

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Bettina Ferreira Goulart

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS
LIMITES CONSTITUCIONAIS À LIBERDADE DE
IMPrensa EM CONFLITO AOS DIREITOS DE
PERSONALIDADE

Passo Fundo

2017

Bettina Ferreira Goulart

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS
LIMITES CONSTITUCIONAIS À LIBERDADE DE
IMPrensa EM CONFLITO AOS DIREITOS DE
PERSONALIDADE

Monografia apresentada ao Curso de Direito,
da Faculdade de Direito, da Universidade de
Passo Fundo, como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais, sob a orientação do
professor Doutor Ilton Norberto Robl Filho

Passo Fundo

2017

Agradeço aos meus pais pelo carinho e incentivo aos estudos. À minha mãe, Ângela, por me ensinar que nada vem sem esforço, e ao meu pai, Jairo, de quem herdei o gosto pela área da comunicação, especialmente do rádio.

Ao Elias, agora esposo, por acreditar sempre no meu potencial, bem como pela compreensão e apoio durante a criação desse trabalho.

Ao prof. Dr. Ilton N. Robl Filho, por ter aceitado a orientação.

“A imprensa é a vista da nação. Por ela é que a nação acompanha o que lhe passa ao perto e ao longe, enxerga o que lhe malfazem, devassa o que lhe ocultam e tramam, colhe o que lhe sonegam, ou roubam, percebe onde lhe alvejam, ou nodoam, mede o que lhe cerceiam, ou destroem, vela pelo que lhe interessa, e se acautela do que ameaça”

Rui Barbosa

RESUMO

Analisando-se a ideia da liberdade de imprensa e seus limites constitucionais sob a ótica do Estado Democrático de Direito e as colisões entre direitos fundamentais, discute-se a importância dessa liberdade para a concretização da democracia, e como a comunicação social influi na formação da opinião pública. A dignidade da pessoa humana, concretizada pelos direitos de personalidade, muitas vezes acaba colidindo com a liberdade de expressão e informação. Desse modo, questiona-se até que ponto essas liberdades devem interferir nos direitos de personalidade. No âmbito das colisões entre direitos fundamentais, cabe ao judiciário resolver essas questões através do critério da ponderação, contudo, cabe a discussão sobre uma Nova Lei de Imprensa para melhor regulamentar esses procedimentos.

Palavras-chave: Liberdade de Imprensa. Direitos de Personalidade. Estado Democrático de Direito. Direitos Fundamentais. Colisão de Direitos.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 7 |
| 2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS..... | 9 |
| 2.1 Estado democrático de direito e direitos fundamentais..... | 9 |
| 2.2 A liberdade de expressão nas perspectivas liberal, democrática e republicana | 15 |
| 2.3. Perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais..... | 19 |
| 3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO, INFORMAÇÃO E IMPRENSA | 23 |
| 3.1 A liberdade de expressão como direito-mãe da liberdade de comunicação..... | 23 |
| 3.2 Direitos em espécie na liberdade de comunicação: direito à informação, liberdade de imprensa e direito de resposta | 28 |
| 3.3 Comunicação social..... | 33 |
| 4 A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS..... | 38 |
| 4.1 Âmbitos de Proteção dos Direitos Fundamentais à intimidade, à honra e à imagem e relação com a dignidade da pessoa humana..... | 38 |
| 4.2 Colisão entre direitos fundamentais | 42 |
| 4.3. Critérios para resolução dos conflitos entre liberdade de expressão e direitos da personalidade..... | 44 |
| 5 CONCLUSÃO | 51 |
| 6 REFERÊNCIAS..... | 53 |

INTRODUÇÃO

A questão da democracia e os limites constitucionais da liberdade de imprensa, tendo em vista os recorrentes conflitos com os direitos de personalidade, torna-se relevante para o meio jurídico devido ao caráter da imprensa de formadora da opinião pública, que conduz à percepção do papel social das informações jornalísticas no Brasil.

Será apresentada nesse trabalho a problemática sobre a liberdade de imprensa e o Estado Democrático de Direito, tendo como base a análise da Constituição Federal de 1988. Discutir-se-á o papel ideológico e político da imprensa frente aos fatos e como a justiça deve resolver os conflitos causados na esfera da infração aos direitos de personalidade.

No primeiro capítulo, será analisado o Estado de Direito em sua forma democrática, que age de forma complementar em relação aos direitos fundamentais: a democracia necessita da concretização dos direitos fundamentais, bem como, esses só possuem eficácia através da democracia, mesmo que por vezes haja atrito entre eles, como no caso da liberdade de imprensa exacerbada, influenciando de forma negativa no sistema democrático.

No segundo capítulo, será analisada a importância da liberdade de imprensa dentro de um Estado Democrático de Direito, bem como o papel do jornalista e da comunicação social para a formação da chamada opinião pública. Será questionado até que ponto a liberdade de expressão e imprensa deve atingir os direitos de personalidade de outrem, problema que atinge a todos os cidadãos de forma direta ou indireta – tanto na questão da violação dos direitos de personalidade, quanto na manipulação sofrida inconscientemente, principal causadora de conflitos políticos e sociais.

No terceiro capítulo, visa-se ainda a análise das espécies de direitos de personalidade e a sua relação com a dignidade da pessoa humana quando da colisão com outro direito fundamental trazido em questão, no caso, à liberdade de expressão e informação jornalística, com a finalidade de buscar soluções para as colisões entre esses direitos fundamentais. Nesse sentido, deve-se estabelecer diretrizes para buscar soluções frente a esses conflitos, tendo como base a legislação brasileira, bem como informações jurisprudenciais e doutrinárias, em destaque à teoria do sopesamento ou ponderação de Robert Alexy, de forma que se

torne possível a solução da colisão entre direitos fundamentais da forma mais harmônica possível.

Dessa maneira, faz-se de suma importância o desenvolvimento desse trabalho sobre a questão da democracia e os limites constitucionais face à liberdade de imprensa, considerando-se os recorrentes conflitos com os direitos de personalidade, sendo assim, necessária a análise do tema, haja vista o papel influenciador exercido pela imprensa sobre as grandes massas.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Estado democrático de direito e direitos fundamentais

O conceito de Estado Democrático de Direito está expresso na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, caput, que diz: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988). Não se pode separar os conceitos de democracia e direito, visto ambas as concepções serem qualidades do Estado Constitucional, que unidas, formam um Estado legitimado pelo povo – nas palavras de Canotilho, “a articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos” (CANOTILHO, 2003 p. 98).

Na concepção de Silva, essa junção de princípios do Estado de Direito e do Estado democrático “revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*” (SILVA, 2004, p. 112). Esse Estado tem como objetivo principal, portanto, a realização do princípio democrático, visando a garantia dos direitos fundamentais de cada indivíduo (SILVA, 2004, p. 117). Um exemplo concreto de tal objetivo é visto na Constituição Portuguesa, que traz em seu texto o conceito de Estado Democrático de Direito reconhecido pela doutrina. Nela, conforme o artigo 2º, parafraseando o anteriormente mencionado, afirma-se que esse Estado é

[...] baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política e democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, que tem por objetivo a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa (SILVA, 2004, p. 119).

Assim, percebe-se que o Estado Constitucional Democrático de Direito “constitui uma tecnologia jurídico-política razoável para estruturar uma ordem de segurança e paz jurídicas” (CANOTILHO, 2003, p. 233). Portanto, a essência da democracia é reconhecida pela fórmula de Lincoln: “governo do povo, pelo povo e para o povo” (CANOTILHO, 2003, p. 287). Silva esmiúça essa fórmula:

Governo do povo significa que este é fonte e titular do poder (todo poder emana do povo), de conformidade com o princípio da soberania popular que é, pelo visto, o princípio fundamental de todo regime democrático. Governo pelo povo quer dizer governo que se fundamenta na vontade popular, que se apoia no consentimento popular; governo democrático é o que se baseia na adesão livre e voluntária do povo à autoridade, como base da legitimidade do exercício do poder, que se efetiva pela técnica da representação política (o poder é exercido em nome do povo). Governo para o povo há de ser aquele que procure liberar o homem de toda imposição autoritária e garantir o máximo de segurança e bem-estar. (SILVA, 2014, p. 135)

Da mesma forma, Canotilho (2003, p. 233) explica que o Estado constitucional democrático de direito “como ponto de partida constitui uma tecnologia jurídico-política razoável para estruturar uma ordem de segurança e paz jurídicas”, sendo assim, portanto, este modelo serve de base para um Estado bem estruturado juridicamente. O Estado Democrático de Direito pode ser encarado, também, como um molde estatal onde o poder “deve ser legitimamente adquirido e exercido, legitimação que deve poder ser reconduzida a uma justificação e fundamentação democrática do poder e a um exercício democrático das diversas formas de sua manifestação e exercício” (SARLET et al., 2016, p. 268). Em outras palavras, o poder deve ser adquirido e exercido pelo cidadão, bem como os seus representantes só serão legitimados ao poder através da atuação e do exercício democrático por parte do cidadão.

A democracia é o governo onde há a limitação de poder por parte do povo, isto porque é ele quem escolhe os seus representantes, a fim de decidir os rumos da coletividade (MORAES, 2013, p. 2). Dessa forma, os direitos fundamentais também podem ser encarados como o termômetro da democracia de determinado regime político, ou “constituem paradigma de legitimação de regimes políticos [...], quanto mais um Estado procura torná-los eficazes, mais legitimidade adquire perante a comunidade internacional” (FARIAS, 1996, p. 17).

O regime democrático tem por objetivo a liberdade do indivíduo frente ao autoritarismo estatal, sendo que, coletivamente, o objetivo econômico e social da democracia se mostra na melhora das condições de vida e segurança dos indivíduos, tais como os direitos políticos e sociais (SILVA, 2004, p. 134). A democracia não é apenas

[...] um conjunto de princípios e regras de cunho organizatório e procedimental, guardando, na sua dimensão material, íntima relação com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais em geral, com

destaque para os direitos políticos e os direitos de liberdade (designadamente as liberdades de expressão, reunião e manifestação) (SARLET et al., 2016, p. 268).

Isso principalmente no que diz aos direitos de liberdade, que não possuem concretização em Estados autoritários, bem como são os direitos trazidos à análise nesse trabalho. Dessa maneira, a conclusão lógica é de que o regime democrático é responsável pela concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana. Logo, há de se discuti-lo concomitantemente ao tema dos direitos fundamentais (SILVA, 2004, p. 132).

Os Direitos Fundamentais são os mais importantes direitos, visto serem inerentes ao ser humano, portanto, é necessária a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais, pois geralmente confundem-se ambos os conceitos (SARLET, 2012, p. 29). Certamente que direitos fundamentais são direitos humanos, mas, além disso, eles são também aqueles “direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”. Os direitos humanos teriam sua maior significação na esfera internacional, de forma mais ampla, sendo válidos independentemente de fronteiras constitucionais (SARLET, 2012, p. 29), pois se vinculam a uma *validade universal* – valendo, dessa maneira, para todos os povos, em todo o mundo.

Neste contexto, vale lembrar a lição de Antonio E. Pérez Luño, para quem

[...] o termo “direitos humanos” acabou tendo contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito (SARLET et al., 2016, p. 301).

A ideia de Direitos Humanos surge na Idade Moderna, através do movimento do jusnaturalismo, que durante os séculos XVII e XVIII elaborou um rol que é conhecido hoje como *direitos naturais*”, ou seja, os que fazem parte da natureza humana. É nessa época que surge a maior parte das declarações de direitos humanos, tendo em vista, inicialmente, a limitação dos poderes do soberano, ou seja, eram “direitos de defesa contra o Estado” (FARIAS, 1996, p. 58). Após essa fase inicial, os direitos humanos evoluem para uma nova dimensão, para que, ao contrário de antes, o Estado possibilite aos cidadãos o acesso a determinados

direitos, os chamados “direitos à prestação exequíveis pelos órgãos estatais” (FARIAS, 1996, p. 58). Dessa forma,

[...] os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humana) acabam sendo transformados em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-os ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas mediante um processo de “fundamentalização” (precisamente pela incorporação às constituições), os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional (SARLET, 2012, p. 32).

Entende-se por direitos fundamentais, ainda, aqueles que, conforme caracterização de Carl Schmitt são “todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional”, ou ainda, os “que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança [...], a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição” (BONAVIDES, 2010, p. 561). Portanto, os direitos humanos positivados em texto constitucional são

[...] os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. [...] Numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável (BONAVIDES, 2010, p. 561).

Dimoulis e Martins (2014, p. 41) entendem que os direitos fundamentais são os direitos das pessoas tanto físicas quanto jurídicas, de natureza pública e subjetiva, que estão previstos na Constituição Federal (1988), assumindo, portanto, uma hierarquia maior frente à relação com outros direitos dentro do Estado, tendo sempre o objetivo maior de limitação da intervenção estatal frente às liberdades individuais. Traduzindo a mesma ideia, aduz Moraes que direitos humanos fundamentais são

[...] o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana (MORAES, 2013, p. 20).

Os direitos fundamentais, em suma, são intimamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana, sendo ambos valores tanto históricos quanto filosóficos e, dessa forma, surgem várias gerações (ou, conforme entendimento majoritário, dimensões) de direitos fundamentais, sendo a primeira a que condiz aos “direitos da liberdade, os primeiros a constarem no instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos” (BONAVIDES, 2010, p. 563). Esses direitos fazem parte da dignidade da pessoa humana, e por esse motivo, são dotados de subjetividade, e cumprem o mesmo papel à que inicialmente foram criados os direitos humanos: para se opor frente à autoridade e às opressões do Estado (BONAVIDES, 2010, p. 564). Nesse sentido, resta evidente que a história dos direitos fundamentais está claramente intrincada com a ideia de limitação do poder, visto haver um estreito vínculo entre os direitos fundamentais e o chamado Estado Constitucional (SARLET et al., 2016, p. 304).

Os direitos fundamentais ainda se constituem na base estrutural para que haja a concretização do chamado princípio democrático, ou seja,

[...] os direitos fundamentais têm uma função democrática, dado que o exercício democrático do poder: (1) significa a contribuição de todos os cidadãos para o seu exercício (princípio-direito da igualdade e da participação política); (2) implica participação *livre* assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por ex. direitos constitutivos do próprio princípio democrático); (3) coenvolve a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, econômicos e culturais, constitutivos de uma democracia econômica, social e cultural (CANOTILHO, 2003, p. 290).

Dessa maneira, os direitos fundamentais no sentido de direitos subjetivos de liberdade, proporcionam o ambiente ideal para o desenvolvimento da democracia através das “garantias de organização e de processos com transparência democrática” (CANOTILHO, 2003, p. 291). Assim, geralmente fala-se em três gerações de direitos fundamentais, apesar de algumas doutrinas trazerem até seis gerações de direitos que se complementam entre si - razão pela qual se critica essa denominação, preferindo-se que sejam chamadas de *dimensões*, visto que os direitos de cada geração são cumulativos, e não substitutivos (SARLET, 2012, p. 45).

Os direitos de primeira dimensão são os direitos referentes à liberdade, os já referidos direitos civis e políticos. Observa Sarlet (2012, p. 47) que essa dimensão

de direitos é resultado do “pensamento liberal-burguês do século XVIII”, isso porque, trazem profundos traços de individualismo, sendo direitos da pessoa humana frente à truculência dos atos estatais. Visto isso, são caracterizados como “direitos de defesa”, pois se referem a um núcleo onde o Estado não pode intervir no que diz respeito à esfera individual de cada ser humano, surgindo, dessa maneira, a denominação “direitos de cunho negativo”, sendo esses os direitos que pressupõem a autonomia de cada indivíduo frente ao poder estatal:

Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc) (SARLET, 2012, p. 47).

Somam-se a esse rol ainda os “direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia” (SARLET E OUTROS, 2016, p. 312). De tal modo, tanto a concepção de Constituição quanto a de direitos fundamentais nascem da mesma ideia de normas limitadoras frente ao poder estatal, reafirmando-se assim a importância desses direitos de liberdade para uma sociedade democrática (SARLET, 2012, p. 58). Dessa forma,

[...] verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático de autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do status político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro de sua legitimidade. (SARLET, 2012, p. 61)

Sendo assim, é portanto perceptível a relação de complementação existente entre a democracia e os direitos fundamentais, de maneira que não há possibilidade da eficácia de um sem a do outro – por mais que muitas vezes haja atrito entre ambos, motivo pelo qual se faz necessária a discussão sobre a colisão de direitos fundamentais no âmbito da democracia.

2.2 A liberdade de expressão nas perspectivas liberal, democrática e republicana

A liberdade de expressão dentro de um Estado Democrático de Direito é um dos mais – se não o mais – importante dos direitos fundamentais, tendo por fundamentos a dignidade da pessoa humana e a garantia de uma sociedade política plural e democrática. Assim,

[...] essa liberdade também guarda relação, numa dimensão social e política, com as condições e a garantia da democracia e do pluralismo político, assegurando uma espécie de livre mercado das ideias e assumindo, neste sentido, a qualidade de um direito político com dimensão nitidamente transindividual, pois a liberdade de expressão e os seus respectivos limites operam essencialmente na esfera das relações de comunicação e da vida social (ROBL FILHO e SARLET, 2016, p. 119).

Percebe-se assim que a liberdade de expressão não apenas é elemento fundante de um estado democrático de direito, bem como a própria democracia também é o principal pilar para o desenvolvimento de uma sociedade que se expressa livremente, “não se desconsiderando, de outro lado, que certo uso da liberdade de expressão pode acarretar riscos para a democracia e que o exercício desta eventualmente produz danos à liberdade de expressão” (ROBL FILHO e SARLET, 2016, p. 119).

Conforme artigo de Robl Filho (2014, s/p) o Estado Democrático de Direito é influenciado pelas linhas de pensamento do liberalismo, da democracia e do republicanismo. Visto isso, quando fala-se em liberdade de expressão, direito fundamental garantido por essa forma de Estado, deve-se adentrar nas concepções que servem de diretriz básica para o desenvolvimento desse conceito.

O liberalismo engloba tanto uma esfera política quanto uma econômica, sendo que a esfera política se refere aos direitos humanos e à divisão de poderes, e no que tange à esfera do liberalismo econômico, refere-se esta ao livre mercado capitalista (CANOTILHO, 2003, p. 109), ou seja,

[...] a doutrina liberal valoriza a limitação do Estado, a qual é estabelecida por meio da separação dos poderes (funções) estatais e da garantia dos direitos fundamentais das pessoas físicas e jurídicas privadas. A separação dos poderes representa uma limitação interna estatal, pois impossibilita que todos os poderes e as competências estatais sejam concentrados em uma pessoa ou em um órgão (ROBL FILHO, 2014).

Seguindo essa linha de raciocínio, os direitos fundamentais seriam os limites externos à atuação do poder estatal, visto a necessidade de as entidades estatais respeitarem esses direitos. Canotilho (2003) explica que as constituições chamadas liberais são também conhecidas como “códigos individualistas”, uma vez que enaltecem os direitos e liberdades individuais da pessoa humana. Para os liberais, o indivíduo

[...] elevado à posição de sujeito unificador de uma nova sociedade, manifesta-se fundamentalmente de duas maneiras: (1) a primeira acentua o desenvolvimento do sujeito moral e intelectual livre; (2) a segunda parte do desenvolvimento do sujeito econômico livre no meio da livre concorrência (CANOTILHO, 2003, p. 110).

O liberalismo prioriza as liberdades do indivíduo tais como a liberdade de expressão e de imprensa, pois o indivíduo só é considerado livre se pensar por si próprio e expressando para os demais as suas ideias e opiniões (ROBL FILHO, 2014). Essas liberdades tornam o indivíduo um ser autônomo, livre da interferência estatal na construção de suas ideias, o que é chamado pelo autor de “livre mercado de ideias”. Tal como no liberalismo econômico e seu conceito de livre mercado, essa concepção é retratada como a liberdade de os indivíduos “apresentar suas ideias sem qualquer tipo de restrição *a priori* estatal, podendo, no máximo, ser responsabilizados pelas práticas de ilícitos posteriormente” (ROBL FILHO, 2014).

Uma abordagem interessante sobre a perspectiva liberal é de que, assim como no livre mercado capitalista não pode-se haver restrições à livre iniciativa, também não há justificativa sobre a restrição de expressões de opiniões, por mais que estas apresentem conteúdos de cunho moralmente condenável, homofóbico, racista ou de intolerância religiosa (ROBL FILHO, 2014). No liberalismo não há regulamentações estatais sobre os indivíduos, sendo, de tal maneira,

[...] as únicas formas de regulação, de influência e de controle que podem ser exercidas pela imprensa constituem-se i) na adesão e no consumo de determinadas ideias disseminadas pela imprensa aos indivíduos e ii) pela autorregulação do setor pelas empresas que exercem a atividade de imprensa (ROBL FILHO, 2014).

Em outras palavras, sob a perspectiva liberal de pensamento, a regulação da imprensa é feita nos mesmos moldes do livre mercado: o consumidor escolhe o que

deseja consumir por si próprio (no caso em questão, que notícias ou conteúdos quer ler, ouvir, assistir), criando dessa maneira um índice de relevância – a imprensa publica o que o povo quer, sendo que determinados conteúdos não são desejados pelos indivíduos, logo, não vendem, portanto acabam por não serem publicados. A autorregulação da imprensa diz respeito ainda aos códigos profissionais que regem as categorias, bem como as instituições responsáveis pelos mesmos, tais como a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e TV (ABERT) e Associação Nacional de Jornais (ANJ).

Encaixa-se nessa linha de pensamento, o acórdão proferido no julgamento do Recurso Extraordinário 511.961/SP, onde o relator do processo, Ministro Gilmar Mendes, entende que “[...] o abuso da liberdade de expressão não pode ser objeto de controle prévio, mas de responsabilização civil e penal, a posteriori” (STF, 2009, p. 54), bem como, “são os próprios meios de comunicação que devem estabelecer os mecanismos de controle quanto à contratação, avaliação, desempenho, conduta ética dos profissionais do jornalismo” (STF, 2009, p. 55), defendendo dessa maneira a ideia da autorregulação dos meios de comunicação.

No que tange à abordagem da liberdade de expressão sob a perspectiva democrática de pensamento, a liberdade de imprensa é encarada como uma maneira de valorização da soberania popular, visto que nesse modelo estatal todo o cidadão de uma determinada comunidade tem direito de participação frente aos grandes questionamentos de seu meio social, seja diretamente ou através de seus representantes (ROBL FILHO, 2014).

Nesse contexto, a liberdade de expressão é o meio que leva os assuntos ao conhecimento da população como um todo, bem como serve de controle de seus representantes, visto que suas ações são levadas a conhecimento de todos, de forma que o cidadão pode agir de forma fiscalizadora dos agentes estatais. Isso acontece por meio de “obtenção i) de informações sobre as ações e ii) da justificação dos resultados advindos da atuação dos agentes. Também devem ser construídos instrumentos pelos quais o povo influencia os representantes” (ROBL FILHO, 2014). Assim surge a chamada “opinião popular”, mecanismo essencial para uma sociedade saudável e democrática, visto que através da liberdade de imprensa o indivíduo pode expressar suas opiniões e informar-se sobre ideias divergentes que permeiam o seu núcleo comunitário, seja seu bairro, município ou a nível nacional.

O republicanismo, conforme aduz Canotilho (2003) traz em seu conceito não apenas a liberdade, mas sim liberdades, no plural. Explica o autor que as liberdades republicanas surgem da

[...] ideia de que a República respeita e garante a efetivação de liberdades, significa, desde logo, que a Constituição não garante uma qualquer liberdade extrajurídica [...] a República não atribui nenhuma prioridade à liberdade enquanto tal, pois a questão nuclear foi sempre a obtenção de certas **liberdades básicas** específicas tal como elas se encontram nas várias cartas de direitos e declarações de direitos do homem (CANOTILHO, 2003, p. 226).

As liberdades republicanas, de tal maneira, prezam pela realização de dois tipos de direitos, sendo eles, primeiro os direitos e liberdades do “*Bürger*”, ou seja, dos cidadãos (de forma coletiva), e segundo, os direitos políticos do indivíduo, fundamentais para a construção e manutenção da democracia (CANOTILHO, 2003, p. 226). O republicanismo, como afirma Robl Filho (2014), não é o oposto do liberalismo, pois ele não ignora a importância dos direitos individuais e privados, “porém aponta que um modelo de autonomia pessoal mais complexo e republicano pressupõe desenvolvimento de laços e de sentimentos comunitários profundos”, citando-se como exemplo a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948.

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, no julgamento da ADPF 130, sobre a Lei de Imprensa, observou que

[...] é através da imprensa que os cidadãos se conscientizam dos problemas comuns da polis, ela é fundamental na orientação e no esclarecimento conducentes à tomada de decisão, pelos cidadãos, quanto à formação dos quadros dirigentes da nação, e quanto ao juízo a que todos nós temos direito de fazer acerca das políticas públicas implementadas pelos representantes eleitos. Contudo, não basta ter uma Imprensa inteiramente livre. Em primeiro lugar, é preciso que ela seja suficientemente livre e plural, de modo a oferecer os mais variados canais de expressão de ideias e pensamentos aos mais diversos segmentos da sociedade; em segundo lugar, é preciso que essa salutar e necessária diversidade de Imprensa seja plena a ponto de impedir que haja concentração (STF, ADPF 130, 2009, p. 108-109).

Nesse contexto é essencial a discussão sobre não apenas os direitos de cada cidadão, como também os deveres que devem ser construídos por eles, sendo que, a liberdade de expressão existe justamente para tal fim. A natureza básica do republicanismo se refere principalmente sobre o repúdio à tirania, bem como à

garantia de liberdade e cidadania, mas ela não se confunde com a perspectiva democrática de pensamento (SARLET, 2016, p. 290). Assim, a perspectiva republicana do pensamento sobre a liberdade de expressão abrange a ideia de que

a República, na condição de princípio geral e estruturante, opera como um mandado de otimização, no sentido de buscar a realização do melhor equilíbrio possível entre a liberdade e ordem na concretização do bem comum, já que a República consiste no exercício do poder e do governo para o povo (que deve ser diferenciado do paradigma democrático do governo pelo povo) e no princípio da responsabilidade dos governantes. (SARLET, 2016, p. 290-291).

Nesse sentido, traduz-se a noção de que se deve haver a análise da liberdade de expressão levando-se em consideração as ideias dessas três doutrinas, visto que o equilíbrio entre elas torna-se ideal à análise dos fatos de modo neutro, sem que haja a supremacia de paixões e ideologias nesse debate.

2.3. Perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais possuem duas dimensões que podem ser trazidas à análise, quais sejam, as perspectivas subjetiva e objetiva. Sobre esse assunto, Canotilho (1993) refere que os direitos fundamentais servem para cumprir

[...] a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (CANOTILHO, 1993, p. 541).

Para Dimoulis e Martins, a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais abrange tanto as liberdades de status negativo quando as de status positivo. Assim, enquanto abrangente do status negativo dos direitos fundamentais, a perspectiva subjetiva refere-se à relação jurídica entre um indivíduo e o Estado, onde este possui a “obrigação negativa *de não fazer* alguma coisa, não intervindo na esfera individual, salvo se houver legitimação ou justificação constitucional para tanto” (DIMOULIS E MARTINS, 2014, p. 117). Já no que tange à sua extensão nas liberdades de status positivo, há a ideia de ação estatal, a obrigação de o Estado

não se omitir perante determinadas liberdades, como por exemplo, os direitos políticos da pessoa humana (DIMOULIS E MARTINS, 2014, p. 117).

Os direitos fundamentais como direitos subjetivos referem-se à ideia de o titular do direito ter possibilidade de exigí-los judicialmente perante aquele que está obrigado a prestá-lo, assim,

[...] desde logo, transparece a ideia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito. (SARLET ET AL., 2016, p. 345)

Sarlet et al. (2016) classificam essa perspectiva subjetiva de três maneiras, sendo a primeira os *direitos a qualquer coisa*, os direitos de defesa ou direitos à prestação, ou seja, as ações e omissões do Estado frente aos direitos do indivíduo. Em segundo lugar têm-se as *liberdades*, onde não se exige nem proíbe nada ao titular do direito - e finalmente, os "poderes", que são as competências administrativas e legislativas estatais perante os direitos (SARLET et al., 2016, p. 347).

Em suma, a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais traz no seu cerne a ideia de que o detentor do direito pode “fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades, ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão” (SARLET et al., 2016, p. 347).

A doutrina consagra que os direitos fundamentais possuem, além da dimensão subjetiva, também uma objetiva, visto que eles passaram a ser percebidos na ordem constitucional como “um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas (e positivas) dos interesses individuais” (SARLET et al., 2016, p. 348). Essa perspectiva é chamada pela doutrina alemã como “efeito de irradiação dos direitos fundamentais”, ou seja, esses direitos objetivos “irradiam-se”: mostram-se propensos a indicar “diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, implicando uma interpretação conforme aos direitos fundamentais de todo o ordenamento jurídico” (SARLET et al., 2016, p. 348). Conforme o Tribunal Federal Alemão

[...] as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a Jurisprudência” (ALEXY, 524-525).

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais é aquela “cuja percepção independe de seus titulares, vale dizer, dos sujeitos de direito” (DIMOULIS E MARTINS, 2014, p. 117), dessa maneira, essa dimensão é a que controla os mecanismos do Estado para realizar intervenções e regulamentações, independentemente de haver violação do direito fundamental do indivíduo. São, portanto, direitos de caráter negativo, visto que “aquilo que está sendo outorgado ao indivíduo em termos de liberdade para ação e em termos de livre-arbítrio, em sua esfera, está sendo objetivamente retirado do Estado” (DIMOULIS e MARTINS, 2014, p. 118). A dimensão objetiva dos direitos fundamentais ainda se refere ao chamado “critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional”, onde se tem que a autoridade estatal deve fazer a interpretação e posterior aplicação do direito positivado infraconstitucionalmente (2014, p. 119). Dessa maneira, a dimensão objetiva

[...] importa em deveres estatais de proteção em parte satisfeitos mediante a edição de normas de cunho procedimental e, de outra banda, também efetivados com a criação e a regulamentação de instituições (órgãos) que atuam na proteção e na promoção dos direitos (ROBL FILHO e SARLET, 2016, p. 120).

Quanto às obrigações estatais de proteção no plano constitucional podem elas ser exemplificadas através do Conselho de Comunicação Social, estabelecido no artigo 224 da Constituição Federal (1988), que é norma vinculadora aos órgãos judiciais à realização de controle de constitucionalidade dos atos que interfiram na liberdade de expressão (ROBL FILHO e SARLET, 2016, p. 121).

A questão da limitação dos direitos fundamentais também se faz presente no que tange a essa perspectiva objetiva, pois há autores que consideram a possibilidade de tal limitação quando do interesse de seus titulares, sendo que deve ocorrer a intervenção do Estado para mensurar quais direitos são melhores para o indivíduo. Aduz-se que tal limitação só deve ocorrer em caso de conflitos de direitos fundamentais, ou então ocorrerá um excesso de paternalismo estatal no sentido de

pressupor que o indivíduo não sabe quais direitos deve exigir para si (DIMOULIS e MARTINS, 2014, p. 120).

3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO, INFORMAÇÃO E IMPRENSA

3.1 A liberdade de expressão como direito-mãe da liberdade de comunicação

A liberdade de expressão é um direito amplo, que abarca várias espécies, que também podem ser denominadas como *subconceitos* de liberdades de comunicação, sendo uma delas a liberdade de imprensa. Na conceituação de Jónatas Machado, trata-se de um *direito-mãe*, visto que “esse complexo de liberdades comunicativas, embora apresente muitos aspectos em comum, é formado por direitos fundamentais autônomos [...], que, a despeito de suas sintonias, exige tratamento por vezes diferenciado” (SARLET, 2015, s/p). Dessa feita, importante ressaltar as diferenças existentes entre esse rol de direitos fundamentais que se complementam, visto a liberdade de expressão possuir dois fundamentos distintos: o primeiro, no tocante à dignidade da pessoa humana e direitos individuais, bem como, também existe como garantia do Estado Democrático de Direito e do pluralismo de ideias (SARLET, 2015, s/p).

O âmbito de proteção dessas liberdades comunicativas “vai desde a obtenção da informação até a difusão das notícias e das opiniões” e “no seu centro encontra-se a liberdade de criação e de formatação dos produtos da imprensa” (PIEROTH, 2012, p. 262). Ou seja, é um âmbito protetivo muito amplo, que abrange várias espécies de liberdades, e de tal maneira é necessária uma compreensão sistemática da Constituição Federal (1988), no sentido de analisá-la como um todo, pois a liberdade de expressão abrange vários outros direitos fundamentais.

A principal liberdade que se faz importante mencionar nesse contexto é a de imprensa, pois todo cidadão tem o direito de ser informado sobre o que acontece em sua comunidade, estado, país e no mundo como um todo. É por isso que o jornalismo é uma arma de elevada importância, tanto para uso pessoal de quem lê a notícia: estar atualizado com o que acontece à sua volta, de maneira a ter opinião em debates referentes ao bem comum; tanto quando a mesma aborda ações de determinado indivíduo, a exemplo de políticos e personalidades públicas em geral como artistas e empresários, assim aumentando ou diminuindo a sua credibilidade para com o povo – o que pode resultar em sucesso ou fracasso de vendas, vitória ou não em eleição. Ou seja, a imprensa sempre será uma formadora de opiniões, porém há controvérsias nesse sentido, pois apesar de a mesma existir para o bem

da coletividade, pode em alguns casos estar determinada a formar uma opinião negativa sobre fatos positivos, ou vice-versa, agindo de má-fé para manipular o cidadão.

A mídia em geral tem o papel de veicular notícias do cotidiano das sociedades, sendo que “a informação se constitui como um bem social, disponível em qualquer momento, em qualquer ambiente e para qualquer pessoa” (FRANCO, 1999, p. 16), ou seja, a imprensa existe para beneficiar os indivíduos, levando a verdade para dentro de suas casas, através de televisão, rádio, jornais, internet.

Sobre a importância do jornalismo e do papel do jornalista na sociedade, é de grande valia o “recorte” do voto do relator do RE 511.961/SP, que julgou a inconstitucionalidade da exigência de diploma em curso superior para a atividade jornalística, o qual fundamentou que:

[...] o jornalismo assume um relevo central no âmbito da garantia constitucional das liberdades da comunicação. Ele desempenha uma função de dinamização da esfera pública de discussão dos diferentes subsistemas de ação social, a qual assume um relevo especial no âmbito específico do funcionamento do sistema político. Daí a dignidade materialmente constitucional, que não apenas formalmente constitucional, dos princípios fundamentais que devem disciplinar o acesso à profissão de jornalista e o respectivo exercício profissional, do ponto de vista individual e coletivo. Isto, note-se, sem nunca transformar o exercício da atividade jornalística num serviço público no sentido jurídico-administrativo da expressão. Se existe algum serviço público no exercício da profissão de jornalista, ele resulta da liberdade e da independência perante os poderes públicos e perante as entidades privadas com que a mesma é levada a cabo, bem como numa deontologia profissional que privilegie os objetivos publicísticos da liberdade, do pluralismo, da discussão pública e do autogoverno democrático, relativamente aos objetivos puramente econômicos das empresas de comunicação. [...] (MACHADO, 2002, p. 542).

No que tange à programação de redes televisivas, principalmente sobre suas novelas, é de entendimento do relator da ADPF 130, que julgou inconstitucional a conhecida *Lei de Imprensa*, que “não há censura prévia quanto à exposição de capítulos, cenas, fatos, mas os temas polêmicos ou de mais forte quebra de paradigmas culturais são retratados com perceptível cuidado” (STF, 2009, p. 35). Porém, na realidade não é sempre isso que acontece, pois em diversas ocasiões essas mídias desafiam e desrespeitam a Constituição, como no caso do artigo 221:

A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:
I. Preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
[...]

IV. Respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (BRASIL, 1988).

Esses incisos, muitas vezes, não são respeitados pela grande mídia, principalmente no tocante à questão dos valores éticos e sociais, havendo-se de ressaltar sobre tantos programas e novelas que mostram mais do que deveriam quando da abordagem de temas polêmicos como violência e sexo explícito.

Segundo Franco (1999, p. 66) “como direito fundamental do cidadão, a liberdade de manifestação do pensamento, como são os demais, não é absoluto, podendo sofrer limitações e restrições” como é o caso do anonimato: apesar de o indivíduo ter assegurado o seu direito à manifestação, não é moralmente correto falar de alguém sem este saber quem o diz, logo, o anonimato não é permitido por causas jurídicas. Nessas restrições, podem-se compreender também as notícias que são inventadas, meras ficções levadas a conhecimento da sociedade como sendo fatos verídicos. Aos olhos da população massiva, a palavra da mídia é lei, irrevogável – e estes acabam não fazendo caso sobre se ela é real ou não.

No referido julgado em que o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade da exigência de diploma em jornalismo, o relator do processo, ministro Gilmar Mendes, explanou que

[...] o jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e informação. O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada. Os jornalistas são aquelas pessoas que se dedicam profissionalmente ao exercício pleno da liberdade de expressão. O jornalismo e a liberdade de expressão, portanto, são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada. (STF, RE 511.961/SP, 2009, p. 46-47)

Dessa maneira, faz-se importante a análise da liberdade de expressão nesse aspecto, visto que até o julgamento desse recurso arguido pelo Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo, o SERTESP, representado pelo Ministério Público Federal, exigia-se diploma de curso superior para exercer a atividade jornalística. No relatório, explica o ministro, que os recorrentes afirmavam que “vigora no Brasil a regulamentação das profissões por meio dos Conselhos e Ordens Profissionais, que instaura um ‘monopólio’ sobre a atividade profissional” (STF, RE 511.961/SP, 2009, p. 10), não havendo, dessa forma, a livre circulação de ideias, violando-se, portanto a liberdade de expressão e informação, uma vez que a

veiculação do jornalismo não mostra-se acessível a todos os cidadãos. Referem ainda que “tal atividade prescinde de controle ético por um órgão público, o que acaba sendo realizado pelos próprios leitores das matérias jornalísticas e ainda por editores e outros responsáveis pelas empresas jornalísticas” (STF, RE 511.961/SP, 2009, p. 10) – ou seja, a regulação dos meios de comunicação deve ser feita, como já mencionado, da mesma forma que a economia de livre mercado, havendo a chamada autorregulação.

Conforme o voto do relator da ADPF 130, no que tange a esses chamados *monopólios* da categoria profissional, é de entendimento da própria Constituição de que no parágrafo 5º, do artigo 220, explicita-se a necessidade de restrição ao monopólio e oligopólio das mesmas, motivo pelo qual deve prevalecer o pluralismo de ideias, tão necessário para uma sociedade verdadeiramente democrática, sendo “o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários” (STF, 2009, p. 29).

O Decreto-Lei n.º 972/69, foi o que, conforme relatório do ministro Gilmar Mendes (STF, RE 511.961/SP, 2009 p. 12) “condicionou o exercício da profissão de jornalista ao curso superior em jornalismo e o registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social”. Esse decreto-lei deu-se durante o período da ditadura militar, logo, pode-se perceber o amplo controle estatal perante essas atividades. Pode-se dizer que o decreto agia como censura, visto que para ser jornalista era necessário o aval do governo – que sendo o detentor desse poder, concedia o registro apenas para quem lhe interessava, evitando, dessa maneira, a formação de um jornalismo crítico ao regime. É importante lembrar a discussão sobre a inconstitucionalidade da exigência do diploma de jornalismo, pois

[...] qualquer controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, inciso IX, da Constituição” (STF, RE 511.961/SP, 2009, p. 50).

A conclusão a que chega o ministro relator em seu argumento final é de que essa “exigência de diploma de curso superior em jornalismo para o exercício da profissão tinha uma finalidade de simples entendimento: afastar dos meios de comunicação intelectuais, políticos e artistas que se opunham ao regime militar” (STF, RE 511.961/SP, 2009, p. 72).

Acertada foi a decisão do STF ao considerar inconstitucional tal decreto, visto que claramente ele violava as liberdades de expressão e informação dos cidadãos, pois instituía de certa forma a censura prévia, conceito que não é acolhido pela Constituição Federal de 1988. Porém, deve-se considerar que nem por isso a liberdade de expressão possui um caráter inquestionável, conforme explica o relator em seu voto, ainda do mesmo julgado:

É certo que o constituinte de 1988 de nenhuma maneira concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo. A própria formulação do texto constitucional – “Nenhuma lei conterà dispositivo..., observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” – parece explicitar que o constituinte não pretendeu instituir aqui um domínio inexpugnável à intervenção legislativa. Ao revés, essa formulação indica ser inadmissível, tão somente, a disciplina legal que crie embaraços à liberdade de informação. O texto constitucional, portanto, não excluiu a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades há de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição (STF, RE 511.961/SP, 2009, p. 48).

Por isso que se faz necessário o livre acesso aos meios jornalísticos por todos os cidadãos, vista a tamanha relevância do mesmo para a vida em sociedade. A imprensa como um todo existe para proporcionar a criticidade da população, pois cabe à ela “a revelação e o controle de praticamente todas as coisas respeitantes à vida do Estado e da Sociedade” (STF, ADPF 130, 2009, p. 28), ou seja, ela age como um contraponto à versão dos fatos emitidos pelo governo vigente - por isso tão importante ressaltar a inconstitucionalidade do Decreto-Lei 972/69, pois se é de interesse governamental restringir o livre acesso à informação, logo, trata-se de um governo abusivo para a cidadania. Nesse sentido, refere o relator da ADPF 130 que possui

[...] o mérito adicional de se constituir, ela, imprensa, num necessário contraponto à leitura oficial dos fatos e suas circunstâncias, eventos, condutas e tudo o mais que lhes sirva de real motivação. Quero dizer: **a imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade**” (STF, ADPF 130, 2009, p. 28).

Assim, reflete a ideia de que a imprensa possui em seu âmago o chamado *direito-dever* de influir na criação do pensamento crítico, fazendo sempre com que os cidadãos aprendam a importância de se exigir o “valor da verdade” (STF, ADPF

130, 2009, p. 30). Dessa forma, têm-se a garantia da pluralidade de opiniões sobre a forma de governo vigente.

3.2 Direitos em espécie na liberdade de comunicação: direito à informação, liberdade de imprensa e direito de resposta

Quando analisa-se os conceitos de direito à informação deve-se fazer referência quanto ao regime político em que esses direitos estejam acontecendo, pois apesar de ser um direito inerente à cada pessoa individualmente, acaba por mostrar-se na prática um direito coletivo, visto que a informação se dá através dos veículos de comunicação, muitas vezes de massa (SILVA, 2004, p. 259).

O acesso à informação é necessário à todos os indivíduos, sendo considerado direito fundamental. Frisa-se o acesso às informações que devem ser prestadas pelo Estado, como é explicitado no artigo 5º XXXIII de nossa Constituição, que aduz:

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

Conforme aduz Silva (2004, p. 259), o direito de acesso à informação “é o interesse geral contraposto ao interesse individual da manifestação de opinião, ideias e pensamento, veiculados pelos meios de comunicação social”. Esse direito de acesso à informação deve ser prezado pelo Estado, e dessa maneira, grande parte dos meios de comunicação são concessões estatais, com o fim de divulgar às pessoas sobre os fatos e notícias da sociedade.

No que tange à concessão, existe essa diferenciação do rádio e televisão, visto que são constitucionalmente considerados serviços públicos, sendo que o seu titular é a União porém a prestação do serviço ocorre por agentes privados através dos contratos de concessão ou permissão (STF, ADPF 130, 2009, p. 26). Também cabe lembrar, que embora não tipificada em lei, a internet também é um meio de comunicação, devendo ser considerado como imprensa, pois possibilita em tempo real a interação entre as pessoas e as mais diversas mídias, bem como os próprios veículos de comunicação a exemplo de jornais e rádios, usam-se da mesma como complemento à sua atuação.

A liberdade de informação, como bem explica Gadelho Junior:

Cuida-se de direito fundamental autônomo, de titularidade difusa, capaz de irradiar de imediato seus efeitos jurídicos, e com previsão expressa em dispositivo constitucional da nossa Carta de Direitos de 1988 (§ 1º, do art. 220). Em outras palavras, não se restringe a assegurar a simples veiculação de notícias, mas, além disso, abarca também o direito de todo indivíduo de ser informado e o de buscar informação, o direito de crítica, que compreende o juízo valorativo sobre a notícia ou fato jornalístico, e o direito de investigar (2015, p. 88).

Ainda conforme palavras esclarecedoras de Gadelho Junior (2015):

o direito de informar, primeira dimensão desta liberdade fundamental, garante a todos os indivíduos, independentemente da profissão adotada, o direito de transmitir e veicular informações, notícias, opiniões e críticas, sob qualquer forma, processo ou meio, sendo vedado, por consequência lógica, o embaraço ou restrição preventiva, conforme redação do art. 220, caput e seu § 1º da Carta de Direitos de 1988 (p. 115).

Para Farias (2001, p. 75), o direito de informação, no sentido de transmissão da mesma, “consiste, pois, na mencionada faculdade de transmissão de informações prescrita pelo art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos”, ou seja, na liberdade de ter suas opiniões e poder transmiti-las da maneira que lhe provém. Segundo a interpretação do autor, esse direito “assegura ao seu titular a posição jurídica de poder divulgar fatos ou notícias que sejam de interesse coletivo.” Também compreende que o direito de informar é uma “liberdade negativa”, ou seja, é um direito que se exerce contra o poder público – cabe ao Estado “abster-se de impedir a comunicação” realizada pelos meios jornalísticos, situação ainda chamada de “dever de abster-se de oferecer obstáculos ao livre fluxo da comunicação” (FARIAS, 2001, p. 76). Consoante o autor:

[...] com relação à titularidade do direito fundamental de informar, cumpre frisar que ele pode ser exercido por qualquer cidadão, conquanto não se possa olvidar que a complexidade da informação na sociedade contemporânea tem feito com que esse direito fundamental venha sendo realizado cada vez mais por experts, ou seja, por profissionais da comunicação social, isto é, pelos meios de comunicação de massa. (FARIAS, 2001, p. 77)

Quando se fala em meios de comunicação, ou simplesmente de imprensa, é necessário lembrar sempre das suas mais variadas formas: o jornal, a televisão, o rádio e a internet, sendo elas de extrema importância para a manutenção da

sociedade, no sentido de difusão de fatos e formação de opiniões. Nas palavras do jornalista Bucci (2009):

[...] o direito à informação e à comunicação vem sendo proclamado como fundamental desde as primeiras declarações de direitos no século XVIII. Em vão, ao menos para as nossas tradições. Por aqui, ainda nos encontramos longe de tratar o direito à informação no nível dos demais direitos, como a educação ou a saúde, o que é trágico: onde esse direito não se faz respeitar integralmente, a liberdade necessária para bem informar a sociedade não pode ser exercida plenamente. (BUCCI, 2009, p. 114)

O cidadão possui o direito de ser informado, é o receptor da mensagem enviada pela imprensa ou simplesmente o polo passivo da informação. Através de sua tese, Farias (2001, p. 79) explica que esse direito é fundamental, principalmente, no que se diz aos acontecimentos de grande repercussão na esfera pública. Em suma, explica que

[...] a importância desse direito fundamental pode ser aquilatada pelo fato de a informação ter-se constituído num alimento espiritual imprescindível para os cidadãos. Por um lado, ela contribui para o próprio desenvolvimento da personalidade e de talentos da pessoa humana. Por outro, a informação qualifica os cidadãos para participarem ativamente da vida coletiva e política e, dessa forma, pode evitar a marginalização social provocada pela falta de informação sobre os problemas e desafios enfrentados pela sociedade. (FARIAS, 2001, p. 79)

Assim, traz-se novamente a ideia de que a democracia só é existente de fato quando plenamente exercidos os direitos de informar e ser informado, visto que os meios de comunicação são os principais responsáveis pela influência na formação de opinião dos cidadãos no que condiz à, principalmente, política, mas também no que tange ao âmbito da cultura e relações sociais em geral.

Aduz Moraes (2013) que a liberdade de expressão abrange as informações positivas ou negativas, aqui em sentido crítico. Em suas palavras:

A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também aquelas que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe a partir da consagração do pluralismo de ideias e pensamentos, da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo (MORAES, 2013, p. 132).

Afirma o autor que a Constituição protege tanto o direito de expressar-se, seja oralmente ou por escrito, bem como o direito de ter acesso à expressão de outrem. Dessa maneira, será sempre inconstitucional a lei que “proibir a aquisição ou recebimento de jornais, livros, periódicos; a transmissão de notícias e informações seja pela imprensa falada, seja pela imprensa televisiva” (MORAES, 2013, p. 132). Dessa maneira, proíbe-se de certa forma o ato de pensar, o que é não apenas antidemocrático, mas ainda, autoritário e repressivo, mais uma vez frisando-se a importância do exercício da imprensa nas sociedades democráticas.

Sobre o julgamento do recurso extraordinário 511.961/SP, cabe refletir ainda sobre o papel muitas vezes perverso da imprensa ao atingir bens jurídicos como a honra do indivíduo. É imprescindível o direito de defesa frente aos atentados à reputação cometidos pela imprensa, onde a mesma é obrigada a possibilitar o chamado direito de resposta ou réplica, visando a reparação da ofensa. Na Constituição Federal de 1988 estabelece-se que esse direito de resposta deve ser proporcional à conduta lesiva, dessa forma, durando o mesmo tempo ou sendo do mesmo tamanho em equiparação à notícia que lhe ofendeu (MORAES, 2013, p. 141).

Nesse aspecto, importante ressaltar a citação utilizada na fundamentação do voto do relator do RE 511.961/SP, a qual carrega em seu texto que

[...] no princípio a liberdade de imprensa era manifestação da liberdade individual de expressão e opinião. Do que se tratava era de assegurar a liberdade de imprensa face ao Estado. No entendimento liberal clássico, a liberdade de criação de jornais e a competição entre eles asseguravam a verdade e o pluralismo da informação e proporcionavam veículos de expressão por via da imprensa a todas as correntes e pontos de vista.

Mas em breve se revelou que a imprensa era também um poder social, que podia afetar os direitos dos particulares, quanto ao seu bom nome, reputação, imagem, etc. Em segundo lugar, a liberdade de imprensa tornou-se cada vez menos uma faculdade individual de todos, passando a ser cada vez mais um poder de poucos. Hoje em dia, os meios de comunicação de massa já não são expressão da liberdade e autonomia individual dos cidadãos, antes relevam dos interesses comerciais ou ideológicos de grandes organizações empresariais, institucionais ou de grupos de interesse.

Agora se torna necessário defender não só a liberdade da imprensa, mas também a liberdade face à imprensa (MOREIRA, 1994, p. 9).

O mais importante julgado sobre liberdade de imprensa do STF, a ADPF 130, traz em sua fundamentação que, quando é de interesse da notícia apenas transmitir a verdade parcialmente, visando prejudicar a reputação de terceiro,

usando-se do excesso dessa liberdade, deve haver o direito de resposta do ofendido, bem como a responsabilização penal ou civil de quem ofende, proporcional a ofensa (MARTINS, 2009, s/p).

Sobre o direito de resposta, Martins (2009) explica que com ele é perceptível “dois lados da mesma moeda”, sendo eles

[...] a possibilidade de se limitar, no caso concreto, a livre expressão do pensamento em face dos direitos da personalidade, que são desdobramentos específicos do direito geral à liberdade, garantido pelo art. 5º caput c.c. art. 5º X CF, assim como também representa um limite que se concretiza em face do direito à livre expressão do pensamento de terceiros. Responder significa também expressar um pensamento (MARTINS, 2009, s/p).

Logo, entra-se na seara da limitação dos direitos de liberdade de expressão, visto o direito de resposta agir como uma forma de intervenção a esses direitos, pois

[...] toda vez que no cerne da expressão estiver a preocupação por uma questão pública e não a ofensa a terceiros, na decisão do juiz entre a aplicação das regras de indenização e a permissibilidade da expressão, ele terá que decidir pela permissibilidade, afastando a aplicação das normas coercitivas. Caso contrário, ele estará intervindo de forma violadora no direito fundamental à livre expressão do pensamento. (MARTINS, 2009, s/p).

Dessa maneira, a liberdade de se expressar acaba sendo “mais forte” do que os outros direitos violados, sejam eles agredidos por difamação, calúnia ou injúria, os crimes contra a honra explicitada no artigo 138 e seguintes do Código Penal brasileiro. Por mais que haja penalização posterior ao autor da ofensa, se esta visa contribuir para a chamada “opinião pública”, o juiz deverá decidir em um primeiro momento pela liberdade de expressão, pois caso contrário estaria agindo de forma violadora aos direitos de liberdade de expressão do pensamento (MARTINS, 2009, s/p).

Assim, analisa-se que a imprensa, apesar de ser essencial para o desenvolvimento democrático e o pluralismo político, também muitas vezes age como um poder arbitrário ao indivíduo, também chamado popularmente *o quarto poder*” sendo de tal relevância que se equipara aos poderes executivo, legislativo e judiciário.

3.3 Comunicação social

O artigo 5º inciso IX da Constituição Cidadã define que é livre a atividade da comunicação, explicada por Martins (2009) como a comunicação social, que é diferente da comunicação privada, esta última estando explicitada no inciso XII do mesmo artigo, mas que difere da comunicação social. Esta é a “[...] comunicação pública que se dá sempre entre um ente comunicante (pessoa física individual, várias pessoas determinadas, associações e/ou pessoas jurídicas) e um número indeterminado de pessoas, isto é, o *público* (MARTINS, 2009, s/p).

A comunicação social possui tanto um polo ativo quanto um passivo, sendo o polo ativo composto pelos entes comunicantes – a imprensa, as emissoras de televisão e rádio, os jornais – e o polo passivo, formado por cada uma das pessoas a quem a informação possa ser destinada, tendo cada um desses indivíduos o direito ao acesso a essas informações (MARTINS, 2009, s/p).

Segundo considerações de Corrêa (2001, p. 11), a comunicação é o mecanismo que possibilita a influência diretamente “na mente” das pessoas, seja em “suas relações sociais, seus hábitos, sua forma de ser e agir”. Ela abrange a atividade do conjunto de órgãos ou empresas midiáticas dispostas no capítulo V da Constituição de 1988, sendo que a

[...] a imprensa consubstancia um tipo de comunicação que não desborda do significado que se contém nos dicionários da língua portuguesa; ou seja, comunicação é o ato de comunicar, transmitir, repassar, divulgar, revelar. No caso da imprensa, comunicar, transmitir, repassar, divulgar, revelar: a) informações ou notícias de coisas acontecidas no mundo do ser, que é o mundo das ocorrências fáticas; b) o pensamento, a pesquisa, a criação e a percepção humana em geral, estes situados nos escaninhos do nosso cérebro, identificado como a sede de toda inteligência e de todo sentimento da espécie animal a que pertencemos (STF, 2009, p. 22-23).

A comunicação social é assim também chamada pois ela não se dirige ou atinge uma única ou determinada pessoa, ela sim, é usada pela imprensa como forma de chegar ao público em geral. Nessa esfera, ainda conforme o julgamento da ADPF 130, é de se mencionar que a imprensa possui como núcleo principal a comunicação de massa, e de tal maneira, passa a “poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública (STF, 2009, p. 24), de maneira que cabe a ela tanto o direito quanto o dever, concomitantemente, de ser sempre

[...] o olhar mais atento ou o foco mais aceso sobre o dia-a-dia do Estado e da sociedade civil. O que enseja a tomada de posições, a feitura de escolhas e a assunção de condutas igualmente massivas, que são direitos elementares de todo grupamento humano o agir e o reagir como conjunto mesmo. Donde a imprensa, matriz por excelência da opinião pública, rivalizar com o próprio Estado nesse tipo de interação de máxima abrangência pessoal (STF, ADPF 130, 2009, p. 24).

Ainda, conforme revela o voto do relator dessa arguição de descumprimento de preceito fundamental, pode-se dizer sobre o capítulo constitucional que fala da comunicação social, qual seja, Capítulo V, Título VIII, que a interpretação que deve ser realizada é a de que a imprensa é

[...] o mais acessado e por isso mesmo o mais influente repositório de notícias do cotidiano, concomitantemente com a veiculação de editoriais, artigos assinados, entrevistas, reportagens, documentários, atividades de entretenimento em geral (por modo especial as esportivas e musicais, além dos filmes de televisão), pesquisas de opinião pública, investigações e denúncias, acompanhamento dos atos do Poder e da economia do País, ensaios e comentários críticos sobre arte, religião e tudo o mais que venha a se traduzir em valores, interesses, aspirações, expectativas, curiosidades e até mesmo entretenimento do corpo societário (STF, ADPF 130, 2009, p. 24-25.)

Ou seja, a Constituição Federal proporcionou à imprensa a “roupagem formal na medida exata da respectiva substância [...] Ou ela é inteiramente livre, ou dela já não se pode cogitar senão como jogo de aparência jurídica” (2009, p. 32.), sendo de suma importância que seja inteiramente livre, para que haja a circulação de diferentes ideias, essenciais para o pluralismo democrático. Nas palavras do ministro Carlos Britto: “Sobretudo ideias, cuja livre circulação no mundo é tão necessária quanto o desembaraçado fluir do sangue pelas nossas veias e o desobstruído percurso do ar pelos nossos pulmões e vias aéreas” (STF, ADPF 130, 2009, p. 32). Esse sentimento também serve de fundamento para muitos doutrinadores que se posicionam contra a exigência do diploma de ensino superior para exercer a profissão de jornalista.

O ministro relator Carlos Ayres Britto, demonstra também que se deve haver a responsabilidade por parte dos jornalistas e dos órgãos de comunicação, visto haver a relação de reciprocidade e influência entre os mesmos e seu público. A responsabilidade entra como um *antídoto* aos abusos e ao sensacionalismo tão presentes por parte da atuação da grande imprensa burguesa, sendo esta a que

“investe no atraso mental das massas e ainda se disponibiliza para o servilismo governamental, quando não para o insidioso desprestígio das instituições democráticas e o dogmatismo tão confessional quanto mercantil” (STF, ADPF 130, 2009, p. 31).

Nesse sentido, cabe o debate sobre a *falsa notícia* que muito é presente nas grandes empresas de comunicação, as quais trazem mais danos do que se pode mensurar. Conforme as palavras de um dos mais importantes juristas brasileiros, Rui Barbosa, na monografia *A Imprensa e o Dever da Verdade*:

[...] em quatro palavras se poderá encartar uma calúnia. Mas pode ser que a demonstração da falsidade não caiba toda num discurso. Uma só proposição dará, talvez, para se verter no espírito humano um erro tremendo. Mas uma vez lançado ao mundo, sabe Deus que de contestações, raciocínios e debates se não cansaria, porventura, ainda assim, de balde, em lhe dar combate (BARBOSA, 2011, p. 17).

De maneira simplificada é possível extrair de tal passagem que uma palavra pode ser dita de maneira desprezível por parte do jornalista, não analisando a avaria que pode acarretar, seja faltando com a verdade ou induzindo a notícia para que condiga com a sua visão de mundo, seja para ludibriar ou manipular a população. Dessa maneira se faz de importantíssima relevância a responsabilização civil dos meios de comunicação tendo em vista a análise concreta dos fatos, bem como é fundamental o mecanismo do direito de resposta, que se faz necessário para a recuperação de fatos extraviados por meio da calúnia ou difamação.

À imprensa, cabe, principalmente, o compromisso com a verdade, esta que deve ser apresentada com a devida imparcialidade para que possua alguma credibilidade frente às instituições e, obviamente, aos cidadãos. Dessa maneira, é necessário que tanto a verdade quanto a credibilidade tornem-se objetivos-mor dos meios de comunicação,

[...] onde a observância dos pressupostos éticos, também deveria ser uma constante, com mecanismos para obstaculizar qualquer distorção no exercício da liberdade de imprensa, que deve ser entendida sempre dentro da relatividade e da coexistência de outros direitos, nunca como instrumento superior e totalitário, capaz de violentar e desrespeitar as garantias individuais do cidadão (CORRÊA, 2001, p. 14).

O direito à liberdade de expressão é, portanto, intrínseco ao ser humano, porém de forma alguma pode ser usado pela imprensa de maneira exacerbada e

sensacionalista, pois o seu compromisso deve ser sempre com a verdade. Nesse sentido, obviamente que há necessidade de a imprensa ser livre, sem censuras prévias, conforme aduz Corrêa (2001, p. 20):

No estágio atual de nossa legislação constitucional, entretanto, não é menos importante que essa liberdade seja exercitada com respeito aos outros direitos, notadamente os da personalidade, os princípios e valores morais e éticos, evitando-se a banalização da vida, da violência, com a apologia do crime e do criminoso, com o sensacionalismo incongruente despertando nas pessoas o sentimento de apatia, de lugar comum, de indiferença, de conformidade com o que veem, leem e assistem.

É por esse motivo que o papel da imprensa é de suma importância para, segundo o autor, “despertar o senso crítico das pessoas e não inculcar-lhes ideias que venham em benefício de pequenos grupos, nem se submeter a subalternos interesses de governos totalitários ou absolutistas” (CORRÊA, 2001, p. 21). Ela é fonte da divulgação de opiniões, porém muitas vezes propagadas por comando de “grupos ou facções, onde subalternos interesses, determinam a análise positiva ou negativa deste ou daquele evento” (CORRÊA, 2001, p. 29).

Nesse sentido, deve-se haver o respeito pelo ético por parte dos jornalistas, não utilizando-se da notícia como arma para apoiar ideologia X ou Y, pois mesmo havendo a supremacia do público sobre o privado, no caso de pessoa pública, onde claramente qualquer ação do mesmo é de interesse coletivo, devem os meios de comunicação ter ciência de que são formadores de opinião, e com isso, devem ponderar sobre como difundem as informações, medindo se estas não terão efeitos adversos quando consumidas pela população, transformando-as mais em malefício do que em favor à sociedade (CORRÊA, 2001, p. 31).

É por esse motivo que se cabe discutir a elaboração de uma *Nova Lei de Imprensa*, pois não há como se discutir a liberdade de imprensa através apenas da boa-fé de seus agentes. É justamente pelo papel fundamental que a mesma possui frente ao Estado Democrático de Direito que se deve perceber que apenas a legislação comum não serve para regular e punir os abusos decorrentes da mesma. Conforme Robl Filho (2014):

[...] a importância que a liberdade de imprensa possui no Estado Democrático de Direito, de um lado, e os danos que a imprensa pode fazer para a vida dos cidadãos em caso de exposição indevida da intimidade e de violação não justificada da honra e da imagem, de outro lado, exigem a construção de uma lei de imprensa que estabelece regulamentação mais

precisa e específica sobre a responsabilidade civil em caso de abuso de liberdades de expressão e imprensa (ROBL FILHO, 2014, s/p).

Somado a isso, uma nova Lei de Imprensa ainda viria a ajudar na melhor proteção dos direitos de personalidade, bem como no estabelecimento de parâmetros para fixar indenizações, visando consertar os erros ou abusos proferidos pelas empresas jornalísticas.

4 A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 Âmbitos de proteção dos direitos fundamentais à intimidade, à honra e à imagem e relação com a dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988 traz consigo um rol de direitos fundamentais dispostos em todo o seu texto, especialmente nos artigos 5º e 6º, como os direitos à honra, à imagem e à vida privada, sendo a honra um dos mais estimados direitos de personalidade. De acordo com Corrêa (2001, p. 44), os direitos de personalidade são indisponíveis, visto que não podem ser trocados pelo seu detentor, e também são absolutos e extrapatrimoniais. São também protegidos pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso X, o qual diz que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Segundo Moraes (2010, p. 53), esses direitos “formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas.” Ainda, na opinião de Gonçalves (2010, p. 183) “são direitos inalienáveis, que se encontram fora do comércio, e que merecem a proteção legal”.

Segundo Gagliano (2014, p. 186), os direitos de personalidade são “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”, encontrando-se portanto tutelada pela ordem jurídica em seu caráter extrapatrimonial, ou seja, são “valores não redutíveis pecuniariamente, como a vida, a integridade física, a intimidade, a honra, entre outros” (2014, p. 186).

Conforme Farias (1996, p. 109), “a honra é atributo inerente a qualquer pessoa independentemente de considerações de raça, religião, classe social [...]” e portanto, tomou acento na Constituição Cidadã. O direito à honra encontra-se tutelado no Código Penal Brasileiro, disposto entre os artigos 138, que dispõe sobre calúnia, 139, que trata sobre a difamação, e artigo 140, que fala sobre a injúria. A honra, citando Greco (2015, p. 415) “é um conceito que se constrói durante toda uma vida e que pode, em virtude de apenas uma única acusação leviana, ruir imediatamente.” Ainda, segundo Gagliano (2014, p. 222) a honra pode ser classificada de duas maneiras: a honra objetiva, que reflete na opinião da sociedade

sobre a pessoa, e a honra subjetiva, que é a forma como a pessoa se sente sobre si mesma. Nos dizeres de Robl Filho (2008), a honra

[...] merece proteção jurídica em diversos campos ao prescrever um dever geral de respeito, exigindo abstenções de ofensas a esse bem jurídico, e, por consequência, resguardando os valores pessoais adquiridos e desenvolvidos no aspecto moral, intelectual, político, profissional e familiar (ROBL FILHO, 2008, p. 120).

A vida privada, segundo lições de Guerra (1999, p. 47), é composta por espaços reservados “à família da pessoa, tais como relações de família, lembranças de família, problemas envolvendo parentes próximos, saúde física e mental”. Protegendo-se o direito à vida privada, protege-se ainda a integridade moral do ser humano.

Conforme Corrêa (2001, p. 45), a vida privada vai muito além das relações pessoais e familiares, pois abrange também “o sigilo bancário, sua correspondência, ligações telefônicas e os fatos que lhe rodeiam e que somente a ele dizem respeito”. Segundo Moraes, os conceitos “de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que se encontra no âmbito de incidência do segundo” (MORAES, 2010, p. 53).

De acordo com Gagliano (2014, p. 220), a tutela da privacidade encontra-se também no artigo 21 do Código Civil Brasileiro, que dispõe: “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 essa norma.” Em suas palavras, é o “direito de estar só”, ou seja, é “a exigibilidade de respeito ao isolamento de cada ser humano, que não pretende que certos aspectos de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros” (GAGLIANO, 2014, p. 220). Bem como explica Gonçalves (2010, p. 205), o artigo 21 do Código Civil combinado com o artigo 5º, X, da Constituição protegem o que o autor refere como “a zona espiritual íntima e reservada das pessoas”, de forma que lhes é assegurando “o direito ao recato e a prerrogativa de tomar as providências necessárias para impedir ou fazer cessar o ato lesivo, ou exigir a reparação do dano já consumado” (GONÇALVES, 2010, p. 205).

Sobre o que se refere ao direito à privacidade da pessoa pública, “não é pelo fato de adquirirem relevância social que tais pessoas não mereçam gozar de

proteção legal para excluir terceiros, inclusive a imprensa, do seu âmbito de intimidade” (GAGLIANO, 2014, p. 221). Portanto, o fato de o indivíduo ser amplamente conhecido na sociedade não dá à imprensa o direito a invadir a sua privacidade em fatos que não sejam de interesse público.

A imagem pode ser entendida como a “projeção que o homem faz de si mesmo perante a sociedade, seja no campo físico ou moral” (CORRÊA, 2001, p. 47), sendo importante ressaltar o campo moral, que influi sobre a conduta, a reputação da pessoa. Para Gonçalves (2010, p. 203), a Constituição de 1988 trouxe “o direito à própria imagem à condição de direito individual, conexo ao da vida, integrando o conjunto dos “direitos à privacidade”, juntamente com o direito à intimidade, à vida privada e à honra”.

No que diz ao direito de imagem, refere Gagliano (2014, p. 223) que o direito à imagem “deve ser elencado entre os direitos de cunho moral, e não ao lado dos direitos físicos”. Ainda, conforme Corrêa (p. 47), o direito à imagem diz respeito a proteção da mesma, sendo que uma vez atacada, deverá ser realizada a penalização do autor, bem como indenização deverá ser estipulada, pois só poderá haver divulgação da imagem pela imprensa com a anuência de seu detentor. Sobre esse aspecto ocorre que

[...] a divulgação de fotos, imagens ou notícias apelativas, injuriosas, desnecessárias para a informação objetiva e de interesse público (CF, art. 5º XIV), que acarretem injustificado dano à dignidade humana autoriza a ocorrência de indenização por danos materiais e morais, além do respectivo direito à resposta (MORAES, 2010, p. 53).

Entretanto, é necessário ressaltar que a proteção constitucional sobre esses direitos deve ser interpretada de maneira mais branda no que se diz aos direitos de imagem e intimidade de pessoas públicas, sejam elas celebridades, artistas, bem como membros da esfera política, havendo-se então a necessidade de tolerar violações que não se toleraria se o fato ocorresse sobre um membro comum da sociedade (MORAES, 2010, p. 54). Ainda conforme o referido autor, “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).

Por dignidade da pessoa humana entende-se o princípio cujo significado é de que se deve assegurar um mínimo de respeito ao ser humano, pelo simples fato deste o ser. Isso, pois todos os seres humanos igualmente possuem dignidade, tendo o direito de ter uma vida digna, ou ainda, “o respeito à pessoa humana realiza-se independentemente da comunidade, grupo ou classe social a que aquela pertença” (FARIAS, 1996, p. 49).

Esse princípio encontra-se explícito na Constituição brasileira, visto que logo no seu artigo primeiro, encontra-se como um dos fundamentos da República Federativa, e dessa maneira, é um dos princípios que tornam legítimo o Estado Brasileiro (FARIAS, 1996, p. 51):

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades (FARIAS, 1999, p. 51).

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se protegido tanto no aspecto de *garantia negativa*, onde a pessoa humana deve ser protegida contra ofensas e humilhações, bem como na *garantia positiva*, onde a pessoa é livre para que desenvolva sua própria personalidade (FARIAS, 1996, p. 52). Sendo assim,

[...] a dignidade humana realiza-se de forma gradual, de acordo com as circunstâncias reais e jurídicas (mormente os princípios contrapostos) de cada caso. Além disso, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana um mandado de otimização que exige uma ponderação no momento de sua aplicação, isso facilita a vinculação dos interesses individuais com os da sociedade, tornando plausível a superação do individualismo e do coletivismo, e a harmonização de ambos (FARIAS, 1996, p. 53).

A Constituição brasileira de 1988 traz em seu título II um grande rol de direitos e garantias fundamentais, de forma que “traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana” (FARIAS, 1996, p. 54). Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana “guarda uma maior ou menor relação com as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais” (SARLET et al., 2016, p. 265).

A dignidade da pessoa humana é entendida pela doutrina pelo seu duplo caráter de princípio e regra, podendo ser encarada como passível de ponderação no

caso concreto (princípio, não absoluto) ou ainda como regra, conforme especificam Michaels e Morlok (2016), consistindo um valor absoluto, imponderável, sendo “absolutamente instituída como ponto de partida e norma fundamental do direito constitucional” (MICHAELS e MORLOK 2016, p. 162).

Consoante Alexy (2017), há uma impressão de que essa norma é absoluta pois “há uma série de condições sob as quais o princípio da dignidade humana prevalecerá – com grande grau de certeza - em face de todos os outros princípios” (ALEXY, 2017, p. 114), sendo que, enquanto princípio, a dignidade da pessoa humana age como um mandado de otimização,

[...] ordenando algo (no caso, a proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ao passo que as regras contêm prescrições imperativas de conduta [...] (SARLET, 2001, p. 74).

Assim, a regra da dignidade se traduz através da ponderação do princípio da dignidade quando da colisão com outros princípios de direitos fundamentais no caso concreto, sendo essa regra absoluta (SARLET, 2001, p. 75).

4.2 Colisão entre direitos fundamentais

No texto da Constituição Federal existem limites ao exercício da liberdade de expressão e informação, sendo eles representados através da honra, imagem e intimidade das pessoas, valores os quais se encontram resguardados no artigo 220, § 1º, do texto constitucional. Entretanto, esses direitos também são constantes do artigo 5º, inciso X, da Constituição, sendo consagrados como direitos fundamentais autônomos. Nesse cenário, quando há colisão de algum dos direitos de personalidade com as liberdades de expressão e informação, há a chamada colisão entre direitos fundamentais, visto que os direitos de personalidade não são apenas limites, mas sim, também direitos fundamentais, tão valiosos quanto a liberdade de expressão (FARIAS, 1996, p. 18).

O fato de um direito ser fundamental não significa que ele existe como um passe livre para práticas abusivas, “nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito”

(MORAES, 2013, p. 27). A liberdade de expressão é um direito fundamental, mas não por esse motivo servirá para encobrir quaisquer abusos por parte dos agentes que a exercem. Nesse sentido, percebe-se que os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal encontram os seus limites no mesmo texto constitucional, em outros direitos fundamentais:

Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua (MORAES, 2013, p. 27).

A colisão de direitos fundamentais acontece “quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular” (FARIAS, 1996, p. 93), sendo aqui analisada a colisão de quando o titular do direito à liberdade de expressão abusa da mesma, e o seu exercício acaba por ferir o direito fundamental de personalidade de terceiro.

Conforme Robl Filho (2008), a colisão entre a liberdade de imprensa contra a intimidade e a vida privada é o exemplo clássico de colisão de direitos fundamentais, pois ambos os direitos “concretizam e protegem bens essenciais à personalidade humana moral [...], sendo a liberdade de expressão prevista no artigo 5º, IV, CF e a intimidade e a vida privada tuteladas no artigo 5º, X, CF” (2008, p. 160).

Consoante Farias (1996, p. 96), entende-se que quando há hierarquia das normas jurídicas, resolve-se a colisão entre as mesmas justamente ressaltando-se a regra hierarquicamente superior. A questão é que quando há colisão de direitos fundamentais, não há hierarquia, pois todos possuem a mesma equivalência. De tal maneira, não há como resolver a colisão “suprimindo um em favor do outro. Ambos os direitos protegem a dignidade da pessoa humana e merecem ser preservados o máximo possível na solução da colisão” (FARIAS, 1996, p. 96). Para que haja a resolução entre tal colisão de princípios deve-se, portanto, analisar as diferentes maneiras de fazê-lo.

4.3. Critérios para resolução dos conflitos entre liberdade de expressão e direitos da personalidade

A resolução desse conflito entre direitos fundamentais, onde difícil é estabelecer qual direito deve possuir uma margem de preferência, deve ser analisada através das diferentes óticas.

Conforme a legislação vigente, os conflitos entre direitos fundamentais podem ser resolvidos através da Constituição e, também, de normas infraconstitucionais. Quando das infrações cometidas contra os direitos de personalidade, a Constituição Federal prevê “o direito de indenização por dano material, moral e à imagem, consagrando, no inciso V, do art. 5º, ao ofendido a total reparabilidade em virtude dos prejuízos sofridos” (MORAES, 2010, p. 49), podendo essa se dar a partir da indenização pecuniária ou pelo direito de resposta. Conforme ensinamentos de Gonçalves (2010):

[...] destinam-se os direitos da personalidade a resguardar a dignidade humana, por meio de medidas judiciais adequadas, que devem ser ajuizadas pelo ofendido ou pelo lesado indireto. Estas podem ser de natureza preventiva, cautelar, objetivando suspender os atos que ofendam a integridade física, intelectual e moral, ajuizando-se em seguida a ação principal, ou de natureza cominatória, [...] destinadas a evitar a concretização da ameaça de lesão. (2010, p. 190)

Segundo o mesmo autor, pode ainda ser movida a “ação de indenização por danos materiais e morais, de natureza repressiva, com pedido de antecipação de tutela” (2010, p. 191). Aduz Bittar (1989) sobre o que se diz à proteção desses direitos que a

[...] tutela geral dos direitos da personalidade compreende modos vários de reação, que permitem ao lesado a obtenção de respostas distintas, em função dos interesses visados, estruturáveis, basicamente, em consonância com os seguintes objetivos: a) cessação de práticas lesivas; b) apreensão de materiais oriundos dessas práticas; c) submissão do agente à cominação de pena; d) reparação de danos materiais e morais; e e) perseguição criminal do agente (BITTAR, 1989, p.48).

Consoante explicações de Gonçalves (2010, p. 192), “a violação do direito da personalidade que causa dano à pessoa acarreta, pois, responsabilidade civil extracontratual do agente, decorrente da prática de ato ilícito”, portanto, deve-se

repará-lo conforme a Constituição Federal, visto que a responsabilidade sobre essa forma de violação não está prevista somente em normas cíveis.

Conforme doutrina de Alexy (2017, p. 92), a colisão acontece quando da hipótese de “duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídicos contraditórios”. As contradições normativas podem ocorrer entre regras ou entre princípios, sendo que entre as regras, uma delas será declarada inválida e excluída do ordenamento jurídico. Já se a colisão ocorre entre dois princípios, um deles terá de ceder:

Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta” (ALEXY, p. 93).

Em outras palavras, um princípio prevalece sobre o outro ante a análise do caso concreto, o chamado “sopesamento”, ou ponderação, cujo objetivo é “definir qual dos interesses – que *abstratamente estão no mesmo nível* – tem *maior peso no caso concreto*” (ALEXY, 2017, p. 95).

Quando, ao se considerar cada princípio isoladamente (aqui a liberdade de expressão em face aos direitos de personalidade), eles se contradizem entre si, há uma colisão, “um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro” (p. 96). Dessa maneira,

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária (ALEXY, 2017, p. 96).

O Tribunal Constitucional Alemão entende que em uma relação de colisão entre princípios constitucionais, não há preponderância de um sobre o outro, devendo-se, no caso concreto, sopesando se “o princípio P¹ tem um peso maior que o princípio colidente P² se houver razões suficiente para que P¹ prevaleça sobre P² sob as condições C, presentes nesse caso concreto” (ALEXY, p. 97). A chamada

“Lei de Colisão”, é ainda, a que estabelece que não há relações absolutas de um direito predominantemente sobre outro direito (ALEXY, 2017, p. 99).

Em julgado do Tribunal Constitucional Alemão, onde houve a constatação de colisão entre os direitos de personalidade e a liberdade de informação, concluiu-se que

Esse “conflito” [...] não é solucionado por meio da declaração de invalidade de uma das duas normas, mas por meio de “sopesamento”, no qual nenhum dos princípios [...] “pode pretender uma precedência geral”. Ao contrário, é necessário “decidir qual interesse deve ceder, levando-se em consideração a configuração típica do caso e suas circunstâncias especiais” (ALEXY, 2017, p. 100).

Assim, se há a contradição entre uma norma e outra, essas terão que passar pelo crivo do judiciário, pela análise do caso concreto, onde será decidido frente aos fatos, qual direito terá maior valor. Essa técnica de resolução da colisão é adotada pelo judiciário brasileiro, tendo em vista a “necessidade de equilibrar a concretização dos direitos fundamentais de um indivíduo com os direitos fundamentais de outros indivíduos e com os valores sociais como patrimônio cultural, segurança pública e outros”. Nesse sentido, pode-se dizer que:

Dessa forma, será feita uma ponderação sobre os elementos fáticos e jurídicos no caso em apreço por meio da proporcionalidade em sentido estrito, observando qual dos princípios deve predominar na colisão. Quando é impossível evitar a colisão de direitos fundamentais, necessariamente, no caso específico, um dos princípios será sacrificado no todo ou em parte (ROBL FILHO, 2008, p. 162).

Conforme a jurisprudência do estado do Rio Grande do Sul, a solução de colisões entre os direitos de personalidade e as liberdades de expressão e informação vêm sendo resolvidas majoritariamente em favor da liberdade de imprensa, fato que pode-se perceber em alguns casos julgados recentemente. Um exemplo temos no caso do treinador físico de um dos maiores times de futebol do estado, que, acusado de fornecer substâncias ilegais aos jogadores, teve sua imagem difamada em site da internet. Após trâmite no Tribunal Desportivo, foi absolvido, e, portanto, impetrou indenização de danos morais contra o referido site, alegando abuso da liberdade de informar. Todavia, a decisão do TJRS foi de que não restou comprovado nenhum abuso da liberdade de informar, de maneira que de modo unânime, negou a apelação do autor:

RESPONSABILIDADE CIVIL. PREPARADOR FÍSICO DE CLUBE DE FUTEBOL ACUSADO DE FORNECER SUBSTÂNCIA PROIBIDA A ATLETAS DO TIME. RESULTADO NEGATIVO EM ANTIDOPING. NOTÍCIAS PUBLICADAS EM SITE DE INTERNET. REPRODUÇÃO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS COM JOGADORES E MEMBROS DA COMISSÃO TÉCNICA. LIBERDADE DE IMPRENSA. ABUSO NÃO COMETIDO. ART. 220, CF. DEVER DE INDENIZAR DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADO. Enquanto a liberdade de expressão refere-se ao direito de expor ideias e opiniões, a liberdade de informação reflete o direito de comunicar fatos, exigindo o compromisso com a verdade. A liberdade de informação divide-se, ainda, em duas vertentes, pois além do direito de informar, revela, em seu conteúdo, o direito da coletividade de receber a informação que seja de seu interesse. Nem sempre, portanto a imprensa, ao comunicar fatos de interesse público, precisa apurar a sua veracidade antes de publicá-los, sob pena de perder a atualidade da notícia e, assim, a própria finalidade dela. Matérias públicas em site de notícias informando que o autor, preparador físico de um clube de futebol, foi acusado de fornecer substâncias proibidas a atletas do time cujos resultados do exame antidoping deram negativo. Notícias de caráter informativo e de interesse público que apenas reproduziram dados obtidos junto a jogadores e membros da comissão técnica, sem emitir qualquer juízo de valor a respeito. Abuso não cometido. Proteção do art. 220, da CF. Dever de indenizar não configurado. Demanda improcedente. APELAÇÃO DESPROVIDA (Apelação Cível Nº 70072373046, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 27/04/2017).

Outro caso recente que se pode trazer a análise, diz respeito a “blogueiro”, que corriqueiramente, usando-se do argumento da liberdade de expressão, publica em seu blog informações que não condizem com a realidade fática. Dessa maneira, em sede de agravo de instrumento, o autor postulou a exclusão total da matéria do “site”, visto ela estar maculando sua imagem profissional. O tribunal compreendeu que não havia motivos para a retirada da matéria na íntegra, mas sim, apenas do trecho o qual tratava sobre o autor da ação, de forma que restou desprovido o agravo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA PROVISÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. AÇÃO COMINATÓRIA E INDENIZATÓRIA. PUBLICAÇÃO DE TEXTO NO BLOG "IMPRENSA LIVRE RS". ALEGAÇÃO DE QUE SEU CONTEÚDO É DESABONATÓRIO À CONDUITA DE PROFISSIONAL E EMPRESA DA ÁREA DE IMPLANTES MÉDICOS. INVIABILIDADE DE EXCLUSÃO DE TODO O CONTEÚDO. COTEJO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS, PREVALECENDO O DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OPINIÃO. - Não há que se cogitar exclusão da íntegra da publicação dita ofensiva - antes de instaurado o contraditório - pois o trecho já abarcado na decisão do juízo de primeiro grau elimina qualquer tipo de interpretação que veicule o nome do autor e a empresa de consultorias na área da saúde a qual administra a eventual conduta criminosa. - Caso o réu se mostre renitente em cumprir a decisão judicial em relação à frase destacada na origem, já houve imposição de multa e, em caso de futura procedência da demanda, caso se entenda que

houve ilícito na divulgação da notícia, o réu irá arcar com indenização pertinente a todo o período de exposição indevida da publicação a qual assumiu o risco de manter no ar. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO (Agravo de Instrumento Nº 70071170500, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 19/04/2017).

Cabe-se mencionar ainda outra situação, onde o jornal experimental da Universidade de Santa Cruz do Sul escreveu matéria sobre as eleições municipais, usando a imagem de *santinhos* de diversos políticos para ilustrar a notícia, que fazia referência a verdadeira face da política, criticando que os candidatos a legislatura de determinado município, valeram-se da gráfica de outro município para a confecção de seu material de campanha. A decisão do tribunal foi no sentido de dar provimento a apelação da ré para julgar a improcedência da demanda, alegando que não foi configurado dano a nenhum dos candidatos (alguns inclusive tendo sido eleitos), visto que a matéria condizia com a realidade e, também sendo que foram realizadas pesquisas para averiguar a veracidade das informações, conforme citação a seguir:

RESPONSABILIDADE CIVIL. PUBLICAÇÃO EM JORNAL. INFORMAÇÃO. AUSÊNCIA DE CUNHO OFENSIVO. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. LIBERDADE DE IMPRENSA EXERCIDA SEM EXCESSOS. FOTOGRAFIA ILUSTRATIVA. - Caso em que a reportagem impugnada narrou fatos verídicos acerca da confecção de "santinhos" dos candidatos a vereador. Liberdade de imprensa fundada em averiguações prévias, dados concretos e na crítica/opinião do profissional do jornalismo. Direito de informação da população e ausência de excesso por parte da requerida no que concerne aos fatos narrados. - Mesmo que a matéria possua título que chama a atenção, não há ataque ou acusação direta a cada um dos demandantes. Fotografia de âmbito geral em que aparecem diversos candidatos, dos mais diferentes partidos. Reprodução de informação da situação concreta. Ausência de ilícito e, conseqüentemente, do dever de pagamento de indenização aos postulantes. Reformada a sentença, para julgar improcedente a demanda. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70072124415, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 27/04/2017)

Dessa maneira, temos de forma ilustrativa, alguns casos onde o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul optou pela liberdade de imprensa em detrimento aos direitos de personalidade. No que tange à solução dessas colisões, antes da ocorrência de casos concretos, pode ela ainda ser realizada diretamente por parte do poder legislativo, isso no caso em que o próprio texto da Constituição impõe caber a ele a restrição a determinados direitos, ou seja:

[...] assim, verificada a existência de reserva de lei na constituição para pelo menos um dos direitos colidentes, o legislador poderá resolver a colisão comprimindo o direito ou direitos restringíveis (sujeito à reserva de lei), respeitando, é claro, requisitos tais como o núcleo essencial dos direitos envolvidos. [...] Tratando-se de colisão entre direitos fundamentais não sujeitos à reserva de lei, a solução fica por conta dos juízes ou tribunais (FARIAS, 1996, p. 94-95).

A *reserva de lei* significa que após o texto constitucional definir que determinados direitos devem ser concedidos aos cidadãos, cabe a lei posterior melhor regulamentar a matéria, sendo o caso de reserva de lei explícita, quando há imposição da Lei Maior para que haja uma lei regulatória específica, ou da reserva de lei implícita, quando não há uma imposição da Constituição para que haja regulamentação, apesar dessa se mostrar necessária.

Dessa forma, mesmo a Constituição Federal limitando de certa maneira a liberdade de expressão em seu artigo 220, o qual estabelece as ressalvas do artigo 5º IV, X, XIII e XIV, não foi elaborada nenhuma lei sobre o tema para melhor regulamentá-la (FARIAS, 1996, p. 138), bem como, no §3º do mesmo artigo, ao dizer que cabe regulamentação da matéria por lei federal, sugere o texto constitucional ao legislador a criação de lei para definir os critérios de ponderação a serem utilizados quando da decisão sobre o caso concreto.

A discussão sobre uma nova Lei de Imprensa faz-se necessária no que tange à existência desse vácuo legislativo, visto nenhuma norma regulatória ter surgido nesse sentido após a declaração de não recepção dessa lei pela Constituição Federal – exceto a recente Lei 13.188/15, que regula somente o Direito de Resposta, mas deixa ainda lacunas quanto as demais questões.

O método da ponderação mostra-se o melhor critério para a resolução de colisões, sendo adotado pelo judiciário brasileiro, porém, ainda é um método por demais discricionário, visto que concentra em demasia a análise dos fatos ao juiz da causa, ou seja, este pode agir como bem entende, pois não há uma lei para seguir. Dessa forma, adere-se ao juiz muita liberdade na decisão do caso concreto, por isso, é importante que se estabeleça diretrizes para fazer a ponderação, através de uma Nova Lei de Imprensa.

No que tange à responsabilização dos agentes da imprensa quando dos abusos cometidos pela liberdade de expressão exacerbada, bem como a sua colisão com os direitos fundamentais, ainda restam lacunas. Desse modo,

não é correta a visão ultraliberal da liberdade de expressão, adotada pelo Relator da ADPF nº. 130 de que sempre as liberdades de imprensa e de expressão devem prevalecer *a priori* sobre os direitos à intimidade, à honra e à imagem. A importância que a liberdade de imprensa possui no Estado Democrático de Direito, de um lado, e os danos que a imprensa pode fazer para a vida dos cidadãos em caso de exposição indevida da intimidade e de violação não justificada da honra e da imagem, de outro lado, exigem a construção de uma lei de imprensa que estabeleça regulamentação mais precisa e específica sobre a responsabilidade civil em caso de abuso de liberdades de expressão e imprensa (ROBL FILHO, s/p, 2014).

Outro ponto que pode ser ressaltado sobre a necessidade de uma Nova Lei de Imprensa, faz-se presente no tema da autorregulação dos meios de comunicação, defendida pelo Supremo Tribunal Federal, concepção que abarca as escolhas pessoais de cada consumidor de informações – as pessoas escolhem quais notícias consumir – mas mesmo assim, não há o controle sobre a veracidade dos fatos narrados.

CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito ergue-se no campo constitucional como a forma estatal que garante a concretização dos direitos fundamentais individuais e coletivos. Dessa maneira, de suma importância é o debate sobre a colisão de direitos fundamentais que pode ocorrer da liberdade de imprensa face aos direitos de personalidade.

De outro lado, a liberdade de expressão, direito mãe da liberdade de imprensa, mostra-se significativa para a concretização da forma democrática do Estado de Direito, uma vez que os cidadãos podem expressar os seus pensamentos sem medo de retaliações, bem como conhecer sobre as ações dos agentes públicos escolhidos. A democracia só é feita com base na transparência dos órgãos públicos, que devem comunicar à população sobre suas ações. Outra face da liberdade de expressão faz-se através do jornalismo, que leva aos indivíduos as notícias sobre fatos do cotidiano de interesse dos mesmos.

Os direitos de personalidade são inerentes à pessoa humana, e por isso, devem ser respeitados, visto que nenhum indivíduo deve ter dados divulgados sobre si sem sua prévia autorização, com a ressalva da pessoa pública, quando o fato em questão for de iminente importância para a coletividade.

Devido a isso, mostra-se válido o debate sobre o que tornou-se o jornalismo com o passar do tempo, de como é possível averiguar a verdade dos fatos divulgados, e como impedir que fatos inverídicos tornem-se manchetes, violando a privacidade e a honra de terceiro.

As colisões entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão com os direitos de personalidade resolvem-se através da ponderação entre os mesmos, aplicados ao caso concreto. Isso pois, não há como prever como se dará a sucessão de fatos divulgados pela imprensa, não havendo como instaurar uma fiscalização prévia, a chamada censura, até mesmo pois esta mostra-se inconstitucional, violando a liberdade de expressão e pensamento. É possível apenas coibir esse abuso da liberdade de expressão em sede de tutela antecipada, quando o juiz age de forma a proteger a parte violada, antecipando a indenização que será devida ao final do processo.

A resolução para esse problema de colisão encontra-se na responsabilização posterior dos profissionais da imprensa, na forma de indenização pecuniária ao

ofendido, bem como cedendo de seu espaço na mídia para que haja o direito de resposta do ofendido.

A solução para esses conflitos se dá pelo método da ponderação ou sopesamento de Alexy (2017, p. 99), o qual é utilizado pelos tribunais brasileiros para que haja a harmonização entre os direitos fundamentais colidentes. Apesar de se mostrar por demais discricionário, ainda é o melhor método de resolução de colisões. Há ainda de se pensar na hipótese de criação de uma Nova Lei de Imprensa, para estabelecer regras para a ponderação ante o caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BARBOSA, Rui. *A imprensa e o Dever da Verdade*. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/FCRB_RuiBarbosa_Almprensa_eo_dever_da_verdade.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. *Código Civil*. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. *Código Penal*. 1940/1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. *Lei de Direito de Resposta*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13188.htm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário 511.961/SP*. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, p. 138, jun., 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130/DF*. Relator Ministro Carlos Britto. Brasília: p. 334, abr., 2009.

BUCCI, Eugênio. *A imprensa e o dever de liberdade: a independência editorial e suas fronteiras com a indústria do entretenimento, as fontes, os governos, os corporativismos, o poder econômico e as ONGs*. São Paulo: Contexto, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional: teoria da constituição*. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003.

CORRÊA, Itaguaci José Meirelles. *A liberdade de imprensa e sua relação com a Constituição Brasileira de 1988*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis, 2001.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais: revista, atualizada e ampliada*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

_____. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis, 2001.

FRANCO, Benedito Luiz. *Proteção constitucional do sigilo da fonte na comunicação jornalística*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

GADELHO JUNIOR, Marcos Duque. *Liberdade de imprensa e a mediação estatal*. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*. v. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Parte geral.

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

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. v. 2. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

GUERRA, Sidney Cesar Silva Guerra. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARTINS, Leonardo. Notas sobre o julgamento da ADPF 130 ("Lei de Imprensa") e princípios de uma ordem da comunicação social compatível com a Constituição Federal. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57985>>. Acesso em: 20 de abril de 2017.

MICHAELS, Lothar; MORLOK Martin. *Direitos fundamentais*. Saraiva: Educação, 2016.

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

_____. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA, Vital, *O direito de resposta na comunicação Social*. Coimbra: Coimbra Editora; 1994.

PIEROTH, Bodo. *Direitos fundamentais*. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível* nº 70072373046, da Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Porto Alegre, RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins. Porto Alegre, 27, abr. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do RS. *Agravo de Instrumento* nº 70071170500, da Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Porto Alegre, Relator: Carlos Eduardo Richinitti. Porto Alegre, 19, abr. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível* nº 70072124415, da Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Porto Alegre, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana. Porto Alegre, 27, abr. 2017.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Paradoxos jurídicos e sociais: direito, vida privada e intimidade na sociedade pós-moralista e hipermoderna*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2008.

_____. *Fundamentos filosóficos e políticos das liberdades de imprensa e de expressão no estado democrático de direito: algumas reflexões a partir do constitucionalismo norteamericano e do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 130. Direitos Fundamentais e Democracia I: XXXIII Congresso Nacional do Conpedi: João Pessoa, 2014.*

ROBL FILHO, Ilton Norberto, SARLET, Ingo Wolfgang. Estado Democrático de Direito e os Limites da Liberdade de Expressão na Constituição Federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade. (Constituição, Economia e Desenvolvimento. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, jan.- jun., p. 112-142.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, 5ª edição. Saraiva, 3/2016. [Minha Biblioteca].

SARLET, Ingo Wolfgang. 2015. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2015-jun-19/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-biografias-nao-autorizadas#_ftn3>. Acesso em 10 abr. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004