

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

ILTON GARCIA DA COSTA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa

Lucas Gonçalves da Silva

Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-066-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

O I Evento Virtual do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa que ocorreu nos dias 24, 25, 26 27, 29 e 30 de junho de 2020, cujo tema foi: CONSTITUIÇÃO, CIDADES E CRISE

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum ao mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III, coordenado pelos professores Lucas Gonçalves da Silva e Ilton Garcia Da Costa foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1 - PROCESSO ELEITORAL DEMOCRÁTICO: A NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO EFETIVA DO ELEITOR E DA PRESENÇA ATIVA DA MULHER NA POLÍTICA PARA A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2 - O DIREITO AO ESQUECIMENTO

3 - O DIREITO COMO INTEGRIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF: ESTUDO DE CASO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO ANENCEFÁLICO DECORRENTE DA ADPF N. 54

4 - O PRINCÍPIO JURÍDICO DA FRATERNIDADE E A CORRESPONSABILIDADE SOCIAL NOS CASOS DE REFÚGIO

5 - O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO DE FOMENTO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO NO ÂMBITO DAS ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS

6 - O ENTENDIMENTO DO STF ACERCA DO DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE: UM ESTUDO DO DIREITO COMPARADO?

7 - LIBERDADE RELIGIOSA X DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO À SAÚDE: UMA ANÁLISE DA PANDEMIA CAUSADA PELO CORONAVÍRUS

8 - DIREITO DE DISPOR SOBRE A PRÓPRIA MORTE: BREVE ESTUDO SOBRE A AUTONOMIA DA VONTADE À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

9 - FUNÇÃO SOCIAL DO TRIBUTO, LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA SOB A ÓTICA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

10 - ESTADO LAICO E LIBERDADE RELIGIOSA SOB A ÓTICA DA RELIGIÃO E DO ESPAÇO PÚBLICO: “A ÚLTIMA TENTAÇÃO DE CRISTO” E A SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

11 - CONFLITOS DECORRENTES DA UTILIZAÇÃO DO DIREITO DE IMAGEM EM LOCAIS PÚBLICOS PARA FINS ECONÔMICOS

12 - AS (I)LEGÍTIMAS INTERVENÇÕES MIDIÁTICAS, O DIREITO À PRIVACIDADE E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

13 - CRIANÇA É PRIORIDADE ABSOLUTA: DEPOIMENTO ESPECIAL COMO GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PRESERVAÇÃO DA PERSONALIDADE?

14 - COMBATE AO TERRORISMO: IMPOSSIBILIDADE DE RETROCESSO DE DIREITOS HUMANOS/FUNDAMENTAIS

15 - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DA POLÍTICA DE ISOLAMENTO SOCIAL

16 - A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE SAÚDE COMO FORMA DE GARANTIR SUA EFETIVIDADE POR PARTE DO ESTADO FRENTE À RECENTE DECISÃO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) 566471

17 - A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL FRENTE A PANDEMIA COVID 19: IMPACTOS AMBIENTAIS, ECONÔMICOS E SOCIAIS

18 - A LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM ESTADOS AUTORITÁRIOS: ANÁLISE DA DISTOPIA DE GEORGE ORWELL E O BRASIL CONTEMPORÂNEO.

19 - A EFETIVIDADE DO DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA FRENTE AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

20 - O TEMPO DO DIREITO – A VISÃO DE FRANÇOIS OST ENTRE O TEMPO E A JUSTIÇA E A APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III também proporcionou um entoadado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisados das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar do grupo de trabalho e da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa - UENP

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais III apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AS (D)LEGÍTIMAS INTERVENÇÕES MUDIÁTICAS, O DIREITO À PRIVACIDADE E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

THE (D)LEGITIMATE INTERVENTIONS, THE RIGHT TO PRIVACY AND THE CONSTITUCIONAL INTERPRETATION

Alessandra Abrahão Costa ¹
Milton Mendes Reis Neto ²

Resumo

O presente artigo analisa as legítimas formas de intervenções midiáticas, independentemente da eventual autorização dos envolvidos. Por meio do método dedutivo, busca-se demonstrar a colisão do direito fundamental à liberdade de expressão e à livre manifestação do pensamento com o direito à intimidade e à vida privada. Além da colisão dos direitos fundamentais, a pesquisa expõe os conceitos essenciais da matéria, a discussão constitucional acerca do tema e a aplicação do princípio da ponderação. O marco teórico é a Lei nº 5.250/67, antiga e revogada Lei de Imprensa. A pesquisa bibliográfica baseia-se numa abordagem crítico-reflexiva quanto ao tema.

Palavras-chave: Liberdade de expressão, Manifestação do pensamento, Direito à intimidade, Vida privada, Mídia

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the legitimate forms of media interventions, regardless of the possible authorization of those involved. Through the deductive method, the aim is to demonstrate the collision of the fundamental right to freedom of expression and the free manifestation of thought with the right to intimacy and private life. In addition, the research exposes the essential concepts of the subject, the constitutional discussion and the application of the principle of weighting. The theoretical framework is Law No. 5.250/67, formerly repealed Law of the Press. The bibliographical research is based on a critical-reflective approach to the subject.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Freedom of expression, Manifestation of thought, Right to intimacy, Private life, Media

¹ Mestranda em Instituições Sociais, Direito e Democracia, pela Universidade FUMEC. Bolsista FAPEMIG.

² Mestrando em Sociologia, pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bolsista CAPES.

1 INTRODUÇÃO

A liberdade é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, mencionada no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

No artigo quinto da Constituição de 1988, a liberdade de expressão está assegurada como direito fundamental, assim como a livre manifestação do pensamento. Do mesmo modo, considerados como direitos de personalidade, a Carta Constitucional ratifica o direito à intimidade e à vida privada.

Os mencionados direitos são considerados princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro. Porém, princípios não são absolutos e são dotados de alto grau de generalidade. Em eventual colisão entre eles, igualmente classificados como fundamentais, é preciso adotar técnicas de interpretação constitucional, baseadas em critérios de razoabilidade e proporcionalidade, para se chegar a uma decisão menos onerosa e mais adequada ao caso concreto.

Tal colisão é evidente quando se trata das intervenções midiáticas, nas quais não há prévia autorização dos envolvidos. De um lado, o direito à informação, a liberdade de expressão e a livre manifestação do pensamento. Do outro, o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem.

Dessa forma, o presente artigo busca demonstrar quais formas de intervenções midiáticas podem ser consideradas legítimas, ainda que não haja consentimento das pessoas envolvidas na situação fática. Por meio do método dedutivo, a pesquisa expõe os conceitos essenciais relacionados ao tema, além de evidenciar a discussão constitucional e a aplicação da técnica da ponderação, por meio do sopesamento de princípios, bem como a discordância teórica entre Robert Alexy e Jürgen Habermas.

O marco teórico adotado como recorte metodológico para a produção deste artigo é a Lei nº 5.520/67, antiga e revogada Lei de Imprensa. A pesquisa bibliográfica baseia-se numa abordagem crítico-reflexiva quanto ao tema.

2 LIBERDADE, VALOR SUPREMO

A liberdade pode constituir dois significados distintos. O primeiro deles refere-se à liberdade positiva, também denominada de liberdade política ou liberdade de querer. Segundo Norberto Bobbio (1997), pode ser definida como “a situação na qual um sujeito tem a

possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade sem ser determinado pelo querer dos outros”.

Já a liberdade negativa, conhecida como liberdade civil ou liberdade de agir, é compreendida como a não-interferência do Estado nas ações do indivíduo. É a ausência de impedimentos para que ação de alguém possa fazer (ou não fazer) isto ou aquilo (RAMOS, 2011).

No Brasil, a liberdade tem valor constitucional. Pode ser identificada no preâmbulo da Constituição da República de 1988, considerada como princípio estruturante do Estado Democrático de Direito.

Preâmbulo. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988, grifos do autor).

Além da previsão no preâmbulo da Constituição de 1988, a liberdade está consagrada em dispositivos do artigo quinto, que são considerados direitos à liberdades específicas, com objetivo de atribuir forma, sentido e eficácia. Como exemplo: a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV, CR, 1988) e a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e comunicação (art. 5º, IX, CR, 1988).

Nesse sentido, convém observar que, na Constituição brasileira, do princípio fundamental e genérico de liberdade decorrem inúmeros outros princípios fundamentais e gerais vinculados ao valor supremo da liberdade, tais como: o princípio da liberdade de expressão, de crença religiosa, de locomoção, de associação, de trabalho, de informação, etc (GABRICH, 2010).

Assim como o direito à igualdade, o direito à liberdade encontra menção expressa na *Magna Carta Libertatum*, emanada pelo Rei João Sem Terra, em 1215, na Inglaterra, ao garantir o *Habeas Corpus* (NUNES, 2013). Foi um dos primeiros instrumentos institucionais que limitava o Poder Estatal e consagrava direitos fundamentais.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) assegurou a liberdade de forma mais ampla, nos moldes dos textos constitucionais modernos (NOVELINO, 2018). A liberdade de expressão surge como forma de defesa contra a censura e o autoritarismo estatal.

Na França, a primeira Constituição foi aprovada em três de setembro de 1791 e petrificou os direitos proclamados na Revolução Francesa (1789 - 1799). Além de prever a

repartição dos poderes, a Carta Constitucional francesa reconhece quatro espécies de liberdade: liberdade de circulação e expressão, liberdade de imprensa e de culto, liberdade de reunião e o direito de petição (PEIXINHO).

A liberdade pode ser definida em quatro dimensões. A primeira dimensão é a liberdade moral. “Neste particular a liberdade é subjetiva, intrínseca à pessoa humana e responsável pela autodeterminação da vontade, do modo de viver e de sentir, sendo estabelecida no ser humano por meio da razão” (GABRICH, 2010).

A segunda dimensão é a política. Implica respeito dos cidadãos e do próprio Estado às diferenças culturais, raciais, religiosas, ideológicas e de todas as pessoas que convivem em uma mesma sociedade. A terceira é a dimensão jurídica. Por ela, o ser humano deve ser capaz de autodeterminar, com o uso da razão livre e consciente, as normas jurídicas que irão reger todas as suas relações sociais, em um Estado Democrático de Direito (GABRICH, 2010).

Por último, a quarta dimensão da liberdade é a econômica, vinculada ao liberalismo econômico e à livre concorrência.

Não restam dúvidas quanto ao caráter de direito fundamental da liberdade. Um valor caro e precioso ao ser humano. Apresenta, portanto, características de historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade.

É notória a preocupação do constituinte em garantir os direitos e garantias dos cidadãos, por vezes negligenciados pelo Estado, com o intuito de formar uma sociedade livre de arbitrariedades.

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todos (BOBBIO, 1995).

A liberdade é gênero, do qual se extrai diversos direitos supramencionados. Ser livre é essencial ao ser humano. Desde a primeira metade do século XVI até o final do século XIX, no Brasil, aquele que não dispunha de liberdade era considerado escravo. Essa situação se perdurou até o dia 13 de maio de 1888, com a promulgação da Lei Áurea, sancionada pela Princesa Isabel.

2.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO, SEM CENSURAS

Em abril de 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou incompatibilidade da Lei de Imprensa (Lei nº 5250/67) com a Constituição de República de 1988.

Os ministros Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso de Mello, além do relator, Carlos Ayres Britto, votaram pela total procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130.

Em contrapartida, os ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes se pronunciaram pela parcial procedência da ação e o ministro Marco Aurélio, pela improcedência.¹

Para o ministro Menezes Direito, a imprensa é a única instituição “dotada de flexibilidade para publicar as mazelas do Executivo”, sendo reservada a outras instituições a tarefa de tomar atitudes a partir dessas descobertas. Não existe lugar para sacrificar a liberdade de expressão no plano das instituições que regem a vida das sociedades democráticas (STF, 2009).

É inegável que exista uma permanente tensão constitucional entre os direitos da personalidade e a liberdade de informação e de expressão. No entanto, a democracia depende, necessariamente, da informação. “Quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição deve-se defender a liberdade. O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das ideias” (STF, 2009).

¹ STF – ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto (30.04.2009): “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Lei de Imprensa. Adequação da ação. Regime constitucional da “liberdade de informação jornalística”, expressão sinônima de liberdade de imprensa. A “plena” liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. A plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana. O capítulo constitucional da comunicação social como segmento prolongado das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Transpasse da fundamentalidade dos direitos prolongados ao capítulo prolongador. Ponderação diretamente constitucional entre de bens de personalidade: o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. Precedência do primeiro bloco. Incidência *a posteriori* do segundo bloco de direitos, para o efeito de assegurar o direito de resposta e assentar a responsabilidade penal, civil e administrativa, entre outras consequências do pleno gozo da liberdade de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção a interesses privados que, mesmo incidindo *a posteriori*, atua sobre as causas para inibir abusos por parte da imprensa. Proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais a terceiros. Relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia. Relação de inerência entre o pensamento crítico e a imprensa livre. A imprensa como instância natural de formação da opinião pública e como alternativa à versão oficial dos fatos. Proibição de monopolizar ou oligopolizar órgãos de imprensa como novo e autônomo fator de inibição de abusos. Núcleo da liberdade de imprensa e matérias periféricamente de imprensa. Autorregulação e regulação social da atividade de imprensa. Não recepção em bloco da Lei nº. 5.250/1967 pela nova ordem constitucional. Efeitos jurídicos da decisão. Procedência da ação.”

Na oportunidade, a Ministra Cármen Lúcia acrescentou que o direito tem “mecanismos para cortar e repudiar todos os abusos que eventualmente ocorram em nome da liberdade de imprensa”.

O fundamento constitucional é o da democracia e que não há qualquer contraposição entre a liberdade de expressão e de imprensa com o valor da dignidade da pessoa humana. Ao contrário, uma imprensa livre reforça o princípio da dignidade da pessoa humana (STF, 2009).

É primordial compreender o contexto histórico em que a Lei de Imprensa foi promulgada.

A Lei de Imprensa foi editada em período de exceção institucional, durante o governo militar, com escopo de regular a liberdade de manifestação do pensamento e de informação.

Em 1964, Marechal Castelo Branco foi eleito pelo Congresso Nacional como primeiro Presidente da República do novo regime. O Ato Institucional nº 1, de 9 de abril daquele ano, foi o texto inaugural do governo militar, mas não fez referências à liberdade de imprensa, reafirmando o que estava vigente na Constituição de 1946 (COSTELA, 1970).

Todavia, o Ato Institucional nº. 2, de 27 de outubro de 1965, retirou do júri a competência para julgar os crimes de imprensa, além de alterar a redação do artigo 141, parágrafo quinto, da Constituição de 1946:

Art. 14. 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** (BRASIL, 1946, grifos do autor).

Ao longo desses anos, os atos de exceção emergiram a necessidade de uma nova Constituição. O presidente Castelo Branco encaminhou ao Congresso Nacional um projeto, debatido entre dezembro de 1966 e janeiro de 1967, que daria ensejo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. (COSTELA, 1970).

Na Carta Constitucional de 1967, a liberdade de expressão era estabelecida no capítulo dos direitos e garantias individuais, praticamente nos mesmos moldes do modelo anterior vigente.

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. (BRASIL, 1967, grifos do autor).

Na mesma época, o Congresso também debatia sobre um projeto que viria a se transformar na Lei nº. 5.250, de nove de fevereiro de 1967, conhecida como “Lei de Imprensa”. Com a entrada em vigor do diploma legal, os programas de televisão, ao serem exibidos, deveriam apresentar na tela uma autorização rubricada pelos censores.

Um dia antes de entrar em vigor, a Lei de Imprensa sofreu alterações na matéria em decorrência do Decreto-lei 314, de 13 de março de 1967, a chamada Lei de Segurança Nacional, que definiu os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social.

Dentre os dispositivos, estava prevista a pena de detenção, de seis meses a dois anos, para quem divulgasse, por qualquer meio de publicidade, notícias falsas, tendenciosas ou deturpadas, de modo a colocar em perigo o bom nome, a autoridade, o crédito ou o prestígio do Brasil (Decreto-Lei nº. 314, de 1967, art. 14).

Dois anos depois, uma nova Lei de Segurança Nacional foi promulgada por meio do Decreto-lei 510, o que agravou o cenário de represália existente.

Não obstante, em 1968, há exatos 50 anos, foi assinado o Ato Institucional nº. 5, que conferiu ao presidente da República poderes para imposição de censura prévia sobre os meios de comunicação, com a justificativa de ser “necessário à defesa da Revolução”.

Art. 9º. O Presidente da República poderá baixar Atos Complementares para a execução deste Ato Institucional, bem como adotar, se necessário à defesa da Revolução, as medidas previstas nas alíneas d) e e) do § 2º do art. 152 da Constituição. (BRASIL, 1967)

Art. 152. O Presidente da República poderá decretar o estado de sítio nos casos de: §2º. O Estado de sítio autoriza as seguintes medidas coercitivas: d) suspensão da liberdade de reunião e de associação; e) **censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas;** (BRASIL, 1967, grifos do autor).

Tal Ato marcou o nível mais extremo que chegou o autoritarismo no Brasil. Assim, a liberdade de expressão, embora assegurada no texto constitucional, era uma letra-morta, sem valia, um preceito que não se cumpriu.

O quadro perdurou até 1978, com a revogação do AI-5, por meio de Emenda Constitucional nº 11², durante o governo de Ernesto Geisel. Voltava a vigorar, então, a Constituição, em conjunto com a Lei de Imprensa.

Embora de modo gradativo, o espírito democrático ganhava força, o que culminou na eleição de Tancredo Neves, primeiro Presidente após mais de vinte anos de regime ditatorial, ainda que pelo voto indireto. No entanto, Tancredo não chegou a ser empossado, pois faleceu na véspera da posse.

Assumiu o cargo José Sarney, com a missão de revogar as leis autoritárias e aprovar uma nova Constituição pelo Congresso Nacional. A atual Carta Constitucional instaurou o Estado Democrático de Direito, em cinco de outubro de 1988.

A reabertura democrática expôs o evidente desencontro da Lei de Imprensa com os princípios e preceitos constitucionais assegurados na Constituição de 1988, vez que é confirmado a todos os cidadãos o direito à livre manifestação do pensamento.

Em seu voto pela revogação total da Lei de Imprensa, o ministro Celso de Mello afirmou que “nada é mais nocivo e perigoso do que a pretensão do Estado de regular a liberdade de expressão e pensamento” (STF, 2009).

Informar e buscar informação, opinar e criticar são direitos que se encontram incorporados ao sistema constitucional em vigor no Brasil, salientou Celso de Mello. Nesse sentido, prosseguiu o ministro, as críticas dos meios de comunicação social dirigidas às autoridades - citou como exemplo -, por mais dura que sejam, não podem sofrer limitações arbitrárias. Essas críticas, quando emitidas com base no interesse público, não se traduzem em abuso de liberdade de expressão, e dessa forma não devem ser suscetíveis de punição. Essa liberdade é, na verdade, um dos pilares da democracia brasileira (STF, 2009).

Entretanto, se nem mesmo o direito à vida é absoluto, pois encontra limites na própria legislação e na Constituição, a liberdade de expressão também não haveria de ser.

2.2 RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A manifestação do pensamento é assegurada independentemente de licença, sendo vedada expressamente qualquer espécie de censura (CR, art. 5º, IX).

² Promulgação da Emenda Constitucional nº 11, em 13 de outubro de 1978, aprovada em maioria pelo Congresso Nacional, revogava os atos institucionais e complementares, no que contrariassem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais estavam excluídos de apreciação judicial (Emenda Constitucional nº 11, de outubro de 1978, art. 3º). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc11-78.htm.

Essa liberdade de manifestação do pensamento é, antes de tudo, dirigida ao Estado, de modo a impossibilitar qualquer medida restritiva aos discursos não aprovados pelo governo. Não há forma de censura que encontre respaldo constitucional, ainda que haja risco significativo de dano. A limitação se revela legítima quando o discurso tiver a intenção e o potencial de causar ações ilícitas (MACHADO, 2013 *apud* NOVELINO, 2018).

Por serem consideradas princípios, tanto a liberdade de manifestação do pensamento como a liberdade de expressão, podem colidir com outros direitos fundamentais de terceiros, tais como a honra, a imagem, direito à intimidade e à vida privada (CR, art. 5º, X). Motivo pelo qual é preciso identificar quem emitiu o juízo, a fim de que seja viabilizada eventual responsabilização nos casos de manifestação abusiva (NOVELINO, 2018).

Destaca-se o significado de “princípio”, em virtude da subdivisão das normas do ordenamento jurídico brasileiro em princípios e regras. Luís Roberto Barroso (2004) explica que princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados

Designam, portanto, "estados ideais", sem especificar a conduta a ser seguida. A atividade do intérprete aqui será mais complexa, pois a ele caberá definir a ação a tomar. E mais: em uma ordem democrática, princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: o intérprete irá aferir o peso de cada um, à vista das circunstâncias, fazendo concessões recíprocas. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato (BARROSO, 2004).

A vedação do anonimato, cláusula restritiva expressa consagrada no próprio dispositivo da liberdade de manifestação do pensamento, possui basicamente duas finalidades: atuar de forma preventiva, desestimulando manifestações abusivas do pensamento; e de forma repressiva, permitindo o exercício do direito de resposta e a responsabilização civil e/ou penal (NOVELINO, 2018).

Como contraponto ao exercício da liberdade de expressão, a Lei 13.188, de 11 de novembro de 2015, dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.

Outra forma de intervenção restritiva pode ser extraída do Código Penal. As manifestações abusivas do pensamento que violarem a honra de terceiros são tipificadas como crimes de calúnia, difamação e injúria (Código Penal, artigos 138 a 145).

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal (STF) se manifestou no sentido de que a liberdade de imprensa, qualificada por sua natureza essencialmente constitucional, assegura aos profissionais de comunicação social o direito de buscar, de receber e de transmitir

informações e ideias por quaisquer meios, inclusive digitais, ressalvadas, no entanto, a possibilidade de intervenção judicial – necessariamente “a posteriori” – nos casos em que se registrar prática abusiva dessa prerrogativa de ordem jurídica, resguardo, sempre, o sigilo da fonte quando, ao critério do próprio jornalista, este assim o julgar necessário ao seu exercício profissional.³

A natureza constitucional da liberdade de imprensa também é fortalecida pelo direito fundamental de acesso à informação, desde que resguardo o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (CR, art. 5º, XIV).

O direito fundamental à informação é consequência inevitável do Estado Democrático de Direito e do modelo republicano, além de ser instrumento indispensável à fiscalização do governo, a fim de evitar arbitrariedades.

Art. 5º (...) XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (BRASIL, 1988)

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 (BRASIL, 1988).

A Constituição que assegura o direito à informação é a mesma que estabelece cláusulas restritivas expressas.

³ Informativo 807, do Supremo Tribunal Federal. Rcl. 21.504-MC-AgR/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. EMENTA: RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À AUTORIDADE DO JULGAMENTO PLENÁRIO DA ADPF 130/DF. EFICÁCIA VINCULANTE DESSA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE DE CONTROLE, MEDIANTE RECLAMAÇÃO, DE ATOS QUE TENHAM TRANSGREDIDO TAL JULGAMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA DE TERCEIROS QUE NÃO INTERVIERAM NO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. JORNALISMO DIGITAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. DIREITO DE INFORMAR: PRERROGATIVA FUNDAMENTAL QUE SE COMPREENDE NA LIBERDADE CONSTITUCIONAL DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E DE COMUNICAÇÃO. INADMISSIBILIDADE DE CENSURA ESTATAL, INCLUSIVE DAQUELA IMPOSTA PELO PODER JUDICIÁRIO, À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, NESTA COMPREENDIDA A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA. TEMA EFETIVAMENTE VERSADO NA ADPF 130/DF, CUJO JULGAMENTO FOI INVOCADO, DE MODO INTEIRAMENTE PERTINENTE, COMO PARÂMETRO DE CONFRONTO. PRECEDENTES. SIGILO DA FONTE COMO DIREITO BÁSICO DO JORNALISTA: PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL QUE SE QUALIFICA COMO GARANTIA INSTITUCIONAL DA PRÓPRIA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

Em regra, as limitações não ocorrem por meio de atos discricionários. Há situações em que o sigilo é imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (CR, art. 5º, XXXIII), em outras, é resguardado o sigilo da fonte e o segredo profissional em situações legalmente estabelecidas (CR, art. 220, § 1º).

Além do direito de resposta e da vedação do anonimato, a Carta Constitucional de 1988 resguarda o direito à privacidade. Assim como ocorre com outros princípios fundamentais, são comuns os conflitos envolvendo a liberdade de informação jornalística e o direito à privacidade.

Nessas hipóteses, assim como ocorre em todos os casos de colisões de princípios, é necessário analisar as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas à luz de alguns critérios objetivos que devem pautar a ponderação, tais como: i) a veracidade da informação; ii) o contexto jornalístico no qual foi divulgada; iii) e o interesse público (e não apenas do público) no acesso aos fatos divulgados (NOVELINO, 2018).

No âmbito infralegal, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) veda “a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a criança e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional” (ECA, art. 143).

As matérias jornalísticas a respeito do fato não podem identificar a criança ou adolescente. A vedação se estende, inclusive, ao uso de fotografias, referência ao nome, apelido, filiação, parentesco, residência e até mesmo as iniciais do nome e sobrenome.

Por fim, a Constituição de 1988, numa hipótese de *reserva legal simples*, prevê que durante a vigência do estado de sítio poderão ser impostas, na forma da lei, restrições ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa (CR, art. 139, III)⁴.

3 O CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de explicitar os conflitos entre direitos fundamentais, é preciso fazer uma distinção entre princípios e regras, que são subdivisões das normas jurídicas, vez que estas devem ser compreendidas como gênero.

A distinção entre princípios e regras depende do critério a ser adotado. Tradicionalmente, princípios e regras eram diferenciados quanto ao *grau de abstratividade* (ou generalidade): “Sob essa óptica, os princípios são considerados normas “generalíssimas” por serem aplicáveis a diversos casos heterogêneos, ao passo que as regras se caracterizam

⁴ Quando o direito fundamental possui *cláusula de reserva legal expressa* (simples ou qualificada), a medida restritiva é adequada se não afrontar a Constituição, pois, nesse caso, cabe ao legislador eleger, dentro da margem de ação constitucionalmente permitida, os fins a serem implementados. (NOVELINO, 2018, p. 331)

por abranger em seu pressuposto fático (ou hipóteses) apenas casos homogêneos”, (NOVELINO, 2018).

Em termos científicos, contudo, princípio é uma proposição diretora à qual todo o desenvolvimento posterior dessa mesma ciência deve estar subordinado. Em qualquer ciência princípios são proposições básicas e fundamentais para todas as estruturas subsequentes. Por isso, por meio dos princípios indica-se a razão de ser das coisas e não somente a própria coisa (GABRICH, 2010).

Pela análise do critério proposto por Humberto Ávila, na obra “Teoria dos Princípios”, princípios e regras são diferenciados a partir de critérios distintos. O primeiro deles é quanto ao modo como contribuem para a decisão. As regras são definidas como normas “preliminarmente decisivas e abarcentes” com intuito de gerar uma solução específica para o conflito. Por outro lado, os princípios são tidos como normas “primariamente complementares e preliminarmente parciais” a fim de fornecer razões contributivas para a decisão (NOVELINO, 2018).

Outro preceito adotado por Ávila é quanto à natureza do comportamento prescrito, pelo qual as regras são “normas imediatamente descritivas que estabelecem obrigações, permissões e proibições; os princípios são normas imediatamente finalísticas que estabelecem um estado de coisas a ser atingido” (NOVELINO, 2018).

Já para Ronald Dworkin, filósofo do direito norte-americano, as regras são aplicáveis ou não, pois tem caráter de definitividade, impõem determinados resultados. Isto é, caso ocorram os fatos estipulados por regras válidas, as respostas dadas devem ser aceitas. Enquanto os princípios possuem um caráter *prima facie*, indicam o sentido da decisão a ser dada. Diferentemente das regras, preterir um princípio não significa considerá-lo inválido (NOVELINO, 2018).

A aplicação dos princípios pode ser desconsiderada, no caso concreto, sem que isso signifique que seja incompatível com a lógica do sistema jurídico no qual está inserido (GABRICH, 2010).

Isso, contudo, não permite concluir que alguns princípios têm importância relativa, por estabelecerem apenas direção programática, nem muito menos que, quando o caso concreto não é acobertado por uma regra clara e objetiva, o juiz deve exercer o seu poder discricionário para decidí-lo por meio da criação de um novo padrão jurídico-normativo de conduta. (GABRICH, 2010).

Na teoria dos princípios adotada por Robert Alexy, os princípios são definidos como “mandamentos de otimização”, ou seja, ordenam que algo seja realizado na maior medida possível.

Inspirado em Dworkin, embora haja discordâncias, Robert Alexy considera que os princípios fornecem apenas razões provisórias (*prima facie*). São considerados como comandos aceitos, no entanto, dependentes de verificações, em um segundo momento, em face de outros mandamentos fornecidos por princípios opostos (NOVELINO, 2018).

Para Alexy (2008), as razões fornecidas pelos princípios, ante a possibilidade de superação por outras mais fortes, têm sempre caráter provisório, enquanto as fornecidas pelas regras têm caráter definitivo, desde que não comportem exceções. São diferenciados dois tipos de regras. As completas são aquelas cuja determinação contida no enunciado é suficiente para a decisão e que, por conseguinte, fornecem razões definitivas para um juízo concreto de dever-ser. Por serem aplicáveis sem qualquer exceção, asseguram direitos e impõem deveres definitivos. As incompletas, por sua vez, não podem ser aplicadas independentemente de sopesamentos, sendo necessário recorrer ao nível dos princípios para se chegar à decisão. Sob essa óptica, aquelas devem ser compreendidas como mandamentos definitivos e estas como mandamentos provisórios, embora de caráter essencialmente mais forte do que o dos princípios (NOVELINO, 2018).

Como assinalado, o ordenamento jurídico brasileiro é composto por normas jurídicas que se subdividem-se em princípios e regras. Os princípios permitem que haja um sopesamento necessário à resolução dos conflitos, o que não seria possível se o sistema jurídico fosse formado apenas por regras.

A subdivisão entre princípios e regras permite um equilíbrio entre as normas, com intuito de evitar situações de insegurança jurídica.

Enquanto as regras proporcionam maior clareza e objetividade, os princípios são subjetivos e carecem de ponderação e razoabilidade para serem aplicados ao caso concreto.

A Constituição da República de 1988 tem fundamento no Estado Democrático de Direito. Por essa razão, as sociedades são formadas por pluralismos de valores, ideias e crenças, que muitas vezes podem ser conflitantes entre si, dando ensejo ao surgimento de antinomias.

Para a “Teoria dos Direitos Fundamentais”, de Robert Alexy, os direitos fundamentais têm natureza jurídica de princípios e são considerados mandamentos de otimização. Deve-se aplicar a máxima da proporcionalidade, na qual se inclui a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (GORZONI, 2009).

As antinomias jurídicas “consistem no conflito entre normas pertencentes ao mesmo ordenamento e dotadas do mesmo âmbito de validade temporal, espacial, pessoal e material” (NOVELINO, 2018). No conflito de regras, utiliza-se a técnica da subsunção. Uma regra é

aplicada integralmente em determinado caso concreto, enquanto a regra conflitante será declarada inválida.

A declaração de invalidade não acontece quando o conflito existente é entre princípios. Para Alexy, a dimensão a ser avaliada é de peso de cada princípio (GORZONI, 2009).

A colisão é resolúvel por meio de sopesamento, em que as variáveis do caso concreto são consideradas para atribuir qual direito deve prevalecer e sob qual medida, em detrimento do outro.

3.1 O SOPESAMENTO, A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO E AS CRÍTICAS DE HABERMAS

Antes de adentrar na discussão sobre a técnica de sopesamento, elaborada por Robert Alexy, e o princípio da ponderação, é essencial distinguir os termos proporcionalidade e razoabilidade.

O princípio da razoabilidade pode ser compreendido como o ato de discricionariedade, fundamentado em prudência e sensatez, exigido pelo agente público. A razoabilidade é decorrente dos princípios da finalidade, da legalidade e do devido processo legal como meio de se evitar condutas incoerentes e absurdas. “Assim, o administrador tem apenas liberdade para escolher entre opções razoáveis. Atos absurdos são absolutamente nulos” (MOREIRA, 2009).

Do mesmo modo, a decisão do magistrado deve se primar pela proporcionalidade, que por sua vez deve ser entendida como “postulado”, ou seja, uma metanorma que determina o modo de raciocínio e de argumentação relacionado às normas restritivas de direitos fundamentais (NOVELINO, 2018).

O postulado da proporcionalidade é constituído pela adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A *adequação* objetiva eliminar os meios não adequados, ou seja, analisa se o meio empregado e o objetivo da norma são legítimos.

Assim como as demais regras do postulado da proporcionalidade, a adequação não determina necessariamente um único resultado, mas exclui algumas possibilidades. Em se tratando de direitos fundamentais, muitas vezes consagrados em dispositivos vagos e imprecisos, isso não significa pouca coisa. (NOVELINO, 2018).

Seguidamente, a *necessidade* visa a utilização do meio menos invasivo e oneroso, dentro das possibilidades fáticas, para que determinado fim seja alcançado.

A necessidade, assim como a adequação, expressa a ideia de “Eficiência de Pareto”: “em razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas de outra posição”. (ALEXY, 2008 apud NOVELINO, 2018)⁵.

Por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito* está em perfeita harmonia com a “lei material do sopesamento”, tal qual, “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2008 apud NOVELINO, 2018).

A metodologia de raciocínio interpretativo constitucional denominada “técnica da ponderação” tem uma estrutura mais diversa e mais complexa do que a subsunção simples⁶, que embora seja fundamental para dinâmica do direito, por si só é insuficiente para lidar com a expansão principiológica (BARROSO, 2009).

A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas. (BARROSO, 2009).

A ponderação pode ser descrita como um processo subdividido em três etapas. Na *primeira*, o intérprete detecta no sistema as normas relevantes para a solução do caso, além de identificar eventuais conflitos entre elas. Evidencia-se que a norma se distingue de dispositivo. “Por vezes uma norma será resultado da conjugação de mais de um dispositivo”. (BARROSO, 2009).

A *segunda* etapa consiste no exame dos fatos e das circunstâncias elementares ao caso concreto, assim como das respectivas interações com os elementos normativos.

Como se sabe, os fatos e as consequências práticas da incidência da norma têm assumido importância especial na moderna interpretação constitucional. Embora os princípios e regras tenham, em tese, uma existência autônoma, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão

⁵ O Ótimo de Pareto (ou Eficiência de Pareto) é um conceito de economia desenvolvido pelo italiano Vilfredo Pareto, nos termos do qual uma situação econômica é “ótima” se não for possível melhorar a situação – ou, mais genericamente, a utilidade – de um agente, sem degradar a situação ou utilidade de qualquer outro agente econômico (NOVELINO, 2018, p. 332).

⁶ Durante muito tempo a subsunção foi a única fórmula para compreender a aplicação do direito, a saber: premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo como consequência a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto (BARROSO, 2009).

apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência. (BARROSO, 2009)

A novidade interpretativa encontra-se na *terceira* fase do processo. É nesse estágio que os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto são analisados de forma minuciosa e conjunta. O objetivo é aperfeiçoar os pesos a serem atribuídos aos diversos elementos contestados. Como consequência, determina-se quais as normas devem preponderar em cada situação fática, levando-se em consideração suas particularidades.

Em momento posterior, conduzido pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o intérprete da norma decide “quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada - deve prevalecer em detrimento dos demais. Isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada” (BARROSO, 2009).

O recurso do sopesamento é constantemente criticado no debate jurídico internacional. Entre os críticos destaca-se Jürgen Habermas, que considera o sopesamento uma técnica inconsistente do ponto de vista metodológico. Para Habermas, a noção de ponderação é vaga e “inexistiria um padrão de medida homogêneo e externo aos bens em conflito capaz de pesar de forma consistente a importância de cada um deles” (GORZONI, 2009). Por essa razão, Alexy, no pós-fácio do livro, dialoga diretamente com Habermas.

Alexy apresenta inicialmente duas teses contrárias à idéia de que não seria possível chegar a uma conclusão de forma racional em nenhum caso de sopesamento: uma radical e outra moderada. A primeira sustenta que o sopesamento possibilita uma conclusão racional em todos os casos. Esse não é o ponto de vista de Alexy, visto que a teoria dos princípios sempre considerou o sopesamento um procedimento que não conduz a um resultado único e inequívoco em todo e qualquer caso. Desse modo, as atenções do autor recaem sobre a tese moderada: "embora o sopesamento nem sempre determine um resultado de forma racional, isso é em alguns casos possível, e o conjunto desses casos é interessante o suficiente para justificar o sopesamento como método". (GORZONI, 2009).

Habermas acredita que não pode ser elaborada uma justificação racional para a ponderação de princípios. O ponto central está na definição de princípios como “mandamentos de otimização”. “Alexy estaria atribuindo a tal espécie de normas uma estrutura teleológica que desvaneceria o sentido deontológico de sua validade” (HABERMAS, 2005, p. 278 *apud* BUSTAMANTE, 2006).

De acordo com Habermas, **“as normas e princípios, em virtude do sentido deontológico de sua validade, podem pretender uma obrigatoriedade geral e não uma preferibilidade particular ou especial”**, possuindo uma capacidade de justificação – em termos universais – muito maior que os valores. Esses, por seu turno, haveriam de ser “postos caso a caso em uma relação ou ordem transitiva com os demais valores”, sem com que haja critérios racionais para estabelecer ou

controlar as posições ou hierarquias que se estabelecem entre eles. (BUSTAMANTE, 2006, grifos do autor).

Embora as divergências teóricas sejam amplas, o debate está longe do fim. É comum na jurisprudência que se leve em conta a interpretação de regras, cuja interpretação encontra-se fora das controvérsias, e de princípios, que por sua vez, demandam o uso de argumentos complexos para sua aplicação.

4 O DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

Entre os direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, está assegurada a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, certificado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (CR/88, art. 5º, X).

Definidos como direitos de personalidade, por serem irrenunciáveis, intransmissíveis e inerente a todo ser humano, o direito à intimidade e à vida privada emanam do princípio da dignidade da pessoa humana.

Outra característica dos direitos de personalidade é que nem sempre da sua violação produzirá um prejuízo com repercussões econômicas e patrimoniais, ocasionando variadas formas de reparação, como exemplo: “o direito de resposta, divulgação de desmentidos de caráter geral e/ou a indenização pelo dano moral” (BARROSO, 2009).

O desígnio constitucional em proteger a privacidade é permitir ao indivíduo que conduza a própria vida da forma que julgar mais apropriada, sem a interferência da curiosidade alheia. O que deve variar é a intensidade dessa proteção. “Quanto mais próximas das experiências definidoras da identidade do indivíduo, maior deve ser o peso conferido ao direito à privacidade” (NOVELINO, 2018).⁷

A intimidade está relacionada ao modo de ser de cada pessoa, ao mundo intrapsíquico aliado aos sentimentos identitários próprios (autoestima, autoconfiança) e à sexualidade. Compreende os segredos e as informações confidenciais. A vida privada abrange as relações do indivíduo com o meio social nas quais não há interesse público na divulgação.

A honra consiste na reputação do indivíduo perante o meio social em que vive (honra objetiva) ou na estimacão que possui de si próprio (honra subjetiva). (...) O direito à imagem impede, *prima facie*, sua captação e difusão sem o consentimento da própria pessoa. A proteção a esse direito é autônoma em relação à honra, devendo ocorrer ainda que não haja ofensa à estimacão pessoal ou à reputação do indivíduo. (NOVELINO, 2018).

⁷ Constitucionalmente, a privacidade, enquanto gênero, se subdivide em intimidade, vida privada, honra e imagem. (CR/88, art. 5º, X).

Inseridos no direito à privacidade, estão os fatos cotidianos, ocorridos no seio domiciliar ou locais reservados, incluídos os hábitos, atitudes, comentários, escolhas pessoais, vida familiar, relações afetivas. “Como regra geral, não haverá interesse público em ter acesso a esse tipo de informação” (BARROSO, 2009).

O problema está justamente nas exceções. Se nem mesmo o direito à vida é absoluto, o direito à inviolabilidade da privacidade também não haveria de ser. No Estado Democrático de Direito, não há espaço para direito absoluto.

Intervenções no âmbito de proteção do direito à privacidade devem ser consideradas legítimas quando: I) adequadas para fomentar princípios constitucionais; II) necessárias, ante a inexistência de outro meio similarmente eficaz; e III) proporcionais em sentido estrito, por promoverem a realização de princípios cujas razões, no caso concreto, são mais fortes que as decorrentes do direito à privacidade. (NOVELINO, 2018)

A doutrina e a jurisprudência costumam identificar um elemento decisivo na determinação da intensidade de proteção à privacidade: o grau de exposição pública da pessoa, em razão do seu cargo ou atividade, ou até mesmo de alguma circunstância eventual (BARROSO, 2009).

A privacidade de indivíduos de vida pública - políticos, atletas, artistas - sujeita-se a parâmetro de aferição menos rígido do que os de vida estritamente privada. Isso decorre, naturalmente, da necessidade de auto exposição, de promoção pessoal ou do interesse público na transparência de determinadas condutas. Por vezes, a notoriedade advém de uma fatalidade ou de uma circunstância negativa, como estar envolvido em um acidente ou ter cometido um crime. Remarque-se bem: o direito de privacidade existe em relação a todas as pessoas e deve ser protegido. Mas o âmbito do que se deve interditar à curiosidade do público é menor no caso das pessoas públicas. (CALDAS, 1997 e MARTINEZ, 1997, *apud* BARROSO, 2009).

Outras situações em que a intervenção midiática deve ser considerada legítima é naquelas em que o fato já ingressou no domínio público, devido as veiculações em meios de comunicação de massa, e o cidadão teria o acesso à informação de qualquer outra forma regular.

Há ocasiões em que a segurança ou o interesse público também justificam o intermédio dos canais de comunicação. Do mesmo modo, a divulgação de imagens dentro de adequado contexto jornalístico ou em eventos culturais, científicos, históricos e de interesse da sociedade (NOVELINO, 2018).

Tanto a liberdade de expressão e a livre manifestação do pensamento como o direito à inviolabilidade da privacidade devem ter amplitude e aplicação limitada. Podem atingir, de forma direta ou indireta, outros direitos fundamentais resguardados constitucionalmente.

Limitar direitos é a forma mais democrática de garanti-los. É válido repetir: não existem direitos absolutos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final dessa análise, é possível compreender que após 20 anos de governo militar, em que a imprensa sofria graves formas de censuras e represálias, a atual Constituição da República de 1988 tem a liberdade como valor supremo para sociedade, do qual decorrem diversos direitos fundamentais.

Tais direitos fundamentais são considerados princípios, e deles destacam-se: a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, o direito de acesso à informação e a livre manifestação do pensamento.

Por serem definidos como princípios, devido ao seu grau de abstratividade, os direitos fundamentais podem conflitar em entre si, sem que para isso algum deles seja considerado inválido. Não por outro motivo, algumas intervenções midiáticas devem ser consideradas legítimas em detrimento do direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, igualmente assegurados pela Constituição de 1988.

Sob essa ótica, o presente artigo procurou delinear os limites da liberdade de expressão e da livre manifestação do pensamento, utilizando-se para a Lei de Imprensa como marco teórico.

O objetivo da pesquisa foi exemplificar a técnica de interpretação constitucional, desenvolvida por Robert Alexy, conhecida como Técnica da Ponderação, explicitando também as divergências teóricas de Alexy com Jürgen Habermas. Demonstrou-se que ela tem sido fundamental para a dinâmica do direito, nas decisões da atividade judicante, posto que subsunção tem se revelada insuficiente, enquanto necessário esgotamento da melhor técnica para o arbítrio do magistrado ao proferir as decisões judiciais.

Conduzida pela proporcionalidade e razoabilidade, a ponderação busca oferecer ao intérprete a solução mais adequada, necessária e menos onerosa ao caso concreto. Observa-se também que ocasionalmente a segurança e o interesse público são justificativas viáveis para interferências dos canais de comunicação, assim como a depender do cargo ou atividade de ocupação do indivíduo envolvido na situação fática.

A premissa basilar de um Estado Democrático de Direito é a não existência de direitos absolutos, até mesmo o direito à vida encontra limitações infralegais e constitucionais.

REFERÊNCIAS:

BARROSO, Luis Roberto. 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, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>>. Acesso em: 17 de dezembro de 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro. 1997.

BRASIL. Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 13 dez. de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em 14 de dezembro de 2019.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 14 de dezembro de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm>. Acesso em 11 de dezembro de 2019.

BRASIL. Decreto n. 314, de 13 de março de 1967. Dispõe sobre crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0314.htm> . Acesso em 14 de dezembro de 2019.

BRASIL. Lei 13.188, de 11 de novembro de 2015. Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13188.htm>. Acesso em 17 de dezembro de 2019.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em 17 de dezembro de 2019.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas: análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy. **Revista de Informação Legislativa**, v. 43, n. 171, p. 81-90, jul./set. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92841>. Acesso em 16 de dezembro de 2019.

COSTELA, Antonio Fernando. **O controle da informação no Brasil; evolução histórica da legislação brasileira de imprensa**. Petrópolis : Vozes, 1970. 156 p.

GABRICH, Frederico de Andrade. **O Princípio da Informação**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, 2010.

GORZONI, Paula. Entre o princípio e a regra: teoria dos direitos fundamentais. **Novos estud.** – **CEBRAP**, São Paulo, n. 85, p. 273-279, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002009000300013&Ing=en&nrn=iso>. Acesso em 14 de dezembro de 2019.

JUNIOR, Ruy Ferreira Mattos. **Direitos Fundamentais e Direito de Liberdade**. Revista Direitos Fundamentais e Democracia. Vol. 6. 2009.

MACHADO, Maria Costa Neves. Liberdade de expressão e restrição de conteúdo: análise do caso Ellwanger em diálogo com o pensamento de Celso Lafer. Revista dos Tribunais, vol. 931, p. 159, Maio 2013.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Princípios do Direito Administrativo**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081219094423263>. Acesso em 01º de janeiro de 2019.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **O direito à liberdade de expressão e o direito à imagem**. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/Gustavo_imagem.doc> Acesso disponível em 11 de dezembro de 2019.

PEIXINHO, Manoel Messias. **Os Direitos Fundamentais nas Constituições Francesas**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b1bc40d056bad6ec>>. Acesso disponível em 13 de dezembro de 2019.

RAMOS, Cesar Augusto. **Liberdade Positiva e Negativa no Liberalismo Político de Rawls**. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/viewFile/8704/5747>>. Acesso em 11 de dezembro de 2019.

STF. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADPF 130. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJ: 30/04/2009. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=12837>>. Acesso em 13 de dezembro de 2018