XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ENEÁ DE STUTZ E ALMEIDA

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Eneá De Stutz E Almeida, Flavia Piva Almeida Leite, Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-180-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias Fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXV Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, com a Universidade Católica de Brasília – UCB, com o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP, ocorreu na Capital Federal entre os dias 6 e 9 de julho de 2016 e teve como tema central DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do 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 e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II. Coordenado pelos professores Eneá De Stutz E Almeida, Flavia Piva Almeida Leite e Lucas Gonçalves da Silva, o referido GT foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados no presente e-book, 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 também a maior 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.

Como o ato de classificar depende apenas da forma de olhar o objeto, a partir da ordem de apresentação dos trabalhos no GT (critério de ordenação utilizado na lista que segue), vários grupos de artigos poderiam ser criados, como aqueles que lidam com: questões de raça, religião e gênero (#####), concretização de direitos fundamentais (######), liberdade de expressão e reunião (#####), teoria geral dos direitos fundamentais (####) e temas multidisciplinares que ligam os direitos fundamentais a outros direitos (####)

1. A CONCRETIZAÇÃO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DIANTE DO DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO EM PROCESSO DE ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR

2. O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO HUMANO E A REALIZAÇÃO DO PROJETO DE VIDA

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E TRIBUTAÇÃO: COMO PROMOVER O COMBATE À DESIGUALDADE SOCIAL NO CENÁRIO PÓS-CRISE DE 2008.

4. O DIREITO A SAÚDE E A VIDA - JUDICIALIZAÇÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA

5. ENSAIO CLÍNICO COM MEDICAMENTOS NO BRASIL: A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO CASO DOS PACIENTES EM SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA OU URGÊNCIA.

6. MERCADO DE TRABALHO FORMAL E DESIGUALDADE DE GÊNERO: DAS COTAS LEGAIS À RESSIGNIFICAÇÃO CULTURAL

7. A GLOBALIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE PARA PRIVATIZAÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NA AMAZÔNIA X FUNÇÃO SOCIAL DA ÁGUA

8. LIBERDADE E REPRESENTATIVIDADE DO EMPREGADO NO ATUAL MODELO SINDICAL BRASILEIRO: PROPOSTAS PARA A DIGNIDADE

9. IMPLICAÇÕES JURÍDICAS NA ALTERAÇÃO DE PRENOME E GÊNERO NO REGISTRO CIVIL DE TRANSEXUAL NÃO OPERADO

10. A EMERGÊNCIA DA PAZ COMO NORMA JURÍDICA: A NOVA DIMENSÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL

11. A DISPENSABILIDADE DE ORDEM JUDICIAL PARA QUE O FISCO TENHA ACESSO AOS DADOS BANCÁRIOS DOS CONTRIBUINTES E OS REFLEXOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E SIGILO DE DADOS

12. A DIMENSÃO ESTRUTURAL DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL: OS CRITÉRIOS TRADICIONAIS PARA A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS E A BUSCA PELA MAIOR RACIONALIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS

13. A DESOBEDIÊNCIA CIVIL E DISCURSOS JURÍDICOS DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ABORTO DE FETO COM MICROCEFALIA

14. A DECISÃO DE CONSTITUCIONALIDADE NO JULGAMENDO DA ADI Nº. 3.421 /PR E A EFETIVIDADE DE DIREITO FUNDAMENTAL

15. A CONSTRUÇÃO EMPÍRICA DA IDENTIDADE SOCIAL COMO FUNDAMENTO PARA O DIREITO À PROPRIEDADE: O QUILOMBO SACOPÃ.

16. O USO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE EM AÇÕES INDENIZATÓRIAS: UM ESCUDO RETÓRICO DE SOFISTICAÇÃO PARA O SUBJETIVISMO IMPLÍCITO NAS DECISÕES JUDICIAIS

17. A (IN)EFETIVIDADE DO ESTADO NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALTERNATIVAS E SOLUÇÕES PARA O CUMPRIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

18. OCUPAÇÃO DE ESCOLAS EM SÃO PAULO VERSUS DIREITO DE LIBERDADE DE REUNIÃO: O PROBLEMA DOS LIMITES NO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

19. OS MÉTODOS DE DECISÃO ADOTADOS PELA TEORIA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL EM CASOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A IMPLICAÇÃO PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

20. REFLEXÕES SOBRE O CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE GREGORIO PECES-BARBA

21. REFLEXOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL NOS CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

22. SER OU NÃO SER CHARLIE: REFLEXÕES A RESPEITO DE LIBERDADES ESCALONADAS EM AMBIENTE DE SOCIEDADE INFORMACIONAL

23. SOBERANIA NA AMAZÔNIA: GLOBALIZAÇÃO, ACESSO À ÁGUA DOCE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

24. SURVEILLANCE E O DIREITO FUNDAMENTAL A PRIVACIDADE PARA INFÂNCIA BRASILEIRA NA INTERNET

25. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE ATRAVÉS DA RECUSA INDEVIDA PELAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE QUANTO AS COBERTURAS DE TRATAMENTOS MÉDICO FORA DO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS

26. TRATAMENTO PALIATIVO COMO FORMA ASSECURATÓRIA DE UMA MORTE DIGNA

Finalmente, deixa-se claro que os trabalhos apresentados no GT DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II, acima relatados, foram contemplados na presente publicação, uma verdadeira contribuição para a promoção e o incentivo da pesquisa jurídica no Brasil, consolidando o CONPEDI, cada vez mais, como um ótimo espaço para discussão e apresentação das pesquisas desenvolvidas nos ambientes acadêmicos das pós-graduações.

Desejamos boa leitura a todos.

Profa. Dra. Eneá De Stutz E Almeida - UNB

Profa. Dra. Flavia Piva Almeida Leite - FMU

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

OS MÉTODOS DE DECISÃO ADOTADOS PELA TEORIA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL EM CASOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A IMPLICAÇÃO PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

THE DECISION METHODS ADOPTED BY THE CIVIL-CONSTITUTIONAL LAW THEORY IN FUNDAMENTAL RIGHTS CASES AND ITS IMPLICATION FOR THE FREEDOM OF SPEECH

Priscilla Regina da Silva [1]

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar os métodos de decisão presentes em casos de conflito entre direitos fundamentais, apoiados na teoria do Direito Civil-Constitucional. Serão trazidas as principais críticas ao Direito Civil-Constitucional e a consequência da aplicabilidade da teoria nas decisões que envolvem o direito à livre expressão.

Palavras-chave: Direito civil-constitucional, Liberdade de expressão, Métodos procedimentais, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

This essay aims to analyze the decision methods in cases of conflict between fundamental rights, supported by the Civil-Constitutional Law theory. The main criticisms of the theory will be analyzed, as well as the consequences of its application in cases in which freedom of speech is involved.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil-constitutional law, Freedom of speech, Procedural methods, Fundamental rights

[1] Mestranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público

Introdução

Nos últimos anos tem-se observado um fortalecimento da Teoria do Direito Civil-Constitucional na doutrina e jurisprudência brasileira.[1] A ascensão da Teoria, contudo, traz uma metodologia procedimental potencialmente problemática quando da resolução de casos que tratam de conflitos entre direitos fundamentais. A análise dessa problemática é o objetivo do presente artigo.

Para a demonstração do que se afirma neste estudo, foram reunidas algumas decisões de casos que envolvem Liberdade de Expressão – um direito frequentemente posto em situação de conflito com outros direitos fundamentais. Tal como afirmado por Maria Celina Bodin de Moraes e Carlos Nelson Konder, "dentre as hipóteses de colisão de princípios que formam casos difíceis, a liberdade de expressão parece ser a principal fonte de exemplos, justamente por seus limites externos serem definidos por violações a outros bens jurídicos tutelados pelo ordenamento" (Moraes; Konder, 2012, p. 3).

O conteúdo pretendido será abordado em três tópicos. O tópico I do artigo apresentará os principais fundamentos da teoria do Direito Civil-Constitucional, amparada no processo de constitucionalização dos Códigos. No tópico II serão discutidas as críticas ao método de decisão defendido pela teoria para solução de conflitos entre direitos e as possíveis consequências a serem desenvolvidas, caso se opte por adotar o método. No terceiro tópico do artigo serão apresentados os casos mencionados para demonstrar a aplicação de algumas consequências em situações que envolvem liberdade de expressão para, por fim, serem expostas as conclusões do estudo.

1. A ascensão da teoria do Direito Civil-Constitucional

Uma das principais mudanças na estrutura jurídica atribuídas ao surgimento da teoria do Direito Civil-Constitucional é na própria definição do Direito Civil que, antes compreendido como o espaço das liberdades individuais, agora seria um campo mais voltado ao bem-estar coletivo. Stefano Rodotá, um dos precursores da teoria na Itália, justifica que a diferença na interpretação se deve à mudança da preocupação-objeto, que passou a ser o sujeito concreto e real, deixando de ser em relação ao sujeito abstrato da dogmática descrito

[1] Maria Celina Bodin de Moraes, Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder, Anderson Schreiber, Pietro Perlingieri e Stefano Rodotá são alguns dos representantes do Direito Civil-Constitucional na doutrina.

nas normas do Código Civil. O fundamento principal para um Direito que possibilitasse a mudança de como o sujeito deveria ser encarado tinha por base a solidariedade, que, por sua vez, demandava uma nova interpretação do Código Civil, sendo esta, constitucionalizada; e, portanto, despatrimonializada e socializada (informação verbal)[2].

Teóricos brasileiros, como Maria Celina Bodin e Gustavo Tepedino, tinham a mesma preocupação que o autor italiano, argumentando, ainda, que a Constituição brasileira de 1988 teria instaurado novos parâmetros hermenêuticos e, por isso, haveria necessidade de adequar as normas à ordem constitucional. A ideia, entretanto, segundo os autores, não corresponderia simplesmente a uma análise de recepção das normas anteriores à Constituição, mas de interpretação dessas normas de acordo com os princípios constitucionais que, por sua vez, teriam como centro a dignidade da pessoa humana (Júnior, 2009, p. 71).

O processo resultou na retirada do foco no Código Civil para a regulação das relações privadas e na ratificação da supremacia Constitucional, levando à relativização na antiga dicotomia Direito Público e Direito Privado. Os direitos fundamentais seriam os parâmetros para criação do direito ao caso concreto e, para tanto, a teoria sugere que a análise da aplicação do princípio e norma mais adequados seja desvinculada do caráter formalista, antes preconizado pelo Positivismo Jurídico, adotando-se, assim, o particularismo.

Luis Roberto Barroso explica que, para os idealizadores da teoria, a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra na redação precisa do texto normativo. Nesses casos, ainda de acordo com o autor, somente seria possível chegar à resposta adequada a partir de análises particularistas, considerando as variáveis do problema e a adequação aos valores constitucionais pertinentes (2008, p. 12). Nesse sentido, abre-se a possibilidade de aplicação direta de dispositivos constitucionais para a solução de problemas de direito privado.

Para que se chegue à resposta constitucionalmente adequada, nos moldes da teoria civil-constitucional, os critérios hermenêuticos à disposição do juiz iriam para além da mera subsunção do caso com a norma, devendo haver a ponderação dos interesses e dos valores, razoabilidade, proporcionalidade, adequação e subsidiariedade. A partir de tais critérios, assume-se o compromisso com o alcance da dignidade da pessoa humana, princípio

---

[2] Informação fornecida por Stefano Rodotá em palestra ministrada nos dias 6 e 7 de novembro de 2015 na PUC-Rio e UERJ.
Ver mais em:
BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Stefano Rodotà*: passado, presente e futuro. Editorial.Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em:
http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Editorial-civilistica.com-a.4.n.2.2015.pdf (acesso em 24 fev. 2016).

desassociado de caráter patrimonial e essencial para a concretização da Constituição, sendo, por isso, absoluto, na concepção da teoria civil-constitucionalista.

2. A carência metodológica e suas consequências

Neste tópico serão apresentadas algumas críticas à teoria do Direito Civil-Constitucional, bem como as prováveis consequências na jurisprudência em razão da adoção da teoria. A primeira crítica, muito difundida, sobre a teoria do Direito Civil-Constitucional diz respeito ao processo de constitucionalização do Direito Civil em si, que não teria razão de existir no direito brasileiro, uma vez que a anterioridade da Constituição Democrática de 1988 com relação ao Código de 2002 garante que o Código já tenha sido promulgado constitucionalizado. Ao contrário do que teria ocorrido na Itália, país no qual a justificativa para a existência da teoria (Perlingieri, 2008) seria justamente o fato de que havia uma inadequação ideológica entre o Código Civil italiano de 1942,[3] promulgado durante a vigência de um governo Fascista, e a Constituição posterior, de 1948,[4] já promulgada no período de redemocratização do país.

Maria Celina Bodin confronta essa crítica afirmando que o fato de o Código Civil de 2002 ter sido promulgado posteriormente à Constituição de 1988 não bastaria para afirmá-lo como constitucional. Segundo a autora, essa conclusão seria uma falácia, já que é possível identificar "diversos anacronismos e deficiências que o texto, elaborado na década de 1970, traz em seu corpo, consagrando, em numerosos dispositivos, entendimentos que se opõem ao movimento de personalização que se vinha operando em doutrina e jurisprudência" (2006, p. 236).

Entretanto, é possível extrair dos argumentos da autora uma confiança reduzida nos procedimentos do controle de constitucionalidade existentes, como a interpretação conforme, as ações diretas e o controle difuso. Isso porque, dada a alegada necessidade de passar por um período de constitucionalização, tais mecanismos não bastariam por si só para a garantia da unidade do arcabouço jurídico. Ademais, o princípio da supremacia constitucional está

[3] Código Civil Italiano 1942: http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm (acesso em 10 mar 2016).
[4] Constituição Italiana de 1948: http://www.senato.it/documenti/repository/relazioni/libreria/Costituzione_anastatica.pdf (acesso em 10 mar 2016).

vigente desde a Constituição de 1891,[5] não havendo, portanto, necessidade de passar por um processo de "constitucionalização do Direito Civil" para que a interpretação das normas infraconstitucionais se desse de acordo com a Constituição.

O dito processo de constitucionalização apenas fomenta que a análise da resposta de acordo com as regras e princípios constitucionais correspondentes ocorra de forma casuística. Trata-se de um particularismo jurídico extremo que enseja um aumento considerável de casos difíceis, uma vez que a mera subsunção da norma ao caso passa a ser insuficiente em todas as hipóteses.

Nesse ponto, é preciso relembrar as críticas ao extremo particularismo trazidas por Frederick Schauer. Ao aumentar a gama de caminhos alternativos para os juízes, por se exigir uma interpretação mais ampla, que considera princípios abstratos e valores constitucionais e não apenas a legislação infraconstitucional – mesmo em casos que sua aplicação é direta e lógica –, o Direito Civil-Constitucional termina por desvalorizar as regras prescritas.

De acordo com Schauer, tal ceticismo perante as regras faz com que a previsibilidade e segurança jurídica sejam reduzidas de forma considerável (2009, p. 195). Nesse caso, caberá ao magistrado, a quem teria sido atribuída a tarefa de proferir a palavra final, decidir qual seria a resposta correta ou mais correta para o caso concreto. A discricionariedade conferida ao juiz é tanta que o juiz acaba atuando como legislador positivo, uma vez que deve trabalhar com valores muito amplos, como a dignidade da pessoa humana ou a solidariedade, aos quais se assume a dificuldade de estabelecer um conceito fixo.[6]

De acordo com as explicações de Schauer, a tendência, nesses casos, é que o juiz procure primeiramente a resposta que entenda ser a mais justa e adequada, para depois buscar

---

[5] "Art. 60:§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:
a) quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação;
b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas;
c) quando dous ou mais tribunaes locaes interpretarem de modo differente a mesma lei federal, podendo o recurso ser tambem interposto por qualquer dos tribunaes referidos ou pelo procurador geral da Republica;
d) quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional."

[6] Provavelmente o mais adequado para não que não haja muito prejuízo à separação de poderes é que a discricionariedade do juiz – em sentido forte conferido por Dworkin – seja exercida quando a lei não lhe confira resposta imediata – hipótese em que se identifica um caso difícil. O juiz deve aplicar o direito criado por outras instituições, evitando ao máximo criar um novo direito (Dworkin, 2014, p. 54). Ocorre que pelo Direito Civil-Constitucional a discricionariedade já é aumentada mesmo em casos fáceis porque uma das tarefas atribuídas ao juiz é ter que averiguar a lei de acordo com os princípios constitucionais e tais valores são tão abstratos que impedem o estabelecimento de bases e critérios para que o particularismo se torne, ao menos, sensível às regras. Tanta amplitude conferida à atuação do magistrado recai, ainda, no antigo problema da legitimidade. O fato de os juízes não terem cargo eletivo deslegitimaria sua atuação como legislador positivo.

a justificativa legal que se enquadra na resposta subjacente. Esse também pode ser um modelo menos eficiente, já que há muitas questões a sopesar, o que certamente demandaria mais tempo de análise e retornaria à questão da transformação dos casos em *hard cases*, antes mencionada.

Apesar de o formalismo forte também ter muitos problemas, como o fato de termos que lidar com a sobre ou subinclusividade das regras,[7] de certa forma pode ser mais vantajoso do que o sistema particularista, exatamente pela segurança jurídica conferida. Ademais, tal como Noel Struchiner explica em seus comentários à obra de Schauer, se uma das principais razões para a criação de regras é justamente o ceticismo geral em relação à capacidade de decisão de outras pessoas, de que maneira se justificaria tamanha discricionariedade conferida aos juízes de forma a garantir que seu entendimento pessoal seja melhor que a resposta conferida pela justificação formal dada pelas regras? (Marcondes; Struchiner, 2015, p. 169).

Não há nenhuma comprovação de que os magistrados seriam dotados de algum privilégio cognitivo para que se argumente no sentido de sua ampla discricionariedade, ainda que se sustente que o Judiciário é o detentor exclusivo da última palavra.[8] Vale ressaltar nesse ponto, que sequer há uma preocupação de análise mais detida a respeito da teoria da última palavra ou teoria do diálogo entre instituições na tentativa de encontrar justificativas ou alternativas para as problemáticas presentes na teoria do Direito Civil-Constitucional.

Ao invés disso, a teoria rebaixa o legislador e exalta ao máximo a função judiciária, ultrapassando os limites impostos pela separação de poderes, conferindo a possibilidade de invasão das funções legislativas pelo Judiciário. Conrado Hübner Mendes atenta para esse problema ao observar que a habitualidade dessa forma de pensar foi, de certa maneira, construída pela Teoria do Direito que frequentemente compara uma "figura idealizada do juiz" – descrição do juiz Hercúleo de Ronald Dworkin[9] – com uma "figura desprezível e

---

[7] A respeito do tema sobre e subinclusividade das regras, ver em:
SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer*: A new introduction to legal reasoning. Chapter one. London: Harvard University Press, 2009.

[8] Há estudos ainda que indicam que o ato decisório do magistrado é uma declaração política. Através do resultado da decisão seria possível verificar a posição ideológica do juiz.
Ver mais em:
EPSTEIN, Lee; PARKER, Christopher; SEGAL, Jeffrey. *Do Justices Defend the Speech they Hate?* In-Group Bias, Opportunism, and the First Amendment. Annual Meeting Paper; American Political Science Association, 2013. Disponível em:
http://ssrn.com/abstract=2300572

[9] Dworkin sustenta que para todo conflito há somente uma decisão judicial correta a ser tomada. Para que se chegue na resposta correta menciona a existência de um juiz Hércules, ser dotado de capacidade e sensibilidade sobre-humanas para resgatar principiologicamente toda a história institucional do Direito, de modo a considerar adequadamente as pretensões jurídicas levantadas nos casos concretos que lhe são submetidos à apreciação.

cínica do legislador", o que incentiva fortemente a revisão judicial (2008, p. 58).

Além de se idealizar magistrados com grandes virtudes e grande conhecimento para lidar com a abstração dos princípios, requer-se a habilidade de lidar com tensão advinda do desacordo entre uma interpretação normativa e uma interpretação principiológica. A atuação do intérprete sofre ainda maior pressão se forem consideradas as demandas externas presentes em nossa sociedade plural e democrática, afinal, quando o magistrado assume a posição do legislador, sua atuação contramajoritária deveria ser preservada ou sua atuação passaria a ser representativa? Essa é uma preocupação que não atravessa a Teoria do Direito-Civil Constitucional.

Desconsiderando, então, a possibilidade de termos, em uma mesma sociedade plural, apenas magistrados virtuosos Hercúleos capazes de chegar a uma mesma resposta universal correta, há sempre a possibilidade de os princípios, dada sua mencionada abstração e dificuldade de conceituação, serem invocados e interpretados de formas distintas e por vezes até opostas. O potencial para produzir razões multidirecionais é uma característica própria de princípios constitucionais vagos. E, como irei demonstrar no tópico III deste artigo, para lidar com essa problemática, é preciso minimamente delimitar o sentido de operacionalização dos princípios, pois há uma carência de formação estratégica; para isso, seria necessário a formulação de *standards,* estabelecimento de alguns critérios procedimentais e o incentivo de respeito aos precedentes do Tribunal, para que sejam fixados entendimentos.[10]

Até mesmo o elemento intitulado como norte principal de resolução de conflitos para teoria do Direito Civil-Constitucional sofre problemas de conceituação. Nenhum dos autores adeptos da teoria já mencionados lograram delimitar qual seria o conteúdo da dignidade da pessoa humana. Tal dificuldade decorre da própria característica do princípio que é "impreciso em razão de sua porosidade, ambiguidade e natureza polissêmica", como destaca Ingo Sarlet (2011, p. 39). Isso porque a dignidade não reflete um elemento específico da identidade humana, como a integridade, intimidade, por exemplo, mas abrange todos esses elementos em si. Ademais, o princípio deve ser entendido como inerente à condição de existência de qualquer ser humano.

Para resolver o problema da abstração do princípio da dignidade como resolução de

---

Ver mais em:
DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp. 175-216.

[10] No mesmo sentido sobre a necessidade de decisões mais objetivas: CHEQUER, 2011. p. 233.

conflitos, Maria Celina Bodin (2003, p. 108) propõe o desdobramento do princípio em quatro subprincípios, quais sejam, a igualdade, a integridade física e moral, a liberdade e a solidariedade. A autora sugere também que, em caso de tensão entre os corolários da dignidade, recorre-se à própria dignidade para resolução do conflito, metodologia que claramente não auxilia na resolução prática do problema.

Além da dificuldade na fixação do conteúdo dos princípios, principalmente o da dignidade da pessoa humana, é possível identificar a existência de uma divergência doutrinária sobre qual seria o princípio mais importante – aquele que representaria o centro da Constituição. Enquanto o Direito Civil-Constitucional entende que a dignidade da pessoa humana é o princípio de maior valor, autores como Carlos Ayres Britto (2003) e Paulo Bonavides (2003) sustentam que o *status* de mega princípio pertenceria ao princípio democrático. Cláudio Chequer (2011, p. 238) defende que a democracia é o princípio mais valioso dos direitos fundamentais, por ser a principal característica do nosso Estado de Direito. Além disso, o autor complementa dizendo que a democracia incorpora a igualdade e liberdade, uma vez que sem a democracia não é possível ter uma sociedade aberta e digna.

Daniel Sarmento (2006, p. 11), no mesmo sentido, entende que a "democracia é a única forma de governar que trata a todos com igualdade, na medida em que atribui a cada indivíduo um idêntico poder de influência nas decisões coletivas que atingirão sua vida." E complementa, ainda, afirmando que

> Só no regime democrático ganha concretude o princípio da dignidade da pessoa humana – epicentro axiológico de qualquer ordenamento constitucional humanitário –, pois denegar a cada um o direito de participar ativamente da construção do futuro coletivo da comunidade a que pertence é fazer pouco da sua humanidade.

Diante da gama de interpretações quanto aos valores dos direitos fundamentais, é possível perceber que não é uníssona a ideia de que a dignidade da pessoa humana seria o valor supremo absoluto e núcleo da Constituição. Apesar de a Teoria do Direito Civil-Constitucional afirmar tal fato como incontestável, há, ainda, diferentes considerações na doutrina. Além disso, também é possível perceber que, em decorrência do já mencionado conteúdo abrangente dos princípios, os direitos fundamentais são todos interligados, de forma que tanto a dignidade como a democracia incorporam em seu conteúdo tanto os direitos da personalidade, quanto o direito à livre expressão. Esses, entretanto, geralmente são reivindicados em situações em que se opõem.

Como será explorado mais detalhadamente no próximo tópico a partir de exemplos com casos selecionados, a despeito da abrangência e interligação dos princípios, ainda assim, muitas vezes o raciocínio incentivado pela teoria do Direito Civil-Constitucional tende a favorecer os direitos da personalidade, interpretando-os extensivamente, entretanto, nem sempre uma razão consistente para essa prevalência é apresentada.

O Direito Civil-Constitucional, ao estabelecer uma hierarquia simplista entre os princípios com base na dignidade da pessoa humana, também parece ignorar que muitas vezes a própria Constituição também protege direitos que podem ser contraditórios entre si, a depender do caso e aplicabilidade. Ao mesmo tempo em que a dignidade humana pode ser invocada, por exemplo, para proteger o direito à moradia de um locatário inadimplente, também poderia ser invocada para a proteção da propriedade do locador. A dependência puramente da análise casuística não é capaz de oferecer um direcionamento sobre qual seria a resposta mais adequada ao caso. A falta de um método operacionalizável seguro torna a teoria menos confiável, sem controle da subjetividade judicial e que pode até repercutir no enfraquecimento dos princípios, uma vez que esses podem ser invocados em inúmeros sentidos.

O uso indiscriminado e, muitas vezes, inadequado dos princípios, principalmente do princípio da dignidade da pessoa humana, leva a uma grande generalização, e até uma banalização do princípio. A dignidade da pessoa humana passa a ser a justificativa principal para aplicação de uma regra do ordenamento ou entendimento. Com isso, o grau de abstração do princípio – já elevado por natureza – torna-se tão extenso que sua instrumentalidade fica reduzida. Basicamente, quanto mais recorrente e versátil é a invocação do princípio, menor o seu apelo argumentativo.

Apesar de ser adepto da teoria, Luís Roberto Barroso assume que, como a dignidade da pessoa humana é um conceito atraente e de textura aberta, há sempre o risco de abuso ou banalização. O autor ainda complementa que no Tribunal Constitucional Alemão, uma boa parte dos recursos constitucionais interpostos todos os anos invoca a dignidade humana para questionar decisões envolvendo discussões mais mundanas, tais como o uso obrigatório de cintos de segurança, o custo do aquecimento residencial e as regras de serviço social (2012, p. 23).

Na tentativa de reafirmar a dignidade da pessoa humana como fundamento central, os teóricos do Direito Civil-Constitucional remetem ao imperativo categórico de Kant (Moraes,

2003, p. 80-81),[11] o que nos leva à próxima consequência da carência metodológica da teoria: a grande aproximação do direito e da moral.

Fato é que a própria Constituição Federal faz um convite à reflexão moral ao estabelecer regras de textura aberta (Hart, 1961), o que não aconteceria se o legislador tivesse definido melhor certos conceitos (Struchiner; Tavares, 2014, p.11). O nosso modelo constitucional certamente, por si só, já amplia a atuação do intérprete em razão da vagueza de muitas normas. Contudo, não há de se negar que o Direito Civil-Constitucional pretende uma ampliação ainda maior e, consequentemente, mais problemática do uso de conceitos morais, ao estabelecer que a mera subsunção da norma com os fatos não é suficiente para a resolução do caso, mesmo quando não se trata de normas de textura aberta.

Não se nega o fato de que em uma sociedade plural, tanto a efetividade das normas quanto da moral são questionáveis. Entretanto, é preciso ter em mente que quando uma decisão é feita com base em normas, é muito mais fácil de identificar se se trata de uma decisão juridicamente incorreta ou não. Quando uma decisão é justificada com base no aspecto moral, essa avaliação é muito mais delicada de ser realizada, tendo em vista o caráter altamente subjetivo da moral. Aquilo que é entendido como correto pelo magistrado, nesse caso, acaba tendo prevalência sobre qualquer argumento formal.

Partindo, então, da premissa de que seria impossível a sociedade concordar com todo o conteúdo moral, sendo, por isso, necessária a criação de regras específicas para reger a sociedade, não faz sentido comprometer-se a aspectos morais, como se fossem pontos fixos e estáveis, para que o juiz possa manipular e, com isso, oferecer a resposta mais adequada ao caso. Já nos anos 60 Shapiro alertava para a questão de que os Tribunais não vão e não podem fabricar um consenso moral que a sociedade não conseguiu encontrar por si (1960, p. 959).

A invocação de aspectos morais para resolução do caso atribui ao juiz o poder de determinar o conteúdo e proteção da honra e da dignidade do sujeito – componentes da integridade moral do sujeito –, condenando aquilo que entende como fato danoso contra elementos altamente subjetivos, remetendo ao fato de que o Estado seria o principal, senão único, potencial garantidor dos direitos individuais – ideia extremamente paternalista.

O objetivo final do paternalismo seria evitar danos supondo que isso atenderá o melhor interesse do indivíduo. Entretanto, a garantia de se atender o melhor interesse de um

[11] Sobre o imperativo categórico de Kant, ver mais em:
Kant's Moral Philosophy. In.: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: http://plato.stanford.edu/entries/kant-moral/ (acesso em 10 mar. 2016).

terceiro não existe e a impossibilidade dessa garantia contribui para que a expansão paternalista seja contida (Júnior, 2009, p. 41). No caso, a questão é ainda mais delicada por se tratar de uma proteção a danos morais, situação considerada inadequada até mesmo para Macario Alemany, autor adepto ao paternalismo, que propõe que a proteção paternalista deve ser restrita a danos físicos, psíquicos ou econômicos e não com relação a conceitos morais (Alemany, 2005, pp. 270 - 272).

O poder conferido ao juiz de proferir decisões baseadas em conceitos morais também é problemática por ter a tendência de rebaixar cada vez mais a atuação do Legislador, uma vez que as normas são aplicadas somente quando o juiz, pela análise dos fatos e princípios constitucionais, entende que a norma se adequa ao caso. As normas editadas pelo Legislador passam a ter apenas caráter secundário, complementar e retórico, ao passo que o juiz de certa forma ocupa o papel do Legislador. O fato de o Código Civil não poder ser aplicador *per se* faz da hermenêutica uma criação de regras.

Com a falta de estabelecimento de critérios sólidos de decisão, tampouco há parâmetros para que os Tribunais construam um entendimento coerente de acordo com assuntos postos em pauta, podendo haver decisões em inúmeros sentidos. Esse fato tem o efeito de encorajar cada vez mais pessoas a ingressar com ações, uma vez que sempre será possível argumentar a favor de sua pretensão, por mais absurda que ela possa parecer. O Judiciário, assim, é abarrotado de petições que não teriam base teórica de apoio caso a coerência fosse preservada.

Por fim, é importante atentar ao fato de que a Teoria, apesar de pregar pela solidariedade e despatrimonialização, tem repercutindo um efeito contrário: de pecuniarização as relações privadas. Isso porque a grande preocupação com a moral incentiva que juízes se preocupem com compensações, muitas vezes excessivas, para combater o dano. A fixação de grandes montantes para compensação é também uma consequência do paternalismo, principalmente o viés punitivo da condenação, o qual não visa propriamente à repetição do dano.

Maria Celina Bodin diz que uma vez identificada a violação da dignidade, os fatores individuais a serem levados em consideração para fixar o montante indenizatório será mais objetivo (2003, p. 190). De fato, há alguns critérios a serem levados em consideração para que o valor da indenização seja estipulado, tal como a capacidade do violador e o efeito punitivo da condenação. Entretanto, tais critérios indicam não serem suficientes para delimitar as

balizas dos valores a serem atribuídos, uma vez que, conforme será demonstrado no tópico seguinte, o Brasil presencia um crescimento exponencial do montante fixado por juízes em decisões nas quais se constatou abuso da liberdade de expressão. A mesma autora nos leva a entender que, apesar do estabelecimento de critérios, a decisão é altamente particularista (2003, p. 271)**:**

> Sabe-se que o juiz formula juízos de valor não apenas no momento em que interpreta e aplica a norma jurídica, mas também antes, enquanto examina os fatos concretos, aos quais agrega aprioristicamente **máximas de sua experiência de vida, do senso comum, dos costumes locais em que se encontra inserido** (grifos meus).

Os altos valores indenizatórios, nos casos de abuso da liberdade de expressão em favor da honra, são capazes de gerar um efeito silenciador do discurso por condenações *a porteriori:* o chamado *chilling effect.* Tal efeito faz como que, muitas vezes, cidadãos e imprensa deixem de expressar opiniões, mesmo as de interesse público, pelo receio de responderem por sanções cíveis ou criminais, dada a grande tendência dos tribunais de (i) estabelecer uma preferência aos direitos da personalidade em detrimento da liberdade de expressão e (ii) fixarem altos valores condenatórios para reparar o dano causado. Fernando Toller atenta para o fato de que os altos valores indenizatórios têm efeito semelhante ao da censura prévia – proibida no Brasil –[12] por conta do efeito silenciador (2010, p. 106).

Diante todo o exposto neste tópico, é possível perceber que o Direito Civil-Constitucional apresenta problemas metodológicos que exaltam a arbitrariedade do juiz. No tópico seguinte serão vistos casos exemplificativos dos impactos gerados pela adoção da teoria, como a tendência à desvalorização do direito à liberdade de expressão.

3. Casos difíceis (ou dificultados) e resultados controversos

Como demonstrado no tópico anterior, o extremo particularismo decisório incentivado pela teoria do Direito Civil-Constitucional tende a transformar os casos em *hard cases* através da jurisprudência. Sem a definição de métodos procedimentais que confiram segurança

[12] "Esta Corte, no julgamento da ADPF 130/DF, Rel. Min. Ayres Britto, assentou que não constitui forma de censura à imprensa a responsabilização penal, civil ou administrativa, a posteriori, de veículo de comunicação em razão de dano moral por ele causado ante a publicação de matéria jornalística."
BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. ARE 650931 AgR. Segunda Turma. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. julgado em 26/06/2012. Disponível em:
http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2533082 (acesso em 15 mar 2016).

jurídica aos casos, o resultado são decisões altamente discutíveis e que fazem referência a valores constitucionais com balizas oscilantes. É o que demonstrarei neste tópico a partir da análise de algumas decisões.

3.1 Liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie*:

Como visto, os casos que envolvem conflitos entre direitos fundamentais são tratados pela doutrina e jurisprudência como casos difíceis. A fim de auxiliar na resolução desses casos, países vistos como referência no desenvolvimento de métodos para resolução de conflito, como Estados Unidos, Inglaterra e Austrália (Chequer, 2011, p. 139-189) adotam o entendimento de que a liberdade de expressão configuraria um direito fundamental preferencial *prima facie*.

Isso quer dizer que, para o exercício da ponderação, a princípio, a liberdade de expressão em sentido amplo – que abrange tanto a liberdade de expressão para fins de satisfação pessoal e a liberdade de informação – será o direito de maior valor nas situações em que estiver relacionada a temas de interesse público, em razão da pessoa ou matéria, por se tratar de situação fundamental para garantia da formação da opinião pública livre. Um bom exemplo de tema que envolve interesse público são questões ligadas à vida política de candidatos ou informações relacionadas à eleição ou economia do país.

O entendimento da liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie* já foi acolhido pelo Ministro Marco Aurélio durante pedido de vista no julgamento do HC 82424-2. De acordo com o Ministro, a liberdade de expressão constitui um "bem de envergadura maior", vez que essencial em uma sociedade democrática.[13]

Contudo, o problema é que mesmo em casos que a liberdade de expressão configura interesse público, muitas vezes a jurisprudência esvazia o direito à livre expressão em favor do direito da personalidade conflitante por não se compreender as diversas funções da liberdade de expressão. Quando isso acontece, o magistrado não percebe que são ignoradas também diversas facetas da dignidade da pessoa humana.

É preciso considerar que, nesses casos, a liberdade de expressão é um direito que

[13] BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. HC 82424-2/RS. Relatora: ALVES, Moreira. Julgado em 17/09/2003. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2082424 (acesso em 16 mar 2016).

garante a presença da pluralidade na sociedade – aspecto político da dignidade – , contribui para a construção do sujeito e sua autorrealização – importante para o reconhecimento do valor intrínseco de todo ser humano como portador da dignidade. Contudo, quando a liberdade de expressão não é vista em suas inúmeras funções e, consequentemente também como corolário da dignidade – tal qual os direitos da personalidade são amplamente reconhecidos –, acaba sendo vista, ao contrário, apenas como potencial violadora da dignidade. Nessas hipóteses não se compreende que a dignidade da pessoa humana representa gênero que contém em si a liberdade de expressão. Nem sempre, portanto, a dignidade deve ser vista como limite externo da liberdade de expressão.

A liberdade de expressão é caracterizada como algo imprescindível para a autossatisfação (*self-fulfillment*) humana, com base em fundamento intrínseco. Mas, além disso, o principal fundamento da liberdade de expressão é servir como instrumento de autodeterminação coletiva. A expressão de opiniões permite as pessoas votarem de forma inteligente e livre, conhecer todas as opções e possuir todas as informações relevantes no convívio social. A supressão da crença, opinião e expressão nos casos de interesse público é, na verdade, uma afronta à dignidade humana, uma negação da essencial natureza do homem e, por isso, a negação da liberdade de expressão nessas hipóteses seria mais prejudicial do que benéfico para a sociedade. Justamente por não ser um valor somente pessoal é que se justifica, nesses casos, a atribuição do valor preferencial *prima facie* (Chequer, 2011, p. 236).

Apesar dessas considerações, no julgamento do Resp 296.391,[14] o STJ decidiu a respeito de discussão entre políticos. E ainda que as críticas aos políticos sejam, em tese, incentivadas e defendidas em uma sociedade democrática e plural, não foi o que ocorreu no caso em tela, no qual restou decidido que Leonel Brizola teria direito à indenização por conta de ofensas de cunho político realizadas por César Epitácio Maia.

A justificativa formulada para se chegar à resolução do caso é o fato mais alarmante, pois, apesar de se falar em ponderação e citar doutrinadores que a apoiam,[15] é possível perceber que a premissa utilizada foi a de que a liberdade de expressão somente poderia ser exercida se não atingir, de forma alguma, os direitos da personalidade, sobretudo a honra e a

---

[14] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Resp 296.39- RJ. Quarta Turma. Relator: SALOMÃO, Luis Felipe. Publicado no DJ de 06/04/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=4666516&tipo=91&nreg=200001415808&SeqCgmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090406&formato=PDF&salvar=false (acesso em 29 de fev. 2016).

15A fim de fundamentar seus votos, os ministros citaram Ronald Dworkin, Robert Alexy e Luis Roberto Barroso, todos autores que invocam a ponderação como método principal de resolução de conflito.

imagem, que seriam, nas palavras do ministro relator Luis Felipe Salomão, corolários diretos da dignidade da pessoa humana. *In verbis*:

> Embora seja livre a manifestação do pensamento - mormente em épocas eleitorais, em que as críticas e os debates relativos a programas políticos e problemas sociais são de suma importância, até para a formação da convicção do eleitorado -, tal direito não é absoluto. Ao contrário, encontra rédeas tão necessárias para a consolidação do Estado Democrático de Direito quanto o direito à livre manifestação do pensamento: trata-se dos **direitos à honra e à imagem, ambos condensados na máxima constitucional da dignidade da pessoa humana** (grifos meus).

Diante de tal fundamentação, é possível perceber que a dita ponderação realizada não exaure as questões importantes que deveriam ser analisadas no caso, como a fomentação do debate público, o interesse público e o próprio valor democrático em si mesmo, tanto referente à garantia do exercício da liberdade de expressão, como referente à própria dinâmica do exercício político. Além de a ponderação ser um método que confere ampla discricionariedade ao juiz, resta certo que em muitos casos não é exercida de forma adequada com análise do núcleo e limites dos princípios em conflito.

Partindo da premissa que a liberdade de expressão somente pode ser exercida quando não atingir os direitos da personalidade de outrem, o STJ terminou por esvaziar o conteúdo da liberdade de expressão, que justamente passa a existir quando prevalece em casos em que há conflito para com outros direitos. Nos casos em que não há conflito com outros direitos, não há que se falar em ponderação, ou em direito à liberdade de expressão, uma vez que, nessa hipótese, não há oposição às ideias e, portanto, não há sentido em se reivindicar um direito em situação totalmente pacífica.

3.2 Liberdade de imprensa e compromisso com a verdade

A liberdade de imprensa está diretamente ligada ao direito à informação dos cidadãos, razão pela qual a imprensa deve dedicar-se ao máximo em ter compromisso com a verdade. Entretanto, há sempre o risco de inexatidões e, por isso, o compromisso não garante a segura obtenção da verdade, mas sim que todos os esforços serão empenhados no sentido de alcança-la.

Atentando ao fato de que a exigência da verdade absoluta pode gerar um efeito silenciador pelo receio de responsabilização ou pela impossibilidade de provar a verdade em

decorrência do sigilo da fonte, por exemplo, criou-se nos Estados Unidos a doutrina do *actual malice.* De acordo com a doutrina, a responsabilização por notícia não certa somente ocorre quando restar provado que a notícia foi deliberadamente difundida, apesar da ciência da sua falsidade por parte de quem a veiculou. Em se tratando de notícia que envolva uma pessoa, basta que se demonstre que os cuidados necessários foram tomados no sentido de realizar as diligências que estariam ao alcance do propagador da matéria para que a exigência da verdade seja suprida (Chequer, 2011, p. 150-151).

O *actual malice*, apesar de não ser reconhecido como método oficial no Brasil, é totalmente compatível com o sistema jurídico brasileiro, podendo servir de inspiração para resolução de casos que envolvem a liberdade de imprensa. Em sentido completamente oposto a esse método de decisão está o acórdão a seguir descrito.

A Décima Câmara Cível do TJRS decidiu na Apelação Cível 70005119748[16] sobre matéria publicada informando que o apelante foi preso por estelionato praticado contra dez empresas. Posteriormente, com o arquivamento do inquérito policial, o apelante ingressou com ação de danos contra a empresa que publicou a notícia. Em primeira instância, o pedido foi negado, entretanto, no julgamento da apelação interposta, a empresa que publicou a matéria foi condenada.

Na fundamentação do acórdão foi dito que a mera suspeita de crime não é suficiente para que se permita a publicação da notícia pela imprensa, exigindo, ainda, trânsito em julgado da ação penal condenatória para que a publicação seja realizada, sem incorrer em ato ilícito da imprensa passível de condenação. Sequer foi mencionada na decisão a possibilidade de comunicar em publicação posterior que o procedimento policial teria sido arquivado, como uma forma de atualizar a informação.

A condenação é tão inadequada que o acórdão da Apelação Cível 70006344907[17] do

---

[16] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - TJRS. Apelação Cível 70005119758. Décima Câmara Cível. Relator: LIMA, Luiz Ary Vessini de. Julgado em 18/12/2003. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70005119748&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&as_q=&requiredfields=&site=juris&as_epq=&as_oq=&as_eq= (acesso em 2 de mar. 2016).

[17] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - TJRS. Apelação Cível 70006344907. Décima Câmara Cível. Relatora: REBOUT, Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira. Julgado em 15/04/2004. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70006344907&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70006344907%2F2004&as_q=&requiredfields=&site=juris&as_epq=&as_oq=&as_eq= (acesso em 2 de mar. 2016).

mesmo Tribunal e a decisão monocrática da Apelação Cível 0006967-31.20011.8.19.2009[18] do TJRJ, destacadas a título de exemplo, indeferiram pedidos totalmente análogos ao ora aqui analisado.

Ainda que não se adote raciocínio do *actual malice*, o caso em questão trata de condenação sobre uma notícia que não é falsa, razão pela qual seria dispensada a necessidade de provar a tomada dos devidos cuidados. Ocorre que, com o decorrer do processo judicial sugiram novas provas, que até a veiculação da matéria não eram conhecidas, restando impossível, então, para o propagador da notícia estar à frente das investigações jurídicas. Aguardar o trânsito em julgado, tal como sugerido no acórdão, tampouco se justifica, pois, nesse caso, não se estaria respeitando a liberdade da imprensa de divulgar fatos no decorrer de seus acontecimentos. A opção mais segura e, portanto, que efetivamente pondera e garante os direitos postos em conflito, é que uma nota de esclarecimento ou atualização dos fatos fosse posteriormente publicada, mas não a punição pela informação anteriormente noticiada.

3.3 Valores de condenação arbitrários

Uma das mais graves consequências do extremo particularismo sustentado pela teoria do Direito Civil-Constitucional é a tendência de fixar grandes montantes nas condenações. Na Apelação Cível 0273870-72.2012.8.19.0001[19] o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu que imitações em programa de humor são condutas violadoras do direito de imagem, afirmando, ainda, que para o ressarcimento da vítima, basta a constatação da utilização da imagem sem autorização. Apesar de ter sido novamente invocado o método da ponderação, o Tribunal não analisou em que medida a liberdade de expressão restaria prejudicada no caso de favorecimento do direito à imagem. Novamente, a liberdade de expressão teve seu conteúdo totalmente esvaziado ao não se admitir a possibilidade de o direito sobressair sobre um direito da personalidade. Tampouco houve análise se a decisão do caso nesse sentido fixaria um precedente nesse Tribunal ou formularia um *stardand* para futura aplicabilidade.

---

[18] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJRJ. Apelação Cível 0006967-31.2011.8.190209. Décima Quarta Câmara Cível. Relator: GHELFENSTEIN, Cleber. Julgado em 17/12/2014. Disponível em: http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000471D5A78479A62D440A292FDC72B92042C503423A335B (acesso em 2 de mar. 2016).

[19] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJRJ. Apelação Cível 0273870-72.2012.8.19.0001. Décima Sétima Câmara Cível. Relator: LEME, Elton M. C. Julgado em 19/11/2014. Disponível em: http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E18236BC031F4A0814FA75208AC93F8CC5033B5A4311 (acesso em 2 de mar. 2016).

O problema do método, neste caso, manteve-se quando da aferição do *quantum* indenizatório. Através do argumento de que a indenização mede-se pela extensão do dano, pela função preventivo-pedagógica da indenização e com atenção ao princípio da proporcionalidade, estabeleceu-se o valor de R$100.00,00 (cem mil reais), um valor alto, sem que, contudo, houvesse uma explicação mais detalhada de como essa proporcionalidade foi definida.

Um estudo realizado pela ONG Artigo 19[20] revelou que no Brasil há um padrão elevado das indenizações atribuídas a veículos de informação nas decisões nas quais se constatou abuso da liberdade de expressão. O valor, além de elevado, como demonstrado, vem crescendo ao longo dos anos.

Conclusão

A teoria do Direito Civil-Constitucional tem conquistado muitos adeptos no Brasil, se fortalecendo cada vez mais, por apresentar um discurso de engrandecimento dos princípios, visando especial proteção da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, elementos geralmente tidos como de muito valor e que, consequentemente, geram um apelo emocional forte nas pessoas. As intenções da teoria, apesar de serem as melhores possíveis, apresentam problemas de metodologia jurídica, principalmente quando se trata da resolução de conflitos entre direitos fundamentais, que geralmente são classificados como casos difíceis pela doutrina.

A carência metodológica da teoria desencadeia outros problemas, dentre os quais mencionados neste artigo: a transformação de todos os casos em *hard cases*; a alta discricionariedade conferida aos juízes; o forte particularismo na resolução de casos; o ceticismo perante as regras; a desvalorização do Legislativo; o impacto negativo na separação dos poderes; a grande aproximação entre o direito e a moral; a falta de segurança jurídica e previsibilidade; e a tendência por preferir os direitos da personalidade em detrimento da liberdade de expressão.

Resta claro que aplicação não moderada do método da ponderação não é suficiente

[20] Relatório completo: Article 19. *Declaração Final da Missão ao Brasil sobre a situação da Liberdade de Expressão*. São Paulo / Londres: Agosto 2007. Disponível em: https://www.article19.org/data/files/pdfs/publications/brazil-mission-statement-port.pdf (acesso em 3 de mar. 2016).

para definir balizas norteadoras para juízes. Pretende-se, assim, com as críticas aqui apresentadas, contribuir com o debate para a formulação de novos métodos procedimentais que prezem pela segurança jurídica e coerência das decisões jurídicas.

Referência Bibliográficas

ALEMANY, Macario. El Concepto y la Justificación del Paternalismo. In.: *Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho*, 28, 2005.

Article 19. *Declaração Final da Missão ao Brasil sobre a situação da Liberdade de Expressão*. São Paulo / Londres: Agosto 2007. Disponível em: https://www.article19.org/data/files/pdfs/publications/brazil-mission-statement-port.pdf

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito:* O Triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil, 2008. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf

BONAVIDES, Paulo. A Salvaguarda da Democracia Constitucional. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*. Florianópolis, v. 22, n.1, 2003.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituiçã*o. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CHEQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial Prima Facie*: Análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério.* Tradução Nelson Boeira. 3ª edição. São

Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EPSTEIN, Lee; PARKER, Christopher; SEGAL, Jeffrey. *Do Justices Defend the Speech they Hate?* In-Group Bias, Opportunism, and the First Amendment. Annual Meeting Paper; American Political Science Association, 2013. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=2300572

HART, Herbert L. A. *El Concepto de Derecho*. Argentina: Abeledo-Perrot, 1961.

JÚNIOR, Rodolpho Barreto Sampaio. *Da Liberdade ao Controle:* Os Riscos do Novo Direito Civil Brasileiro. 1ª ed. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2009.

Kant's Moral Philosophy. In.: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: http://plato.stanford.edu/entries/kant-moral/

MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. *Textos Básicos de Filosofia do Direito*: De Platão a Frederick Schauer. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

MENDES, Conrado, Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Tese de Doutorado – Universidade de São Paulo, Departamento de Ciência Política. São Paulo, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a Responsabilidade Civil*. In.: Direito, Estado e Sociedade. v. 9, jul/dez, 2006. DOI: http://dx.doi.org/10.17808/des.29.295

MORAES, Maria Celina Bodin; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de Direito Civil-Constitucional*: Casos e Decisões sobre os novos desafios para a tutela da pessoa humana nas relações existenciais. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à Pessoa Humana*: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a Dignidade da Pessoa na Jurisprudência do Supremo Tribual Federal. In.: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang [org]. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais:* Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer*: A new introduction to legal reasoning. London: Harvard University Press, 2009.

SHAPIRO, Martin. *Morals and the Courts*: The Reluctant Crusaders. Berkeley Law Scholarship Repository, 1960. Disponível em: http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1015

STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza [org]. *Novas fronteiras da teoria do direito*: da filosofia moral à psicologia experimental. 1 ed. Rio de Janeiro : PoD PUC-Rio, 2014.

TOLLER, Fernando M. O formalismo na liberdade de expressão: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores. Tradução de Frederico Bonaldo. Prólogo de Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Saraiva, 2010.