

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

MARCELO ANTONIO THEODORO

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 Napolini 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 III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Eloy Pereira Lemos Junior, Marcelo Antonio Theodoro, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-181-4

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 III

Apresentação

Os textos que formam este livro foram apresentados no Grupo de Trabalho “Direitos e Garantias Fundamentais III”, durante o XXV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado em Brasília- DF em julho de 2016.

O Grupo foi Coordenado pelos Professores Doutores, Eloy Pereira Lemos Junior da Universidade de Itaúna-MG, Narciso Leandro Xavier Baez da Universidade do Oeste de Santa Catarina e Marcelo Antonio Theodoro da Universidade Federal de Mato Grosso.

No Grupo de Trabalho de Direitos e Garantias Fundamentais pudemos identificar, a partir da apresentação dos artigos que a seguir foram selecionados, vários enfoques atualíssimos sobre a temática.

Para melhor situar e favorecer os debates, identificamos um primeiro grupo que tratou sobre temas afetos aos direitos afetos às vulnerabilidades, reconhecimento dos direitos das comunidades indígenas e tradicionais. Neste sentido identificamos os trabalhos de Aldrin Bentes Pontes e Joyce Karoline Pinto Oliveira Pontes “O direito e reconhecimento de comunidade quirombola em Manaus”; Joyce Pacheco Santana que apresentou o artigo realizado em coautoria com Izaura Rodrigues Nascimento, “Exploração sexual infantil: um estudo de caso acerca da coragem das meninas indígenas de São Gabriel da Cachoeira para enfrentar esse mal”; Thandra Pessoa de Sena, com o artigo em coautoria com Joedson de Souza Delgado sobre a “Adoção de Crianças e Adolescentes nas Comunidades Indígenas: A colocação de uma criança indígena em uma família substituta”, além de Alyne Marie Molina Moreira e Jeanne Marguerite Molina Moreira que apresentaram o artigo “O reconhecimento da personalidade psíquica da criança transexual como forma de garantir a dignidade humana prevista na constituição federal brasileira/1988 – uma análise à luz do direito e da psicanálise”.

Noutra ponta, vários artigos enriqueceram o debate acerca da judicialização dos direitos fundamentais, do chamado ‘ativismo judicial’ e a concretização dos direitos fundamentais tendo como horizonte hermenêutico o princípio da dignidade da pessoa humana. Para ilustrar temos os artigos de Danielle Sales Echaiz Espinoza: “Do mínimo ao máximo social: divergências na doutrina brasileira acerca do mínimo existencial social”; Clarisse Souza Prados, “O direito fundamental a autonomia da vontade como conteúdo essencial à dignidade

da pessoa humana – o caso do arremesso de anões; Flávia Brettas Brondani e “O mandado de injunção e o ativismo no Supremo Tribunal Federal” e Fernanda Sartor Meineiro e Fábio Beltrami: “O princípio da dignidade humano como conceito interpretativo”.

Um terceiro grupo de artigos versou sobre a liberdade de expressão, sobre o direito fundamental à verdade e também sobre o direito fundamental à cultura. Neste sentido, os artigos de Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab em coautoria com Ana Maria D’Ávila Lopes: “Notas sobre a efetividade do direito fundamental à verdade no nordeste brasileiro: a experiência da comissão estadual da memória e verdade Dom Helder Câmara (Pernambuco); Catia Rejane Liczbinski Sarreta e “O direito à cultura como fundamental: Considerações em relação à aplicabilidade da Lei Rouanet”; Sabrina Fávero trouxe o artigo produzido em coautoria com Wilson Antonio Steinmetz “A liberdade de expressão e direitos de personalidade: colisões e complementariedades”; no mesmo sentido Caroline Benetti: “A liberdade de expressão como instrumento para concretização do regime democrático e sua convivência com os direitos da personalidade”.

Não se olvidou sobre a discussão do direito fundamental à igualdade, com vários enfoques: a começar por Lucas Baffi Ferreira Pinto que apresentou o artigo em realizado em coautoria com Carlos Frederico Gurgel Calvet da Silveira: “Igualdade religiosa na era secular um diálogo entre Charles Taylor e Daniëlle Hervieu-Léger”; Alisson Magela Moreira Damasceno e Ana Maria de Andrade: “Análise do sistema de cotas raciais no Brasil como ações afirmativas aliadas ao direito geral de igualdade”; Matheus Ferreira Bezerra: “O direito fundamental de combate à desigualdade social”; Tássia Aparecida Gervasoni e Iuri Bolesina: “O direito fundamental à igualdade e o princípio da solidariedade como fundamento constitucional para as ações afirmativas”

Outro ponto de contato dos direitos fundamentais com as garantias processuais a eles inerentes apareceu nos artigos de Fernanda Sell de Souto Goulart e Denise S.S. Garcia “Normas fundamentais do processo civil: a sintonia da constituição federal e o novo código de processo civil na garantia e defesa dos direitos fundamentais”; João Francisco da Mota Junior: “O conceito de cidadão e a ação popular – uma perspectiva diante da constituição cidadã”; Juliane Dziubate Krefta em coautoria com Aline Fátima Morelato: “A gratuidade de Justiça e a interpretação da litigância de má-fé em relação aos beneficiários, como meio processual adequado à efetivação dos direitos fundamentais”; Oksandro Gonçalves trouxe a discussão o artigo produzido em conjunto com Helena de Toledo Coelho sobre “O foro privilegiado das autoridades públicas e o princípio da ampla defesa – análise do

entendimento do STF de Collor à Dilma; e ainda Rogério Piccino Braga e Francislane de Almeida Coimbra Strasser: “A inimizabilidade como direito fundamental do ser humano em desenvolvimento e a redução da maioridade penal”.

Dois artigos pontuaram questões de bioética, quais sejam, Aline Marques Marino em coautoria com Jaime Meira do Nascimento Junior, que versou sobre “Apontamentos sobre os riscos da Ortotanásia a partir de Gattaca, experiência genética” e Kelly Rodrigues Veras, juntamente com Carlos Eduardo Martins Lima: “A utilização de bancos de perfis genéticos frente aos direitos e garantias constitucionais do estado democrático de direito”

Por derradeiro, dois artigos que versaram sobre o direito fundamental ao trabalho, sendo eles o de Paulo Henrique Molina Alves em coautoria com Luiz Eduardo Gunther, “O programa de proteção ao emprego instituído pela Lei 13.189/2015 em contraponto ao princípio constitucional do pleno emprego”, além de Simone Kersouani e Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis com o artigo “O paradoxo do teletrabalho sob o enfoque dos direitos e garantias fundamentais”.

Os trabalhos foram apresentados e debatidos com discussões enriquecedoras, que instigam à leitura detalhada de cada um dos artigos, pela valorosa contribuição que certamente darão às discussões contemporâneas sobre Direitos Fundamentais e suas garantias. Parabenizam os coordenadores à todos os autores e aos que participaram do debate e recomendam com entusiasmo a leitura da presente obra.

COORDENADORES:

Professor Doutor ELOY PEREIRA LEMES JUNIOR da Universidade de Itaúna-MG (UIT-MG)

Professor Doutor NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC)

Professor Doutor MARCELO ANTONIO THEODORO da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT)

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS DE PERSONALIDADE: COLISÕES E COMPLEMENTARIEDADES

FREEDOM OF EXPRESSION AND RIGHTS PERSONALITY: COLLISION AND COMPLEMENTARITIES

Sabrina Favero ¹
Wilson Antônio Steinmetz ²

Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar a complementariedade e a tensão entre o direito fundamental à liberdade de expressão e os direitos de personalidade. Dois argumentos são fundamentais. De um lado, dignidade humana e livre desenvolvimento da personalidade fazem a liberdade de expressão e os direitos de personalidade convergir; de outro, democracia e pluralismo político apontam para uma preferência *prima facie* da liberdade de expressão ante os direitos de personalidade nas hipóteses de colisão. Adota-se uma metodologia analítica e crítica. A Constituição, o direito civil e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal são as fontes materiais de referência.

Palavras-chave: Liberdade de expressão, Direitos de personalidade, Colisão, Democracia, Ponderação

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to analyze complementarity and tension between the fundamental right to freedom of expression and personality rights. Two arguments are fundamental. On one hand, human dignity and free development of personality make freedom of expression and personal rights converge; on the other hand, democracy and political pluralism point to a *prima facie* preference of freedom of expression against the personality rights in collision hypothesis. An analytical and critical methodology was adopted. The Constitution, civil law and the jurisprudence of the Supreme Federal Court are the sources of reference materials.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Freedom of expression, Personality rights, Collision, Democracy, Balancing

¹ Mestranda em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Servidora Pública do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC). Professora da Universidade do Contestado (UnC), Campus de Concórdia.

² Doutor em Direito (UFPR). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNOESC e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul.

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, em razão da facilidade de acesso e da rapidez com que a informação circula globalmente, a liberdade de expressão tem se tornado assunto recorrente no campo da ciência jurídica. Embora não se trate de um tema recente, a internet e a globalização deram-lhe novos paradigmas, sobretudo no que tange ao seu papel na construção de sociedades democráticas e no conflito com direitos de personalidade.

Trata-se de um corolário do direito geral de liberdade, e, como tal, limitado juridicamente pela necessária regulação da convivência social. A partir da ideia de que a liberdade de expressão garante, simultaneamente, a autorrealização individual e a construção de uma sociedade democrática, pode-se concebê-la como um direito fundamental da pessoa humana, considerada em suas concepções individual e política.

Com efeito, admitindo-se a liberdade de expressão como um direito fundamental, concebe-se que se trata de importante fator para desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade humana. Da mesma forma, se se elege a democracia como o regime político, há que se pontuar que a participação pressupõe livre manifestação de ideias, em igualdade de condições.

No entanto, por vezes, o exercício da liberdade de expressão colide com direitos de personalidade, como a honra e a intimidade; da mesma forma, em determinadas situações a liberdade de expressão é limitada por direitos de personalidade. Nessas hipóteses questiona-se se a liberdade de expressão, dada a sua função na concretização da democracia, tem uma posição preferencial.

O objetivo do presente estudo é, verificando as relações de complementariedade e de colisão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade, analisar como se dá a solução para os conflitos, levando em consideração as decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.

Para tal desiderato, apoiando-se em uma metodologia analítica e crítica, a exposição está desenvolvida em três tópicos: no primeiro, pretende-se estudar a natureza jurídica da liberdade de expressão; no segundo, procura-se estabelecer o conceito e o fundamento dos direitos de personalidade; por fim, no último tópico, objetiva-se verificar a existência de complementariedades e a forma de resolução dos conflitos entre ambos, com ênfase em algumas decisões paradigmáticas tomadas pelo Supremo Tribunal Federal.

1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO: CONTEÚDO E FUNÇÕES

A liberdade de expressão é um direito fundamental que tem guarida na Constituição Federal, cujo art. 5º, inciso IV estabelece: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”. Ela decorre de um direito geral de liberdade e tem raiz nas Revoluções Oitocentistas que se impuseram contra a tirania do Estado Absolutista, mas adquiriu novos contornos com a passagem do modelo de Estado Liberal para o Social e, atualmente, no Estado Democrático de Direito.

Evidentemente, a questão da liberdade, em uma abordagem filosófica, é tão antiga quanto a própria humanidade. Segundo Sen (2011, p. 261-262), “A valorização da liberdade tem sido um campo de batalha há séculos, de fato, milênios, e ela tem partidários e entusiastas, bem como críticos e severos detratores”.

O que se afirma, contudo, é que o direito geral de liberdade, como conceito jurídico tal como se concebe na atualidade, é fruto do liberalismo, pois baseado na pessoa, individualmente considerada, e fator de limitação do poder estatal, mas também no reconhecimento de que desigualdades sociais reclamam um agir do Estado.

Como não é possível dissociar o indivíduo da convivência social, a pessoa deve ser tida tanto em sua dimensão individual como naquela social, relacionada à convivência com os demais. Nesse sentido, a liberdade é, por definição, um conceito limitado. Isso porque no estado de natureza não havia necessidade de criação de uma concepção de liberdade, que só surgiu a partir da regulação das condutas necessária para a convivência pacífica. Tanto é que Mill (2011, p. 37), que a denomina de liberdade civil ou social, afirma que ela significa “[...] a natureza dos limites do poder que pode ser exercido legitimamente pela sociedade sobre o indivíduo”.

A tutela da liberdade a partir do indivíduo foi percebida por Benjamin Constant (1985, p. 3) que, em 1819, em um discurso proferido no Athénée Royal, de Paris, diferenciou dois tipos de liberdade em dois momentos distintos da História, os quais denominou de liberdade dos antigos (os povos gregos e romanos) e a liberdade dos modernos (civilizações advindas após a Revolução Francesa). Segundo ele:

O objetivo dos antigos era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria. Era isso que eles denominavam liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança dos privilégios privados; e eles chamam liberdade as garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios.

Atualmente, no entanto, há que se considerar se existe uma diferenciação rígida, nos termos identificados por Constant, ou se a liberdade pode ser tida como um conjunto de capacidades jurídicas que aglutina as duas acepções do termo.

Trata-se de um direito fundamental, relacionado à proteção da pessoa humana na convivência com o Estado e seus pares. A concepção de direitos fundamentais como limites ao poder estatal está ligada ao constitucionalismo liberal e ao Estado de Direito, inaugurado a partir da Revolução Gloriosa Inglesa, da independência dos Estados Unidos e da Revolução Francesa. Nesta forma de Estado, a Constituição representa papel importante de garantia de separação de poderes e reconhecimento de direitos fundamentais, necessários à limitação do Estado que seria inimigo da liberdade individual (STEINMETZ, 2004, p. 65-70).

Na modernidade do Século XVIII a liberdade era um valor essencial à condição humana, promovida formalmente nas cartas constitucionais e nas declarações de direitos mediante a proteção quase que absoluta da intervenção estatal (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 330).

A liberdade de expressão é parte desse direito geral de liberdade que, segundo Rodrigues Junior (2009, p.53-56), foi um triunfo do liberalismo de século XVIII e condição para realização da pessoa como ente individual e político.

Para Chequer (2001, p. 20-33) ela decorre de dois princípios fundamentais: o bem-estar do indivíduo e a igualdade. O autor sustenta haver quatro argumentos que justificam incluir a liberdade de expressão no rol de direitos fundamentais: a autorrealização, a busca da verdade, a garantia de exercício da democracia e a manutenção da estabilidade e mudança social.

Percebe-se assim um vínculo indissociável desse direito fundamental com a democracia. A igualdade política (*isegoria*) e a liberdade de fala (*parresia*) são aspectos definitivos de uma democracia. (ADVERSE, 2013, p. 22)

Fiss (2015, p. 29-30), que defende a existência de duas teorias a respeito da liberdade de expressão – a libertária e a democrática –, sustenta que a primeira confere uma proteção à autoexpressão, isto é, dá ênfase ao emissor do discurso e que a segunda, tutela a autodeterminação coletiva em que a ênfase recai sobre o receptor do discurso.

Se originalmente, portanto, a liberdade de expressão surgiu como um direito individual limitador do poder estatal, hoje, ela deve ser compreendida também como um direito prestacional, a ser tutelado pelo Estado nos aspectos positivo e negativo.

É que o Estado Liberal não suportou as mazelas advindas da Revolução Industrial e o trauma experimentado com a Segunda Guerra Mundial, que desencadearam um debate sobre a

condição humana, culminando no reconhecimento universal de direitos humanos com a Declaração Universal de 1948, quando a pessoa humana, e não mais o indivíduo, passou a ocupar o papel mais importante da sociedade.

Esse novo modelo assegurou constitucionalmente novos direitos para garantir condições mínimas de vida. Diferente das liberdades do Estado Liberal, esses novos direitos impuseram ao Estado uma atuação positiva, tendo sido denominados de direitos fundamentais de segunda geração. O Estado, “[...] que era, na lógica do liberalismo, o inimigo número um dos direitos humanos, passa à condição de agente promotor destes direitos” (SARMENTO, 2006, p. 19).

Nesse sentido, Fiss (2015, p. 144) sustenta que a liberdade de expressão não é um fim em si mesmo, mas um meio de promoção de valores democráticos e reside nisso uma ironia: “[...] que o Estado pode ser tanto um inimigo como um amigo do discurso; que ele pode fazer coisas terríveis para enfraquecer a democracia, mas também algumas coisas maravilhas para fortalecê-la”.

Tendo em conta o pensamento de que a liberdade de expressão constitui-se em um direito fundamental que pode gerar tanto abstenções quanto prestações estatais, devido à importância que exerce à democracia e à realização da dignidade humana, necessário delimitar seu conteúdo jurídico.

Segundo Barroso (2004, p. 18), a doutrina distingue liberdade de expressão, liberdade de informação e liberdade de imprensa, sendo as últimas espécies da primeira. Enquanto a liberdade de expressão tutela o direito de externar qualquer manifestação do pensamento humano, a liberdade de informação refere-se ao direito de comunicar fatos e de ser informado.

Para Rodrigues Júnior (2009, p. 55-56), a importância da liberdade de expressão não está na opinião de alguém, mas sim na possibilidade de exteriorização desse pensamento, que possui transcendência social, pois “[...] somente quando o pensamento é manifestado pela palavra, pela escrita ou pelo gesto, ou seja, quando é difundido socialmente, é que passa a ter importância e consequências jurídicas”.

A liberdade de expressão é gênero do qual são espécies a liberdade de informação e a liberdade de expressão em sentido estrito. Aquela é a liberdade de informar e informar-se e esta é a liberdade de expressar ideias, opiniões e pensamentos. A verdade é condição da liberdade de informação, mas não da liberdade de expressão.

Majoritariamente, entretanto, entende-se que a verdade exigida para a liberdade de informação é a subjetiva, entendida como a resultante de um processo diligente do informador e não uma verdade objetiva e irrefutável (CHEQUER, 2011, p. 61-62).

Para Carvalho (1999, p. 25) o critério da verdade para diferenciação entre liberdade de expressão e liberdade de informação é imprescindível porque “[...] o recebedor da informação necessita do fato objetivamente ocorrido para estabelecer a sua cognição pessoal e para que possa elaborar a sua percepção sobre o mesmo fato, de modo a formar sua convicção sem qualquer interferência”.

Ainda que o art. 220 da Constituição Federal estabeleça que “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”, deve-se conceber a liberdade de expressão como um direito limitado, não apenas pela Constituição, mas também pelo ordenamento jurídico, como um todo.

A questão da limitação foi analisada por Mill (2011, p. 49), que objetivou encontrar um princípio básico que ordenasse as relações da sociedade com o indivíduo. Segundo ele, “Esse princípio diz que o único objetivo pelo qual a humanidade pode, de forma individual ou coletiva, interferir com a liberdade de ação de qualquer de seus membros, é a proteção dela própria”.

Chequer (2011, p. 44-51), concebendo os direitos fundamentais como restringíveis, menciona a existência de duas teorias acerca da limitação: a interna e a externa. Aquela sustenta que a Constituição determina previamente e de maneira definitiva o alcance dos direitos fundamentais enquanto que, para esta, a Constituição estabelece um conteúdo inicial, *prima facie*, que deve ser harmonizado com demais direitos e bens protegidos constitucionalmente. Para ele, no Brasil, adota-se majoritariamente a teoria externa mediante a aplicação do método da ponderação.

Nesse sentido, Freitas e Castro (2013, p. 349) esclarecem que, como a liberdade de expressão se submete ao princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal, as limitações decorrem da integralidade do ordenamento jurídico, seja em normas constitucionais ou infraconstitucionais.

A liberdade de expressão é, assim, um direito fundamental relacionado à concretização da dignidade humana e da democracia. Como qualquer liberdade, trata-se de um conceito limitado pelo ordenamento jurídico. Significa tanto a possibilidade de manifestar pensamentos e ideias quanto o direito de informar e ser informado e, embora classicamente abarque uma limitação da atuação estatal, atualmente também possui uma face prestacional, isto é, a atuação estatal pode ser tanto negativa, de não interferência na esfera individual, como positiva, de promoção efetiva desse direito.

2 DIREITOS DE PERSONALIDADE: PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E CIVIL

O art. 11 do Código Civil Brasileiro estabelece que “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”, mas não especifica o que sejam direitos de personalidade, tarefa que coube à doutrina.

Segundo Schreiber (2014, p. 4-6), as primeiras construções relativas aos direitos de personalidade surgiram na segunda metade do século XIX, impulsionadas por injustiças e revoltas de um sistema jurídico liberal que possibilitou a submissão de uns indivíduos sobre os outros sob o manto da liberdade irrestrita. Para o autor, a expressão foi cunhada por jusnaturalistas franceses e alemães e significava alguns direitos preexistentes ao reconhecimento estatal, essenciais à condição humana.

Nesse sentido também argumenta Sarmento (2006, p. 96-102), para quem os direitos de personalidade são formas de proteção da pessoa humana no âmbito do Direito Privado, surgidas na segunda metade do século XIX a partir de ideias jusnaturalistas.

O argumento principal dos direitos de personalidade é, então, a dignidade humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 3º, III), considerado valor imanente ao homem, único ser dotado de racionalidade e, que por isso, sendo um fim em si mesmo, não pode ser coisificado.

Uma República fundamentada na dignidade humana é aquela que serve ao homem e não o contrário. A dignidade é o “[...] *princípio antrópico* que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico della Mirandola) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*plastes et ficator*)” (CANOTILHO, 2002, p. 225)

Além de sustentar os direitos de personalidade, a dignidade humana também é a base dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. A diferença se dá no âmbito de positivação. Nesse sentido, Sarlet (2015, p. 27-30) esclarece que direitos fundamentais são direitos do homem reconhecidos e positivados pelas Constituições dos Estados; direitos humanos são os referidos em documentos internacionais, atinentes ao ser humano independentemente da vinculação com determinado Estado; e direitos do homem são direitos naturais, de viés jusnaturalista.

Agregando os direitos de personalidade, Schreiber (2014, p. 13) sustenta que direitos humanos, direitos fundamentais e direitos de personalidade servem para proteger um mesmo

bem que é a dignidade humana, mas a diferença restringe-se ao olhar que se dá ao fenômeno: internacional, constitucional ou no plano das relações privadas.

Da mesma forma é o pensamento de Bittar (2015, p. 31-32), que os concebe como mesmos direitos, mas examinados em planos diferentes: a relação das pessoas entre si, a relação das pessoas com o Estado e as relações de direito internacional.

Direitos de personalidade são, então, aqueles que dizem respeito à pessoa humana e à sua dignidade e que têm relação com a integridade física, intelectual e moral. São prerrogativas da pessoa humana, aos poucos incorporadas ao ordenamento jurídico, apoiadas na noção de que, além de direitos econômicos, a pessoa é titular de outros, inerentes à sua condição de humanidade e que a ela ficam ligados vitaliciamente. (GONÇALVES, 2008, p. 153).

Para Canotilho (2002, p. 394), trata-se de direitos que

[...] abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão).

Schreiber (2014, p. 14-16), por seu turno, afirma que, apesar de o Código Civil mencionar expressamente apenas o direito ao corpo, nome, honra, imagem e privacidade, o rol é aberto para abarcar outros que não contemplados nos artigos 11 a 21, na medida em que a omissão legislativa “[...] não impede que outras manifestações da personalidade humana sejam consideradas merecedoras de tutela, por força da aplicação direta do art. 1º, III, da Constituição”.

Bittar (2015, p. 110-115) diferencia os direitos de personalidade conforme a condição da pessoa como ser individual ou social, identificando, por essa razão, três espécies: físicos, relacionados à vida, à integridade física, ao corpo, ao cadáver, à imagem e à voz; psíquicos, atinentes à liberdade, à intimidade, à integridade psíquica e ao segredo; e morais (identidade, honra, respeito, criações intelectuais). Segundo ele:

Nessa classificação toma-se, de início, a pessoa como ser individual, destacando-se seus dotes físicos, ou atributos naturais em sua composição corpórea (ou conformação física). São os elementos extrínsecos da personalidade. Depois, voltando-se para seu interior, encontram-se os direitos psíquicos, ou atributos da inteligência ou sentimento. São os elementos intrínsecos ou íntimos da personalidade (que compõem o psiquismo humano). De outro lado, à vista da consideração da pessoa como ser social, localizam-se os direitos morais, correspondentes a qualidades da pessoa em razão de valoração na sociedade, em face de projeções ou emanações (ou manifestações) em seu contexto. Respeitam, pois, atributos da pessoa em sua conceituação pela coletividade.

Os direitos de personalidade podem ser concebidos, assim, como tutela conferida ao nível das relações privadas à dignidade humana, representada pela proteção ao corpo, ao nome, à privacidade; enfim, àquela esfera individual do ser humano.

A ofensa a direitos de personalidade pode ocasionar tutela inibitória (proibição da conduta, sanção prévia), reparatória (dano moral, sanção posterior), criminal (crimes contra a honra) e, ainda, o direito de resposta.

A Constituição estabelece, no art. 5º, V, que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. O Código Civil, no art. 12 prevê: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

Vê-se, assim, que, no campo civil, o sistema de reparação de ofensas a direitos de personalidade admite a responsabilidade civil, isto é, havendo conduta danosa, cabe indenização. Essa espécie de reparação é posterior, ou seja, ocorre após o ato danoso.

No que concerne à tutela prévia, prevê o art. 20 do Código Civil que

Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

E no art. 21: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Desde sua origem, tais dispositivos geraram inúmeras controvérsias, tendo em vista que privilegiaram os direitos de personalidade em detrimento de outros, como a liberdade de expressão.

A constitucionalidade foi questionada na ADI 4.815, que teve o pedido julgado procedente em 10/06/2015, para dar interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto e em conformidade com os direitos fundamentais da liberdade de pensamento e de expressão declarar inexigível a autorização do biografado em biografias literárias.

Muito antes do julgamento dessa ação, Barroso (2004, p. 33) já criticava a sanção prévia e defendia uma interpretação conforme a Constituição:

[...] o dispositivo veio a tornar possível o mecanismo da proibição prévia de divulgações (até então sem qualquer previsão normativa explícita) que constitui, no entanto, providência inteiramente excepcional. Seu emprego só será admitido quando seja possível afastar, por motivo grave e insuperável, a presunção constitucional de interesse público que sempre acompanha a liberdade de informação e de expressão, especialmente quando atribuída aos meios de comunicação.

Ainda que o julgamento da ADI tenha tido como objeto as biografias não autorizadas, a decisão lançou um importante parâmetro de interpretação da Corte Constitucional no que toca ao conflito entre direitos de personalidade e liberdade de expressão, pontuando que o interesse público deve ser a baliza para a solução do conflito.

3 COMPLEMENTARIEDADE E CONFLITOS ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS DE PERSONALIDADE

Ainda que a perspectiva de posituação da liberdade de expressão e dos direitos de personalidade seja diferente, o núcleo de proteção é o mesmo: a dignidade humana. A liberdade de expressão, prioritariamente, pretende a proteção do indivíduo pelo Estado, seja de forma omissiva (abstenções, não interferência), seja de forma comissiva (prestacional, garantindo a efetividade do exercício do direito). Os direitos de personalidade, por seu turno, objetivam, primordialmente, a proteção da dignidade nas relações particulares, de Direito Civil, quando os personagens estão, em tese, em situações jurídicas de igualdade.

Percebe-se, dessa forma, que tanto a liberdade de expressão quanto os direitos de personalidade, por possuírem o mesmo fundamento (a dignidade humana), são direitos que se complementam, pois permitem ao indivíduo a exteriorização do pensamento e a participação no jogo democrático. Garantem-lhe o livre desenvolvimento da personalidade.

A diferença de tratamento jurídico revela a dicotomia entre direito público e privado, relacionada à posição dos sujeitos no ordenamento jurídico. No público, há uma superioridade do Estado sobre o indivíduo; no privado, há, em tese, uma posição de paridade. No entanto, dada a unidade do sistema, nem o direito privado pode ser palco de egoísmos, nem o direito público pode representar uma força de dominação. A complementariedade entre eles é indispensável. (MAZUR, 2012, p. 27-28)

Essa complementariedade decorre do fato de que, nem sempre, nas relações privadas, há uma relação de igualdade, na medida em que o conceito de poder deixou de ser apenas político para ser também social. Em outras palavras, não só o Estado exerce poder sobre os indivíduos; esses, em suas relações particulares, também estabelecem conexões de dominação de uns sobre os outros.

Além disso, Constituição Federal, ao incorporar ideais de fraternidade e humanidade, lançou um novo olhar sobre as relações sociais, criando uma perspectiva diferente – a comunitária, em que dicotomia público-privado parece emaranhar-se no conceito do coletivo.

Em outras palavras, há um lugar entre o público e o privado em que deve preponderar o bem comum, a fim de que se obtenha a tão almejada justiça social.

Esse fenômeno foi denominado por Carvalho (1999, p. 10) como um processo de socialização, segundo o qual “[...] os interesses privados mais importantes à existência humana são tutelados como se públicos fossem e defendidos por grupos de pressão ou órgãos públicos destinados a tal função institucional; mesclam-se assim, interesses públicos e privados”.

No que concerne à complementariedade entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade, é interessante o pensamento de Barroso (2004, p. 19):

Se de um lado, portanto, as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter individual, e nesse sentido funcionam como meios para o desenvolvimento da personalidade, essas mesmas liberdades atendem ao inegável interesse democrático, sendo, portanto, uma dimensão eminentemente coletiva, sobretudo quando se esteja diante de um meio de comunicação social ou de massa.

Para Ferraz (2015, p. 125), a liberdade de expressão agrega responsabilidade, “[...] a exigir daquele que manifesta seu pensamento e/ou sentimento o respeito (responsabilidade) aos direitos fundamentais que co-existem no ordenamento normativo [...]”.

No entender de Carvalho (1999, p. 29), a livre expressão humana pode ser reprovada, quando causar prejuízo a outrem: “A ninguém é dado ofender outrem impunemente, ao argumento de que é livre a manifestação do pensamento. Se é livre a manifestação do pensamento, também todos têm direito à honra, à intimidade, à imagem etc.”.

A questão é verificar como harmonizar esses direitos, quando entram em rota de colisão. Chequer (2011, p. 332-333), reconhecendo que a liberdade de expressão pode conflitar com direito de personalidade antes ou após a manifestação, confere-lhe um caráter preferencial *prima facie* em razão do argumento democrático.

Nesse aspecto, considerando que os direitos de personalidade protegem a dignidade humana, percebe-se que há uma clara colisão entre princípios constitucionais – liberdade de expressão e dignidade humana. Quando ocorre tal fenômeno, a forma de equalização do confronto não pode se dar com base nos critérios tradicionais de resolução de antinomias jurídicas.

No entender de Alexy (2014, p. 93-96), a colisão de princípios não é resolvida com a inclusão de cláusula de exceção ou declaração de invalidade de um deles (dimensão da validade), mas pela precedência de um sobre o outro, dadas determinadas condições (dimensão do peso). No conflito entre princípios, a resolução passa pelo estabelecimento de qual deles tem mais peso no caso concreto, porque um restringe as possibilidades jurídicas do outro.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.815, que admitiu a publicação de biografias não-autorizadas e da ADPF 130, que declarou a Lei de Imprensa não recepcionada pela Constituição Federal, parece ter dado uma preferência à liberdade de expressão em razão da sua conexão com o pluralismo e a democracia.

Da ementa do julgamento da ADPF 130 retira-se:

[...] LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. [...] PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS 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 RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE 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 PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS [...] (STF, ADPF 130, de 01/04/2009)

Em regra, então, para a Corte Constitucional brasileira, a liberdade de expressão não pode sofrer censura em razão de direitos de personalidade, embora eventuais abusos devam ser condenados, *a posteriori*, mediante indenizações ou direito de resposta. O Tribunal utilizando-se da lei da ponderação e no princípio da proporcionalidade, entende prevalecer, na maior parte dos casos, a liberdade de expressão.

Apesar de não haver hierarquia entre direitos fundamentais, as decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Federal acima expostas denotam uma certa primazia da liberdade de expressão em detrimento de direitos de personalidade. O argumento é que a liberdade de expressão possui íntima relação com a democracia e com a formação da opinião pública e participação do indivíduo nas decisões do Estado.

A liberdade, entretanto, só tem sentido em sociedades capazes de evoluir com base na discussão livre e igualitária, que sejam guiadas pela convicção ou persuasão e não pela coerção. (MILL, 2011, p. 50-51)

Trata-se, de fato, de argumento forte, mas não se pode olvidar que há uma diferença substancial em interesse público e interesse do público. Ainda que se estabeleça uma preferência, nem sempre a liberdade de expressão pode sobrepor-se a direitos de personalidade. A solução requer uma análise casuística. A regra a ser aplicada deve ser extraída a partir da ponderação dos bens em conflito, no caso concreto.

CONCLUSÃO

A liberdade de expressão é um direito fundamental previsto na Constituição Federal que pode ser dividido em duas espécies: liberdade de expressão em sentido estrito e liberdade de informação. A primeira representa a liberdade de externar pensamentos, ideias e opiniões. A segunda, o direito de informar e ser informado sobre fatos do cotidiano. Apenas a liberdade de informação tem compromisso com a verdade, que não é aquela objetiva, mas a que decorre da conduta diligente do informador.

Enquanto gênero, a liberdade de expressão é fundamental ao pluralismo e à democracia, na medida em que possibilita a participação dos indivíduos no convívio social.

Disso se depreende que, se originalmente, ela surgiu como um dever de abstenção do Estado, hoje, dado o seu caráter democrático, passou a ser também um direito prestacional, no sentido de que devem ser garantidas as condições de sua realização plena. Esse fenômeno foi denominado por Owen Fiss como a ironia da liberdade de expressão, pois o Estado pode ser tanto “amigo” quanto “inimigo” dela.

Muitas vezes, o exercício da liberdade de expressão pode colidir com direitos de personalidade, que representam a proteção jurídica conferida à pessoa humana ao nível das relações privadas. Mas é importante observar que o núcleo de proteção de ambos os direitos é o mesmo, ou seja, é a dignidade da pessoa humana.

Daí a conclusão que a liberdade de expressão e os direitos de personalidade são direitos que se complementam, pois ambos visam a proteção do mesmo bem jurídico, mas em planos distintos. Contudo, apesar de se complementarem, também colidem, fenômeno que é próprio de um sistema jurídico.

Embora em tese não haja direitos preferenciais no ordenamento jurídico brasileiro, as decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal acerca do conflito entre esses direitos levam a concluir que, para a corte constitucional brasileira, há uma prevalência *prima facie* da liberdade de expressão em detrimento dos direitos de personalidade.

É que o Supremo, ao aplicar o princípio da proporcionalidade e a regra da ponderação em dois julgamentos importantes – ADPF 130 e ADI 4.815, decidiu que a liberdade de expressão, dada a sua importância para a formação da razão pública e a construção da democracia, goza de um peso maior que os direitos de personalidade.

Isso não significa, porém, que sempre irá prevalecer a liberdade de expressão, pois ela deve ser exercida com responsabilidade, sob pena de responsabilização civil e até mesmo criminal.

Fundamental para a resolução de eventuais conflitos é a verificação do interesse público envolvido nas questões, sendo necessário enfatizar que interesse público não é sinônimo de interesse do público. Logo, somente quando houver um interesse preponderante da coletividade podem ser preteridos direitos de personalidade.

REFERÊNCIAS

ADVERSE, Helton. Parresia e isegoria: origens político-filosóficas da liberdade de expressão. In.: LIMA, Venício A. de; GUIMARÃES, Juarez. (Orgs). *Liberdade de expressão: as várias faces de um desafio*. São Paulo: Paulus, 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão ente liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 235, jan./mar., 2004, p. 1-36.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos de personalidade*. 8. ed. rev., aum. e. modif. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Publicada no DOU em 05/10/1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 jan. 2016.

_____. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Publicada no DOU em 11/01/2002. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2044>. Acesso em 10 jan. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, 01/04/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Brasília, 10/06/2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

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

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *Revista Filosofia Política*. n. 2, 1985.

FERRAZ, Sérgio Valladão. Restrições às restrições à liberdade de expressão. In: VITORELLI, Edilson (Org.). *Temas atuais do Ministério Público Federal*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvm, 2015.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. *Sequência*, Florianópolis, n. 66, jul. 2013. p. 327-355.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos de personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução Ari R. Tank Brito. São Paulo: Hedra, 211.

RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. *Liberdade de expressão e liberdade de informação: limites e formas de controle*. Curitiba: Juruá, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

SEN, Amartya. *A ideia da justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.