XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ

JONATHAN BARROS VITA

HELENA COLODETTI GONÇALVES SILVEIRA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Anna Candida da Cunha Ferraz, Jonathan Barros Vita, Helena Colodetti Gonçalves Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-115-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias Fundamentais. 3. Realismo jurídico. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXI Congresso Nacional do CONPEDI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito foi realizado em Minas Gerais entre os dias 11 a 14 de novembro de 2015 e teve como temática geral: Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

Este encontro manteve a tradição do CONPEDI em produzir uma reflexão crítica a respeito das pesquisas científicas desenvolvidas nos mais variados programas de pós-graduação, cujo fórum por excelência no evento são os grupos de trabalho.

Contextualmente, o grupo de trabalho cujo livro cabe prefaciar aqui é o de tema Direitos e Garantias Fundamentais II, que reuniu trabalhos de grande qualidade e exposições efetivamente instigantes a respeito das mais variadas matizes do tema geral.

Para organizar o fluxo de informações trazidas por estes artigos, quatro grandes eixos temáticos foram traçados para subdividir tal obra:

Direitos das minorias;

Liberdade de expressão e informação;

Dogmática jurídica, processo e judiciário; e

Políticas públicas e governamentais e direitos reflexos.

O primeiro destes eixos, compreende os artigos de 2, 5, 8, 13, 22, 23, 25, 26 e 27 da coletânea e demonstra como o empoderamento das minorias é um dos temas jurídicos da contemporaneidade.

O segundo destes eixos, compreende os artigos de 4, 7, 12, 14, 18, 20, 24, 30 da coletânea e lida com plataformas teóricas distintas para dar acesso a duas liberdades fundamentais e completamente imbrincadas entre si, o acesso à informação e a liberdade de expressão.

O terceiro destes eixos, compreende os artigos de 1, 9, 16, 17, 19, 21 e 28 da coletânea e está ligado à dogmática jurídica e a temas vinculados ao judiciário, incluindo o processo, temas estes que garantem a forma de acesso coercitivo aos direitos fundamentais.

O quarto e último destes eixos, compreende os artigos 3, 6, 10, 11, 15 e 29 da coletânea e dialoga, em vários níveis, com as possíveis ações governamentais, do ponto de vista atuativo ou regulatório (especialmente no campo do direito do trabalho) para garantir as ações públicas de preservação de direitos e garantias fundamentais.

Obviamente, estas notas sintéticas aos artigos selecionados para publicação neste grupo de trabalho não conseguem demonstrar a complexidade dos mesmos, nem do ponto de vista de variadas abordagens metodológicas utilizadas ou, mesmo, da profundidade de pesquisa.

Esses artigos, portanto, são a concretização do grau de interesse no tema desta obra e demonstra quão instigante e multifacetadas podem ser as abordagens dos direitos e garantias fundamentais.

Conclusivamente, ressalta-se que é um prazer organizar e apresentar esta obra que, sem dúvida, já colabora para o estímulo e divulgação de novas pesquisas no Brasil, função tão bem exercida pelo CONPEDI e seus realizadores, parceiros e patrocinadores que permitiram o sucesso do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2015

Organizadores:

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita UNIMAR

Profa. Dra. Helena Colodetti Gonçalves Silveira FUMEC

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS JORNALISTAS E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE: POSSÍVEIS MECANISMOS DE SOLUÇÃO.

THE FREEDOM OF EXPRESSION OF JOURNALISTS AND PERSONALITY RIGHTS: POSSIBLE SETTLEMENT MECHANISMS.

Léa Aragão Feitosa
Kely Cristina Saraiva Teles Magalhães

Resumo

Estuda-se, no presente artigo, aspectos importantes sobre o direito à liberdade, um anseio à natureza humana, destacando a liberdade de expressão dos jornalistas, que está garantido na Constituição Federal de 1988, no título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, no artigo 5º, V e IX, bem como o artigo 220, que trata da comunicação social. O objetivo geral é a analise do direito à liberdade de expressão no contexto atual, em conflito com a honra, a imagem, o nome direitos de personalidade, possuindo como pilar o princípio da dignidade humana. Utilizou-se como metodologia, para tanto, estudo descritivo-analítico, através de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e documental, a fim de fundamentar as posições aqui explicitadas. Sucessivamente, aborda-se sobre a posição do Supremo Tribunal Federal em decisões selecionadas, e os mecanismos de solução diante de conflito.

Palavras-chave: Liberdade de expressão, Direito fundamental, Conflitos, Limites

Abstract/Resumen/Résumé

The present paper analyzes the journalists´ right to freedom of expression, which is guaranteed in the 1988 Constitution, in the title of Fundamental Rights and Guarantees, Article 5, sections V and IX, and Article 220, which deals the media. The overall objective is the analysis of the right to freedom of expression in the current context , in conflict with the honor , the name - personal rights , possessing a pillar the principle of human dignity. The methodology used write was descriptive and analytical study through literature, jurisprudence and documentary research in order to justify positions here explained. Subsequently , we discuss about the position of the Supreme Court of selected decisions and settlement mechanisms in the face of conflict.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Freedom of expression, Fundamental right, Conflicts, Limits

INTRODUÇÃO

Nesse trabalho será abordado o direito fundamental à liberdade de expressão, o qual somente pode ser tolhido pelo anonimato, conforme o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que no inciso IV estabelece que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" e no inciso X determina que "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença".

Tal previsão é um direito fundamental, em virtude de ter sua previsão legal no artigo 5º da Carta Magna, direito de extrema importância na vida humana, que qualquer vedação vem a interferir na autonomia individual e por conseqüência a dignidade humana. A Constituição Federal ratificou tal entendimento no artigo 220, onde aborda a livre manifestação do pensamento, sob qualquer forma.

Destaca-se a atividade dos jornalistas, a liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito, inclusive, em conformidade com o pensamento Kantiano acerca do assunto. Apresentam-se as decisões selecionadas para análise do direito fundamental em estudo, contrariando com os direitos de personalidade para verificar a solução.

Diante de conflitos entre os direitos fundamentais, cabe a analisar uma solução, pode-se fazer uso da categorização, hierarquização e ponderação, o que é objeto de estudo. Explica-se as técnicas de solução, como forma de entender o direito, ressaltando que a ponderação é a maneira mais utilizada no Brasil.

Assim, o objetivo geral é analise do direito à liberdade de expressão dos jornalistas no contexto atual, destacando a utilização dos *blogs* por esses profissionais, examinando um real conflito de direitos. E apresentando as técnicas para solucionar os conflitos existentes, categorização, hierarquização e ponderação.

1. Liberdade de Expressão como Direito Fundamental e pressuposto do sistema democrático de direito.

A liberdade de expressão é reconhecida por diversos textos constitucionais de todo o mundo, e trata-se de um tema que parece não ter esgotado, pois com o avanço da tecnologia, ampliaram-se os meios de comunicação e cada vez mais os profissionais dessa área utiliza-se de diferentes ferramentas para expressarem seus pensamentos, o que vem a fomentar ainda mais esse assunto.

Desde à época do Iluminismo, Kant (RAMOS, Bruno, liberdade de expressão, p.8) defendia a liberdade de expressão, pois segundo esse filósofo, a paz só poderia emergir de regimes republicanos com uma Carta Magna fundamentada no princípio da liberdade de todos os membros de uma sociedade e no princípio de dependência em que todos estariam submetidos a uma única legislação em comum e no princípio da igualdade de todos os cidadãos.

Há que se ressaltar que a Constituição Federal brasileira vigente, sucede um período ditatorial, portanto um dos direitos que não poderia deixar de ter previsão em seu bojo é o direito fundamental à liberdade de expressão, por ser legitimador e fortalecedor do Estado Democrático de Direito. Ademais, em razão do momento histórico em que a Constituição Federal de 1988 foi criada, o pensamento de Kant se enquadra perfeitamente no seu contexto de criação.

Ademais, Immanuel Kant defendia tenazmente a liberdade de expressão, fato que pode se justificar tanto pelos seus ideais filosóficos, como pelos seus ideais políticos. Em relação aos primeiros, o pensador defendia três parâmetros fundamentais: o pensar por si próprio (ou seja, pensar livre de preconceito que limitam o pensamento); o pensar sempre de acordo consigo próprio (isto é ter coerência) o pensar colocando-se no lugar do outro (este outro representava qualquer outro e, como tal, todos, simbolizando assim a humanidade).Contudo, a afinitude do ser humano é sinal de liberdade pois, o filósofo defendia que, seria livre o homem que tivesse consciência dos seus limites, das suas fronteiras, porquanto Kant acreditava que: "[...] muitas vezes, quem é excessivamente rico de conhecimentos é muito menos esclarecido no uso do mesmo" (Kant, Que significa orientar-se no pensamento?, 1786 apud RAMOS, liberdade de expressão p. 07), pois não tem consciência dos seus limites, sendo inconsciente e consequentemente não sendo livre. Diante do exposto, por intermédio de uma premissa lógica é possível concluir que a consciência do limite torna o ser humano livre.

Sendo assim, até que ponto os profissionais da área da comunicação são verdadeiramente livres? Após esmerada pesquisa jurisprudencial na Suprema Corte Brasileira e em Cortes dos Sistemas Regionais de Proteção Internacional aos Direitos Humanos, foi possível concluir que vem ocorrendo nos últimos anos, a criminalização de opiniões dos jornalistas, entre outros comunicadores, como uma forma de cerceamento da liberdade de expressão, ou seja, a restrição do direito de expressão por vias indiretas, ao passo que, não é possível emitir opiniões sobre condutas de pessoas públicas, principalmente, políticos, sob

pena dessas condutas serem criminalizadas, ou seja, ocorre um abuso de controles oficiais por parte do Estado.

De fato, é indispensável numa democracia o debate político que tem a verdade como fim a formação da opinião pública, e acima de tudo, o direito de livre manifestação do pensamento, da informação e da sua expressão. Portanto, a ausência da liberdade da imprensa não permitirá existir o exercício da liberdade e da vontade dos cidadãos junto aos governantes.

Nesse mesmo diapasão, a liberdade pode ser entendida como propriedade da vontade como causalidade que traz consigo o conceito de leis. Assim sendo, a vontade é, em todas as ações, uma lei para si mesma. Vontade livre e vontade submetida a leis morais são uma e mesma coisa. (Kant,1984:149). "A vontade é boa, não pelo que faz ou realiza, não pela sua capacidade de alcançar um fim qualquer proposto, mas somente por querer o bem-em-si". (DA SILVA, 2007. p.6)

No entanto, nossa CF/88, com fim de garantir a liberdade de expressão, prevê no artigo 5º, inciso IV, *in verbis*, "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" e no inciso X: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"

Nesse mesmo sentido o Pacto de São José da Costa Rica, principal instrumento do Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos, devidamente ratificado pelo Estado brasileiro, tem como título do seu artigo 13, "Liberdade de Pensamento e de Expressão", Veja o artigo na íntegra:

> "1. **Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.**
>
> 2. O exercício do direito previsto **no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia,** mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessárias para assegurar:
>
> a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
>
> b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral pública.
>
> 3. **Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais** ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de

> informação, **nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.**
> 4. *Omissis*
> 5.*Omissis*
> (Grifo nosso)

Nessa mesma acepção, a Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das liberdades Fundamentais, o principal instrumento do Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos, também prevê a proteção a Liberdade de expressão, a seguir, *in verbis*:

> Artigo 10.º (Liberdade de expressão) 1. **Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras.** O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.
> 2. O exercício desta liberdade, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

É relevante observar que grande parte dos países signatários do Pacto de São José da Costa Rica haviam sido submetidos a regimes ditatoriais, se realizarmos uma interpretação histórica, o reflexo desse período é demonstrado na previsão da impossibilidade de restrição do direito de expressão até mesmo por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais.

Contudo, os direitos fundamentais devem ser regulados e limitados, não é possível afirmar o seu caráter absoluto. Apesar disso, essa limitação deve ser examinada em cada caso concreto, trazendo a harmonização entre as normas. A Prof.ª Doutora Ana Maria D'avila Lopes (Lopes, 2001, p.35) explica que:

"Os direitos fundamentais podem ser entendidos como os princípios jurídicos e positivados vigentes em uma ordem constitucional, que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal".

Nesse entendimento, os direitos fundamentais possuem como fundamento, a preservação da dignidade humana no aspecto individual e perante intervenções do poder público, requerendo ações positivas em favor do desenvolvimento integral como ser social que coexiste na sociedade, que devem ser respeitados por terceiros.

Como já dito, a liberdade de expressão não possui caráter absoluto, cabendo limitações, que devem ser entendidas como qualquer ação ou omissão dos poderes públicos, incluídos o Legislativo e o Judiciário, que comprometa o conteúdo desse direito fundamental.

Entretanto, na Constituição brasileira de 1988 não se determina expressamente como se deve proceder à restrição de direitos fundamentais, mas a doutrina, com fundamento em dispositivos constitucionais e na jurisprudência, vem apontando limites, como a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais (direitos de personalidade).

Acerca dos limites da liberdade de expressão, ainda na idade da luz, Kant considerava que a finitude do ser humano é sinal de liberdade, pois é livre o homem que tem consciência dos seus limites, das suas fronteiras, sendo a assim até ponto é possível um jornalista emitir sua opinião, sem adentro no limite do outro? Portanto, para Kant "[...] muitas vezes, quem é excessivamente rico de conhecimentos é muito menos esclarecido no uso dos mesmos." (Kant, Que significa orientar-se no pensamento?, 1978, *apud* RAMOS), pois não tem consciência dos seus limites, sendo inconsciente e consequentemente não sendo livre.

Nesse contexto antecedido por uma ditadura militar, em que a Constituição Federal de 1988, foi criada para defender um Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais devem ser preservados, como conteúdo da dignidade humana. Logo, sabe-se que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado brasileiro, institui-se como valor supremo em torno do qual giram todos os direitos fundamentais. Portanto, confirma-se a importância desse princípio no estudo dos Direitos Fundamentais.

Os direitos fundamentais significam conquistas, reconhecimentos para a sociedade, e se desenvolveram há muitos anos e continuam em construção, por conta dos novos anseios do homem, da dinâmica da sociedade e por esse motivo, são classificados de acordo com o momento vivido.

Destaca-se também que não existe consenso na terminologia utilizada pelos autores, alguns qualificam em gerações ou dimensões, mas fato que tais gerações ou dimensões, não se excluem, mas se cumulam.

Os direitos da primeira geração foram os primeiros a serem reconhecidos, positivados e são inerentes à própria natureza humana, que visam proteger o homem contra abusos do Estado, como a liberdade, a vida, a igualdade, a liberdade de consciência e de expressão. Os direitos da segunda geração, correspondem aos direitos sociais, econômicos e culturais, como direito ao trabalho, à moradia, à saúde, entre outros; e os da terceira geração também chamados de direito de solidariedade, como direito à paz e ao livre desenvolvimento. Tem-se também, autores afirmando a existência de outras gerações.

De maneira muito significativa, um dos mais relevantes direitos fundamentais, constitui a liberdade de manifestação do pensamento, que representa um dos fundamentos em que se ampara na ideia de Estado democrático de direito

1.1 Das decisões analisadas

A primeira decisão trata-se de uma ação indenização promovida pelo banqueiro Daniel Dantas contra o blogueiro e jornalista Paulo Henrique Amorim, que é conhecido nacionalmente por apresentar programa jornalístico na TV e manter sítios eletrônicos, da 19ª Vara Cível, do Rio de Janeiro, que foi julgada improcedente, a juíza Ana Lúcia Vieira do Carmo, considerou que os textos em que Daniel Dantas viu-se ofendido, não possuíam grau ofensivo capaz de gerar danos materiais e morais. Segue parte da decisão, do citado processo:

> "Assim, seja por não reconhecer ofensa nas frases e matérias publicadas pelo réu em relação ao autor, seja pela convicção de que a liberdade de imprensa, por mais que contrarie diversos interesses deve ser privilegiada, não há como acolher o pedido do autor. Não se pode calar a imprensa, sob pena de calar o próprio povo e impedir-se o pleno emprego dos ideais democráticos, tendo a verdadeira indústria jornalística a obrigação de noticiar, visando informar e esclarecer os membros da população. Este é o preço para quem pretende viver em um Estado Democrático, como tenta ser este país"[1]

E, em conseqüência, extinguiu o processo com exame de mérito, na forma do artigo 269, I, do CPC. (Processo Nº 0163184-47.2011.8.19.0001)

A mencionada ação chegou ao Supremo Tribunal Federal - STF e foi garantida a liberdade de expressão ao jornalista, o direito de manifestação crítica, ainda que desfavorável e em tom contundente. Paulo Amorim recorreu, declarando que exerce sua atividade

[1] Processo Nº 0163184-47.2011.8.19.0001, disponível <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/64301>

jornalística "de forma séria, independente e ética, (...) mediante o uso de linguagem singular, irônica e irreverente, aspectos que caracterizam as novas mídias sociais"

O ministro relator Celso de Mello decidiu restaurando, a sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da Vara Cível da comarca do Rio de Janeiro/RJ, mantendo a decisão que não houve a intenção de macular o nome e a honra do autor da ação.

Em uma segunda decisão selecionada, petição 3.486-4 Distrito Federal (2005), tendo como relator o Ministro Celso de Melo, transcrevo:

> Uma vez dela **ausente** o "*animus injuriandi vel diffamandi*", **tal como ressalta** o magistério doutrinário (CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, "**A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade**", p. 100/101, item n. 4.2.4, 2001, Atlas; VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, "**A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística**", p. 88/89, 1997, Editora FTD; RENÉ ARIEL DOTTI, "**Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação**", p. 207/210, item n. 33, 1980, RT, **v.g.**), **a crítica** que os meios de comunicação social **dirigem** às pessoas públicas, **especialmente** às autoridades **e** aos agentes do Estado, **por mais acerba**, dura e veemente que possa ser, **deixa de sofrer**, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas **que ordinariamente resultam** dos direitos da personalidade.
>
> ...
>
> **Não foi por outra razão** que o Tribunal Constitucional espanhol, **ao proferir** as Sentenças nº 6/1981 (Rel. Juiz FRANCISCO RUBIO LLORENTE), nº 12/1982 (Rel. Juiz LUIS DÍEZ-PICAZO), nº 104/1986 (Rel. Juiz FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE) **e** nº 171/1990 (Rel. Juiz BRAVO-FERRER), **pôs em destaque a necessidade essencial de preservar-se** a prática da liberdade de informação, **inclusive o direito de crítica** que dela emana, **como um dos suportes axiológicos** que informam **e** que conferem legitimação material à própria concepção do regime democrático.
> **É relevante observar**, aqui, **que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos** (**TEDH**), em mais de uma ocasião, **também advertiu** que a limitação do direito à informação **e** do direito (dever) de informar, mediante (**inadmissível**) redução de sua prática "*ao relato puro, objetivo e asséptico de fatos, **não se mostra** constitucionalmente aceitável **nem** compatível com o pluralismo, a tolerância (...), **sem os quais** não há sociedade democrática (...)*" (**Caso Handyside**, Sentença do TEDH, de 07/12/1976).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, já decidiu no sentindo de:

> "***Os políticos estão sujeitos de forma especial às críticas públicas**, e é fundamental **que se garanta** não só ao povo em geral **larga margem de fiscalização e censura** de suas atividades, **mas sobretudo à imprensa**, ante a **relevante utilidade** pública da mesma.*" (**STJ 169/86**, Rel. Des. MARCO CESAR - **grifei**)

Ambas as decisões, expõem a necessidade da intenção de ferir a honra ou imagem sobre quem versa a informação divulgada, uma vez ausente o *animus injurisndi vel diffamandi*, não configura abuso na liberdade de manifestação de pensamento.

Nessa linha, existem dois direitos fundamentais em questão, quais são: a liberdade de expressão, manifestação de pensamento pela crítica e o direito a intimidade, a vida privada, a honra, ambos regulamentados no artigo 5º da Constituição Federal, o que remete a situação da necessidade de uma solução.

2. Direitos fundamentais: liberdade de expressão dos jornalistas *e* direitos da personalidade, como solucionar?

Diante da colisão dos direitos fundamentais e a dificuldade de resolver os conflitos, faz-se uso de técnicas de solução, aborda-se a categorização, a hierarquização e a ponderação. No ordenamento pátrio é mais utilizada a ponderação, assunto abordado em tópico próprio.

Afirma-se que existe uma colisão entre direitos, quando se verifica o conflito do exercício de direitos individuais por titulares diversos, um direito individual afeta diretamente a esfera de abrigo de outro direito individual, o que significa, que deve-se traçar limites adequados para assegurar o exercício tranqüilo destes.

Passa-se analisar um exemplo de conflito de direitos fundamentais que é a liberdade intelectual, de comunicação, de expressão e a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, disciplinados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Luis Roberto Barroso (BARROSO, 2009) explica que é possível desenvolver um conjunto de parâmetros que o interprete deve fazer diante do caso concreto, mostrar elementos utilizados na ponderação, como a veracidade do fato; a quem se refere a informação, se trata de uma pessoa pública ou fato da vida privada é objeto da notícia; local do fato; existência de interesse público na divulgação, entre outros.

No Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal cogita inúmeras ideias diferentes. E essas, por vezes acabam colidindo-se entre si. Professor Marmelstein (2008, P. 365) explica que as normas constitucionais são potencialmente contraditórias, refletem uma variedade ideológica e que não causa estranheza que elas frequentemente entrem em rota de colisão, é típica característica do Estado em que vivemos, democrático de Direito. E acrescenta “deve-se buscar a máxima otimização da norma, o agente concretizador deve efetivá-la até onde for possível atingir ao máximo a vontade constitucional sem sacrificar outros direitos igualmente protegidos”.

Inicia-se a abordagem sobre como podem ser resolvidos, os conflitos entre os direitos, no presente estudo, destaca-se a liberdade de expressão e direitos de personalidade. Passa-se a verificar as soluções interpretativas.

2.1 Categorização

Pode ser utilizado o mecanismo de categorização como meio de solucionar questões controversas, trata-se de um mecanismo relacionado à subsunção, que se averigua qual direito fundamental deve prevalecer, observando os fatos. Assim, correlaciona-se os acontecimentos em exame às categorias expressas nas normas constitucionais.

Pela categorização, são delimitados contornos dos direitos, e com as categorias estabelecidas, qualificam-se os fatos e encaixa-se na classe na ordem pertinente. Procura-se a entender a norma, relacionar a situação fática e determinar sua aplicação. Tal raciocínio é componente da atividade de interpretar, pois compõe o processo hermenêutico e não deve ser confundida com a ponderação, que estuda o grau de relevância, será abordada mais a frente.

Jurgen Habermas (PEREIRA, 2006) sugere a adoção da teoria da norma adequada, em que cada caso concreto, existirá uma norma especifica para solucionar, abordando a ideia do dever-ser e não ideia teleológica.

Nessa linha, cabe ao interprete, diante de uma colisão, observar as normas aplicáveis, definindo qual é a mais adequada e coerente para o caso em tela, é bastante utilizada pela Suprema Corte norte-americana, mas não se destacou no Brasil.

2.2 Hierarquização

Também é admissível que uma das maneiras para a solução de conflitos é pela hierarquização entre direitos individuais, embora não seja adotada no ordenamento brasileiro, é importante destacar sua existência e relação com o caso.

Para a hierarquização, teria uma pauta com direitos hierarquizados, uma listagem prévia e rígida entre os bens tutelados, preestabelecidos em abstrato. Não serão abordados, aqui, os distintos posicionamentos sobre o tema, e tampouco serão trazidos com profundidade os conceitos de unidade da Constituição, indivisibilidade dos Direitos Fundamentais ou da importância intrínseca, o intuito é demonstrar a hierarquia como forma de entender o direito.

Embora se afirme que a unidade da Constituição e que as normas constitucionais que afirmam direitos, encontram-se no mesmo nível hierárquico, mas não se pode falar no mesmo

sentido em relação aos direitos, ou seja, conteúdo das normas, ensina a Professora Ana Maria D'avila (2001, p. 169).

A Constituição Federal de 1988 não identifica normas de diferentes pesos, e que se fossem fixadas rigorosamente para manter hierarquia entres os direitos individuais, poderiam decorrer mais problemas em torno dessa divisão e deixaria de ser um sistema normativo harmônio, como já mencionado, não é adotado.

Na contradição de uma compatibilização dos interesses/direitos conflitantes, tem-se de apreciar qual haveria de ceder lugar, para consentir uma adequada solução da colisão, averiguando o sistema de valores resguardado, com base numa análise em abstrato.

A ponderação admite a dimensão axiológica dos direitos fundamentais, mas é criticada pelo forte subjetivismo de quem está encarregado de ponderar. Assim, cria-se decisionismo jurisprudencial, sem uma razão legal. Contudo, talvez melhor fosse, um modelo fundamentado, baseado na racionalidade, para não provocar arbitrariedade, ideia proposta por Alexy e seguida por Ana Maria D'avila.

Apresenta-se a reflexão sobre quais requisitos serão utilizados para dimensionar os direitos que serão hierarquizados, existiria um rol taxativo? E como seria a ordem desses valores? E percebe-se que não se pode especificar, fazendo uma lista fechada, sob pena de prejudicar outros direitos, sendo bastante complicado, barrando a impossibilidade a criação e aplicação de uma lista hierárquica predeterminada, esse é um posicionamento.

Os direitos fundamentais formam um complexo, onde cada geração de direitos se soma a outra, e todos devem ser reconhecidos para manter a harmonia da sociedade e trazendo a ideia de unicidade, que não podem ser postos em escala de valor, fazendo uma hierarquia. Parte da doutrina não concorda com a ideia apontada, por entender que todos os direitos são essenciais.

Entretanto, tem-se uma segunda teoria, que entende diferente, acreditando que ainda que os direitos do homem são indivisíveis, defende sua hierarquização como uma forma de manter a essência desses direitos.

Como já mencionado anteriormente, a doutrina classifica os direitos fundamentais em gerações, de acordo com seu surgimento. Ressalta-se também, que alguns autores não concordam o termo "geração" e apontam ser mais adequado, chamar de "dimensão", pois os direitos se somam, não são excluídos, obedecem a ordem cronológica.

Nesse diapasão, temos os de primeira geração/dimensão que foram os primeiros direitos positivados e são inerentes à natureza humana e possuem o individuo como titular. Na segunda geração/dimensão correspondem aos direitos culturais, sociais e econômicos, que

requerem atitude positiva (prestação) do Estado para garantir o balanceamento na sociedade, protegendo não apenas de maneira individual, mas também coletiva, pela coexistência humana em sociedade. E ainda, os de terceira geração/dimensão que são vistos como direitos de solidariedade, também nomeados de difusos. Tais direitos continuam desenvolvendo-se, pela dinâmica da sociedade em busca da satisfação humana.

Observa-se que são direitos distintos de categorias diferentes, o que mostra que não é a melhor interpretação, entender que são indivisíveis, basta lembrar que deve ter como base o momento vivenciado em capa época.

A professa Ana Maria D'avila comenta que se for aceito a ideia de serem indivisíveis, todos devem ser respeitados e cobrados em absoluto em qualquer situação, mas é possível que em ocorrências graves, ser discutida a existência de direitos suspendíveis e irrevogáveis. Contudo, nas constituições e tratados, existem normas que prevêem que em situações urgentes, ocorra uma distinção entre os direitos fundamentais, permitindo a suspensão de alguns deles e majorando algum ao status de irrenunciáveis, ocorrendo, um privilegio de uns direitos frente a outros, independente de uma geração/dimensão especifica.

Verifica-se ainda os direitos de exigibilidade imediata e progressiva, ou seja, que os direitos da primeira geração possuem aplicabilidade imediata e os demais, necessitam condicionados ao desenvolvimento de políticas públicas.

Traz-se o assunto para as decisões analisadas, no que diz respeito a reportagens de cunho jornalístico, informativo e ainda, crítico, dirigida a pessoas públicas e ainda os que possuem responsabilidades políticas na condução das atividades, tais reportagens, não devem ser entendida como um abuso a liberdade de manifestação/ expressão, não podendo existir qualquer repressão por parte do judiciário, mesmo partindo do entendimento que a liberdade de expressão como qualquer outro direito, não possui caráter absoluto, como é afirmado pela Suprema Corte (RTJ 173/805-810, 807-808, v.g.).

A liberdade de expressão, que prevaleceu no caso é analisada o seu grau de intensidade, concluído por meio da argumentação jurídica, advertindo o direito de informar, de opinar e de criticar, principalmente as pessoas públicas. Contudo, é válido destacar que os direitos não são absolutos, que podem encontrar limites, não é o que defende a ideia da hierarquização, partindo de uma lista preexistente, onde está destacado qual direito deve prevalecer, essa interpretação não é acatada pelo Brasil, não tem-se uma pauta definida, faz-se analise do caso concreto.

Diante da certeza que não se usa a hierarquização no ordenamento pátrio, é oportuna a reflexão sobre a existência de limites da liberdade de expressão, no sentindo de até onde o

indivíduo pode ser incomodado, pela utilização de seu nome, sua imagem, ferindo sua honra? Alguma cautela deve ser tomada, pois a liberdade de expressão, por meio da manifestação de pensamento pode vir a ofender a dignidade humana.

2.3 Ponderação

Por fim, apresenta-se a técnica da ponderação, será realizado um contrabalanceamento dos interesses protegidos constitucionalmente em um caso concreto, para analisar qual direito deve ceder, fazendo uso das noções de equidade, razoabilidade e de proporção, como método hermenêutico. Professor Marmelstein (2008, p. 386):

> "A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia de valores."

Barroso (2009, p. 334) complementa que a ponderação é uma "técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente". Essa técnica é oriunda do Tribunal Constitucional Alemão[2], no conhecido caso de Luth, que decidiu que a liberdade de expressão deveria prevalecer, no estudo do caso concreto.

Não significa afirma que o magistrado está distante do direito positivo, mas importa afirmar que os direitos analisados serão pautados em valores extraídos do ordenamento, com viés de subjetivismo, pois os juízes podem apontar suas preferências morais.

A liberdade de expressão, que prevaleceu no caso selecionado é analisada o seu grau de intensidade, advertindo o direito de informar, de opinar e de criticar, principalmente as pessoas públicas. Contudo, é válido destacar que os direitos não são absolutos, que podem encontrar limites, contornos oriundos de outro direito fundamental, a depender do caso concreto.

Esse é o mecanismo mais utilizado pela jurisprudência brasileira na busca de resolver colisões entre os direitos e garantias fundamentais. Contudo, recebe criticas pela questão

[2] Informações da obra de Roberta Pacheco Antunes. O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal, 2006. P.8. De importante destaque, pois o caso Luth foi emblemático. E a partir deste, o método da ponderação de bens foi fortemente desenvolvido e consolidado na Alemanha e em outros países.

subjetiva do julgador, que carrega valores inerentes à pessoa, não ficando o juiz imune. Tal técnica é contestada pela possibilidade de arbitrariedade em certas decisões judiciais.

É correto afirmar que envolve discricionariedade, mas não é sem parâmetros, nem incoerentes, afinal busca-se resolver uma situação com controvérsia, no estudo em tela, a liberdade de expressão e os direitos de personalidade. Nas decisões destacadas, são perfeitamente aceitáveis[3].

No Brasil, a ausência de uma orientação sobre limites/restrições aos direitos fundamentais, pode ser analisada pelo aspecto que permite aos julgadores, por meio das jurisprudências, oportunidades de reconhecer a existência de uma reserva geral de ponderação, com fundamento no artigo 5º da Constituição Federal.

Apesar disso, também se ressalta uma preocupação nos valores elevados, fixados a título de indenização no âmbito civil, o que foi comentado na ADPF 130, para o Supremo Tribunal Federal, no sentido que pode ser um fator de inibição da liberdade de expressão.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são essenciais no ordenamento jurídico, constituem um mínimo de direitos assegurados aos cidadãos pela Constituição Federal, possuindo como pilar a dignidade humana.

Considerando o Estado Democrático de Direito, modelo adotado pelo Brasil e possuindo como pilar a dignidade humana, mesmo que por meio de análise críticas, deve ser resguardado o direito à liberdade de expressão, e na situação de colisão entre os direitos fundamentais, os conflitos precisam ser solucionados. Contudo é certo, que não existe um parâmetro absoluto, mas na analise do caso concreto

A liberdade de pensamento, mesmo com tom de irônia, principalmente quando o assunto envolver pessoas públicas, como autoridade políticas, que por diversos momentos são assunto na mídia, pelo serviço de utilidade pública que a imprensa desempenha com finalidade de informar a sociedade e enquanto formadora de opinião, não deve ser admitido o impedimento desse direito, contudo, deve-se observar os direitos da personalidade.

Considera-se também a proteção ao indivíduo, não apenas no que diz respeito à livre manifestação de pensamento, mas por também receber tutela o direito a honra, a imagem, a

[3] Além das decisões expostas no corpo do trabalho, também destaca-se a Decisão monocrática do Relator em Agravo de Instrumento n. 0095562-56.2011.8.26.000, Câmara da Seção de Direito Privado do Tribunal de São Paulo.

intimidade e ao nome, diante de um abuso da liberdade de expressão, considerando que os direitos não possuem caráter absoluto, os casos concretos devem ser analisados, por meio do princípio da ponderação, podendo o direito fundamentai ser limitado, por outro direito fundamental.

Embora a jurisprudência nacional, destacando-se as decisões selecionas, tenha priorizado a liberdade de expressão, concluiu-se que deve ser consideradas várias circunstancias, como se o sujeito é figura pública, se a informação é relevante ou não para a sociedade, como na decisão que a noticia versava sobre o cenário econômico, ainda que dotados de conteúdos ofensivos, por meio de critica ou ironia.

Evidenciou-se que os direitos fundamentais devem visar a contribuir para a efetividade da dignidade humana, enquanto princípio positivado e vigente nos ordenamentos.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Roberta Pacheco. **O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal**, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 jun. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação.** Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm> Acesso em 05 jun. 2015.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **A cláusula Constitucional de Liberdade de Pensamento 25 Anos Depois.** 25 Anos da Constituição de 1988: Os Direitos Fundamentais em perspectiva. Expressão Gráfica. Fortaleza, 2013.

DIAS, Eduardo Rocha. ***Os Limites Às Restrições De Direitos Fundamentais Na Constituição Brasileira De 1988.*** REVISTA ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. Recife: TRF 5ª Região, nº 13. Março 2007.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. **A liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade.** 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LOPES, Ana Maria D'avila. **Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar.** Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2001.

LOPES, Ana Maria D'avila. **Hierarquização dos Direitos Fundamentais ?** Revista de Direito Constitucional e Internacional – 34.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2008.

MARCONI, Oliveira Da Silva, ***O Princípio Transcendental Da Publicidade Kantiano É O Fundamento Da Liberdade De Impressa*.** 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Repertório de Jurisprudências. Março, 2003 – n. 05/2003 – volume I.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. **Pluralidade das ordens jurídicas:** uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo. v. 106/107.

RAMOS, Bruno. **Liberdade de Expressão**. Disponível em <http://filosofianaesen.no.sapo.pt/Bruno_Ramos_Liberdade.pdf> Acesso em: 03 jun 2015.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Constitucionalidade e Convencionalidade da Lei de Anistia brasileira.** Revista GV, v. 18, p. 681 – 706, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A assim designada proibição do recesso social e a construção de um direito constitucional comum latino-americano**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais- RBEC, Belo Horizonte, ano 3, n.11, p.167-204, jul/set, 2009.

SILVA, José Diego Martins de Oliveira; ARARIPE, Bruno César Braga. **(Re)pensando a liberdade de expressão no estado democrático de direito e a ponderação como técnica de solução de conflitos mais adequada.** Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2509e9380eb3623e> Acesso em 10 ago. 2015.

SILVA, Marconi Oliveira da. **O principio transcendental da publicidade kantiano é o fundamento da liberdade de imprensa**. 5º Encontro Nacional De Pesquisadores Em Jornalismo Universidade Federal De Sergipe / SBPJor - Associação Brasileira de Pesquisadores em Jornalismo.2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. "**O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais",** Revista de Direito do Estado 4 (2006).

____. **"Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção",** Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003).