

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)

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO INSTRUMENTO PARA
CONCRETIZAÇÃO DO REGIME DEMOCRÁTICO E A SUA CONVIVÊNCIA
COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

**FREEDOM OF EXPRESSION AS AN INSTRUMENT TO CONCRETION THE
DEMOCRATIC REGIME AND YOUR EXISTENCE WITH THE RIGHTS OF
PERSONALITY**

Caroline Belletti ¹

Resumo

O presente artigo tem como tema central a liberdade de expressão como instrumento para concretização do regime democrático e a sua convivência com os direitos da personalidade. Busca-se, como objetivo geral, analisar os direitos da personalidade, o direito da liberdade de expressão e a possibilidade de choque entre ambos quando presentes na mesma relação jurídica. O objetivo específico é verificar qual o papel que a liberdade de expressão pode desempenhar na efetivação da democracia e, se nesse contexto, é possível a sua convivência harmoniosa com os direitos da personalidade.

Palavras-chave: Direitos da personalidade, Liberdade de expressão, Regime democrático

Abstract/Resumen/Résumé

This article is focused on freedom of expression as a tool for achieving the democratic system and its coexistence with the rights of personality. Seeks, as a general objective, analyze the rights of personality, the right of freedom of expression and the possibility of collision between both when present in the same legal relationship. The specific objective is to verify the role that freedom of expression can play in the realization of democracy and, in this context, it is possible their harmonious coexistence with the rights of personality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Rights of personality, Freedom of expression, Democratic system

¹ Mestranda na PUCPR. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera. Especialista em Direito Trabalhista pela Universidade do Vale do Itajaí. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Advogada.

INTRODUÇÃO

A personalidade está intimamente ligada à noção da existência da vida humana. O nascimento com vida faz surgir a personalidade e, a partir de então, torna-se possível o exercício dos direitos da personalidade, assegurados no Brasil na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso X.

Resguarda a lei, a doutrina e a jurisprudência o a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral que decorrer de sua violação.

É de suma importância a proteção que é dada aos direitos da personalidade uma vez que asseguram a existência digna da pessoa. Todavia, frequentes são as colisões entre referidos direitos com outro direito fundamental que é a liberdade de expressão, também assegurado pela Constituição Federal, lei e doutrina.

A liberdade de expressão é fundamental para a construção do pensamento crítico e evolução de uma sociedade. Através da manifestação livre da opinião a imprensa pode atuar e possibilitar ao indivíduo se manter informado a respeito de tudo que está à sua volta. Nesse contexto, inegável o papel que a liberdade de expressão desempenha em sociedades democráticas.

Nesse contexto, o presente artigo visa investigar de maneira geral os direitos da personalidade e o direito da liberdade de expressão. De maneira específica, pretende-se analisar se a liberdade de expressão pode funcionar como uma ferramenta na concretização do regime democrático e, se nesse cenário, mostra-se possível a convivência harmoniosa com os direitos da personalidade.

1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade, embora intimamente ligados ao conceito de personalidade jurídica, com esta não se confundem.

No Brasil, diversos doutrinadores propõem a sua noção acerca do instituto da personalidade. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 94), todo aquele que nasce com

vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade, afirmando que “esta é, portanto, qualidade ou atributo do ser humano. Pode ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica”.

Por sua vez, Silvio Rodrigues (2003, p. 35) assevera que: “[...] no mundo moderno, e na quase-totalidade dos países, a mera circunstância de existir confere ao homem a possibilidade de ser titular de direitos. A isso se chama personalidade”.

O Código Civil Brasileiro em seu artigo 1º dispõe que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, e complementa no artigo seguinte que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”. (BRASIL. Código Civil, 2002, art. 1º).

Como já dito, a personalidade jurídica e os direitos da personalidade são institutos distintos. A personalidade jurídica permite ao homem adquirir direitos e contrair obrigações, o que consequentemente torna possível fruir dos direitos da personalidade. Todavia, a personalidade não se trata de um direito, mas sim da base na qual eles se apoiam, como explica Caio Mário da Silva Pereira:

Ao tratar dos direitos da personalidade, cabe ressaltar que não constitui esta “um direito”, de sorte que seria erro dizer-se que o homem tem direito à personalidade. Dela, porém irradiam-se direitos, sendo certa a afirmativa de que a personalidade é o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações. (PEREIRA, 2004, p. 241).

Embora desde a antiguidade já houvesse preocupação com os direitos humanos, aumentada após a chegada do cristianismo, o reconhecimento dos direitos da personalidade como categoria de direito subjetivo é relativamente recente, tendo como origem a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 e de 1948, das Nações Unidas, bem da Convenção Europeia de 1950. (GONÇALVES, 2010, p. 183).

Os direitos da personalidade são definidos por Orlando Gomes (1999, p. 148), como “direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade”.

Por sua vez, Limongi *apud* Diniz conceitua os direitos da personalidade como:

[...] direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária); e a sua integridade moral (honra, recato, segredo profissional e doméstico, identidade pessoal, familiar e social). (DINIZ, 2002, p. 135).

A Constituição Federal também resguarda em seu art. 5º, inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. (BRASIL. Constituição Federal, 1988, art. 5º).

Em que pese a previsão expressa de determinadas categorias no inciso X do art. 5º, bem como a classificação de Limongi trazida por Diniz, os direitos da personalidade não constituem um rol taxativo, muito pelo contrário, constituem nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 171) “uma categoria elástica, compreendida ampla e concretamente, a partir do quadro evolutivo do homem, integrado em suas mais variadas atividades (físicas, psíquicas, sociais, culturais, intelectuais...)”.

Embora não devam ser considerados de forma taxativa cumpre destacar os conceitos doutrinários das categorias de direitos da personalidade previstos no art. 5º, inciso X da Constituição Federal e na maioria da doutrina.

Quanto à honra, Carlos Alberto Bittar (1995, p. 126-126) assevera que no direito à honra “o bem jurídico protegido é a reputação, ou a consideração social a cada pessoa devida, a fim de permitir-se a paz na coletividade e a própria preservação da dignidade humana”. Segundo o doutrinador, a honra pode ser atingida, por exemplo, “pela falsa atribuição de crime, ou pela imputação de fato ofensivo à reputação, com a alteração da posição da pessoa na coletividade, entendendo-se suscetíveis de prejudicar pessoa física e jurídica [...]”.

Percebe-se pois que o direito à honra está intimamente ligado à consideração social do indivíduo perante a sociedade. Quando violado, pode causar ao ofendido prejuízos em seu círculo social, sejam pessoais, como sentimento de humilhação e vergonha, ou até mesmo patrimoniais, quando faz surgir o descrédito da sociedade e, conseqüentemente, a carreira profissional pode ser abalada.

Nas palavras de Cupis *apud* Araújo entende-se por honra:

[...] tanto o valor moral íntimo do homem como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama, como, enfim, o sentimento, ou consciência da própria dignidade pessoal. A dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa. (ARAÚJO, 2007, p. 154).

Diante do desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação nas últimas décadas, o atentado ao direito à honra toma grandes proporções ao passo que o público pode ser eles facilmente manipulado. Segundo Bittar (1995, p. 126-127), “A necessidade de proteção decorre, principalmente, do fato de que a opinião pública é muito sensível a notícias negativas ou desagradáveis, sobre as pessoas[...]”.

Percebe-se pois que os meios de comunicação causam inegável influência na opinião pública e, dado a esse fato, o ordenamento jurídico cuida de preservar a honra tanto subjetiva do indivíduo, que leva em conta suas convicções pessoais, quanto a honra objetiva, que diz respeito à opinião pública e reflete no convívio da pessoa em sociedade.

No que diz respeito à imagem, Godofredo Telles Júnior (1977 – 1982. p. 147) conceitua o direito à imagem como: “o direito da personalidade de autorizar a exposição ou a reprodução pública da imagem”. Segundo o autor, “a utilização desta é admitida apenas com autorização do retratado ou de seus sucessores, salvo se tal publicação se relacionar com fins científicos, didáticos, ou com eventos de interesse público. É, portanto, o direito de dispor da própria imagem, que é um bem jurídico essencial”.

Assevera Araújo (2007, p. 155) que existem duas variações do direito à imagem: a imagem-retrato constante no art. 5º, inciso da X da Constituição brasileira, e a imagem-atributo protegida no art. 5º, inciso V do mesmo diploma legal.

Segundo referido autor o direito a imagem-retrato “deve ser entendido como direito relativo à produção gráfica (retrato, desenho, fotografia, filmagem etc.) da figura humana”. Já o direito à imagem-atributo resguarda “[...] a característica do conjunto de atributos cultivados pelo indivíduo e reconhecidos pelo conjunto social”. (ARAÚJO, 2007, p. 155).

Percebe-se pois que a imagem identifica a pessoa e possibilidade a sua distinção das demais na sociedade. Durante toda a sua vida, o indivíduo leva consigo sua imagem, razão pela qual ofensas a esse direito podem ser nefastas ao seu destino. Uma imagem respeitada pode favorecer o indivíduo e uma imagem desvirtuada pode prejudicá-lo. Desta feita, é indispensável que a pessoa tenha controle sobre a sua imagem, podendo opor-se à sua disposição por terceiros.

Quanto à intimidade, pode-se dizer que está intimamente ligada à privacidade, de maneira que a proteção desta visa resguardar àquela. Assim, cumpre destacar ambas de forma conjunta.

Diniz manifesta-se acerca do direito à intimidade e à vida privada nos seguintes termos:

[...] trata-se do direito da personalidade de garantir a privacidade de tal sorte que o seu titular pode impedir intromissões, vedando qualquer invasão em sua esfera privada ou íntima. Constituem ofensas ao direito à intimidade, por exemplo: violação de domicílio alheio ou de correspondência; usos de meios eletrônicos ou de drogas para obrigar alguém a revelar segredo profissional ou fatos de sua vida particular; interceptação de conversa telefônica. (DINIZ, 1998, p. 140)

O Código Civil Brasileiro, em seu art. 21, também prevê que “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”. (BRASIL. Código Civil, 2002, art. 21).

Todavia, o direito à intimidade e à vida privada podem sofrer certas limitações em razão do interesse público, o qual predomina sob o particular.

Bittar coloca que as limitações existem

[...] em razão de interesses vários da coletividade e pelo desenvolvimento crescente de atividades estatais, que a doutrina tem apontado, a saber: exigências de ordem histórica, científica, cultural ou artística; exigências de cunho judicial ou policial, inclusive com o uso de aparatos tecnológicos de detecção de fatos; exigências de ordem tributária ou econômica; [...] exigências de saúde pública e de caráter médico-profissional e outras. (BITTAR, 1995, p. 106-107).

Percebe-se que as limitações não podem ser tiradas de uma regra geral, decorrem do caso concreto e existem para que não se exponha indevidamente a pessoa mas ao mesmo tempo permita que o interesse público e o particular possam caminhar em harmonia, através do alcance de uma razoabilidade.

Todavia, excetuadas as invasões justificadas em função do interesse coletivo, que devem ser guiadas pela necessidade e pelo menor impacto possível ao ofendido, quaisquer outras incursões a este direito devem ser repudiadas.

2. O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão está prevista na Constituição Federal em seus artigos 5º, inciso IX, que prevê que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” e 220, §§1º e 2º, que preveem, respectivamente, que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social [...]” e que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. (BRASIL. Constituição Federal, 1988, arts. 5º e 220).

É conceituada por Jairo Gilberto Schäfer e Nairane Decarli (2007, p. 121-138) como a faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, ideias e opiniões por meio da palavra falada e escrita, imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como no direito de comunicar e ou receber informação verdadeira, sem impedimento nem discriminações.

Conforme os ensinamentos de Sérgio Sérulo da Cunha, trata-se de direito fundamental tutelado na maioria das Constituições democráticas:

A ordem estatal repousa sobre um universo cognitivo formado por percepções, sentimentos, ideias, convicções, opiniões, informações, e da chamada “opinião pública” depende a estabilidade e continuidade de toda gestão pública. Mas, os direitos de opinião não são apenas direitos políticos – confinados ao plano da participação na formação e atuação do Estado – ou direitos à tutela judiciária: são direitos humanos fundamentais, que se espalham por todo o campo da atuação individual, social e estatal. (CUNHA, 2006, p. 165).

Interessante as considerações de Meiklejohn *apud* Artur César de Souza, que é defensor de que o valor da liberdade de expressão reside na proteção do processo político e é essencial ao sistema democrático, afirmando que

A liberdade de expressão não é um direito público subjetivo de todos os cidadãos, trata-se, sobretudo, de uma característica essencial do sistema democrático (...). Sem a liberdade de comunicar e receber ideias, os cidadãos não podem desempenhar a tarefa de se autogovernar democraticamente. O propósito da liberdade de expressão não é autorrealização pessoal, senão a preservação da democracia e o direito do povo em decidir seu futuro. A liberdade de expressão é um meio de autodeterminação coletiva (...). (SOUZA, 2010, p. 184).

Nesse mesmo sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p. 297) também afirma que “a busca da verdade ganhar maior fecundidade se levada a cabo por meio de um debate livre e desinibido”. Segundo o doutrinador, dois argumentos podem fundamentar a liberdade de expressão, um humanista e outro democrático.

Pelo argumento humanista, a plenitude da formação da personalidade depende de que se disponha de meios para conhecer a realidade e as suas interpretações, e isso como pressuposto mesmo para que se possa participar de debates e tomar decisões relevantes. Assim, o argumento humanista acentua a liberdade de expressão como corolário da dignidade humana. (MENDES, 2011, p. 297).

Já o argumento democrático coloca que o autogoverno requer um discurso político livre das interferências do poder. Nesse contexto, a liberdade de expressão é instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático, onde o pluralismo de opiniões é vital como a formação da vontade livre (MENDES, 2011, p. 297).

Não só Meiklejohn e Branco trazem essas considerações. A doutrina em geral aponta teorias a respeito da liberdade de expressão, sendo as mais tradicionais: a liberdade de expressão como manifestação da autonomia individual; a liberdade de expressão como instrumento para busca da verdade, e a liberdade de expressão como instrumento para realização da democracia.

A liberdade de expressão no contexto da autonomia individual se volta para a liberdade política, onde conseqüentemente se pensa no exercício de direitos e imposição de deveres.

Segundo Alexandre Sankiewicz:

A corrente filosófica que justifica a liberdade de expressão na autonomia individual a encara como um bem primordial, uma condição basilar para uma vida boa e digna. [...] Deve ser constitucionalmente protegida, não porque viabiliza um desejado resultado, como a busca da verdade ou a livre circulação de ideias em uma sociedade democrática, mas porque o respeito ao indivíduo leva, conseqüentemente, à proteção das comunicações que definem, desenvolvem e protegem o seu ser. (SANKIEWICZ, 2011, p. 22)

Todavia, o próprio doutrinador afirma que tal teoria não é completa, eis que comporta situações que não são passíveis de explicação. O exemplo dado pelo doutrinador é o de que ela não consegue explicar por que quem produz o discurso deve ter prioridade em relação aos seus destinatários. Afirma ele ainda que o fato de ter nascido como uma típica garantia liberal nunca

impediu algum tipo de limitação à liberdade de expressão como forma de proteção a outros valores. (SANKIEVICZ, 2011, p. 22)

Já a teoria da liberdade de expressão como instrumento para busca da verdade ou teoria do mercado de ideias, coloca que a livre troca de ideias é a melhor maneira para se chegar à verdade. Assim, em choque, prevaleceria a ideia verdadeira, ou, a parte de verdade que ela contém.

No mesmo caminho, segundo Venício A. de Lima (2010, p. 22-23), John Milton (1964), clássico defensor da liberdade de imprensa como direito natural do indivíduo de expor e imprimir suas ideias sem restrições externas, utilizava-se do argumento, embora eminentemente religioso, da capacidade individual de livre-arbítrio e da consequente necessidade de cada um se expressar e se expor às diferentes versões sobre um assunto para alcançar a verdade.

Assim, conclui-se que referida teoria visa embasar a liberdade de expressão na relevante função social e individual que carrega na busca pela verdade. Prega que o povo precisa estar exposto à totalidade de ideias para que se encontre a verdade completa.

Contudo, Sankiewicz afirma que a teoria do mercado de ideias também apresenta falhas:

A existência de monopólios e oligopólios nos sistemas de comunicação, por exemplo, pode restringir o acesso de grupos desfavorecidos e reduzir sua possibilidade de participação. Técnicas de manipulação, respostas irracionais à propaganda, discursos emocionais e discriminatórios também produzem grande impacto e tendem a distorcer o processo de competição. (SANKIEVICZ, 2011, p. 30)

Assim, não se pode aplicar a teoria do mercado de ideias sem levar em consideração que o mercado de comunicação possui falhas, cabendo a atuação do Estado no sentido de corrigi-las.

Por fim, no que diz respeito à terceira teoria, que trata da liberdade de expressão como instrumento para realização da democracia, é evidente que existe uma dependência entre democracia e liberdade de expressão, principalmente no tocante ao exercício da liberdade de imprensa que assume papel de vital importância na consolidação do regime democrático.

Coloca Norberto Bobbio que “[...] a luta contra um regime despótico, em nossa época, orienta-se sempre em duas direções, a da reconquista das liberdades civis e a da busca de uma nova e mais ampla participação popular no poder” (BOBBIO, 1997, p. 67).

A teoria que trata a liberdade de expressão como instrumento para a realização da democracia trata aquela como um direito puramente político, ao possibilitar ao cidadão tomar conhecimento dos assuntos de interesse público e assim poder participar eficazmente do processo democrático, emitindo juízos críticos sobre o governo e as políticas públicas por ele implantadas, escolhendo com segurança seus representantes.

Para os adeptos da citada teoria, a liberdade de expressão é tida como um instrumento para atingir o máximo da liberdade individual e o bem-estar compatíveis com a ordem e a unidade nacional brasileira. Nesse contexto, Bobbio assevera que “[...] sem liberdades civis, como a liberdade de imprensa e de opinião, como a liberdade de associação e de reunião, a participação popular no poder político é um engano [...]”. (BOBBIO, 1997, p. 65)

Evidente que nesse cenário é de suma importância o papel da imprensa. Darcy Arruda Miranda (1995, p. 69) assinala que, mais do que informar e divulgar fatos, a missão da imprensa “[...] é difundir conhecimento, disseminar a cultura, iluminar as consciências, canalizar as aspirações e os anseios populares, enfim, orientar a opinião pública no sentido do bem e da verdade”.

A CRFB/88 garante plenamente a liberdade de expressão em todas as suas formas. No entanto, a liberdade de comunicação social deve estar em compasso com outros direitos assegurados na mesma, como o direito à privacidade, à imagem, à honra e à intimidade, assim assevera seu art. 220, §1º.

Assim, segundo Álvaro Rodrigues Júnior (2009, p. 79), a fim de controlar a informação mal intencionada, é necessária a existência de controles efetivos sobre os meios de comunicação, que possam estabelecer limites de atuação e fixar as respectivas responsabilidades pela ação ou omissão inadequadas ao regime democrático.

Desta feita, em que pese poder sofrer determinadas limitações impostas pela própria constituição, percebe-se que a liberdade de expressão, principalmente para os adeptos desta última teoria, é garantia de suma importância à democracia, servindo para que a sociedade controle a atuação dos governantes.

3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO INSTRUMENTO PARA CONCRETIZAÇÃO DO REGIME DEMOCRÁTICO E A SUA CONVIVÊNCIA COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Como já argumentado acima, a liberdade de expressão é tida por grande parte da doutrina como um instrumento para concretização do regime democrático ao possibilitar um discurso político livre das interferências do poder. A liberdade de expressão é, pois, essencial para a preservação do sistema democrático ao permitir o pluralismo de opiniões, que é vital para a formação da vontade livre (MENDES, 2011, p. 297).

A imprensa é capaz de difundir conhecimento, mostrar a cultura, abrir a consciência dos expectadores, reunir as aspirações e os anseios populares, enfim, orientar a opinião pública no sentido do bem e da verdade. (MIRANDA, 1995, p. 69).

Contudo, apesar de a liberdade de expressão poder ser considerada indispensável para a construção do Estado Democrático de Direito, podendo inclusive ser vista como um direito puramente político conforme já destacado acima, não é tarefa simples harmonizá-la com os direitos da personalidade, principalmente no que diz respeito à preservação da imagem e da intimidade.

Nesse sentido, destaca como exemplo Guilherme de Souza Nucci (2004, p. 650) que não é simples assegurar que os julgamentos realizados pelo Poder Judiciário sejam realizados por um juízo imparcial, que não se atém às manifestações da imprensa.

O cerne da questão está no fato de que tanto a liberdade de expressão e o direito à informação quanto os direitos da personalidade são garantidos pela Constituição Federal, o que traz grande polêmica quando o exercício da primeira pode resultar violação dos últimos.

Verifica-se frequentemente este problema na relação entre os direitos da personalidade e a liberdade de expressão quando busca-se resguardar o direito do indivíduo de se expressar ou mesmo de se informar, e de outra parte, o direito de proteger-se da divulgação de informações passíveis de causar prejuízos ao indivíduo e à própria sociedade.

Segundo Farias (2015, p. 147), nos casos de colisão entre direitos da personalidade e liberdade de imprensa, “é certa e incontroversa a inexistência de qualquer hierarquia, merecendo ambas as figuras, uma proteção constitucional, como direito fundamental”.

O doutrinador traz a solução sugerindo que em casos como estes o uso da técnica da ponderação dos interesses é um caminho para harmonizar a convivência entre o direito da personalidade em jogo no caso concreto e o direito à liberdade de imprensa. Para ele, a solução é verificar qual o interesse se sobrepõe na proteção da dignidade humana, isto é, qual o direito que possui maior amplitude casuisticamente. (FARIAS, 2015, p. 147).

Segundo Artur César de Souza, a solução nesses casos é mais complexa uma que vez não se trata de um conflito de regras, e sim de princípios, o que demanda soluções mais complexas. Assevera que:

A convivência dos princípios é conflitual, a convivência de regras é antinômica: os princípios, ao constituírem exigência de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses, sendo que as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, uma vez que se uma regra tem validade, deve ser observada exatamente nos seus termos, nem mais nem menos. (SOUZA, 2010, p. 298).

A solução do conflito entre princípios envolve valorações, a busca do equilíbrio entre ambos mediante a análise do caso concreto. Não se resume simplesmente, como no caso das regras, em resolver o conflito excluindo uma delas.

Para Luís Roberto Barroso, no tocante a ponderação de valores,

Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. (BARROSO, 2001, p. 165).

Não obstante a possibilidade de ponderação colocada por Farias e Barroso, no caso concreto a convivência entre liberdade de expressão e direitos da personalidade é alvo de frequentes polêmicas, gerando debates inclusive nos tribunais.

Manifestando-se acerca do assunto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já afirmou que a veiculação de fatos, inseridos em matéria jornalística, baseada em fatos de

interesse público, sem extrapolar o direito de crítica, em casos que ostentam gravidade e ampla repercussão social, não caracteriza dano moral indenizável. (FARIAS, 2015, p. 148).

Destaca-se aqui a importância do direito de resposta que, segundo Alexandre de Moraes (2010, p. 51) “é instrumento democrático moderno previsto em vários ordenamentos jurídico-constitucionais, e visa proteger a pessoa de imputações ofensivas e prejudiciais a sua dignidade humana e sua honra”.

Todavia, em que pese a possibilidade de resposta, a liberdade de expressão deve se ater à verdade, isto é, não servir como meio para propagação de informações inverídicas.

Nesse sentido, vale ressaltar a lição de Konrad Hesse (1998, p. 304) ao afirmar que a comunicação social e a liberdade de expressão não devem distorcer a verdade, asseverando que a informação falsa não está protegida pela Constituição Federal, uma vez que conduz a uma “pseudo-operação” na formação da verdade.

Também argumenta Paulo José da Costa Júnior (1995, p. 67) que “para exercitar o direito de crônica, que está intimamente conexo com o de receber informações, será mister que se atenda ao interesse da coletividade de ser informada, porque através dessas informações é que se forma a opinião pública, e será necessário que a narrativa retrate a verdade”.

Outro ponto a se destacar é no que diz respeito àqueles que exercem cargos políticos na estrutura estatal. Embora também sejam titulares dos direitos da personalidade, é inegável que naquilo que diz respeito ao exercício dos cargos não se deve esperar a mesma proteção que é dada aos demais indivíduos sob pena de abusos e corrupção.

Vale ressaltar que aqueles que exercem cargos na administração pública devem se pautar pelos princípios que norteiam a prestação dos serviços públicos, dentre eles a publicidade, a moralidade administrativa e a impessoalidade. Além disso, devem lembrar que acima de tudo, no exercício dos referidos cargos, deve prevalecer o interesse público sobre o particular. (LENZA, 2011, p. 1159).

Nesse sentido, também assevera Alexandre de Moraes que

“[...] essa proteção constitucional em relação àqueles que exercem atividade política ou ainda em relação aos artistas em geral deve ser interpretada de uma forma mais restrita, havendo necessidade de uma maior tolerância ao se interpretar o ferimento das inviolabilidades à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, pois os primeiros estão sujeitos a uma forma especial de

fiscalização pelo povo e pela mídia, enquanto o próprio exercício da atividade profissional dos segundos exige maior e constante exposição à mídia. Essa necessidade de interpretação mais restrita, porém, não afasta a proteção constitucional contra ofensas desarrazoadas, desproporcionais e, principalmente, sem qualquer nexo causal com a atividade profissional realizada.” (MORAES, 2010, p. 54).

Vê-se, pois, que os direitos da personalidade são fundamentais para uma existência digna e, portanto, devem ser resguardados como assegura o ordenamento jurídico brasileiro. Por outro lado, o direito à liberdade de expressão também é fundamental e igualmente garantido pela Constituição Federal, o que acaba gerando conflitos quando ambos estão presentes na mesma relação jurídica.

Para solução de conflitos entre os citados direitos fundamentais, caminhos possíveis são a ponderação no caso concreto, a noção de que a liberdade de expressão deve se pautar sempre na verdade e que, no caso de agentes políticos e demais prestadores de serviços públicos, os princípios que norteiam a Administração permitem que, no que diz respeito à atividade pública, os direitos da personalidade sofram limitações em razão da supremacia do interesse público.

Obviamente que as limitações devem sempre ser postas em jogo quando se trata de questões ligadas à atividade que exercem os agentes, sendo indesejadas e, portanto, evitadas na vida particular quando, então, devem receber a mesma proteção dos demais integrantes da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para existência digna da pessoa e paz social é de suma importância a proteção legal que é dada pela Constituição Federal, doutrina e jurisprudência aos direitos da personalidade, direitos fundamentais que asseguram a defesa da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem dos indivíduos.

Não só os direitos da personalidade como outros direitos fundamentais são tutelados pelo ordenamento jurídico, como também é o caso da liberdade de expressão. Referido direito permite a livre manifestação de ideias e opiniões e é de suma importância para a atividade da imprensa.

A liberdade de expressão e a informação que aquela permite fornecer trazem à sociedade a possibilidade de evolução ao longo do tempo. Aliado a esse fato, outro ponto a se destacar é que a liberdade de expressão é capaz de permitir ao indivíduo tomar ciência da administração da máquina pública e, conseqüentemente, pode atuar como verdadeira ferramenta na concretização da democracia.

Comum são as situações em que os direitos da personalidade entram em choque com o direito à liberdade de expressão. Como não há hierarquia entre ambos, torna-se difícil a solução, que deve ser avaliada no caso concreto.

Dentre as propostas para a convivência harmoniosa entre direitos da personalidade e liberdade de expressão destacou-se a ponderação, a noção de que a liberdade de expressão deve pautar-se na verdade e que, no caso daqueles que exercem atividade pública, em razão dos princípios que norteiam a administração, as limitações à liberdade de expressão são menores do que em relação aos demais integrantes da sociedade já que o que está em jogo é a máquina pública e não a vida pessoal do exercente do cargo.

Todavia, além de basear-se na verdade, a manifestação livre da expressão também pautar-se na razoabilidade, devendo-se evitar exageros e abusos sob pena de se expor o indivíduo a situações vexatórias que podem comprometê-lo por lapso de tempo considerável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na constituição de 1988**. Revista Dos Tribunais, São Paulo, v. 790, n. 90, p.129-152, ago. 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da personalidade**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 26 jan. 2012.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 mar. 2012.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.1.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB, volume 1**. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 304.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Venício A. de. **Liberdade de expressão x liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia**. São Paulo: Publisher Brasil, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à lei de imprensa**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1.

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

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo**: perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHÄFER, Jairo Gilberto; DECARLI, Nairane. **A colisão dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Prisma Jurídico: São Paulo, v. 6. 2007.

SOUZA, Artur César de. **A decisão do juiz e a influência da mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TELLES JÚNIOR, Godofredo. **Direito subjetivo**. São Paulo: Enciclopédia Saraiva de Direito, n. 28, 1977 – 1982.