mesmo coisas inconvenientes ou repugnantes, como a pornografia, não devem ser censuradas de nenhuma forma como podemos ver em suas palavras:

Pense-se, por exemplo, na pornografia. Sua proibição estabelece uma moral sexual dominante como padrão imposto para todos os indivíduos, quando, na realidade, não só a moral sexual não é única, como nenhuma moral o é. A moral é, antes de tudo, algo individual e relativo, baseando-se na autonomia da consciência individual. Não existe uma moral; existem sim diversas concepções morais. O que choca determinados indivíduos pode agradar a outros. E ainda que sejam uma minoria esses outros têm o direito de expressar e de ter acesso ao que lhes agrada. Quem não quiser ler, escutar ou ver criações ou manifestações consideradas pornográficas pode simplesmente evitá-las, não podendo pretender impedir que outros as leiam, escutem ou vejam. No que diz respeito a crianças e adolescentes, cabe aos pais – e não ao Estado ou a ninguém mais – orientá-las e, se for o caso, evitar que tenham acesso ao que lhes parecer inconveniente. (2009, p. 07-08)

Daniel Sarmiento (Canotilho et al, 2013, p. 4404) entende que “Em sua acepção mais tradicional e estrita, a censura consiste em restrição prévia ao exercício da liberdade de expressão realizada por autoridades administrativas. Ela é realizada através do exercício de um controle preventivo sobre aquilo que se pretende comunicar.”, esse já era o pensamento de Celso Ribeiro Bastos (1989, p. 59) “Censura vem a ser todo procedimento pelo qual os Poderes Públicos visam a impedir a circulação de certas idéias.” (sic)

Essa concepção é compartilhada também por Ingo W. Sarlet, que diz em relação a outras acepções do conceito de censura prévia haver “acirrado debate” e prevalecer o entendimento de que o conceito deve ser entendido de forma ampla “[...] de modo a abarcar não apenas a típica censura administrativa, mas também outras hipóteses de proibição ou limitação da livre expressão e circulação de informações e de ideias.”, entretanto essa “definição demasiadamente ampla de censura” transformaria “a liberdade de expressão em direito absoluto, o que não se revela como sustentável pelo prisma da equivalência substancial e formal entre a liberdade de expressão e outros bens fundamentais [...]” e assim é necessário

“uma distinção entre censura e outras modalidades de restrição [...] até mesmo para preservar as peculiaridades de cada modalidade de liberdade de expressão.” (2014, p. 462)

Bastos (1989, p. 59-60) ao comentar sobre a abrangência da proibição da censura diz que “deve ser entendida da maneira mais ampla possível”, aí se incluindo tanto a censura prévia como a posterior que chama de “proibição de index”, ainda no sentido de abrangência ampla da censura, referencia sua posição estratégica na Constituição, tal como colocada na Constituição Portuguesa, ela “vem inserida no direito respeitante à liberdade intelectual e não naquele relativo à liberdade de imprensa.” e, concordando com o pensamento de Canotilho, diz que a proibição se estende tanto aos Poderes Públicos, como também ao Privado.

A colocação da proibição da censura no artigo respeitante à liberdade de expressão e informação, e não nos artigos referentes à liberdade de imprensa, significa que a proibição constitucional é de âmbito geral. Extensional e intencionalmente a proibição de censura aplica-se a toda e qualquer forma de expressão e informação e não apenas à que tem lugar através dos meios de comunicação social.

Por outro lado, quanto aos seus destinatários, a proibição da censura não vale apenas perante o Estado mas sim perante toda e qualquer entidade ou poder que esteja em condições (cfr. Art. 18º - 1). Isto é relevante sobretudo para os ‘poderes sociais’ (igrejas, partidos, organizações profissionais, etc.), mas é de alcance geral. (CANOTILHO apud BASTOS; MARTINS, 1989, p. 60)

Jairo José Gênova (2012, p. 53-68) traz uma classificação dos tipos de censura como: política, judicial, legal e a autocensura, podendo ser esta última econômica, política ou ética.

Considera-se como censura política aquela exercida pelo poder político estatal, em regra em regimes ditatoriais, “é a realizada pelos detentores do poder ditatorial que sufoca as ideias libertárias, só autorizando a divulgação de fatos e ideias que se compatibilizem com a sua ideologia.”

Gilmar Mendes e Paulo G.G. Branco (2014, p. 257) assim compreendem a censura política: “Convém compreender que censura, no texto constitucional, significa ação governamental, de ordem prévia, centrada sobre o conteúdo de uma mensagem.” e que “Proibir a censura significa impedir que as ideias e fatos que o indivíduo pretende divulgar tenham de passar, antes, pela aprovação de um agente estatal.”

A intervenção do Poder Judiciário a fim de impedir a divulgação de notícias que firam direitos individuais garantidos pela Constituição, denomina-se como censura judicial, a que também se denomina “censura posterior”. (GÊNOVA, 2012, p. 58)

Apesar de a atual constituição cercar a liberdade de expressão, em todas as suas formas e meios, de qualquer tipo de censura administrativa, “eventual abuso no exercício do direito de expressão não fica livre de eventual sanção judicial, o que abre caminho para a

afirmação de que o nosso ordenamento admite uma espécie de censura: a judicial.” (NUNES JÚNIOR, 1997, p. 29)

Em editorial do Boletim 202 o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) (2009) critica duramente a “censura judicial”, “A censura judicial não é melhor nem pior que a censura exercida nos regimes políticos autoritários por agentes do Executivo. Não há “boas intenções” capazes de justificar a censura prévia. O juiz censor ou o policial censor ou o militar censor são essencialmente iguais e perniciosos.”

Luís Francisco Carvalho Filho (1996, p. 115) é radicalmente contra a censura feita pelo judiciário e argumenta a inconstitucionalidade das decisões afirmando que a liberdade de manifestação, assegurada no art. 5º, inciso IX da Constituição Federal não delega a nenhuma autoridade ou organismo estatal o poder de censurar, sendo a única exceção, durante o Estado de Sítio.

Por outro lado não se pode afastar da apreciação do Poder Judiciário ameaça de direito, garantia constitucional prevista no inciso XXXV do art. 5º da CF.

É o que nos traz Paulo G.G. Branco:

Se um indivíduo se defronta com iminente publicação de notícia que viola indevidamente a sua privacidade ou a honra, há de se lhe reconhecer o direito de exigir, pela via judiciária, que a matéria não seja divulgada. Não há por que cobrar que aguarde a consumação do prejuízo ao seu direito fundamental, para, somente então, vir a buscar uma compensação econômica. Veja-se que, quando se tem por assentado o bom fundamento do pedido de indenização, isso significa que a matéria não tinha o abono do Direito para ser publicada, antes mesmo de consumado o dano. (2014, p. 266)

Estando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, poderá ser concedida a medida cautelar, autorizando a Constituição que o judiciário, quando provocado e estando presente a ameaça a direito também constitucionalmente protegido, impeça que a informação seja divulgada, uma vez que “o emprego de outras formas de atividade jurisdicional provavelmente não se revelaria eficaz, seja para impedir a consumação da ofensa, seja mesmo para repará-la de modo satisfatório.” (GÊNOVA, 2001, p. 45)

Jairo José Gênova se posiciona como partidário da censura judicial:

A dignidade, a moral, os costumes, individuais ou coletivos, integram a personalidade humana, ou seja, a própria vida e seus corolários, como a honra, a imagem, a privacidade, etc. Sacrificar esses bens em favor do direito de manifestação contraria a própria razão de ser da pessoa. Tanto é verdade que a própria lei incrimina publicações ofensivas, o que, por si só, mostra que o direito de manifestação não é absoluto. (2001, p. 48)

Por censura legal se entende como aquela imposta pelo ordenamento jurídico.

Aparentemente contrariando os ditames constitucionais, ainda existe em nosso ordenamento jurídico e em vigor, norma que determina a proibição de divulgação de opinião. É o que determina a Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 1997 em seu artigo 45, inciso III “veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes;”.

Ocorre que, apesar de a determinação legal ter “a finalidade de defender a sociedade de corrupções ou distorções, geralmente disfarçadas, que comprometem o exercício do voto consciente [...]”, ela afronta a proteção constitucional da proibição da censura e plena liberdade de informação jornalística, além de ser “preconceituosa, elitista e antidemocrática”, pois restringe somente às rádios e televisões, permitindo, portanto o que tenta proteger, à imprensa escrita, como jornais e revistas, o que discrimina os analfabetos e aqueles que só têm acesso à informação política por meio, principalmente do rádio, ou pela televisão, que são os meios de comunicação de maior alcance nacional, chegando a cerca de 98% dos municípios brasileiros. (GÊNOVA, 2012, p. 61-62)

Também encontramos na Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), em seu art. 247, uma restrição legal à liberdade de comunicação, que pune com multa a divulgação total ou parcial, por qualquer meio de comunicação, sem a autorização devida, de nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial envolvendo criança ou adolescente a quem se atribua ato infracional. Entretanto era no parágrafo 2º do mesmo artigo que encontrávamos real possibilidade de censura, *in verbis*: “Se o fato for praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, além da pena prevista neste artigo, a autoridade judiciária poderá determinar a apreensão da publicação ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números.” (grifo nosso), contudo o STF decretou a inconstitucionalidade no § 2º por meio da ADI 869-2, da expressão “ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números.” (ISHIDA, 2015, p. 665)

Por fim podemos considerar como censura aquela realizada pela própria mídia, internamente, a autocensura, quando os próprios meios de comunicação filtram suas matérias, limitam ou definem a pauta de seus jornalistas, ou ainda, restringem assuntos, levando em consideração seus próprios interesses, sejam eles políticos, econômicos ou ideológicos, como demonstra Jairo J. Gênova (2012, p. 63-67).

Owen M. Fiss (2005, p. 101-102) ao comentar sobre a autonomia econômica da imprensa observa a dicotomia exercida por essa mesma autonomia, uma vez que por um lado ela preserva a indevida intromissão do Estado na regulação da liberdade de expressão, mas por outro, sendo ela controlada por entidades privadas é regida por interesses econômicos que também pautam sua liberdade de expressão:

Uma imprensa controlada por entidades privadas é livre de controles econômicos pelo Estado, o que é, obviamente, para o bem, mas ela é constrangida pela estrutura econômica na qual está inserida. Como outros empreendedores, donos de jornais ou estações de rádio e televisão procuram maximizar receitas e minimizar custos. Em suma, eles desejam obter lucros, e suas decisões sobre o que informar e como informar são largamente determinadas por esse desejo.

René Ariel Dotti ao comentar sobre a “Exploração comercial” da imprensa, que aqui podemos entender como mídia, já advertia que “O jornal, como toda obra de engenho, apresenta-se sob aspectos diversos, conciliando um produto tipicamente intelectual, fruto da liberdade de criação, com um interesse de caráter econômico: [...]” e complementa com o pensamento do jornalista francês Émile de Girardin, que fundou em 1836 o diário *La Presse* e nesta época já afirmava “o jornalismo está para a liberdade de imprensa como a sombra está para a luz. A liberdade de imprensa é um direito político; o jornalismo, uma profissão comercial”. (1980, p. 131-132)

É indubitável que até hoje os interesses econômicos pautam e censuram aquilo que irá ser publicado pelos meios de comunicação, sejam eles de grandes conglomerados de mídia ou não, moldando as informações que recebemos pelos interesses públicos ou privados, conforme as fontes econômicas de financiamento dos meios de comunicação.

O Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros em seu capítulo sobre o direito à informação proscribe a censura, incluindo aí a autocensura, classificando-as como um delito contra a sociedade.

Capítulo I - Do direito à informação

Art. 1º O Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros tem como base o direito fundamental do cidadão à informação, que abrange seu o direito de informar, de ser informado e de ter acesso à informação.

Art. 2º Como o acesso à informação de relevante interesse público é um direito fundamental, os jornalistas não podem admitir que ele seja impedido por nenhum tipo de interesse, razão por que:

I - a divulgação da informação precisa e correta é dever dos meios de comunicação e deve ser cumprida independentemente de sua natureza jurídica - se pública, estatal ou privada - e da linha política de seus proprietários e/ou diretores.

II - a produção e a divulgação da informação devem se pautar pela veracidade dos fatos e ter por finalidade o interesse público;

III - a liberdade de imprensa, direito e pressuposto do exercício do jornalismo, implica compromisso com a responsabilidade social inerente à profissão;

IV - a prestação de informações pelas organizações públicas e privadas, incluindo as não-governamentais, é uma obrigação social.

V - a obstrução direta ou indireta à livre divulgação da informação, a aplicação de censura e a indução à autocensura são delitos contra a sociedade, devendo ser denunciadas à comissão de ética competente, garantido o sigilo do denunciante. (grifo nosso)

Dos tipos de configuração que pode tomar a palavra “censura”, como vimos acima, aderimos ao entendimento de Edilson Pereira Farias (2001, p. 226-227) que traça uma distinção entre “restrição e censura” sendo que “[...] a primeira possui fundamento constitucional, ao contrário da segunda, que é repelida pela Constituição [...]” e considera como restrição as medidas legislativas ou judiciais “[...] necessária para harmonizar a expressão e a comunicação com os direitos de terceiros ou interesses coletivos protegidos pela Constituição[...]”, estando “submetida aos limites do *núcleo essencial* – não poderá desfigurar o coração da liberdade - e à regra da proporcionalidade - deverá utilizar os meios adequados, ser necessária aos fins colimados e ser ponderada com os bens e direitos constitucionais em jogo”, enquanto que a censura é proveniente de órgãos do Poder Executivo e “em regra aniquila totalmente a liberdade” de expressão e informação, “desfigurando-a”, ela “é arbitrária e motivada sobretudo por razões ideológicas dos detentores do poder político.”

Julgamos, portanto que as “restrições” legislativas ou, em especial, judiciárias feitas à liberdade de expressão e informação, desde que submetidas e respeitantes dos direitos e garantias constitucionais vigentes, não devem ser entendidas como censura, mas como legítima forma de defesa e proteção das pessoas físicas ou jurídicas de abusos cometidos em nome da liberdade de expressão e informação.

2.2.2 Limites constitucionais à liberdade de expressão e comunicação

A própria constituição prevê em seu bojo situações de limitação aos direitos fundamentais e prevê em alguns casos a forma de solução quando os mesmos entram em conflito, como é o caso da proteção à propriedade privada, mas a contrapartida da possibilidade de desapropriação, mas com a devida indenização prévia; e, em relação a outros direitos, teremos as chamadas normas de eficácia contida ou restrita, em que a regulamentação do direito é remetida às normas infraconstitucionais, entretanto existem

muitos direitos fundamentais em que não há qualquer tipo de limitação ou regulamentação prevista ou permitida pela própria constituição, como é o caso dos direitos aqui discutidos e que poderão entrar em conflito e como são de igual hierarquia constitucional deverão se autolimitar, assim não são absolutos.

Vidal Serrano (1997, p. 11 e 84) afirma que a liberdade de informação, se referindo a que aqui chamamos de liberdade de comunicação, tem duas faces: “uma, de defesa da imprensa contra o Estado e, outra, de defesa do cidadão contra os veículos de informação.”, uma vez que os meios de comunicação se transformaram em um verdadeiro poder social e muitas vezes fazem do cidadão não somente um destinatário da informação, mas seu refém, o que torna necessário defender não somente a liberdade do direito de comunicação, mas também a liberdade face à imprensa.

Jairo J. Gênova ao comentar sobre os abusos nos meios de comunicação ressalta a “importância para a formação cultural de um país” das informações sadias, verdadeiras e de interesse coletivo, entretanto alerta sobre o “poderio e a penetração maléfica da imprensa quando ela distorce notícias e levianamente atinge bens jurídicos alheios.” e afirma, com isso, que “o direito de informar não é absoluto.” Não podendo os meios de comunicação “sob o pretexto de exercer o direito à informação, colocar em risco ou atingir outros bens igualmente tutelados pela Carta Magna.” (2001, p. 22)

Maria Lúcia Karam (2009, p. 11) afirma que a liberdade de expressão, assim como outras manifestações da liberdade individual ou com relação a quaisquer outros direitos fundamentais, só serão absolutos “enquanto não são atingidos ou concretamente ameaçados direitos de terceiros. Nesse campo, naturalmente, também se faz presente o princípio das liberdades iguais, estabelecendo os limites necessários à coexistência.”

“Os direitos fundamentais não são absolutos; logo, a liberdade de expressão é passível de limitações, as quais previstas na Constituição ou decorrentes de ponderação jurisprudencial em confrontos entre princípios e regras de mesmo padrão normativo.”, é o que afirma Guilherme Barbosa Braga (BRANCO et al, 2012, p. 55)

Ingo W. Sarlet (2014, p. 467-468) afirma que o caráter não absoluto da liberdade de expressão, na qual inclui a liberdade de informação e de imprensa (comunicação social), “praticamente não é contestado no plano do direito constitucional contemporâneo e mesmo no âmbito do direito internacional e dos direitos humanos” e “encontra limites no exercício de outros direitos fundamentais e salvaguarda, mesmo na dimensão objetiva (por via dos deveres de proteção estatal), de outros bens jurídico-constitucionais[...]”, existindo, entretanto, uma controvérsia quanto às quais são esses limites, limites estes que deverão ser delineados pelo

Poder Judiciário no julgamento do caso concreto quando houver conflito (colisão) entre direitos fundamentais, quando então deverão “promover a concordância prática (harmonização) entre os direitos e princípios conflitantes, aplicando-se sempre a noção dos limites aos limites dos direitos fundamentais e os critérios daí decorrentes [...]”, todavia o autor não descarta a possibilidade, mesmo que excepcional, de restrições legislativas, ou seja, por meio de lei, à liberdade de expressão, desde que possam “ser reconduzidas à Constituição Federal, pelo fato de terem por fundamento a proteção de outros bens constitucionalmente relevantes [...]”, posição calcada pelo posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, como cita o autor, “no voto condutor que proferiu no RE 511.961/SP, observou que as restrições à liberdade de expressão em sede legal são admissíveis, desde que visem a promover outros valores e interesses constitucionais também relevantes e respeitem o princípio da proporcionalidade.”

Posição ratificada por Paulo G.G. Branco (2014, p. 261) “A liberdade de expressão encontra limites previstos diretamente pelo constituinte, como também descobertos pela colisão desse direito com outros de mesmo *status*.” e afirma:

O constituinte brasileiro, no art. 220 da Lei Maior, ao tempo em que proclama que não haverá restrição ao direito de manifestação de pensamento, criação, expressão e informação, dizendo, também, no § 1º, que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”, ressalva que assim o será, “observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. Dessa forma, admite a interferência legislativa para proibir o anonimato, para impor o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem, para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e para que se assegure a todos o direito de acesso à informação. Prevê, também, a restrição legal à publicidade de bebidas alcoólicas, tabaco, medicamentos e terapias (art. 220, § 4º). Impõe, ainda, para a produção e a programação das emissoras de rádio e de televisão, o “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”, confiando à lei federal a tarefa de estabelecer meios para a defesa desses valores (art. 220, § 3º, II).

Edilson P. Farias (2001, p. 221-222) acatando o “postulado segundo o qual *a ordenação jurídica democrática não reconhece valor absoluto a qualquer direito ou liberdade*, sujeita a liberdade de expressão e comunicação, como também a garantia institucional da comunicação social, a vários tipos de restrições, [...]”, dentre elas afirma que a Constituição impõe diretamente algumas ou autoriza a lei a estabelecê-las, o que denomina de “restrições expressas” e em outras “hipóteses implicitamente abona que o legislador ou o judiciário formulem restrições, quando imprescindíveis, para salvaguardar outros direitos fundamentais ou bens comunitários constitucionalmente protegidos” o que denomina de

“restrições tácitas [...]”, entretanto “independentemente das circunstâncias e das razões de ordem pública ou de ordem puramente individual invocadas, a restrição deverá sempre se apoiar no texto constitucional para ser legítima. Este é um princípio básico e inafastável nesta matéria.”

Da mesma forma Daniel Sarmiento (CANOTILHO et al, 2013, p. 4402) concorda com o caráter não absoluto das liberdades de comunicação social, em referência expressa ao artigo 220 da CF, que faz *in fini* a ressalva “[...] observado o disposto nesta Constituição.” e afirma:

A dicção do constituinte confirma que não é possível conceber as liberdades de comunicação social em termos absolutos, sob pena de imposição de sacrifícios desproporcionais a outros bens jurídicos também dotados de estatura constitucional, com o direito à honra e à imagem, a privacidade, a igualdade, a proteção da criança e do adolescente e o devido processo legal.

Sarlet (2014, p. 460-461 e 470) indica, “pelo menos de acordo com significativa doutrina”, uma posição preferente “*preferred position*” da liberdade de expressão, “[...] quando da resolução de conflitos com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais [...]”, entretanto isso não significa estar esta liberdade “imune a qualquer limite e restrição”, exceção feita no caso do discurso do ódio e manifestações de cunho claramente antidiscriminatórias, quando admite “restrições mais fortes na liberdade de expressão”.

Podemos observar diretamente na Constituição Federal as seguintes restrições: no art. 5º, IV – a vedação do anonimato; no art. 5º, VIII – a inadmissibilidade de invocar a liberdade de expressão de crença religiosa, de convicção filosófica e política para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa; art. 5º, X – a inviolabilidade dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas; o § 1º do art. 220 impõe a observância dos incisos IV, V, X, XIII e XIV, do art. 5º na proteção de qualquer imposição legal “[...] que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social [...]”.

Os direitos personalíssimos, como se refere Edilson P. Farias (2001, p. 230), aos da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, “[...] estão, indubitavelmente, entre as mais significativas restrições à liberdade de expressão e comunicação e à liberdade de comunicação social.” e conclui:

A importância desses direitos como restrições decorre da colisão, assaz freqüente, (sic) entre eles e essas liberdades no plano da prática social. Por isso são normalmente destacados pelas legislações no momento de

disciplinar as restrições à liberdade de manifestação pública de informação e pensamento.

Como vimos a liberdade de expressão e comunicação não são direitos absolutos e estarão sujeitas à limitação imposta por outros direitos constitucionalmente protegidos, bem como à limitações expressamente constantes do texto constitucional.

2.2.3 Limites legais à liberdade de expressão e comunicação

Quando não encontrar limitação expressa ou tácita na Constituição a liberdade de expressão e comunicação poderão ser reguladas por lei, desde que obedecidos aqueles limites.

Para Maria Lúcia Karam (2009, p. 11) somente por meio de lei é que se pode limitar ou regulamentar, assim como no exercício de outros direitos fundamentais, a liberdade de expressão e informação e “unicamente na medida em que se mostrem indispensáveis para a proteção de outros direitos igualmente fundamentais e de modo que sacrifiquem no mínimo possível o exercício daquela liberdade.”

Segundo Chequer (2011, p. 94) “No Brasil já está sedimentado o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o exercício ilegítimo da liberdade de expressão configura a prática de um ato ilícito, sendo capaz, assim, de gerar, para o autor do ilícito uma responsabilidade civil ou penal.”

Daniel Sarmiento (CANOTILHO et al, 2013, p. 4402) concordando com o posicionamento de Gilmar Mendes entende ser possível que a lei estabeleça limites à liberdade de expressão “de forma geral e abstrata, desde que respeitados os ‘limites dos limites’ dos direitos fundamentais, notadamente o princípio da proporcionalidade.”

João Féder (1987, p. 45-46) ao debater a possibilidade de a “Lei” poder regulamentar a liberdade de comunicação, posiciona-se a favor desta e utiliza-se das palavras de Rui Barbosa e de Jean-Jacques Chevalier, para demonstrar que a lei não deve ser tida como inimiga da liberdade, mas como sua promotora: para Rui Barbosa “A lei e a nossa consciência são os dois únicos poderes humanos aos quais a nossa dignidade profissional se inclina” e para Jean-Jacques “A liberdade é o poder das leis, não do povo. E o poder das leis, eis a liberdade do povo. Máxima a ser gravada no mármore, a liberdade é o direito de fazer tudo quanto as leis permitem, e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, não mais teria liberdade, porque os outros teriam idêntico poder”.

Entretanto o autor não deixa de se preocupar com a qualidade da lei e afirma: “Esse espírito – de que uma lei, por si só, não pressupõe a inexistência de liberdade – na realidade,

tem sido repellido apenas quando a lei exorbita em sua função. Quanto justa, a lei é sempre bem aceita, [...]” e mais à frente:

O fato de a norma jurídica ditar uma responsabilidade não significa, assim, que esteja ferindo a liberdade. Quanto se tem um direito e se pretende vê-lo respeitado, não há como deixar de respeitar o direito de outrem; quando não se almeja a liberdade para em nome dela cometer abusos, não há por que dizer inaceitável uma lei justa. (1987, p. 48)

Sendo possível a limitação das liberdades de expressão e comunicação por lei, como vimos, seu desrespeito poderá ensejar responsabilidade civil e até mesmo penal, como veremos a seguir.

2.2.3.1 Da responsabilidade civil

A liberdade de expressão e informação poderá ser restringida pela possibilidade de imposição de indenização por danos morais ou materiais de acordo com os artigos 5º, incisos V e X c/c o art. 220 caput e § 1º da Constituição quando combinados com os artigos 927 e 186 do Código Civil, que determinam a reparação dos danos causados a outrem pelo cometimento de ato ilícito, entendido como ato ilícito “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (art. 186, CC)

É o que pensam Maria Lúcia Karam, Cláudio Chequer, Edilsom P. Farias, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco conforme vimos acima.

Entretanto Ingo W. Sarlet alerta que:

[...] a responsabilidade pelo exercício da liberdade de expressão (ainda mais no âmbito da liberdade de comunicação e de informação jornalística) há de ser uma responsabilidade subjetiva, focada na análise sobre a existência de dolo ou culpa na ação do agente causador do dano, o que, por sua vez, implica a consideração de diversos fatores, tais como a posição da vítima (por exemplo, se é ou não uma personalidade pública, hipótese em que só ensejará responsabilidade a culpa grave), a intenção e a diligência empregadas por quem apurou os fatos, quando o caso envolver a divulgação de notícias inverídicas, a existência de algum interesse social na questão, quando a hipótese resvalar no direito de privacidade, bem como a intensidade da lesão aos direitos fundamentais do ofendido.

Em recentes decisões, datadas de 02 de junho e 07 de abril de 2016, o STJ (Superior Tribunal de Justiça) reconhece o direito à indenização por dano moral às vítimas do abuso do

direito à liberdade de expressão em detrimento ao direito à imagem e à honra das vítimas cometidos por meio da mídia:

EMENTA

CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. VEICULAÇÃO DE NOTÍCIA INVERÍDICA E IMAGEM NÃO AUTORIZADA EM JORNAL. ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. VALOR DA INDENIZAÇÃO. PEDIDO DE REDUÇÃO. DESCABIMENTO. DECISÃO MANTIDA.

1. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7/STJ).
2. No caso concreto, o Tribunal de origem se baseou nos fatos e nas provas dos autos para concluir que a recorrente extrapolou o direito constitucional de liberdade de expressão, veiculando matéria inverídica, ofensiva à honra da agravada, sendo inviável alterar tal conclusão na presente instância, pois seria necessária a revisão dos fatos e provas, providência vedada pela mencionada súmula.
3. A análise da insurgência contra o valor atribuído ao dano moral também esbarra na vedação prevista na Súmula n. 7/STJ. Apenas em hipóteses excepcionais, quando manifestamente irrisória ou exorbitante a quantia fixada - situação não verificada no caso dos autos -, é possível a revisão do quantum por esta Corte.
4. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ, AgInt no AREsp 870000/PB, 2016)

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTIMAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. USO DE IMAGEM SEM AUTORIZAÇÃO. ABUSIVIDADE DA MATÉRIA PUBLICADA. OFENSA À HONRA DAS AUTORAS. ABALO MORAL CONFIGURADO. REVISÃO. ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPEDIMENTO DA SÚMULA N. 7/STJ. DANO MORAL. RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DO QUANTUM. REEXAME. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. (STJ, AgRg no AREsp 841940/SP, 2016)

Também o STF tem reconhecido o direito à indenização nesses casos:

EMENTA

Agravo regimental no agravo de instrumento. Direito Civil. Dano moral. Matéria jornalística. Manifestação de opinião tida como ofensiva. Pressupostos da responsabilidade civil demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Ausência de repercussão geral do tema. Precedentes.

1. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que a agravante, ao publicar matéria jornalística em que afirma ser o agravado “incompetente”, teria extrapolado seu direito à livre manifestação e

ofendido a honra e a imagem do então delegado de polícia, o qual deveria ser indenizado por danos morais.

2. A ponderação de interesses, in casu, não prescinde do reexame do contexto fático-probatório da causa, o qual é inadmissível em recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279/STF.

3. O Plenário da Corte, no exame do ARE nº 739.382/RJ-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, concluiu pela ausência de repercussão geral do tema relativo à configuração da responsabilidade civil por danos causados à imagem ou à honra, haja vista que o deslinde da questão não ultrapassa o interesse subjetivo das partes, tampouco prescinde do reexame de fatos e provas.

4. Agravo regimental não provido. (STF, AgReg no AgIns 815300/RS, 2016)

Otavio Luiz Rodrigues Junior (2014, p. 283-302), ao fazer sua análise sobre a responsabilidade civil por danos causados nas relações de comunicação pela internet, admite claramente esta possibilidade e indica, nas diversas possibilidades da ocorrência desses conflitos, em que há a ofensa aos direitos personalíssimos, possíveis autores e vítimas.

Especial ênfase dá o autor à responsabilidade do “provedor de conteúdo”, dando como principal exemplo a empresa Google, terminologia que adotou diante da ambigüidade do termo encontrada na jurisprudência e doutrina, uma vez que seu objetivo “[...]é o exame dos conflitos jurídicos advindos da utilização das redes sociais sob a óptica da responsabilidade civil.”, de forma que aqueles só serão responsáveis, entendimento dominante, por aquilo que for publicado se forem notificados sobre o conteúdo impróprio ou ofensivo e não tomarem providências em 24 horas para eliminar tais conteúdos.

O autor (2014, p. 292, 293 e 297) também traz ao lume a discussão de que o controle prévio de conteúdo se feito pelos “provedores”, constituiria censura prévia o que seria constitucionalmente proibido.

A responsabilidade civil nos casos demonstrados exercerá duplo papel, indenizar as vítimas pelo sofrimento ou prejuízo sofridos, em razão do abuso da liberdade de expressão e comunicação exercido por meio da mídia, e também, sinalizará o limite para as demais pessoas exercendo um papel preventivo.

2.2.3.2 Da responsabilidade penal

A responsabilização penal de quem violar direito fundamental de outrem, por meio do exercício da liberdade de expressão, será possível conforme afirma Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 265, grifo nosso) “Assim, o comportamento não protegido pela liberdade de

expressão, que viola direito fundamental de outrem, pode vir a motivar uma pretensão de reparação civil ou mesmo ensejar uma reprimenda criminal.”

Posição diferente tem Maria Lúcia Karam (2009, p. 15) que é contra a criminalização de condutas ofensivas à honra quando do abuso da liberdade de expressão e informação, para ela o direito de resposta e a indenização seriam suficientes para o controle e a regulação do exercício da liberdade de expressão e informação e para a reparação de eventuais danos causados pelas ofensas.

Era o que já apregoava Tadeu Dix (2000, p. 365-394) que também defende a descriminalização das condutas envolvendo o choque entre os direitos da liberdade de expressão e informação e os dos direitos personalíssimos:

*Se o recuo da criminalização dos direitos e liberdades co-envolvidos (sic) no conflito objeto deste trabalho vem sendo advogado desde as perspectivas da vitimologia, por considerações criminológicas, pela própria estrutura axiológico-material dos direitos de personalidade em foco, o caráter de *tipo penal aberto* que supõe a tutela da honra, vida privada, intimidade e imagem das pessoas contribui não apenas para o abrandamento da intervenção penal no conflito em exame, mas para *um processo de descriminalização* da tutela dos direitos e liberdade co-envolvidos (sic) nestes entrechoques. (2000, p. 392)*

O mesmo autor propõe para substituir a intervenção penal nos conflitos por medidas alternativas como: a medida jurídica compensatória, a medida conciliatória mista, medidas jurídicas punitivas de caráter administrativo, medidas não jurídicas formais, medidas de natureza mista e medidas não jurídicas informais. (2000, p. 395-439)

Entretanto, havendo abuso do direito à liberdade de expressão e informação cometido, por meio de qualquer veículo de comunicação, em que venha a ser violada a honra objetiva ou subjetiva de uma pessoa, ainda vige no Brasil no Código Penal os artigos 138 a 140, que elenca os crimes de calúnia, difamação e injúria, respectivamente, como se manifesta Edilsom P. Farias:

Com efeito, baseada na dicotomia entre honra subjetiva (a valoração que cada um faz de si mesmo e da própria dignidade) e a honra objetiva (a estima e a reputação que a pessoa desfruta perante a coletividade), a legislação infraconstitucional sistematiza os delitos contra a honra. Assim, havendo violação da honra subjetiva, ocorrerá o crime de injúria e, existindo desrespeito à honra objetiva, os crimes de calúnia e difamação. (2001, p. 230)

Gênova, após longa discussão e demonstração dos meios de punição aplicáveis aos autores de crimes praticados por meio da mídia, opta pela aplicação do direito penal comum

“com punição do autor do escrito e do redator-chefe, que tem o domínio sobre a publicação, que é a essência nos crimes de imprensa.” e sendo a autoria anônima quem deverá ser punido será o responsável pela publicação. Para a extensão da punição para outras pessoas seria necessário provar que concorreram para o crime, ou se estaria consagrando a responsabilidade objetiva. (2001, p. 123)

Assim, em que pese as dificuldades de individualização da culpa ou da demonstração do efetivo abuso ao direito de se manifestar, superadas essas dificuldades, haverá a possibilidade jurídica de aplicação de punição criminal da conduta praticada, que efetivamente venha a ferir, por meio do ataque à honra objetiva ou subjetiva da pessoa, seu direito à preservação de sua vida privada, intimidade, honra ou imagem.

2.2.4 O controle jurisdicional da liberdade de comunicação

A liberdade de imprensa encontra sua garantia como parte da liberdade de expressão, termo genérico já debatido anteriormente. Procuraremos aqui debater a possibilidade de o Poder Judiciário, em especial de forma preventiva, limitar essa liberdade, *e.g.*, impedindo que uma informação seja publicada em razão de ferir a intimidade, vida privada, honra ou imagem de alguém.

Tratando do conteúdo da liberdade de expressão, Paulo Gonet entende que há limites à tutela da liberdade de expressão quando esta colidir com outros direitos fundamentais:

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não até porque ‘diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista’(MENDES; BRANCO, 2014, p. 257)

Mais adiante, os mesmos autores, (2014, p. 265-266) afirmam que a violação de direito fundamental pela liberdade de expressão “pode vir a motivar uma pretensão de reparação civil ou mesmo ensejar uma reprimenda criminal.”, entretanto demonstram ser controvertida a possibilidade de intervenção preventiva nesses casos, havendo quem defenda a impossibilidade dessa intervenção, entendem estes, ser a censura prévia um obstáculo intransponível, quando então seria suficiente a responsabilização posterior por danos morais, materiais e até mesmo por meio de uma reprimenda criminal.

Por outro lado “argumenta-se que a interpretação adequada da Constituição reclama a proteção preventiva do direito fundamental em vias de ser agredido.”, se assim não fosse, entende Gilmar Mendes “que a garantia constitucional da efetiva proteção judicial estaria esvaziada [...]”

O art. 5º, inciso XXXV de nossa Carta Magna prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (grifo nosso), assim caberá ao Poder Judiciário decidir sobre controvérsia envolvendo direitos contrapostos, é o dito poder exercendo sua função jurisdicional que segundo Arruda Alvim (p. 149 apud BASTOS; MARTINS, 1989, p. 170) “é aquela realizada pelo Poder Judiciário, tendo em vista aplicar a lei a uma hipótese controvertida mediante processo regular, produzindo, afinal, coisa julgada, com o que substitui, definitivamente, a atividade e vontade das partes.”

Nas palavras de Araujo e Nunes Júnior (2014, p. 231-232) é o princípio da inafastabilidade da jurisdição que dá ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição e ao indivíduo o direito de ação, ou seja, o direito de provocação daquele. Os autores destacam que a proteção constitucional colocou “[...] sob o manto da atividade jurisdicional tanto a lesão como a ameaça de direito.”, assim “[...] o dispositivo constitucional citado, ao proteger a *ameaça a direito*, dotou o Poder Judiciário de um poder geral de cautela, ou seja, mesmo à míngua de disposição infraconstitucional expressa, deve-se presumir o poder de concessão de medidas liminares ou cautelares como forma de resguardo do indivíduo das ameaças a direitos.”

Essa posição é perfeitamente compatível com o já demonstrado caráter não absoluto dos direitos fundamentais, em especial os aqui debatidos liberdade de expressão e comunicação e os da vida privada, intimidade, honra e imagem.

Se um indivíduo se defronta com iminente publicação de notícia que viola indevidamente a sua privacidade ou a honra, há de se lhe reconhecer o direito de exigir, pela via judiciária, que a matéria não seja divulgada. Não há por que cobrar que aguarde a consumação do prejuízo ao seu direito fundamental, para, somente então, vir a buscar uma compensação econômica. Veja-se que, quando se tem por assentado o bom fundamento do pedido de indenização, isso significa que a matéria não tinha o abono do Direito para ser publicada, antes mesmo de consumado o dano. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 266)

Daniel Sarmiento (CANOTILHO et al, 2013, p. 4404) ao comentar sobre a censura também admite a possibilidade de intervenção judicial, em “hipóteses absolutamente excepcionais”, havendo a “existência de reserva de jurisdição pela relevância dos interesses

em jogo”, para “vedar a divulgação de qualquer mensagem pelos meios de comunicação, quando isto se justifique após um cuidadoso juízo de proporcionalidade.”

Tadeu Dix (2000, p. 275-299) assume a possibilidade de intervenção jurisdicional na solução de conflitos ao analisar as propostas de suas formas de resolução no Estado Democrático de Direito, informando que “[...] a doutrina majoritária apresenta várias formas que são assumidas por três correntes distintas: a do *regime de exclusão*, a da *posição preferente* e a da *concordância prática*, [...]” e ao final adota uma posição que chama de “concepção mista” que combina elementos da teoria de ponderação e da posição preferente.

Decorre também das palavras de Cláudio Chequer (2011, p. 49-92) sobre os limites externos às liberdades de expressão e informação, de que o Poder Judiciário deverá decidir o conflito ocorrido entre estes direitos e outros direitos fundamentais:

Dessa forma, pode-se concluir com a afirmação de que diante de um conflito entre liberdade de expressão em sentido amplo e o direito fundamental à honra (de pessoas físicas e jurídicas), o resultado do problema se dará com a ponderação entre os bens fundamentais em conflito, devendo-se considerar, ao se realizar essa ponderação, os vários *standards* já traçados pela jurisprudência constitucional, parâmetros esses que contribuíram para delinear alguns traços marcantes do conflito e sua conclusão acertada. (2011, p. 73)

René Ariel Dotti em sua obra que discute os limites entre liberdade de informação e direito à vida privada e intimidade indica que, concordando com a posição de Miguel Urabayen, a norma que reconhece “o direito à intimidade ou ao respeito da vida privada, deva ser ‘ampla e aberta’, sem detalhar o seu conteúdo, a fim de que os tribunais tivessem assim uma base e não um limite em seu exame dos problemas [...]”, ao mesmo tempo em que reconhece “o direito à informação do público quanto a assuntos gerais ou particulares com repercussão geral.”, deixando aos juízes o encargo de “estabelecer em cada litígio o desejado equilíbrio entre intimidade e informação.”, isso sem descuidar, entretanto, do “[...] compromisso da minuciosa descrição legal em matéria de crimes e de penas, como um dos reflexos de garantia individual.”. (1980, p. 192)

Essa passagem reflete a posição do autor sobre a possibilidade mais ampla que deve ser dada ao Poder Judiciário de decidir sobre conflitos entre os ditos direitos fundamentais, sem, entretanto descuidar dos limites impostos pelas normas legais em geral, que se refletem nas suas palavras, as quais descrevo abaixo em respeito à sua inexorável profundidade:

Na atualidade, porém, embora não dissipadas as preocupações a respeito das incertezas e injustiças resultantes da má aplicação da lei e dos perigos que

representam as suas lacunas, existe um princípio cardeal a dirigir a função judicante. Em relação ao sistema brasileiro, a Lei de Introdução ao Código Civil dispõe que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (art. 5.º).

Trata-se de um preceito necessário para possibilitar que os pronunciamentos da Justiça alcancem uma grande variedade de situações concretas, através de uma atividade interpretativa que garanta o direito à liberdade não somente às partes envolvidas no conflito mas também ao juiz que não poderá ficar enclausurado no quadro estabelecido pela lei como se a enxergasse através de um periscópio. É preciso que uma janela maior seja aberta para ver e respirar melhor o mundo, impedindo que o aplicador do Direito seja reduzido à condição da personagem que Fedor Dostoiewski descrevia na *Casa dos Mortos*: “a nossa prisão ficava na extremidade da fortaleza, à beira da muralha. Quando através das frinchas da paliçada procurávamos entrever o mundo, distinguíamos apenas um estreito retalho de céu e uma alta plataforma de terra, invadida pelas ervas daninhas, que as sentinelas percorriam noite e dia. E dizíamos imediatamente para conosco que, por mais anos que passassem, veríamos sempre, olhando através das frinchas da paliçada, a mesma muralha, a mesma sentinela e o mesmo retalho de céu – não o céu da fortaleza, mas sim outro, um céu mais longínquo, um céu livre”. (DOTTI, 1980, p. 193)

A quase unanimidade dos autores não se opõe ao controle jurisdicional da liberdade de comunicação, exceção feita ao controle preventivo ou prévio dela, como vimos à página 58 é a posição do IBCCRIM e de Luís Francisco Carvalho Filho.

Alguém na sociedade precisa exercer o papel de fiscal das normas de conduta escolhidas e, então impostas a essa mesma sociedade que pretende coexistir com certa harmonia.

No nosso sistema essa incumbência foi dada ao Poder Judiciário, que, entretanto, também está vinculado aos limites impostos pelas mesmas normas que o elegeram como fiscal e decisor, mas como esses limites, muitas vezes, não estão suficientemente claros nas normas, ensejando a possibilidade de interpretação das mesmas, muito se discute sobre quais são os limites dessa interpretação, como veremos no próximo capítulo.

O controle jurisdicional das liberdades públicas e privadas, mesmo que em última instância, é uma necessidade das sociedades que pretendem ser democráticas de direito, evidentemente o Poder Judiciário, tanto quanto os outros, não é perfeito e está sujeito às influências perniciosas de paixões e interesses pessoais e mesmo políticas, o que se espera dos juízes é que se mantenham minimamente fiéis aos ditames constitucionais, especialmente aos direitos fundamentais, que deverão balizar suas decisões, assim, desde que sigam esse ideário, entendemos ser perfeitamente possível o controle jurisdicional da liberdade de comunicação, inclusive a prévia, que não se configura como censura, como vimos.

Nesse sentido magistras são as palavras de René Ariel Dotti citadas acima.

CAPÍTULO 3 - CONFLITO ENTRE OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO E OS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS

Apresentamos aqui breve comparação, dentro de um conceito multicultural, como a liberdade de comunicação é tratada na França e nos Estados Unidos, bem como analisamos a possibilidade de conflito entre direitos constitucionais e, em sendo eles possíveis, qual a forma mais adequada para solucionar o problema no Brasil.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2001, p. 162-163) diferenciam colisão e concorrência entre direitos fundamentais sendo que: “Há colisão de direitos fundamentais quando, *in concreto*, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular.” e “Ocorre concorrência, [...], quando o titular de direito pode se valer de pelo menos dois direitos fundamentais contra a mesma intervenção estatal, ou visto da perspectiva da intervenção, quando esta atingir dois direitos fundamentais de um mesmo titular.”

Tanto quanto os demais direitos fundamentais, o de comunicação está sujeito a limites e quando não houver disposição expressa, esses limites serão ditados pela colisão dos direitos de igual hierarquia que então se limitarão reciprocamente, “observando-se a regra, extraída por indução, de máxima observância e mínima restrição dos direitos fundamentais envolvidos.”, sendo que “a veiculação de notícias e a formulação de crítica, em regra, encontram reparo nos direitos fundamentais pertinentes às prerrogativas pessoais, ou seja, a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem do indivíduo.” (NUNES JÚNIOR, 1997, p. 62)

Trataremos especificamente em nosso trabalho dos casos de colisão (conflito) entre direitos constitucionais.

3.1 Multiculturalismo e a liberdade de comunicação

O mundo é habitado por diferentes povos, que dentro de determinado espaço geográfico construíram as próprias culturas, onde professam diferentes línguas, costumes, religiões, formas de pensar que foram construídas ao longo de sua história e que influenciaram a forma como instituíram sua política, leis e forma de viver.

Conforme o mundo torna-se mais compacto, as vizinhanças multiétnicas e multirreligiosas e as fronteiras mais porosas, o isolamento que protegia as civilizações e os grupos humanos uns dos outros vai se perdendo, proporcionando um contato cada vez mais intenso e há países em que predomina o multiculturalismo porque é uma doutrina que surgiu

não por prazer, mas por necessidade de sobrevivência do coletivo, “tolerar não é gostar da diferença, mas é aprender a suportá-la”, a doutrina multiculturalista evoca o direito das minorias se expressarem dentro de um contexto republicano em que se preserva a liberdade de expressão, o que não ocorre no mundo Islâmico, afirmou Jacques Wainberg (2012).

“A palavra multiculturalismo tem geralmente uma conotação positiva: refere-se à coexistência enriquecedora de diversos pontos de vista, interpretações, visões, atitudes, provenientes de diferentes bagagens culturais.”, afirma Roberto Fernández (1999, p. 84), mas também pode ter seu oposto pernicioso com uma “[...]tendência ao fechamento ou bloqueio cultural, a falta de vontade, ou capacidade, para transcender os limites de sistemas construídos, ignorando o que acontece além de seus muros, a potencial criação de um modelo humano incompleto, limitado, estreito e fundamentalmente pobre.” (1999, p. 85)

O multiculturalismo implica na convivência, nem sempre pacífica, entre culturas diferentes que representam a maioria em determinados países e a minoria em outros, seja dentro das fronteiras de um país determinado ou entre os países.

Essa dificuldade de convivência e a intolerância multicultural certamente foi um dos motivos que levaram ao ataque do jornal francês Charlie Hebdo.

A França, tida como tradicional berço das liberdades públicas desde a queda da Bastilha e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, tem privilegiado e defendido a liberdade de expressão, pelo menos para os cidadãos franceses.

Arthur Asseraf (2015) nos lembra que na época do colonialismo francês a liberdade de expressão foi negada aos “súditos da república”, leis passadas pelo Parlamento em 1881 e ainda em vigor em 2015, não davam, em especial aos muçulmanos, o direito à liberdade de se expressarem livremente, como o davam aos franceses e afirma: “a emergência da liberdade de expressão francesa ocorreu ao mesmo tempo que a violência, a islamofobia e o racismo colonial. A França nunca foi um farol da liberdade de expressão inequívoco, especialmente no que toca a muçulmanos.”

Charbonnier, um dos caricaturistas mortos no ataque ao Charlie, defendeu o direito de seu jornal, pelas leis francesas que garantem a liberdade de expressão, a difundir caricaturas grosseiras e obscenas do fundador do islã, tendo sido o semanário processado por várias organizações muçulmanas francesas, acusado de publicar charges racistas, mas foi sempre absolvido. (DAHLBURG, 2015)

Após o ataque sofrido, Luz o principal cartunista do Charlie Hebdo que sobreviveu, declarou que não faria mais charges com o profeta Maomé – “Não vou desenhar mais a personagem de Maomé, ele não me interessa mais”. (G1, 2015)

Essa dificuldade de convivência multicultural na França também pode ser comprovada por reiteradas proibições voltadas especialmente aos muçulmanos naquele país, como a proibição de símbolos religiosos nas escolas públicas em 2004 e a proibição do uso do véu integral (burca) em 2011 e, recentemente a proibição por vários municípios franceses do uso do “burkini”, considerado pela Amnistia Internacional como “[...] discriminatória e um ataque à liberdade de expressão e religiosa das mulheres [...]”. (LUSA, 2016)

Entretanto esse seu passado, a França tem protegido a liberdade de expressão e em especial as dos meios de comunicação, como consta da declaração de 1789, art. 11 e na Constituição de 1793, art. 7º, como citamos acima à página 37, que foram ratificadas pela constituição atual francesa de 1958 em seu preâmbulo e, conforme seu artigo 34, remete à lei a fixação das regras quanto aos direitos civis, às garantias fundamentais e às liberdades públicas, bem como a liberdade, o pluralismo e a independência das mídias:

Article 34⁴

Modifié par LOI constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet... - art. 11

La loi fixe les règles concernant :

-les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;

Nos Estados Unidos a liberdade de expressão é protegida pela 1ª Emenda à constituição daquele país:

EMENDA I

O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.

Como se vê a constituição não se refere diretamente ao direito à liberdade de expressão *lato sensu*, referindo-se, numa construção aberta à “liberdade de palavra, ou de imprensa”. Seguindo a tradição americana de privilégio às liberdades individuais e de autogoverno dos cidadãos, a liberdade de se manifestar sobre qualquer assunto naquele país é garantida mesmo que eles sejam polêmicos, como racismo, homossexualidade, sexismo etc.,

⁴ Editado pela Lei Constitucional n° 2008-724, de 23 de julho ... - art. 11

A lei estabelecerá as regras relativas:

- Aos Direitos civis e as garantias fundamentais reconhecidas aos cidadãos para o exercício das liberdades civis: a liberdade, o pluralismo e meios de comunicação independentes; das obrigações impostas de Defesa Nacional para os cidadãos na sua pessoa e seus bens; (Tradução nossa)

sob o argumento, inclusive, de que a livre manifestação dessas opiniões contribui para o debate político sobre essas questões.

No Brasil, particular e dissonante, é a opinião de Maria Lúcia Karam, que também concorda com uma liberdade de expressão que envolva até mesmo o discurso do ódio seja preservada, conforme citamos à página 38.

Nesse sentido, notórias são as frequentes manifestações públicas racistas da Ku Klux Klan nos Estados Unidos, como noticiou o site “Terra”⁵ em 18 de julho de 2015: “Ku Klux Klan protesta contra remoção da bandeira confederada”, ocasião em que integrantes da manifestação xingaram afro-americanos que passavam pelo local, tudo sob o impassível olhar da polícia e da justiça.

Não obstante essa liberdade de manifestação “de palavra”, a imprensa recebe desde 1964, proteção diferenciada quando se refere a pedidos de indenização por calúnia de figuras públicas, quando publicam algo a respeito dessas pessoas.

Em 1964, no famoso pleito *New York Times vs. Sullivan*, a Suprema Corte determinara que uma figura pública não pode receber indenização por calúnia a menos que prove não só que o que foi publicado a seu respeito é falso, mas também que foi publicado com “malícia efetiva”, ou seja, com a ciência de que a informação era falsa ou com “temerária desconsideração” pela sua veracidade. (DWORKIN, 2006, p. 268)

Essa decisão modificou o entendimento anterior da Corte que não exigia a prova da “malícia efetiva” ou “temerária desconsideração”, bastando, para obter uma indenização que se provasse que a informação era falsa, como, aliás, ainda é o entendimento se o envolvido não é figura pública.

Nos Estados Unidos as indenizações são milionárias e podem levar à falência empresas jornalísticas – “[...] *Time* corria o risco legal de ter de pagar uma indenização de 50 milhões de dólares [...]” (DWORKIN, 2006, p. 272), e essa decisão praticamente imunizou os meios de comunicação das responsabilidades por seus erros, devido à grande dificuldade em se provar a “malícia efetiva” ou a “temerária desconsideração” da veracidade dos fatos por parte da imprensa, mas por outro lado deixou a imprensa mais livre para divulgar fatos sobre figuras públicas, especialmente políticas, sem o temor de ter que enfrentar longas e caras batalhas judiciais e, ao final ainda pagar polpudas indenizações, pela divulgação de fatos que hajam publicado de boa-fé como verdadeiras.

⁵ Disponível em: <<https://noticias.terra.com.br/mundo/estados-unidos/ku-klux-kan-na-manifesta-nos-eua-contra-retirada-de-bandeira-confederada,3e96c03668c845ee8cca28eff7884ec4v748RCRD.html>> Acesso em: 05 jan. 2017.

No Brasil, apesar de uma tendência de privilégio à liberdade de expressão e comunicação, especialmente quando envolve figuras públicas, também são expressamente protegidos pela nossa Constituição os direitos personalíssimos, como estamos demonstrando nesse trabalho e concluiremos abaixo, e, possível a obtenção de indenização judicial sem a regra da “malícia efetiva” ou “temerária desconsideração”, entretanto é praxe nos nossos tribunais que as indenizações não podem gerar enriquecimento sem causa, portanto não são milionárias como nos Estados Unidos a ponto de os órgãos de mídia correrem o risco de falência.

A liberdade de expressão tem diferentes amplitudes e sofre influência direta das diferentes culturas e o grande desafio tem sido conseguir a convivência pacífica das diferenças, cada qual quer impor suas verdades aos outros baseadas em justificativas diversas, sejam ou não, essas justificativas, compatíveis com os direitos humanos da maioria.

A declaração dos direitos humanos foi repelida pelos antropólogos, uma vez que sendo universalista não respeita as diferenças culturais, tendo um fundamento judaico/cristão e liberal que não se coaduna com os costumes culturais de outras minorias, em especial dos muçulmanos, que também a rejeitaram e elaboraram uma própria, baseada em suas tradições. Os muçulmanos, em sua maioria, não têm nenhum pudor em disseminar o ódio cego contra a cultura ocidental e não se importam nem um pouco em querer impor a sua verdade cultural. (WAINBERG, 2012) Entretanto, também não deixam de estar errados.

O domínio e a disseminação da cultura ocidental sobre o mundo vêm impondo seu entendimento sobre os direitos fundamentais do homem e isso se reflete também sobre a liberdade de expressão, até que ponto temos o direito de nos expressar mesmo que isso ofenda gravemente alguma minoria, mesmo que tida por nós como radical, o ocorrido no jornal francês foi bárbaro, mas também ofensivas e de extremo mal gosto as charges publicadas por aquele semanário e não só contra a religião muçulmana, mas também já o haviam feito em desrespeito a outras religiões.

Respeito é a palavra chave para se encontrar um ponto de convivência pacífica entre as diferentes culturas e esse deve ser o limite entre as liberdades, inclusive a de expressão e comunicação.

3.2 Conflito aparente entre normas constitucionais

Com raríssima exceção⁶, os direitos fundamentais não são absolutos e em não sendo absolutos encontrarão em outros direitos fundamentais limites para o seu alcance, quando então poderão entrar em um aparente conflito, aparente uma vez que não há hierarquia entre normas constitucionais, como veremos.

O caráter não absoluto dos direitos fundamentais hoje é amplamente aceito, como nos demonstra Cláudio Chequer:

Essa ideia de direito fundamental como um direito absoluto ou ilimitado, não admitindo restrições, hoje, encontra-se superada. Como ensina Fernández Segado, “[...] o caráter limitado dos direitos é hoje uma evidência que não admite contestação alguma”.

A visão dos direitos fundamentais como direitos limitados ou restringíveis decorre especialmente do caráter universal ou geral dos direitos fundamentais e da necessária coexistência desses direitos entre si ou com outros bens jurídicos constitucionais protegidos. Como assevera Jean-François Renucci, se os direitos fundamentais forem considerados absolutos, essa ideia conduziria a uma profunda ineficácia, impondo-se a sua limitação por questões até mesmo pragmáticas. Ou, como afirmou a Corte Constitucional da Itália, “[...] o conceito de limite é inerente ao conceito de direito e, no conjunto do sistema jurídico, as diferentes situações de direito devem necessariamente limitar-se reciprocamente, a fim de que possam coexistir em uma comunidade civil bem ordenada”. (2011, p. 43-44)

Esse caráter não absoluto entre direitos fundamentais já era o que apregoava René Ariel Dotti quando de sua discussão sobre as limitações entre direito à vida privada e intimidade e direito à informação:

As limitações reciprocamente impostas não resultam da hierarquia entre as liberdades em conflito – posto não ser adequado um critério de superposição – mas das circunstâncias que interferem em cada situação concreta. Em algumas delas, deve ser considerado prevalente o direito à intimidade; em outras, deve se ter com prioritário o direito à informação.

Não é possível tratar o problema em termos absolutos posto que sob tal perspectiva, o direito à privacidade e à liberdade de informação se excluem em face da tendência material de cada um levar à destruição do outro. (1980, p. 181)

Também era esse o pensamento de Norberto Bobbio (1992, p. 42) ao comentar sobre o caráter não absoluto dos direitos do homem, uma vez que o autor entende “por ‘valor

⁶ Considerando que a Constituição não prevê nenhuma forma de excepcionamento para quebra desses direitos podem ser considerados absolutos os de não ser torturado, o de não receber tratamento desumano ou cruel, de não ser escravizado e o da não extradição do brasileiro nato.

absoluto' o estatuto que cabe a pouquíssimos direitos do homem, válidos em todas as situações e para todos os homens sem distinção.” Afirma que essa situação só ocorre em raras exceções quando não há concorrência com outros direitos igualmente fundamentais, como por exemplo o direito de não ser escravizado ou de não ser torturado. Afirma ainda que quando ocorrer de dois direitos se enfrentarem:

[...] não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante. Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente.

Afirma ainda o autor ser sempre “uma questão de opinião estabelecer qual ponto em que um termina e o outro começa”, sendo a delimitação da abrangência dos direitos fundamentais extremamente variável, não podendo ela “ser estabelecida de uma vez por todas.”

Não sendo então os direitos fundamentais absolutos poderão entrar em conflito (colisão) ou concorrerem entre si.

Quando isso ocorrer um esforço hermenêutico necessitará ser exercido já que esses direitos fundamentais são igualmente protegidos pela Constituição e gozam de igual hierarquia, como se referiu Gilmar F. Mendes:

Como observado, a liberdade de expressão artística e intelectual pode colidir com o direito à inviolabilidade da intimidade e da imagem ou outras manifestações do direito de personalidade de eventual atingido.

A questão embaraçosa refere-se ao valor que há de prevalecer. Formulada de forma explícita: quais seriam as possibilidades de solução em caso de conflito entre a liberdade de opinião e de comunicação ou a liberdade de expressão artística (art. 5.º, IX, da CF/1988 [LGL 1988\3]) e o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (art. 5.º, X, da CF/1988 [LGL 1988\3])? (1997, p.2)

Decorre das palavras do Ministro Gilmar Mendes, acima citadas, que os princípios e garantias fundamentais, mesmo fundamentados de forma explícita na nossa Constituição, não são absolutos e, ao entrarem em conflito, um terá que ceder espaço para o outro, a fim de que se possa harmonizá-los, já que seria ilógico que houvesse precedência entre eles. Essa lógica fica clara quando verificamos que não há liberdades irrestritas ou igualdade absoluta, ambas são relativas quando se apresentam no mundo fático.

Oscar Vilhena Vieira nos dá uma ideia desse relativismo das liberdades quando escreve:

Poucos valores têm atraído tanto o imaginário das pessoas como a idéia (sic) de *liberdade*, seja no plano subjetivo ou político. Dos monges budistas ao movimento *hippie*, passando pela heróica (sic) figura de Gandhi ou pela épica imagem de um jovem estudante chinês solitariamente enfrentando uma fileira de tanques na Praça da Paz Celestial, em Beijing, em 1989, todos estão perseguindo algum tipo de liberdade. Banqueiros e "sem-terras" também clamam pela liberdade. Moradores dos morros e dos bairros mais afastados das grandes cidades do Brasil também reivindicam a liberdade de poder caminhar sem medo de serem mortos ou assaltados. É evidente que todas essas pessoas não podem estar falando da mesmíssima coisa. Isto porque muitos são os conceitos de *liberdade*. (2006, p. 133-134)

Em seguida, esclarece que, quando o homem resolve viver em sociedade e cria algum sistema de regramento de ações das pessoas, ou seja, estabelece a ordem por meio de normas constitucionais, “surge o problema de quanta liberdade será deixada ao indivíduo para que ele determine o curso de sua existência [...]”. “Por mais liberdade que se busque conferir aos indivíduos, jamais será possível aceitar, dentro da sociedade, uma liberdade absoluta.” (2006, p. 137-138) E afirma:

Para autores como Locke, Montesquieu, Madison ou Constant o exercício do poder de Estado só poderá ser considerado legítimo quando não se impuser sobre todas as esferas de nossa existência, porém apenas sobre aquelas indispensáveis para permitir o maior grau de liberdade individual possível aos indivíduos. Este maior grau de liberdade possível para um indivíduo deve limitar-se apenas pelo exercício de igual liberdade por parte dos demais membros da comunidade, como dirá Kant. A distribuição de esferas de liberdade deve se dar a partir de uma equação em que sejam dispostas de modo a não permitir que a liberdade de um interfira na liberdade do outro. (2006, p. 138)

Podemos concluir que nossa liberdade vai até onde começa a do outro.

Se todas as liberdades fossem absolutas elas se anulariam e então não teríamos liberdade alguma, assim, quando ocorre o conflito entre essas liberdades será necessário que alguém decida, para se manter a ordem, qual é o limite delas no caso em que se apresenta, pois seria muito difícil o legislador positivar todas as situações que poderiam ocorrer no mundo dos fatos relacionais interpessoais.

No nosso sistema normativo, essa atribuição se confere ao Poder Judiciário e, em última instância, ao Supremo Tribunal Federal, art. 102 da CF. A dúvida que se coloca é como fazê-lo, como chegar a uma conclusão de qual princípio ou direito constitucional deve

prevalecer no caso concreto para se garantir os direitos fundamentais de todas as partes envolvidas de forma justa.

3.3 Formas de resolução quando do conflito aparente entre normas constitucionais

Sempre serão passíveis de correção os abusos eventualmente praticados no exercício das liberdades constitucionalmente protegidas, ficando a incumbência do exame, análise e correção ao Poder Judiciário, podendo o judiciário agir preventivamente ou posteriormente como vimos anteriormente.

Luís Roberto Barroso (2002, p. 264-265) afirma que o direito é um sistema de normas harmonicamente articulada, não podendo uma situação ser regida por duas disposições legais que se contraponham, sendo que tradicionalmente, para resolver tal conflito o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da hierarquia, o temporal e o da especialização conforme Norberto Bobbio.

No estudo da interpretação jurídica das normas constitucionais, Canotilho (1993, p. 226-229) enumera seis princípios que devem ser considerados:

1. Princípio da Unidade da Constituição: por esse princípio o autor afirma que ao interpretar a constituição isto deve ser feito “[...] de forma a evitar contradições (antinomias e antagonismos) entre as normas.” o intérprete é obrigado “[...] a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão (cfr. supra, Cap. 2.7D-IV) existentes entre as normas constitucionais a concretizar [...]”. Assim as normas constitucionais não podem ser consideradas “[...] como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.” Sobre esse princípio Sarlet (2014, p. 222) observa que o mesmo representa talvez mais um objetivo da interpretação e afirma “que a unidade da constituição somente poderá ser considerada na prática quando articulada com métodos e princípios da interpretação, [...]”, tais como: o sistemático, os princípios do efeito integrador, da concordância prática (ou da harmonização) e da ponderação.

2. Princípio do efeito integrador: “[...] o princípio do efeito integrador significa precisamente isto: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.” Aqui Sarlet (2014, p. 223) chama atenção para a advertência de Konrad Hesse de que mediante o uso desse princípio não se pode ultrapassar os limites da

interpretação constitucional, ou seja, “não se legitima resultado obtido por meio de caminhos que não sejam condizentes com os parâmetros estabelecidos pela própria constituição.”

3. Princípio da máxima efetividade ou princípio da eficiência ou interpretação efetiva: aqui se deve atribuir a uma norma constitucional o sentido que maior eficácia possa lhe ser dada. Sarlet, inspirado nas palavras de Barroso, afirma que: “O tema da eficácia e efetividade da constituição relaciona-se com o plano da concretização constitucional, no sentido da busca da aproximação tão íntima quanto possível entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.” (2014, p. 229)

4. Princípio da justeza ou da conformidade funcional: este princípio determina que quando da concretização da constituição, deva-se obedecer a “[...] repartição de funções constitucionalmente estabelecidas.”, em suma determina que deva ser respeitada a separação dos poderes, fazendo o autor referência direta ao Poder Judiciário ao afirmar que: “o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido (EHMKE).”, entretanto adverte que: “Este princípio tende, porém, hoje, a ser considerado mais como um princípio autônomo de competência do que como um princípio de interpretação da constituição.”

5. Princípio da concordância prática ou da harmonização: o autor inicia advertindo que este princípio “[...] não deve divorciar-se de outros princípios de interpretação já referidos.” e o explica dizendo que o mesmo “[...] impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.” e afirma:

O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens. (CANOTILHO, 1993, p. 228)

Inocência Mártires Coelho afirma que:

A constituição não estabelece critérios para a harmonização, já que se arranca do pressuposto de que inexistente hierarquia entre as normas constitucionais, de tal sorte que, na sua realização, a noção de concordância prática (harmonização) não se concretiza senão mediante avaliações mais ou

menos subjetivas do intérprete quando do ato da interpretação e aplicação. (2011, p. 162 apud SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 223)

6. Princípio da força normativa da Constituição, aqui o autor afirma que:

Na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a «actualização» normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência. (CANOTILHO, 1993, p. 229)

Segundo Sarlet esse princípio está relacionado com o princípio da máxima eficácia e efetividade, mas com eles não se confunde integralmente, “pois o que está em causa não é apenas a óptima realização do programa normativo, assegurando a sua máxima realização no plano dos fatos, [...]”, mas possibilitar, por meio da interpretação, a atualização da constituição, levando-se em consideração as “possibilidades históricas e condições em processo de câmbio permanente”, conforme Hesse, “sem lhe imprimir a sua máxima concretização e força jurídica (eficácia e efetividade).” (2014, p. 229-230)

Conforme podemos observar, de acordo com o pensamento de Canotilho não se admite que haja hierarquia ou conflitos entre os dispositivos constitucionais, o intérprete deverá fazer um esforço intelectual de forma a buscar a harmonização entre eles.

Refletindo esse entendimento foi o que disse o Ministro Menezes Direito citando o Ministro Gilmar Mendes, durante a proclamação de seu voto no julgamento da ADPF n. 130/2009-DF:

"no processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou outro princípio de direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. (ADPF n. 130. 2009, p. 86)

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2014, p. 123-130) indicam mais quatro princípios:

1. Princípio da supremacia da Constituição: esse princípio coloca a Constituição “[...] na mais alta hierarquia no interior de nosso sistema normativo.”, ou seja, ela é a “[...] fonte legitimadora de todo o ordenamento jurídico [...]”.

2. Princípio da coloquialidade: por esse princípio entende-se que os termos linguísticos a serem utilizados na constituição não estão ligados somente ao seu caráter

político e jurídico, mas também ao seu caráter de cidadania e assim ela “É dirigida aos indivíduos e não propriamente aos iniciados em direito.”, então “[...] entende-se que os termos da Constituição Federal devem ser utilizados em seu significado idiomático, coloquial, sem tecnicidade.”

3. Princípio da interpretação intrínseca: de acordo com esse princípio a interpretação do texto constitucional deve buscar seu significado e alcance dentro da própria constituição, a não ser que ela mesma autorize essa busca fora dela “[...] com recursos a sistemas ou ordens extranormativas.

4. Princípio da proporcionalidade: “Objetiva a ponderação entre os meios utilizados e os fins perseguidos, indicando que a interpretação deve pautar o menor sacrifício ao cidadão ao escolher dentre os vários possíveis significados da norma.” Busca a justa medida de cada instituto jurídico. Os autores ainda afirmam que como o princípio “[...] importa a aplicação razoável da norma, adequando-se, como dito, os meios aos fins perseguidos.” este “[...] confunde-se com o da razoabilidade, podendo as expressões ser utilizadas em sinonímia.”

Robert Alexy (2008, p. 87) propõe a teoria da ponderação como forma de se resolver problemas difíceis quando ocorrer colisão de princípios, porém, para isso, entende que “A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas”.

Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. (2008, p. 85 grifo nosso)

Ele então irá diferenciar a forma de resolver questões que envolvem regras ou princípios, dizendo que para a solução de conflitos entre regras só poderá ocorrer se for introduzida em uma das regras conflitantes uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se uma das regras for declarada inválida. (ALEXY, 2008, p. 92)

Já para a solução de conflitos entre princípios, não há a possibilidade de inclusão de cláusula de exceção ou da eliminação de um dos princípios, assim a solução será diferente como propõe:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não

significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso. (ALEXY, 2008. p. 93 e 94)

Essa ideia de atribuição de pesos para se verificar qual princípio deverá prevalecer em relação ao outro em um conflito é chamado por Alexy de sopesamento, baseado em um modelo fundamentado e não decisionista que levará a um enunciado de preferência que será obtido de forma racional ao se fazer a ponderação entre eles. (2008, p. 163-165)

A ponderação como forma de resolução de conflitos entre normas constitucionais também é adotada por Luís Roberto Barroso:

De acordo com o princípio da unidade hierárquico-normativa, normas da Constituição originária jamais podem ser consideradas inválidas, nem o intérprete pode deliberadamente escolher uma para prevalecer sobre as demais. A Constituição, como se sabe, é um documento dialético, fruto de um compromisso político, e que, por isso mesmo, abriga princípios e direitos potencialmente conflitantes. Quando surgem efetivamente situações de conflito – como, *e.g.*, as que contraponham o princípio da livre iniciativa e o da intervenção do Estado no domínio econômico, ou o direito de propriedade e o princípio da função social da propriedade – cabe ao intérprete buscar a conciliação possível entre as proposições aparentemente antagônicas, procedendo a uma *ponderação de valores*.

A ponderação de valores é técnica pela qual o intérprete procura lidar com valores constitucionais que se encontrem em linha de colisão. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. (2002, p. 265)

Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que a partir da década de 1990 o “recurso ao princípio da proporcionalidade e ao juízo de ponderação se firmou na jurisprudência não somente do Supremo Tribunal Federal como dos demais órgãos jurisdicionais brasileiros, [...]”, logo após a publicação de “estudos pioneiros sobre a o princípio da proporcionalidade na jurisdição constitucional”, quando então “notou-se uma eclosão de julgados e de estudos em torno do assunto.” (2008, p. 363)

Contudo, a principiologia de Alexy, sua ideia de sopesamento e ponderação são duramente criticadas por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, como um sistema excessivamente aberto e passível de excessiva discricionariedade.

Abandonando a visão valorativa, autores como Alexy procuraram racionalizar a proporcionalidade e a proposta da ponderação, elaborando uma teoria principiológica dos direitos fundamentais. [...] A proposta de Alexy insere na ponderação, além do sopesamento axiológico propriamente dito, elementos fáticos ligados ao caso concreto. Mas, em ambos os casos, falta uma medida objetiva, cientificamente comprovada para a ponderação, por mais rebuscados que pareçam os modelos apresentados por Alexy e seus seguidores.[...] É necessário entender que, a partir do momento em que começa a subjetividade na interpretação (o que sempre ocorre na ponderação *stricto sensu*), o julgador excede os limites de seu poder, pois apresenta como eventualmente inconstitucional uma norma que simplesmente não é de seu agrado.[...] Nem a doutrina nem o Poder Judiciário são detentores de uma balança de precisão (“ponderômetro”!) que permitiria medir e comparar direitos. Persistir em tal crença, como o faz parte da doutrina, aplaudida pelos órgãos da justiça constitucional, que vêm na proporcionalidade *stricto sensu* um meio para ampliar seus poderes de criação do direito, prejudica a credibilidade da dogmática jurídica e a estrutura do Estado constitucional. (2012, p. 212 e 213)

Dimitri e Martins (2012, p. 162-163) propõem como solução para casos de colisão, ou seja, aqueles em que no caso *in concreto*, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculize, afete ou restrinja o exercício de um direito fundamental de outro titular entre direitos fundamentais, a utilização de duas ferramentas: “a *interpretação sistemática da Constituição*, isto é, sua interpretação enquanto conjunto, que permite levar em consideração todas as disposições relacionadas com o caso concreto e entender quais são os parâmetros que o constituinte mesmo estabeleceu” e “o *critério da proporcionalidade*, [...]”.

Caso a *interpretação sistemática da Constituição* não seja suficiente para dar resposta à colisão dos direitos fundamentais, dever-se-á então lançar mão do *critério da proporcionalidade*.

A aplicação do critério da proporcionalidade constitui uma ponderação *lato sensu* (Abwägung im 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 jurídicos. A ponderação é meramente fática, ocorrendo, como veremos, entre fins e meios juridicamente possíveis.

Do ponto de vista de seu conteúdo, o exame de proporcionalidade deve ser realizado em *quatro* passos sucessivos. (DIMOULIS; MARTINS, 2012 p. 187)

Os quatro passos propostos por Dimoulis e Martins (2012, p. 188-208) são: Lícitude do propósito perseguido, Lícitude do meio utilizado; Adequação do meio utilizado e Necessidade do meio utilizado que em sendo devidamente empregados deverão dar resposta à colisão ocorrida.

No primeiro passo o operador do direito realizará um procedimento duplo: “(a) interpretar e definir o real propósito da autoridade estatal (ou demais agentes no exercício de funções estatais ou equivalentes) e (b) verificar se se trata de um propósito lícito.”

No segundo passo vai-se avaliar a “[...] idoneidade apriorística ou isolada do meio empregado em relação à sua licitude”, aqui se verifica se o meio utilizado para dar solução ao caso não é “[...] reprovado pelo ordenamento (legal) constitucional”, independentemente de sua relação com o fim perseguido.

No terceiro passo os autores propõem que seja avaliada “a relação entre o meio (intervenção) e o propósito por ele perseguido.” Aqui irá se verificar se o meio utilizado para a solução do problema, a intervenção feita pelo poder estatal para solucioná-lo, guarda “[...] uma conexão fundada em hipóteses comprovadas sobre a realidade empírica entre o estado de coisas conseguido pela intervenção e o estado de coisas no qual o propósito puder ser considerado realizado.”

Nesse ponto os autores fazem uma distinção do emprego desse passo em casos fáceis e difíceis.

Nos casos fáceis, essa conexão empírica intermediada por hipóteses comprovadas será fácil de demonstrar por estudos científicos e estatísticos, feitos em circunstâncias anteriores que podem ser aplicadas ao caso em exame, e cita um exemplo de limitação de velocidade em determinada via, impostas pelo Estado, que tem por finalidade diminuir o número de acidentes de trânsito, quando então a conexão entre o meio utilizado (limitação da velocidade) e o propósito perseguido (diminuição do número de acidentes) é facilmente demonstrável.

Nos casos difíceis, essa comprovação ficará bem mais complicada, tendo certa margem de indeterminação que, entretanto, deve ser aceitável e não totalmente aleatória ou discricionária, sendo o prognóstico dos resultados perseguidos, quando não possíveis de serem comprovados cientificamente, basearem-se em prognósticos de especialistas e peritos, e, quando, ainda assim, houver divergências ou fortes controvérsias sobre os propósitos de determinada medida e dificuldade técnica, científica ou outra em avaliar a adequação do meio escolhido e utilizado, a decisão, segundo os autores, deverá fazer parte do poder discricionário do legislador, que é de natureza política e que deverá assumir a responsabilidade da escolha. Entretanto essa escolha não afastará “[...] a competência fiscalizadora-revisional das autoridades jurisdicionais, responsáveis pelo controle de constitucionalidade.” Os autores exemplificam como casos difíceis o sistema de cotas nas universidades públicas e a fixação de

pena cominada ao roubo de 4 a 30 anos como adequada para tutelar o direito fundamental à propriedade, à integridade física e à vida.

E por fim o quarto passo irá se verificar se o meio utilizado para a resolução da colisão é,”[...] em última instância, proporcional ao(s) propósito(s) perseguido(s).”, considerando-se que o critério da proporcionalidade tem por finalidade poupar a liberdade tutelada pelo direito fundamental ao máximo possível. Aqui os autores propõem que se faça a verificação da possibilidade de substituição do meio utilizado por outro meio alternativo, que deverá ser menos gravoso para o titular do direito que sofre limitação de seu direito fundamental e que ele deve ter eficácia semelhante ao meio escolhido pela autoridade estatal, permitindo alcançar o estado de coisas no qual o propósito possa ser considerado realizado.

“Em resumo, dentre todos os meios que permitem alcançar os propósitos lícitos, somente o que gravar o direito fundamental com menor intensidade será o necessário. Todos os demais são desnecessários, sendo desproporcionais.”

Nesse ponto vamos encontrar outra discordância entre os autores, especificamente sobre a diferença entre proporcionalidade e razoabilidade, entendendo alguns serem princípios autônomos e outros serem sinônimos.

O princípio da proporcionalidade teria se originado no direito administrativo prussiano e o da razoabilidade na tradição anglo-americana, e em suas formas iniciais guardavam uma “íntima vinculação com a ideia de um controle dos atos do Poder Público, buscando precisamente coibir excessos de intervenção na esfera dos direitos dos cidadãos, evoluindo, todavia, para servir de critério de aferição também da legitimidade constitucional dos atos legislativos e mesmo de decisões judiciais.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 226)

Barroso (2002, p. 266-267) refere-se ao princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, como uma dos mais relevantes fundamentos da interpretação constitucional, afirma remontar o direito constitucional americano se consolidando nos países de tradição romano-germânica, foi impulsionado pela doutrina e jurisprudência alemã, tendo sido acolhido pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

O princípio da razoabilidade é um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa, visando a assegurar a racionalidade e o equilíbrio, impedindo o arbítrio e o capricho. Permite ao Judiciário invalidar atos emanados do Poder Público quando: (a) não haja relação de adequação entre o meio empregado e o fim visado; (b) a medida não seja necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado, com menor ônus para o direito individual (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a medida importe

em sacrifício de bem jurídico tão ou mais relevante do que o protegido. (2002, p. 267)

Barroso coloca a proporcionalidade como uma das fases de aplicação do princípio da razoabilidade e admite a aplicação da proporcionalidade *stricto sensu*, no exame do conflito entre as normas constitucionais, o que é rechaçado por Dimoulis e Martins.

Discordando de Barroso, André Ramos Tavares (2012, p. 783), citando Humberto Ávila e Raphael Queiroz, diferencia proporcionalidade de razoabilidade, para Queiroz: “A diferença reside na classificação e nos elementos constitutivos desses princípios, já que a razoabilidade é mais ampla que a proporcionalidade.” e para Ávila, enquanto a proporcionalidade “implica uma relação de causalidade entre meio e fim, a razoabilidade não contém, em si, uma referência dessa magnitude.”

Essa também é a posição de Ingo W. Sarlet que afirma: “[...] proporcionalidade e razoabilidade, a despeito dos pontos de contato, não podem ser equiparadas.” (2014, p. 227)

O princípio da proporcionalidade como instrumento de interpretação judicial, segundo Tavares (2012, p. 780) “[...] abarca três necessários elementos, quais sejam: 1) a conformidade ou adequação dos meios empregados; 2) a necessidade ou exigibilidade da medida adotada e 3) a proporcionalidade em sentido estrito.”, sendo que a proporcionalidade em sentido estrito equivale à ponderação jurídica dos dois primeiros elementos.

Ingo W. Sarlet, referindo-se aos três elementos citados acima em relação ao princípio da proporcionalidade, o coloca como uma estrutura de controle em três níveis:

[...] de acordo com os critérios da adequação ou da conformidade (a medida interventiva deve ser apropriada, no sentido de tecnicamente idônea, a promover os fins pretendidos), da necessidade ou da exigibilidade (a medida deve ser, dentre as disponíveis, a menos restrita possível) e da assim chamada proporcionalidade em sentido estrito, onde se processa a ponderação propriamente dita, ou seja, a verificação de se a medida, embora adequada e exigível, é mesmo proporcional e preserva uma relação de “justa medida” entre os meios utilizados e o fim almejado. (2014, p. 226-227)

A proporcionalidade em sentido estrito é rechaçada por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins que não admitem a proporcionalidade que classificam como *stricto sensu* por conter a ponderação a considerando como excessivamente discricionária, como vimos acima.

Segundo André R. Tavares (2012, p. 783-787) “Os Tribunais brasileiros têm fundamentado suas decisões na noção de proporcionalidade, embora, como observa CELSO RIBEIRO BASTOS, ‘(...) não se refiram a ela de modo expresse e em outras a apliquem de

forma inconsciente” e em seguida exemplifica com alguns julgados para demonstrar sua afirmação.

O princípio da ponderação aparece em importante caso julgado pelo STF em que o candidato a presidência Antony Garotinho teria conversas telefônicas suas divulgadas pela Rede Globo de televisão, conversas essas obtidas de forma ilegal, mas que dariam conta de assunto de relevante interesse público, pois conteriam provas de caso de corrupção envolvendo o então candidato à presidência.

A tensão dialética permanente entre a liberdade de informação, de um lado, e a proteção à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas é, sabidamente, o pano de fundo mais frequente das especulações doutrinárias e pretorianas acerca da ponderação de interesses, como técnica de solução da colisão entre princípios e garantias constitucionais. [...]

O interesse coletivo, a meu ver, porque vivemos em uma sociedade aberta, sobrepõe-se ao interesse individual. Não posso admitir que alguém – repito – que se coloque como candidato a um cargo de direção, como o de Presidente da República, simplesmente receie que alguma coisa venha à balha e acabe prejudicando a campanha. Ao contrário, o interesse maior está na elucidação, na divulgação – eu mesmo, como cidadão-eleitor, estou curioso quanto a essas fitas -, [...] (sic) (STF, Pet. 2.702-MC/RJ, p. 820 e 832, grifo nosso)

Nesse caso, os ministros deram maior peso ao direito, constitucionalmente protegido da vida privada e terminaram, apesar de não de forma unânime, decidindo pela proibição da divulgação das informações pela Rede Globo de televisão, privilegiando assim a garantia constitucional da vida privada, em detrimento da garantia constitucional da liberdade de comunicação e informação.

Apesar de a discussão nesse caso ter girado em torno do embate entre direitos fundamentais e acabar sendo decidido pela utilização do método de Alexy, sopesando-se os direitos e por fim dando maior peso ao direito da vida privada, mesmo que de forma empírica, ou seja, os ministros não aplicaram a teoria da ponderação e sopesamento de forma técnica e científica, apenas fizeram referência a ela e após alguma fundamentação decidiram por um dos direitos por maioria; havia um componente específico que poderia ter impedido que se chegasse ao ponto da utilização da ponderação *stricto sensu*, que era o fato de as gravações terem sido obtidas de forma ilegal, ou seja, sem autorização judicial. Esse fato já tornaria a divulgação de tais informações ilegais e assim, poderia ter sido decidido o caso com base nesse fato, sem necessidade de se chegar ao debate sobre o conflito entre direitos fundamentais.

A ponderação também aparece como forma de resolução dos conflitos entre direitos fundamentais em Chequer (2011, p. 93-95), entretanto apresenta três correntes doutrinárias como forma de solução ideal entre esses conflitos:

A primeira vertente doutrinária considera que os direitos da personalidade têm um valor absoluto. Em caso de conflito entre os direitos da personalidade e o direito fundamental à liberdade de expressão, a preponderância absoluta daqueles excluiria o direito à liberdade de expressão. Essa corrente tem sido denominada de *regime de exclusão*, justificando-se essa denominação pelo fato de se excluírem os demais direitos, beneficiando, sempre, os direitos da personalidade.

Buscando-se uma segunda linha de interpretação, encontra-se a teoria da *concorrência normativa*. Essa teoria, apesar de reconhecer todos os direitos fundamentais como relativos, considera que, em caso de conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, a liberdade de expressão deve ser considerada sempre como um direito preferencial. [...]

Por fim, objetivando uma terceira linha de raciocínio, encontram-se aqueles que entendem que, em caso de conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, não se pode dar preferência, em abstrato, a um desses direitos, devendo a solução ideal ser extraída do caso concreto a ser analisado, aplicando-se, como solução para o caso concreto, o princípio da ponderação de interesses. (grifo nosso)

Vidal Serrano (1997, p. 85-86) afirma que para a solução da problemática do conflito entre os direitos fundamentais três correntes doutrinárias se desenvolveram:

A primeira do regime de exclusão que dá valor absoluto aos direitos personalíssimos, em detrimento do direito de comunicação, assim, diante de um eventual conflito, este não poderia em hipótese alguma avançar sobre os direitos personalíssimos, voz que já fez coro em nossos Tribunais.

A segunda é o da ponderação, ou seja, ocorrendo o conflito, necessário se fará a análise do caso concreto e poderá haver preponderância de um ou de outro direito, fazendo-se o sopesamento dos direitos envolvidos.

A terceira concepção é da concorrência normativa em que há uma preferência pelo direito à comunicação, uma vez que se reconheceria um “[...] valor social do direito de crítica, alçado, na verdade, à condição de um autêntico pressuposto do sistema democrático.” “[...] um verdadeiro alicerce da instituição opinião pública [...]”, sem, porém, que ele se torne absoluto, possuindo o mesmo “[...] um conteúdo mínimo, um núcleo essencial, onde seria incontornável mesmo pela presença comum de outro direito fundamental como ele em colisão.”

Esse mesmo entendimento é citado por Tadeu Dix (2000, p. 275-286), entretanto após analisar cada um deles, opta por uma posição própria que chama de concepção mista que combina elementos da teoria de ponderação e os da posição preferente:

Nossa proposta de resolução do conflito aludido, requer inicialmente, que, quando da ponderação dos bens jurídicos em colisão, o órgão jurisdicional aprecie necessária e concretamente três condições basilares: *o dever de confirmação da autenticidade da informação divulgada; o inequívoco interesse comunitário da informação na formação da opinião pública; a ofensa concreta à honra, à vida privada, à intimidade e à imagem das pessoas.* (2000, p. 286)

Luigi Ferrajoli (2012, p. 18-19), autor intitulado garantista, também critica o que chama de constitucionalismo argumentativo ou principialista em contraposição ao que denomina de constitucionalismo normativo ou garantista. Por constitucionalismo principialista diz que este “[...] caracteriza-se pela configuração dos direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras, porque dotados de uma normatividade mais fraca, confiada não mais à subsunção, mas à ponderação legislativa e judicial.” e por constitucionalismo garantista aquele que “[...] caracteriza-se por uma normatividade forte, de tipo regulativo, isto é, pela tese de que a maior parte dos (ainda que não todos) princípios constitucionais, em especial os direitos fundamentais, comporta-se como regras, uma vez que implica a existência ou impõe a introdução de regras consistentes em proibições de lesão ou obrigações de prestação que são suas respectivas garantias.”

Em apertada síntese podemos dizer que Ferrajoli (2012, p. 13 e sgts.) critica as teorias dos que chama de principais expoentes do neoconstitucionalismo ou constitucionalismo não positivista como Robert Alexy, Ronald Dworkin, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky e Manuel Atienza, uma vez que suas teorias que incluem ou aceitam a ponderação e balanceamento, sem as necessárias regras objetivas de análise, proporcionam uma excessiva discricionariedade dos juízes e legisladores quando da interpretação dos princípios e regras constitucionais, proporcionando um intenso ativismo judicial.

E diz:

É certo que o ativismo judicial, como afirmou, precisamente, João Maurício Adeodato, é em larga parte uma consequência da inegável vagueza, ambiguidade e, às vezes contradição dos princípios constitucionais, isto é, de um “dado empírico” (p. 169) que não pode ser exorcizado somente porque não reflete o modelo garantista (p. 170). Mas isto não impede que ele possa ser reduzido, juntamente com aquela vagueza, ambiguidade e contradição. A jurisdição, como sustentei inúmeras vezes, é sempre um poder-saber: quanto maior é o saber, menos é o poder e maior é a sua legitimidade; e vice-versa.

O “saber” jurisdicional é assegurado pelo conjunto de garantias substanciais e processuais, que são, igualmente, limites à discricionariedade e, portanto, ao poder dos juízes, a começar pela estrita legalidade, isto é, pela formulação da linguagem legal da maneira mais rigorosa e taxativa possível.

Assim, enquanto o garantismo tem como objetivo a redução do poder judiciário ilegítimo através da redução dos espaços excessivos e patológicos da indeterminação da linguagem legal, o principialismo parece favorecer o seu crescimento. [...]

Mas avançando na análise dos “espaços fisiológicos e insuperáveis de discricionariedade judicial” lamentados por Streck, como inadmissíveis e por mim identificados em *Diritto e ragione*: o poder de qualificação jurídica, poder de verificação factual e o poder de conotação equitativa dos fatos constatados. É fácil mostrar que estes três espaços podem ser reduzidos, graças à introdução de adequadas garantias jurisdicionais, mas não eliminados, não sendo nem podendo o juiz ser “boca da lei”, nem consistindo o juízo em um silogismo perfeito como imaginavam Montesquieu e Beccaria. (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 247-248)

Ingo W. Sarlet, inspirado em Canotilho, apesar de acatar a ponderação ou balanceamento, expressões que toma como sinônimas, adverte que elas nem sempre são necessárias e devem ser utilizadas “de modo comedido e mediante o atendimento de determinados critérios, além de se tratar de operação que reclama particular atenção em termos de uma adequada fundamentação.” (2014, p. 225)

Por fim Humberto Ávila (2015, p. 164-224) entende que a interpretação e aplicação de princípios e regras, como vimos anteriormente, se faz por meio da aplicação de postulados, a que chama de metanormas: “Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas.”, ou seja, “[...] são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios.”

Ávila entende que as normas (princípios e regras) quando interpretadas são regidas por outras normas superiores a estas, normas de segundo grau ou metanormas, os postulados, e explica que:

Alguns postulados aplicam-se sem pressupor a existência de elementos e de critérios específicos: a ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento; a concordância prática exige a realização máxima de valores que se imbricam; a proibição de excesso proíbe que a aplicação de uma regra ou de um princípio restrinja de tal forma um direito fundamental que termina lhe retirando seu mínimo de eficácia. A aplicação de outros postulados depende de determinadas condições. O postulado da igualdade estrutura a aplicação do Direito quando há relação

entre dois sujeitos em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim). (2015, p. 226-227)

Luiz Alberto David Araujo (1996, p. 83-84), ao tratar da proteção do direito à imagem quando em conflito com o direito de informação afirma que o “próprio constituinte [...] traçou um vetor para as decisões.”, entendendo que o direito à imagem deve prevalecer “[...] sobre o direito à informação irrestrita.”, como resultado de sua análise do art. 5º, X c/c o art. 220, § 1º da Constituição e assim se manifesta:

Ao mencionar expressamente a imagem como possível obstáculo para o direito pleno à informação jornalística, o constituinte quis ressaltar o bem, colocando-o em situação de destaque sobre o direito à informação. Em caso de confronto (que pode surgir na apreciação de uma cautelar com pedido de liminar para suspensão da exibição da imagem), deverá prevalecer a imagem sobre o direito de informação. Extrai-se, assim, do texto constitucional um vetor para orientar a jurisprudência, em caso de confronto.

Todas as teorias que expusemos acima, com maior restrição na de Ferrajoli, pois mais apegada ao texto da norma, mas sem deixar de admitir certo grau de discricionariedade dentro dela, certamente sofrerão, ao serem aplicadas, da influência da moralidade contida na norma e da própria convicção moral do julgador.

Apesar dos esforços que foram feitos ao longo da história jurídica para tentar separar direito e moral, tornou-se inegável sua existência e influência, tanto no próprio texto da norma, como na sua interpretação. Não se pode negar essa influência quando da construção da mesma pelo Legislativo, composto por homens cuja formação, cultura, religião, meio social, condição econômica anterior ao mandato etc., certamente influenciam suas consciências ao construir ou votarem as leis, o mesmo podendo-se dizer sobre os magistrados que posteriormente irão julgar a aplicabilidade ou extensão delas.

Ronald Dworkin (2006, p. 01-54) baseado nessa constatação inegável, propõe sua teoria de leitura moral da Constituição, apesar de falar da Norte-Americana, seu pensamento é perfeitamente aplicável a nossa Constituição, uma vez que recheada de princípios morais como aquela, e afirma que ela não é revolucionária, “Em seu trabalho cotidiano, advogados e juízes instintivamente partem do princípio de que a Constituição expressa exigências morais abstratas que só podem ser aplicadas aos casos concretos através de juízos morais específicos.”

No início de seu livro sobre o assunto diz:

O livro como um todo tem um objetivo maior e mais geral. Ilustra um método particular de ler e executar uma constituição política, método esse que chamo de leitura *moral*. A maioria das constituições contemporâneas expõe os direitos do indivíduo perante o governo numa linguagem extremamente ampla e abstrata, como a Primeira Emenda à Constituição norte-americana, que estabelece que o Congresso não pode fazer nenhuma lei que diminua a “liberdade de expressão”. A leitura moral propõe que todos nós – juízes, advogados e cidadãos – interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça. (DWORKIN, 2006, p. 02-03)

Conforme pudemos observar, de acordo com a tendência de cada autor mais ao positivismo ou ao principialismo, teremos uma maior ou menor aceitação ao método de solução de conflito entre direitos fundamentais da proporcionalidade *stricto sensu*.

A preocupação, entretanto, em relação ao caráter aberto proporcionado pela ponderação e sopesamento de Alexy, somada a leitura moral da constituição de Dworkin, podendo levar ao decisionismo e a arbitrariedade nas decisões, especialmente, dos casos chamados “difíceis”, não passa despercebida mesmo daqueles que defendem o método.

Atento a esse problema Paulo G. G. Branco afirma que “a argumentação com base na proporcionalidade não pode prescindir de máximo rigor expositivo, condição que frisa a importância da dogmática jurídica e da teoria dos direitos fundamentais, para que se possam realizar adequadamente todos os passos do juízo de proporcionalidade.” e indica, com base no próprio Alexy “alguns limites ao seu exercício, cuja observância opera como fator de correção do juízo produzido.”, resumindo e os expondo em 14 itens. (2008, p. 248-253)

Decorre ainda do trabalho do mesmo autor que certo grau de discricionariedade e subjetivismo não escapa a qualquer método que se utilize para decidir a colisão entre direitos fundamentais em decorrência do caráter eminentemente aberto e axiológico dessas garantias e direitos protegidos pela nossa constituição.

E enfatiza:

A fundamentação dos juízos de ponderação assume, efetivamente, feito de elemento essencial para a legitimidade da jurisdição constitucional. Motivar decisórios não é tarefa que se confunda, evidentemente, com a mera invocação de preceitos normativos, na pretensão de se conferir algum ajuste formal da deliberação ao direito positivo.

[...]

Todo o esforço de argumentação do juiz, ao realizar a ponderação, não anula o subjetivismo envolvido, mas expõe ao controle da cidadania de que maneira e com que resultados a discricionariedade foi servida. (2008, p. 368)

Também Dworkin (2006, p. 16-17) afirma que a leitura moral da constituição, devido ao seu caráter aberto e axiológico, pode em um único princípio constitucional, levar a entendimentos muito diferentes ou contrários, mas a “Constituição é uma lei e, como toda lei, está ancorada na história, na prática e na integridade.”, sendo que “A leitura moral é uma estratégia aplicável por advogados e juízes que ajam de boa-fé, e nenhuma estratégia de interpretação pode ser mais do que isso.”, devendo, então, os juízes sensatos “decidir por si mesmos qual concepção mais honra o seu país.”, quando a interpretação levar a caminhos diferentes.

Parece-nos, pelo que aqui expomos, que aqueles que não aceitam a ponderação *stricto sensu*, que contém intrinsecamente contida em si a leitura moral de Dworkin, tentam manter os limites argumentativos judiciais dentro do requadro positivista das normas, o que, entretanto não dará solução razoável a casos concretos que se deslinem no dia-dia da sociedade e que sejam suscitados perante o Poder Judiciário, remetendo, como no pensamento de Ferrajoli, a solução ao Poder Legislativo que deverá então moldar solução legal ao caso.

Entretanto a vida não espera a vontade política e o judiciário não pode fugir a sua obrigação constitucional de dar uma decisão imediata ao caso, sob pena de prejuízo grave e imediato aos direitos fundamentais protegidos pela constituição.

Mesmo aqueles que dão solução fora do requadro positivista, a fim de justificar uma decisão judicial fundamentada e fogem da terminologia “ponderação/sopesamento”, não conseguem escapar de certo grau de subjetivismo e discricionariedade que invariavelmente ocorre, dado que não se podem negar as influências que sofrem os próprios juízes advindas de seu caráter de seres humanos falíveis e influenciáveis por suas convicções morais, que podem, mesmo fora da “ponderação e sopesamento”, levá-los à arbitrariedade.

Demonstradas as diversas formas e métodos de solução para os conflitos advindos entre os direitos fundamentais aqui suscitados, entendemos que é papel imprescindível e inegável do Poder Judiciário resolver tais casos que não têm clara normatização na Constituição ou regras bem definidas, e, mesmo que essas normas existam, sempre deixarão uma margem para interpretação, que poderá ser mais ou menos larga conforme elas tenham sido semanticamente construídas.

Aceito o caráter axiológico e aberto dos direitos fundamentais, não há como resolver os conflitos com a aplicação do positivismo dogmático, mesmo aceitando a pequena margem de interpretação que pode ocorrer dentro das normas, ele não será suficiente para dar resposta aceitável aos casos, ficando ao final, se seguirmos todos os passos propostos por Dimoulis e Martins, o mesmo sem solução, ou melhor, com a solução remetida ao legislativo, uma vez

que se não utilizarmos a ponderação *stricto sensu*, único e último passo que não concordam, essa será a única solução, o que não é aceitável no mundo fático.

Certamente se assim se procedesse, estaríamos esperando até hoje por uma solução legal para o caso Rede Globo de Televisão versus Antony Garotinho, citado à página 91 acima.

Torna-se a ponderação *stricto sensu*, utilizando-se do método empregado por Alexy, suficiente para resolver os casos difíceis de conflito entre direitos fundamentais, entretanto, há que ser o mesmo levado e aplicado de forma séria e responsável, ainda que permita e sofra influências pessoais dos julgadores ao determinarem quais pesos serão atribuídos aos diferentes direitos e aos argumentos que justificarão cada consideração, esses deverão ser devidamente fundamentados e estarem alicerçados nas normas constitucionais.

Em um conflito entre a liberdade de se veicular uma informação, mesmo que ela seja verdadeira, mas obtida sem se observar os limites legais, como ocorreu no caso de Antony Garotinho, não se pode privilegiar a liberdade de comunicação, por mais que isso me doa, sob pena de destruirmos todo um sistema de segurança jurídica, pois seria um aval para o descumprimento das normas que nós mesmos escolhemos para regular nossa sociedade e esse é o preço que temos que pagar por um sistema que precisa respeitar os direitos humanos fundamentais, nesse caso os direitos personalíssimos.

Não vejo a necessidade no Brasil de aplicarmos a regra americana da malícia efetiva ou da temerária desconsideração da veracidade dos fatos, uma vez que, mesmo que os órgãos de comunicação forem processados civilmente por calúnia, difamação ou injúria, não sofreriam, se condenados, com o dever de arcar com indenizações milionárias que poderiam tolher o trabalho da imprensa como já citamos.

Entretanto deve a mídia ter um compromisso com a verdade, buscando se cercar de informações as mais fidedignas possíveis antes de divulgar publicamente suas reportagens e opiniões, seja em desfavor de figuras públicas ou não, além de respeitar os direitos personalíssimos quando utilizarem-se de sua liberdade de expressão.

Não comungo da opinião de Maria Lúcia Karam sobre a plena liberdade de expressão sobre temas polêmicos como discurso do ódio, nossa Constituição equilibra os direitos fundamentais e portanto não permite tanta liberdade, devendo ser esses os parâmetros a serem seguidos pelos magistrados quando necessitarem decidir sobre a possível violação de direitos fundamentais.

As desagradáveis charges do jornal Charlie Hebdo não seriam protegidas pela liberdade de expressão no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nossa Carta Magna não hierarquiza os direitos individuais, assim, liberdade de expressão e comunicação tem igual tratamento constitucional como os direitos personalíssimos da vida privada, intimidade, honra e imagem, entretanto isso não impede que esses mesmos direitos e/ou garantias, como possam ser vistos, rivalizem entre si e entrem em conflito quando colocados em usufruto pela sociedade o que vai gerar consequências jurídicas.

Não se pode olvidar do importantíssimo papel da mídia e de seu sagrado direito da livre expressão para a construção e manutenção de sociedades democráticas e livres da opressão de governos totalitários, entretanto também ela é formada por pessoas e assim à mercê de interesses, paixões e sentimentos diversos, nem sempre muito nobres, o que acaba por fazê-la abusar do seu direito de livre expressão quando avança sobre outros direitos constitucionalmente protegidos, que traçam então os seus limites.

Há, então, limites à liberdade de comunicação (imprensa), como parte integrante do conceito *lato sensu* de liberdade de expressão? A resposta só pode ser sim; assim como há limites a praticamente todas as liberdades e direitos garantidos pela nossa Constituição.

Os limites são dados pelos próprios direitos fundamentais constitucionalmente protegidos ou por leis que se coadunem com esses direitos fundamentais e respeitem os limites impostos pela própria constituição. Não havendo hierarquia entre eles todos gozam da mesma proteção.

Como vimos no exercício da liberdade de expressão e comunicação, podem ser cometidos crimes contra honra e efetivamente seus responsáveis poderão ser punidos se provada a responsabilidade pessoal do autor.

Assim como podem ocorrer os crimes, também podem ser responsabilizados civilmente os autores, que por meio da mídia vierem a causar danos materiais ou morais a qualquer pessoa, não sendo aplicada no Brasil a regra Norte-Americana da malícia efetiva ou temerária desconsideração pela veracidade dos fatos quando do envolvimento de pessoas públicas, entretanto é responsabilidade moral e social da mídia respeitar e perseguir a verdade, bem como respeitar os direitos fundamentais das pessoas, não sendo aceito no Brasil uma liberdade de expressão ilimitada quando de se trata especialmente de temas preconceituosos, racistas, discriminatórios ou exagerados quanto ao mau gosto que venham a ferir os direitos personalíssimos de pessoas e instituições, como o exemplo citado do jornal francês Charlie Hebdo.

Dito isso, limitar o direito à livre expressão exercida por meio da mídia consiste em censura? Como vimos a censura foi totalmente abolida pela nossa atual Constituição, entretanto são vários os tipos de censura como demonstrado: a política, a judicial, a legal, a autocensura, subdividindo-se, esta, em econômica, política e ética. Entretanto não podemos considerar todos esses tipos como “censura”, mas, alguns deles, como restrições impostas ao direito à liberdade de expressão e comunicação. Restrição possui um fundamento constitucional, enquanto que a censura é repelida pela mesma.

Assim não podemos considerar como censura, mas sim como restrição constitucional as intervenções feitas pelo judiciário, quando julga lides envolvendo o conflito entre os aqui debatidos direitos iguais da liberdade de expressão e comunicação e os direitos personalíssimos, uma vez que amparados pela própria Carta Magna quando define suas competências, bem como quando impõe o direito do cidadão de buscar a solução de problemas surgidos do conflito de direitos e impõe, também, a obrigação desse mesmo Poder Judiciário de decidir a lide, não necessitando, nos casos dos conflitos de direitos aqui debatidos, esperar o dano ser causado, agindo preventivamente, quando sumariamente demonstrada à possibilidade concreta de prejuízo a outro direito igualmente protegido pela Constituição.

Do mesmo modo estão resguardados os direitos de quem tenha os direitos violados de buscar reparação, sendo ela civil ou criminal, podendo ser consideradas estas também como restrições legais e não censura, em razão de sua coadunação com os ditames constitucionais.

Igualmente não podemos considerar como “censura”, a autocensura ética, uma vez que decorrente do respeito às restrições impostas pela própria constituição e pelos próprios códigos de ética da imprensa, tanto nacional como internacional, uma vez ser dever da mídia, ao exercer seu sagrado direito à liberdade de expressão, o exercer com responsabilidade no seu papel de formadores de opinião e respeitar os demais direitos fundamentais. Divergir não significa atacar irresponsavelmente.

Podemos então concluir que realmente se configura como censura, e esta sim está banida definitivamente por nossa Constituição, a política, especialmente se exercida pelo Poder Executivo e a autocensura econômica e política, uma vez que perniciosas à verdadeira garantia ao exercício pleno da liberdade de expressão.

Dado ao caráter não absoluto dos direitos fundamentais, eles imporão, uns aos outros, seus limites, entretanto há grande dificuldade em se estabelecer esses limites quando conflitam entre si.

A doutrina e a jurisprudência encontram grandes divergências quanto à interpretação desses limites, o que vai ocasionar pontos de vista e decisões díspares em relação a qual direito deverá prevalecer quando eles entrarem em conflito em um caso real.

Basicamente continuamos tendo duas linhas básicas de pensamento divergente quanto à forma de resolver esses conflitos, uma a qual se pode chamar de “neoconstitucionalista” e de outra banda a antiga “positivista”, ainda que com um pensamento mais contemporâneo, classificada por Ferrajoli de “garantista”.

Os “neoconstitucionalistas”, aqui representados pelo pensamento de Robert Alexy e sua teoria de resolução dos casos difíceis de conflito entre direitos fundamentais em constituições democráticas de direito, entretanto com forte caráter axiológico, e classificados por Ferrajoli por principialistas, com a adoção, mais ou menos rígida, da ponderação e sopesamento.

E, por outro lado, os classificados por Ferrajoli de garantistas, dentre os quais se inclui, que se opõem à teoria da ponderação e sopesamento de Alexy e à teoria da leitura moral da constituição de Dworkin, por as considerarem excessivamente abertas e passíveis de excessiva discricionariedade ou mesmo arbitrariedade, rechaçando a proporcionalidade *stricto sensu*, que entendem em suma que os métodos e formas de interpretação não podem ultrapassar os requadros legais e caso isso seja necessário para a resolução do caso concreto tal responsabilidade seria devolvida ao legislador, não podendo o judiciário ultrapassar esse limite, sob pena de estarem legislando, criando novas leis e assim violando a tripartição dos poderes.

Entretanto, a vida não espera, e a solução para os casos concretos precisam ser dados rapidamente, sob pena de graves violações ou prejuízos a direitos fundamentais garantidos pela Constituição e, na falta de regras claras dadas pelas normas, o Poder Judiciário é o poder escolhido por nosso sistema jurídico/político para dar solução a tais casos, até porque o legislador não pode antever todas as possibilidades de conflitos quando da construção das normas.

Assim não temos como fugir a uma escolha, ou nos arriscamos com o Poder Judiciário ou com o Poder Legislativo, entretanto ambos sujeitos as mesmas influências perniciosas das diversas paixões humanas e qualquer teoria ou método que se adote chega-se a um ponto em que se terá que fazer uma escolha para se estabelecer os limites entre os direitos fundamentais e eles nunca poderão ser fixos, já que sempre surgirão novas variáveis a serem analisadas nos novos casos concretos envolvendo o conflito de princípios constitucionais.

Filiamo-nos então aos “neoconstitucionalistas”, entretanto sem olvidar de que o intérprete não é totalmente livre para dar solução aos conflitos entre direitos fundamentais e a teoria de Alexy, que já é amplamente adotada, também tem limites a serem observados de forma que a argumentação com base na proporcionalidade não pode prescindir do máximo rigor expositivo e superada a fase de utilização da dogmática jurídica, adentre-se ao campo movediço da teoria dos direitos fundamentais, sem contudo, deixar-se de realizar adequadamente todos os passos do juízo de proporcionalidade.

A sociedade moderna impõe a necessidade de soluções rápidas, entretanto estas não prescindem de serem adequadas aos preceitos constitucionais que protegem os direitos fundamentais, assim esse certo grau de discricionariedade e subjetivismo ao qual não se pode escapar, seja qual for o método adotado para decidir a colisão entre direitos fundamentais, não pode ficar livre do olhar crítico e da fiscalização da sociedade para que não se transforme em arbitrariedade e ameace o equilíbrio do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

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

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Verbatim, 2014.

ASSERAF, Arthur. **A França tem sido hipócrita quanto à liberdade de expressão?** Disponível em: <http://freespeechdebate.com/pt/discuss_pt_br/hás-france-been-hypocritical-about-free-speech/> Acesso em: 20 dez. 2016.

ATIENZA, Manuel. **Interpretación Constitucional**. Bogotá: Universidad Libre, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Colisão entre liberdade de expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 235, p. 1-36, jan./mar. 2004.

_____. **A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: A Construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. O COMEÇO DA HISTÓRIA. A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O PAPEL DOS PRINCÍPIOS NO DIREITO BRASILEIRO. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, v.6, n. 23, p. 25-65, 2003. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf> Acesso em: 9 abr. 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Grandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 2 São Paulo: Saraiva, 1989.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução Paulo M. Oliveira. São Paulo: EDIPRO, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **JUÍZO DE PONDERAÇÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: pressupostos de fato e teóricos reveladores de seu papel e de seus limites.** Tese apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor. 2008.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil:** outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil:** promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil:** promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil:** outorgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm> Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil:** promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 15 de março de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. Constituição (1969). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm> Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. Lei n. 2.654 de 25 de novembro de 1955. **Decreta o estado de sítio em todo território nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/19501969/L2654.htm> Acesso em: 24 jun. 2016.

_____. Decreto n. 10.158 de 31 de agosto de 1942. **Decreta o estado de guerra em todo o território nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/19301949/D10358.htm> Acesso em: 24 jun. 2016.

_____. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em: 29 dez. 2015.

_____. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 19 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Arguinte: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição de 1988. Tribunal Pleno. Decisão em 30 abr. 2009. Diário do Judiciário Eletrônico, n. 208, 05 nov. 2009, Ementário 2381-1, 06 nov. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Petição n. 2.702-7**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Requerente: Infoglobo Comunicações Ltda. Requerido: Anthony Willian Garotinho Matheus de Oliveira. Julgamento em 18 set. 2002. Diário do Judiciário, Ementário 2.124-4, Brasília, 19 set. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 815300/RS**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Agravante: Editora Globo S/A. Agravado: Márcio de Jesus Zachello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931209>> Acesso em: 19 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 841940/SP**. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Agravante: Editora Confiança Ltda. Agravado: Valquíria Saiz Aranda Moreno e Nathalia Aranda Moreno. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=58961477&tipo=91&nreg=201600044325&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20160412&formato=PDF&salvar=false>> Acesso em: 19 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 870000/PB**. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Agravante: Empresa de Televisão João Pessoa Ltda (TV CORREIO). Agravado: Valdelúcia Correia de Oliveira. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=60972664&tipo=91&nreg=201600448182&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20160609&formato=PDF&salvar=false>> Acesso em: 19 jul. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. Censura e juízes, **Justiça e Democracia**, n. 1, jan./jun, 1996, p. 115.

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie: análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DAHLBURG, John-Thor. **Análise: Ataque na França põe liberdade de imprensa em xeque**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/01/1572190analise-imposicao-ou-nao-de-limites-a-liberdade-de-imprensa-em-disputa.shtml>> Acesso em: 20 dez. 2016.

DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em: 23 jul. 2015.

DIAS NETA, Vellêda B. S. **Vida Privada e Intimidade: Estrutura, Conceito, Função e Limites na Busca da Tutela Integral da Pessoa Humana**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3657.pdf>> Acesso em: 15 abr. 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O DIREITO DA LIBERDADE: A leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1787) **Constituição dos Estados Unidos da América**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>> Acesso em: 05 jan. 2017.

FARIAS, Edilson Pereira. **LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO: TEORIA E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL**. Tese apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor. 2001. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/79426/182787.pdf?sequence=1>> Acesso em: 13 jan. 2015.

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS (Brasil). **Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros**. Disponível em: <http://fenaj.web2015.uni5.net/wp-content/uploads/2014/06/04-codigo_de_etica_dos_jornalistas_brasileiros.pdf> Acesso em: 29 jul. 2016.

_____. **Código Internacional de Ética dos Jornalistas**. Disponível em: <<http://fenaj.org.br/legislacao-profissional/juridica/>> Acesso em: 29 jul. 2016.

FÉDER, João. **Crimes da comunicação social**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.

FERNÁNDEZ, Roberto. MULTICULTURALISMO INTELECTUAL. **Revista USP**. São Paulo, n. 42, p. 84-95, 1999. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/28457/30314>> Acesso em: 16 dez. 16.

FERRAJOLI, L.; STRECK, L. L.; TRINDADE, A. K.. (Org.) **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Tradução e Prefácio Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRANÇA. Constituição. (1958) **Constitution du 4 octobre 1958**. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006071194>> Acesso em: 20 dez. 2016.

G1.GLOBO.COM, **Cartunista do 'Charlie Hebdo' diz que não fará mais charges de Maomé**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/04/cartunista-do-charlie-hebdo-diz-que-nao-fara-mais-charges-de-maome.html>> Acesso em: 30 abr. 2015.

GÊNOVA, Jairo José. **A RESPONSABILIDADE PENAL NOS CRIMES DE IMPRENSA**. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. 2001.

_____. A Imprensa e a Censura. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**. São Paulo, v. 1, p. 53-68, 2012. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/download/16/5> Acesso em: 27 abr. 2015.

IBCCRIM. Imprensa e censura prévia judicial. **Boletim 202**, Editorial, set. 2009. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3936-EDITORIAL-Imprensa-e-censura-previa-judicial> Acesso em: 27 jun. 2016.

ISHIDA, Válter Kenji. **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: Doutrina e Jurisprudência**. 16. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2015.

KARAM, Maria Lúcia. **Escritos sobre a Liberdade: Liberdade, Intimidade, Informação e Expressão**. vol. 4 Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LUSA, Agência. **Proibição de burkini é discriminatória e viola liberdade de expressão e religião**. Disponível em: <<http://observador.pt/2016/08/25/proibicao-de-burkini-e-discriminatoria-e-viola-liberdade-de-expressao-e-religiao/>> Acesso em: 20 dez. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de Direitos Individuais Anotações a propósito da obra de Edilson Pereira de Farias**. RT, 1997. Disponível em: <http://www.gilmarmendes.org.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=52:colisao-de-direitos-individuais-anotacoes&id=9:direitos-fundamentais&Itemid=74> Acesso em: 13 jan. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILL, John Sutart. **On Liberty**. Kitchener: Batoche Books, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. 4 Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>> Acesso em: 23 jul. 2015.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Responsabilidade civil e internet: problemas de qualificação e classificação de conflitos nas redes sociais. In: ANDRIGUI, Fátima Nancy (Coord.) **Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23 ed. rev. atual. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Tadeu Antonio Dix. **Liberdade de Expressão e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**. Uma Leitura da Jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

WAINBERG, Jacques. Liberdade de expressão e multiculturalismo. **Diário do Campus PUCRS**, 2012. Disponível em:<<https://www.youtube.com/watch?v=Or5UGzGrSq4>> Acesso em: 16 dez. 2016.