

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Constitucional

Priscila Coelho de Barros Almeida

A colisão entre liberdade de imprensa e direitos da personalidade

Brasília – DF
2009

Priscila Coelho de Barros Almeida

A colisão entre liberdade de imprensa e direitos da personalidade

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Professor Mestre André Rufino do Vale

**Brasília – DF
2009**

Priscila Coelho de Barros Almeida

A colisão entre liberdade de imprensa e direitos da personalidade

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Professor Mestre André Rufino do Vale

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Dedico o presente trabalho monográfico aos meus avós Ribeiro, Dalva e Neném, servos de Deus, exemplos de caráter e honestidade que norteiam toda a minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, razão maior da minha existência, que através de Jesus Cristo, Seu filho, me deu a salvação.

A minha família, que com seu amor incondicional sempre me sustentaram e acreditaram em mim.

A Breno, amor da minha vida, porto seguro onde encontro apoio, segurança e tranquilidade.

Ao professor André Rufino do Vale, que com compreensão e paciência me orientou ao longo desse percurso.

RESUMO

O pensamento é intrínseco ao ser humano. A necessidade de manifestação do pensamento é essencial no desenvolvimento humano. A manifestação de pensamento é expressada através da liberdade de expressão. A liberdade de expressão abarca a liberdade de informação, que diz respeito especificamente à capacidade de propagar e receber informação. A liberdade de imprensa é decorrência da liberdade de expressão e informação, consignada na liberdade de divulgar a informação através dos meios de comunicação massiva. Em que pese o papel essencial da liberdade de imprensa no regime democrático, seu exercício encontra limites. Tendo em vista a sua própria natureza, é comum a colisão entre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade da pessoa envolvida da notícia. Os dois valores estão inseridos na Constituição como direitos fundamentais, portanto não há como afastar em termos absolutos um dos dois direitos, é necessária a ponderação entre os direitos, de forma a harmonizá-los. A ponderação entre os direitos postos em colisão se dá no caso concreto, com a ajuda dos princípios de interpretação constitucional. Assim, diante da análise do caso concreto será possível a verificação de qual dos dois direitos deve se sobressair diante das circunstâncias fáticas.

Palavras-chave: Direito constitucional. Direitos fundamentais. Liberdade de manifestação de pensamento. Liberdade de expressão. Liberdade de informação. Liberdade de imprensa. Direitos da personalidade. Colisão. Ponderação. Princípios.

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO I - Liberdade de Imprensa.....	12
1.1. Liberdade de pensamento.....	12
1.2. Liberdade de expressão e liberdade de informação.....	14
1.2.1. Liberdade de expressão.....	14
1.2.2. Distinção entre liberdade de expressão e liberdade de informação.....	16
1.2.3. Liberdade de informação.....	17
1.2.4. Liberdade de expressão e liberdade de informação como fundamento para o exercício de outras liberdades.....	21
1.3. Liberdade de imprensa.....	24
1.3.1. Origem e evolução histórica da imprensa.....	25
1.3.2. Conceito de imprensa.....	27
1.3.3. Liberdade de imprensa.....	29
1.3.4. Liberdade de Imprensa: 1 – direito subjetivo; 2 – instituição ou garantia institucional.....	30
1.3.5. Imprensa, liberdade e limites.....	35
1.4. Direito de resposta.....	41
1.4.1. Conceito.....	41
1.4.2. Direito de resposta e liberdade de imprensa.....	42
1.4.3. Direito de resposta como direito fundamental.....	43
1.4.4. Objeto do direito de resposta.....	44
1.4.5. Uma nova lei de imprensa.....	44
CAPÍTULO II – Direitos da personalidade.....	49
2.1. Conceito.....	49
2.2. Origem e evolução histórica.....	53
2.3. Natureza jurídica.....	57
2.4. Características.....	58
2.4.1. Direito essencial.....	59
2.4.2. Direito geral.....	59
2.4.3. Direito absoluto.....	60
2.4.4. Direito extrapatrimonial.....	60
2.4.5. Direito indisponível.....	61
2.4.6. Direito vitalício.....	61
2.4.7. Direito impenhorável e imprescritível.....	62
2.5. Pessoas jurídicas e direitos da personalidade.....	62
2.6. Espécies.....	63
2.6.1. Direito à honra.....	64
2.6.2. Direito à imagem.....	65
2.6.3. Direito à vida privada.....	67
2.6.4. Direito à intimidade.....	68
CAPÍTULO III – Colisão dos direitos da personalidade e liberdade de imprensa.....	70
3.1. A imprensa e os direitos da personalidade.....	70
3.2. Limites dos direitos fundamentais.....	72
3.3. Colisão de direitos fundamentais.....	78
3.3.1. Espécies de colisão de direitos fundamentais.....	78
3.3.2. Direitos fundamentais: regras e princípios.....	80

3.3.3.Resolução da colisão de direitos fundamentais.....	85
3.3.3.1.Princípio da Unidade da Constituição.....	86
3.3.3.2.Princípio da concordância prática ou harmonização.....	86
3.3.3.3.Princípio da máxima efetividade.....	87
3.3.3.4.Princípio da proporcionalidade.....	88
3.3.3.5.Necessidade de análise do caso concreto para a resolução do conflito.....	90
3.3.4.Hipóteses de conflitos entre direitos da personalidade e liberdade de imprensa e jurisprudência pátria.....	91
3.3.4.1.Veracidade do fato noticiado.....	92
3.3.4.2.Existência de interesse público na divulgação da notícia.....	95
3.3.4.3.As pessoas envolvidas no fato: públicas, notórias ou comuns.....	96
3.3.4.3.1.Pessoas comuns.....	97
3.3.4.3.2.Pessoas públicas e notórias.....	98
3.3.4.3.2.1.Políticos.....	98
3.3.4.3.2.2.Pessoas notórias.....	100
3.3.4.4.Existência de crime.....	102
3.3.4.5.Local do fato.....	105
3.3.4.6.Hipóteses em geral.....	106
CONCLUSÃO.....	108
BIBLIOGRAFIA.....	115

INTRODUÇÃO

A imprensa, atualmente, desempenha papel preponderante na sociedade; não raramente é intitulada de 4º poder, tamanha a influência que exerce na formação da opinião pública.

O nosso país é um grande exemplo de como a liberdade de imprensa é essencial na formação de uma nação, sobretudo através da valorização de seu povo. É inquestionável a atuação da imprensa como verdadeiro fiscal do poder público, e garantidor dos direitos fundamentais, assegurados constitucionalmente.

Todos os dias a sociedade se vê diante de um número enorme de informações, propagadas pelos mais diversos meios de imprensa. Na mesma proporção em que são veiculadas, as informações são deixadas de lado, diante de novos fatos ocorridos no meio social, e que demandam divulgação.

Essas informações, por retratarem a realidade social, colocam o homem como figura central, o que, não raro, acarretam situações em que o indivíduo se sente lesado nos seus bens mais importantes: a honra, a imagem, a intimidade, a privacidade e os outros direitos conexos a estes, que compõem a personalidade, primado da natureza humana.

Diante desta situação, surge a necessidade de se verificar no caso concreto qual dos dois valores postos em discussão deve prevalecer. No entanto, é necessário ter em mente que o problema não é tão facilmente resolvido, pois se esta diante de dois direitos fundamentais,

protegidos constitucionalmente, de magnitude para a sociedade contemporânea.

Ao julgador, ante o conflito dos dois direitos, ambos fundamentais, cabe a averiguação sobre qual deles deve prevalecer no caso concreto: se a liberdade de imprensa ou os direitos da personalidade.

Na realidade, trata-se de uma verdadeira colisão de direitos fundamentais, cuja resolução deverá ocorrer mediante a precedência de um direito sobre o outro, através de uma ponderação dos dois direitos postos no caso concreto.

A esse fim deverá se valer dos princípios e critérios hermenêuticos adequados, partindo, sobretudo, da análise das condições materializadas no caso concreto. Assim, chegar-se-á a uma resolução do conflito dos direitos.

Na intenção de apresentar de maneira clara e objetiva a problemática a ser abordada, o estudo se dividirá em três capítulos.

No primeiro capítulo será fornecido uma descrição mais pormenorizada da liberdade de imprensa, enfocando cada um dos direitos que lhe dão suporte, e de suas correlações com o Estado Democrático de Direito, cabendo ainda fazer uma sucinta análise da necessidade de um instrumento normativo própria a reger a atividade de imprensa, diante da decisão do Supremo Tribunal Federal que entendeu que Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição de 1988.

No segundo será analisado o instituto que se contrapõe a liberdade de imprensa na colisão de direitos estudada no presente trabalho, os direitos da personalidade, com os aspectos que lhe são inerentes.

No terceiro será dada ênfase ao tema central do trabalho, a relação entre a imprensa e os direitos da personalidade, o problema a ser resolvida na colisão entre os dois direitos, bem como os critérios que podem ser utilizados na sua resolução.

Capítulo 1 - LIBERDADE DE IMPRENSA

1.1. Liberdade de pensamento

O ato de pensar é característica intrínseca a todo ser humano. O pensamento abarca todos os sentimentos do homem; é aí que ele vai buscar refúgio, e encontrar guarida para sua consciência, com seus valores, concepções e crenças.

Enquanto o pensamento não é externado, dizendo respeito apenas ao indivíduo, encontra-se em seu momento interior, e a ninguém interessa, pois não é fato relevante para a comunidade, apesar de ser direito plenamente reconhecido.

Na liberdade de pensar, repousa a liberdade de consciência, de crença e de livre convicção religiosa, podendo ser exercida livremente. No entanto, já aí se revela, ainda que, indiretamente, um reflexo exterior da liberdade de pensamento, a escusa de consciência. A esse respeito, afirma José Afonso da Silva:

Da liberdade de consciência, de crença religiosa e de convicção filosófica deriva o direito individual de escusa de consciência, ou seja, o direito de recusar prestar determinadas imposições que contrariem as convicções religiosas ou filosóficas dos interessados.¹

Por ser o homem dotado da característica de sociabilidade, é natural o interesse em propagar seu pensamento, nesse instante estar-se-á diante do momento exterior do pensamento, que se revela através da liberdade de manifestação de pensamento, que nada mais

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 245.

seria do que um direito de propagar suas opiniões, que se encontravam no pensamento, sob a forma de valores, concepções e crenças.

Na realidade, a liberdade de pensamento se torna concreta a partir desse instante, quando é permitido ao indivíduo a possibilidade de externar seu pensamento, a liberdade de opinião.

Segundo Pedro Frederico Caldas, a opinião: “(...) constitui um movimento do pensamento de dentro para fora; é a forma de manifestação de pensamento, resume a própria liberdade de pensamento, encarada, aqui, como manifestação do fenômeno social”.²

Enquanto o pensamento não é externado, nenhuma relevância tem para a sociedade; é a manifestação, sim, que traz reflexos na comunidade.

A Constituição Federal engloba tanto a liberdade de manifestação de pensamento, vedando o anonimato, em seus artigos 5º, inciso IV, e 220; como assevera serem invioláveis a liberdade de consciência, e a de crença, garantido a liberdade de cultos religiosos, no inciso VI, e a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica, e de comunicação, no inciso IX e artigo 220.

A Lei de Imprensa no *caput* de seu artigo 1º, também assegurava a liberdade de pensamento, mas já em seu momento externo, como liberdade de manifestação de pensamento.

² CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo, 1997, p. 59.

1.2. Liberdade de expressão e Liberdade de informação

1.2.1. Liberdade de expressão

Ao consagrar a liberdade de manifestação de pensamento no texto constitucional, o legislador constituinte garantiu também a liberdade de expressão, como corolário da liberdade de pensamento e opinião.

Ora, se detém o ser humano o direito a pensar e opinar, não se pode olvidar que também detém o direito de expressar esse pensamento e opinião. Assim, o indivíduo “pode manifestar-se por meio de juízos de valor (opinião) ou da sublimação das formas em si, sem se preocupar com o eventual conteúdo valorativo destas”³.

Essa é a exata noção da liberdade de expressão, conforme atesta Nuno e Sousa:

A liberdade de expressão consiste no direito à livre comunicação espiritual, no direito de fazer conhecer aos outros o próprio pensamento (na fórmula do art. 11º da Declaração francesa dos direitos do homem de 1789: a livre comunicação de pensamentos e opiniões). Não se trata de proteger o homem isolado, mas as relações interindividuais (‘divulgar’). Abrange-se todas as expressões que influenciam a formação de opiniões: não só a própria opinião, de carácter mais ou menos crítico, referida ou não a aspectos de verdade, mas também a comunicação de factos (informações).⁴

Dessa feita, sob o manto da liberdade de expressão encontra-se agasalhada “toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre

³ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 143.

⁴ SOUSA, Nuno e. *A liberdade de imprensa*. Coimbra: Coimbra, 1984, p. 137.

qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não.”⁵

Ressalte-se, ainda, que encontra guarida no conteúdo da liberdade de expressão a propagação por todos os meios possíveis, não apenas pela palavra escrita ou falada, mas também por gestos, desenhos, gravuras, pinturas, e porque não dizer o silêncio, inserido dentro de uma determinada perspectiva.

Assim, pode-se claramente observar que a liberdade de expressão contém uma dupla dimensão, conforme nos ensina Jonatas Machado:

Nesse sentido, deve-se sublinhar a *dupla dimensão* deste direito. A *dimensão substantiva* compreende a actividade de pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la. A *dimensão instrumental*, traduz a possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento.⁶

Sobre a dimensão instrumental da liberdade de expressão, cabe aqui fazer referência a decisão do Supremo Tribunal Federal ao analisar o caso de diretor de teatro, que após ser criticado pelos espectadores, ao final da peça teatral expôs membro íntimo de seu corpo para o público. Na situação em tela, entendeu a Corte Constitucional brasileira, que não haveria o indivíduo cometido o ilícito penal de ato obsceno, mas sim exercido seu direito de liberdade de expressão, ainda que tivesse sido inadequada ou deseducada⁷.

Por fim, deve-se reconhecer também que dentro da liberdade de expressão, encontra-se albergado um aspecto negativo, como aduz Nuno e Sousa:

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 360.

⁶ MACHADO, Jônatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 417.

⁷ HC 83.996/RJ, Rel. para o acórdão Ministro Gilmar Ferreira Mendes, j. 17.08.2004.

(...) garantida não aparece apenas a liberdade de expressão e informação, mas também a liberdade de não exprimir qualquer pensamento, de não se informar, de não fundar uma empresa de imprensa, de não dar informações; garante-se o exercício e o não exercício.⁸⁹

1.2.2. Distinção entre liberdade de expressão e liberdade de informação

Se é certo que existe uma liberdade de expressão plenamente assegurada pela Constituição de 1988, não menos certa é a existência de uma liberdade de informação, que com aquela não se confunde, apesar de se relacionarem intimamente uma com a outra, conforme atesta L.G. Grandinetti Castanho de Carvalho:

Por isso é importante sistematizar, de um lado, o direito de informação e, de outro, a liberdade de expressão. No primeiro está apenas a divulgação de fatos, dados, qualidades, objetivamente apuradas. No segundo está a livre expressão do pensamento por qualquer meio, seja a criação artística ou literária, que inclui o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música, até mesmo a opinião publicada em jornal ou em qualquer outro veículo.¹⁰

Assim, pode-se claramente perceber que a liberdade de informação encontra-se abarcada no conceito de liberdade de expressão tomada em seu aspecto lato, mas, como já dito, não se pode confundir os institutos.

A liberdade de informação não pode prescindir da análise da verdade da informação a ser veiculada¹¹, este é sem dúvida um dos requisitos essenciais na divulgação dos fatos, não

⁸ SOUSA, Nuno e . *A liberdade de imprensa*. Coimbra: Coimbra, 1984, p. 141.

⁹ Nesse sentido também se expressa Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Gonet Branco in *Curso de direito constitucional*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 361.

¹⁰ CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e liberdade de expressão*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25.

¹¹ Sobre a verdade dos fatos, ver o item 1.3.3. Imprensa e Liberdade deste Capítulo e o ponto 3.3.4.1. Veracidade do fato noticiado do item 3.3.4 Hipóteses de conflitos entre direitos da personalidade e liberdade de imprensa e jurisprudência pátria do Capítulo III – Colisão de direitos da personalidade e liberdade de informação.

sendo, por certo, característica intrínseca da liberdade de expressão, conforme suas nuances e contornos já apresentados:

Todos os doutrinadores citados, mesmo os que, em maioria, adotam uma disciplina comum entre a expressão e informação, deparam-se com, pelo menos, uma distinção importante entre os dois institutos: a veracidade e a imparcialidade da informação. E é, justamente, em razão dessa distinção fundamental que se deve pensar em um direito de informação que seja distinto em sua natureza da liberdade de expressão.¹²

Portanto diante da análise dos quadrantes em que se verifica a distinção entre a liberdade de expressão e a liberdade de informação, pode-se concluir sem nenhuma dúvida que:

(...) a distinção deve pautar-se por um critério de prevalência: haverá exercício do direito a informação quando a finalidade da manifestação for a comunicação de fatos noticiáveis, cuja caracterização vai repousar sobretudo no critério de sua veracidade.¹³

1.2.3. Liberdade de informação

No Estado Democrático de Direito é imprescindível a participação popular, e essa só é possível a partir do momento em que o homem tem conhecimento dos fatos e notícias que ocorrem no mundo social em que vive, podendo livremente informar a outros indivíduos, formando-se a opinião pública. Daí a importância que a liberdade de informação adquiriu na Carta Constitucional brasileira, sendo assegurada como direito fundamental.

A informação, aqui, deve ser entendida em seu sentido amplo, comportando todos aqueles fatos e notícias veiculadas que podem formar a opinião pública, bem como a utilização de todos os meios possíveis, e realizada por todos os organismos que compõem a

¹² CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e liberdade de expressão*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 24.

¹³ BARROSO, Luis Roberto. “Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação” in *Direitos Fundamentais, Informática e comunicação: algumas aproximações*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 81.

sociedade, sendo acima de tudo livre, para não se criar uma opinião pública manipulada e fraudulenta.

Pode-se falar em informação individual, aquela que se dá entre as pessoas no cotidiano; estatal, aquela fornecida pelo estado; e massiva, que comporta os meios de comunicação de massa.

A liberdade de informação nasceu sob o prisma dos direitos individuais, corroborado pelo conceito de liberdade, introduzido pelos movimentos revolucionários do século XVIII, como liberdade relacionada ao direito de todo indivíduo de manifestar o seu pensamento, carregado da noção de individualismo.

Modernamente, em decorrência de todos os avanços tecnológicos, econômicos e sociais, a liberdade de informação adquiriu um papel coletivo, no sentido de que toda a sociedade requer o acesso à informação, base de um real Estado Democrático de Direito, compreendendo tanto a aquisição como a comunicação de conhecimentos, conforme atesta José Afonso da Silva:

Nesse sentido, a *liberdade de informação* compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência da censura, respondendo cada pelos abusos que cometer.¹⁴

Assim, verifica-se que a liberdade de informação comporta duas vertentes, que se relacionam intimamente: a liberdade de informar e o direito de ser informado.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 249.

Essa é noção introduzida por Freitas Nobre: “A própria liberdade de informação encontra um direito á informação que não é pessoal, mas coletiva, porque inclui o direito de o povo ser bem-informado.”¹⁵

O primeiro aspecto da liberdade de informação se caracteriza pelo direito de difundir a informação através dos meios postos à disposição (direito de informar).

Discorrendo sobre tal direito, Jónatas Machado faz uma interessante observação:

Relativamente ao *direito de informar*, o mesmo encontra-se intimamente relacionado com a liberdade de imprensa e de comunicação social e com os direitos dos jornalistas. No entanto, importante salientar que, particularmente no domínio da autodeterminação político-democrática da comunidade, as ideias de verdade e objectividade, a despeito de suas limitações, assumem centralidade como instrumentos de salvaguarda de bens jurídicos de natureza individual e colectiva. Isso traduz-se na existência de uma obrigação de rigor e objectividade por parte das empresas jornalísticas e noticiosas para além de uma obrigação de separação, sob reserva do epistemologicamente possível, entre *afirmações de facto e juízos de valor*, informações e comentários.¹⁶

O segundo aspecto é o direito à informação, que compreende o direito coletivo de acesso à informação, de receber a informação anteriormente difundida.

O direito à informação adquiriu papel preponderante dentro do conceito de direito de informação. Esse direito

(...) antes concebido como um direito individual, decorrente da liberdade de manifestação e expressão do pensamento, modernamente vem sendo entendido como dotado de força componente e interesse coletivos, a que corresponde, na realidade um direito coletivo à informação.¹⁷

¹⁵ NOBRE, Freitas. *Imprensa e liberdade: os princípios constitucionais e a nova legislação*. São Paulo: Summus, 1988, p. 33.

¹⁶ MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 474-475.

¹⁷ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 49.

Tratando sobre o direito à informação, já compreendido sob a ótica do interesse coletivo que o alberga, Jonatas Machado faz a seguinte consideração acerca do seu valor social:

Através dele [*direito de ser informado*] tem-se procurado ampliar a autonomia individual nos processos de formação de preferências e opiniões e reforçar a posição dos cidadãos em face dos meios de comunicação social, servindo o mesmo de justificação para a existência de um serviço público de rádio e de televisão, ou , pelo menos, de uma criteriosa regulamentação das actividades jornalística, de radiofusão e de radiotelevisão, no sentido de garantir um serviço informativo e formativo de qualidade.¹⁸

A informação, na realidade, é um poder. Ela tem o poder de influenciar, mudar a sociedade, por isso não pode ser tomada pela simples liberdade individual de informação, constitui-se um verdadeiro direito coletivo à informação:

Se a liberdade de expressão e de informação, nos seus primórdios, estava ligada à dimensão individualista da manifestação livre do pensamento e da opinião, viabilizando a crítica política contra o *ancien regime*, a evolução daquela liberdade operada pelo direito/dever à informação, especialmente com o reconhecimento do direito ao público de estar suficientemente e corretamente informado; àquela dimensão individualista-liberal foi acrescida uma outra dimensão de natureza coletiva: a de que a liberdade de expressão e informação contribui para a formação da opinião pública pluralista – esta cada vez mais essencial para o funcionamento dos regimes democráticos, a despeito dos anátemas eventualmente dirigidos contra a manipulação da opinião pública.¹⁹

Ao lado da liberdade de informação compreendida como o direito de informar e o direito de ser informado, existe ainda um terceiro aspecto que se relaciona com os demais, trata-se do direito de se informar, que compreende o direito do indivíduo de ir em busca da informação, conforme atestam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

O direito de se informar traduz igualmente uma limitação estatal diante da esfera individual. O indivíduo tem a permissão constitucional de pesquisar, de buscar

¹⁸ MACHADO, Jônatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 476.

¹⁹ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2ª ed. atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000, p. 166-167

informações, sem sofrer interferências do Poder Público, salvo as matérias sigilosas, nos termos do art. 5º, XXXIII, parte final.²⁰

A Constituição Federal abarcou esse sentido da liberdade de informação, como decorrência direta do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, já que a difusão da informação, e o acesso a esta são essenciais na formação do indivíduo. Além do que, consubstanciou em seu artigo 5º, inciso IV, a liberdade de manifestação de pensamento, e em seus incisos XIV e XXXIII, o direito coletivo à informação.

1.2.4. Liberdade de expressão e liberdade de informação como fundamento para o exercício de outras liberdades.

Não resta dúvida quanto ao papel decisivo imprimido pelas liberdades de expressão e de informação dentro do Estado Democrático de Direito, daí não se poder olvidar o caráter das mesmas como fundamento para o exercício de outras liberdades, conforme se verifica nas lições de Edilsom Pereira de Farias:

Assim, a liberdade de expressão e informação, acrescida dessa perspectiva de instituição que participa de forma na orientação da opinião pública na sociedade democrática, passa a ser estimada como elemento condicionador da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais.²¹

Esse caráter foi acentuado pela Suprema Corte Americana no desenvolvimento da teoria da posição preferencial (*preferred position*), conforme aduz Edilsom Pereira de Farias:

Em conseqüência, no caso de pugna com outros direitos fundamentais ou bens de estatura constitucional (assunto que será objeto do item seguinte desse estudo), os

²⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 145.

²¹ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2ª ed. atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000, p. 167.

tribunais constitucionais têm decidido que, *prima facie*, a liberdade de expressão e comunicação goza de *preferred position*.²²

A doutrina da posição preferencial formulada no julgamento *United States v. Carolene Products Co (1938)*, não tratava especificamente da liberdade de expressão, mas sim se referia à posição prevalente dos direitos fundamentais dentro do sistema jurídico americano, que representariam um rígido controle de constitucionalidade das leis que imporiam restrições a aos direitos fundamentais (*strict scrutiny*).

Com relação a liberdade de expressão, a adoção desse critério é utilizado no intuito de impor limites a restrição da liberdade de expressão “quando em pugna com os aludidos direitos da personalidade, em razão da valoração dessa liberdade como condição indispensável para funcionamento de uma sociedade aberta”.²³

Por essa teoria, a liberdade de expressão e de informação deteria uma posição preferencial em relação a outros direitos fundamentais individualmente considerados, nesse sentido

Qualquer restrição deve ser determinada por ordem judicial, mediante o devido processo legal. E, mesmo o Poder Judiciário, só deve impor qualquer restrição à liberdade de expressão quando foi imprescindível para salvaguardar outros direitos que não possam ser protegidos ou compostos de outro modo menos gravoso. Especialmente, a concessão de liminares só deve ocorrer em casos muitíssimos excepcionais. Na maioria das vezes, o direito invocado pode ser perfeitamente composto com a indenização por dano moral, o que é melhor solução do que impedir a livre expressão. O sistema composto contribui, também para criar um sentimento de responsabilidade entre os agentes criativos em geral pelos danos causados pelas suas obras.²⁴

²² FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2ª ed. atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000, p. 167-168.

²³ *Ibidem*, *ibidem.*, p. 174.

²⁴ CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e liberdade de expressão*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 51.

Cabe, no entanto fazer a ressalva de que a aplicação da teoria pela Corte Americana passa pela anterior análise da adequação do exercício do direito no caso concreto aos limites lícitos da ação conforme consigna Edilson Pereira de Farias:

Todavia, antes de proceder no caso concreto ao *balancing of interest*, a *Supreme Court* Americana verifica se o exercício da liberdade de expressão e comunicação está dentro do marco traçado para a sua forma lícita de ação. Nesse passo, estabelece os seguintes critérios: (1) o público (assuntos ou sujeitos públicos) deve ser separado do privado (assuntos ou sujeitos privados), essencialmente em razão da função social que a liberdade expressão e comunicação desempenha na sociedade democrática: a serviço da opinião pública livre e pluralista do controle do Poder Público, do debate público. Assim, não há razão para a valoração preferente da liberdade de expressão e comunicação, quando essa liberdade se referir ao âmbito *inter privato* dos assuntos ou sujeitos. (2) Examina o referido limite interno da veracidade que conforma a liberdade de expressão e comunicação, ou seja, a atitude diligente do comunicador, no sentido de produzir uma notícia correta e honesta. Assim, a informação que revela manifesto desprezo pela verdade ou falsidade não tem preferência, uma vez que não cumpre a relevante função social confiada à liberdade de expressão e comunicação.²⁵

Assim é que, conforme colacionado acima, não há como albergar determinadas situações sob o manto da liberdade de expressão, tendo em vista que existem fatos que extrapolam esse contexto.

Nesse sentido foi a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o caso de editor de livro que sob a justificativa do exercício da liberdade de expressão, editou livro com cunho anti-semita, incitando o ódio racial. No caso em questão, entendeu o Supremo Tribunal Federal que tal fato não se encontrava protegido pela liberdade de expressão, tratava-se na verdade de crime de racismo.²⁶

Também cabe aqui fazer menção a decisão do Tribunal Federal Alemão no caso *Blinkfüer* (1969), quando do julgamento do caso de empresário do meio jornalístico, que

²⁵ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2ª ed. atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000, p. 174.-175.

²⁶ HC 82.424. Rel. para o acórdão Min. Mauricio Correa, j. 29.08.2003.

devido ao poderio de sua empresa jornalística, impunha pressão contra o semanário *Blinkfuer*, de teor comunista. O Tribunal proferiu entendimento no sentido de que o ato havia ultrapassado o limite da liberdade de expressão, tendo em vista que seu exercício legítimo deveria ocorrer no âmbito da relação com os leitores do seu semanário, não havia como tolerar o uso da liberdade de expressão tendo por fito boicotar um outro semanário por questões totalmente diversas do âmbito de proteção dessa liberdade, assim era ilícita a atitude do empresário que condicionava a venda de sua revista em banca de revista desde que essa não vendesse o semanário *Blinkfuer*.

Sobre tal aspecto, cabe aqui também relatar a decisão da Suprema Corte ao julgar o caso *Brandenburg v. Ohio* (1969), onde se discutia se a persecução criminal de membro do Ku Klux Klan feria a Primeira Emenda, a Suprema Corte entendeu que havia diferença entre o discurso que propagasse no plano teórico uma política de violência e o discurso que insuflasse a prática de atos de violência atuais e iminentes, que por consequência poderiam ensejar à prática de tais atos, nesse diapasão a essa espécie de discurso não se encontraria albergada pela Primeira Emenda.

1.3. Liberdade de Imprensa

Nos dias de hoje, o meio mais utilizado de propagação da informação é, indubitavelmente, a imprensa, que comporta os meios de comunicação, sistema de difusão por excelência da informação, e formador de opinião da sociedade.

A imprensa adquiriu tamanho papel no meio social, que não se concebe a vida moderna sem a sua existência.

1.3.1 Origem e evolução histórica da imprensa²⁷

Desde os primórdios da humanidade, através das representações rupestres, o homem se comunica, ou seja, manifesta seu pensamento, que não deixa de ser uma forma de expressão e comunicação, ainda que de maneira primitiva, mas já presente a essência do instituto.

Darcy Arruda Miranda²⁸ faz menção de que, ainda, na pré-história, quando se iniciou a diferenciação das representações puramente artísticas, e daquelas próprias de comunicação, servindo estas últimas de veiculação de fatos e notícias, pode-se falar no nascedouro da imprensa.

Ainda na antiguidade, tanto no Egito, como em Roma, e na China já existiam espécies de jornais periódicos manuscritos, trazendo as principais notícias do cotidiano daquelas civilizações, principalmente para as regiões mais distantes, longe dos centros políticos.

No século XIV, em Veneza, importante centro cultural e de negócios da Idade Média, já circulavam as *Gazzettas*, pequenos jornais semanais, que depois se espalharam por toda a Europa.

No entanto, a imprensa, como hoje é conhecida, nasceu da criação da máquina de prensa, através de *Gutemberg*, aproximadamente no ano de 1436, que propiciou uma evolução incomparável na história da humanidade, já que disseminou e barateou a produção literária, com a utilização dos mecanismos impressos.

²⁷ MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à lei de imprensa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 37 e ss.

²⁸ *Ibidem*, *ibidem*, p. 37.

Foi a partir daí que se deu o impulso para a consolidação da imprensa, como meio essencial de divulgação da informação, com a criação de inúmeras oficinas tipográficas por toda a Europa.

Conseqüentemente, a partir do século XVI houve o surgimento de jornais e periódicos, que levavam a cabo todo o tipo de notícia; fazendo nascer, já em 1887, por conta dos avanços tecnológicos, as agências de notícias, responsáveis por colher as informações nos mais diversos pontos do mundo e repassá-las às grandes massas sócias.

Mas, se a humanidade levou cerca de quatrocentos anos se utilizando dos meios de informação impressos, salto espetacular ocorreu nos últimos cem anos, quando o homem desenvolveu uma tecnologia incomparável, fazendo nascer meios de comunicação mais ágeis na disseminação da notícia: o rádio e, posteriormente, a televisão.

Na última década, outro meio de comunicação adquiriu papel de destaque na imprensa: o computador; principalmente, com o advento da *internet*, rede que liga os computadores de todo o planeta, transmitindo as informações numa velocidade inigualável. Basicamente todos os órgãos de imprensa têm, hoje, um *site* na *internet*, além daqueles que só se encontram presentes na rede.

O Brasil está amplamente inserido nesse contexto. No período colonial foi negado o direito à existência da imprensa, por receio dos efeitos que esta teria sob a colônia, no Império já se vislumbrava uma tímida, mas atuante imprensa, que se perpetuou por toda a República Velha.

No entanto, foram nos últimos cinquenta anos que a imprensa se desenvolveu e se consolidou como elemento essencial na sociedade brasileira, tanto assim, que no ano de 1967, sob a égide do regime militar, foi editada a Lei de Imprensa brasileira, que, como retrato histórico de uma época, trouxe um forte cunho ditatorial e de censura.

Com a Constituição de 1988, como consequência da mudança de paradigma ali encontrada, baseada nos valores da proteção da dignidade da pessoa humana e na democracia participativa, houve uma necessidade de alteração substancial na leitura dos diplomas legislativos editados sob a égide da Constituição anterior, incluindo-se a Lei de Imprensa nesse contexto, que no final de abril foi considerada não recepcionada pela Constituição brasileira em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ressalte-se que tal ponto será mais a frente tratado especificamente.

Nos dias de hoje, verifica-se que a imprensa adquiriu papel preponderante no Brasil, influenciando diretamente a formação da opinião pública.

1.3.2. Conceito de imprensa

A palavra imprensa surgiu para caracterizar todo o material impreso, ou seja, advindo da utilização da máquina de prensa, independente de qual fosse a finalidade desse material, bastando que se utilizasse à arte gráfica.

Nos dias atuais, ainda que muitos prefiram relacionar o termo imprensa à um sentido estrito e à um sentido lato²⁹, verifica-se que o termo imprensa abarca muito mais do que os materiais impressos, que originalmente constituíam a palavra, como atesta Darcy Arruda Miranda:

Se é certo que, nos primórdios de sua vulgarização, a palavra imprensa englobava num mesmo conceito todos os produtos das artes gráficas, das reproduções por imagens e por processos mecânicos e químicos, envolvendo livros, gravuras, jornais e impressos em geral, hodiernamente, em virtude de seu grande desenvolvimento, essas mesmas artes se subdividiram, esgalhando-se em planos distintos, formando qual uma nova especialidade, não sendo mais possível jungir a imprensa ao conceito dos velhos tempos. Urge, portanto, emancipá-la dos anexos, dando-se-lhe a conceituação moderna de jornalismo, desvinculando-a do conceito genérico de impressos.³⁰

Portanto, hoje se fala em imprensa sob o aspecto jornalístico, aquela destinada a formar opinião, despertar o interesse público. Nesse sentido, desvirtuando-se completamente do sentido original, englobando outros meios de comunicação, que não se utilizam da forma impressa, como rádio, a televisão, a *internet*, mas que se destinam a formação de opinião do grande público.

Essa é a exata noção do termo imprensa, compreendida como os meios de comunicação massiva existentes para a divulgação de notícias, formando a opinião pública, encontrando guarida na Carta Constitucional em seu art. 220, § 1º, como aduz Nuno e Sousa: “O direito da imprensa, tomado esta no sentido mais alargado, isto é, não restringido somente à imprensa

²⁹ Nesse sentido: SOUSA, Nuno, *A liberdade de imprensa*. Coimbra: Coimbra, 1984; MACHADO, Jônatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002., p. 506-510. Ambos os autores referem-se a esses dois sentidos. No sentido lato diria respeito ao conceito de liberdade de imprensa como propagação da informação pelos meios de comunicação social, dando-se, portanto, relevo ao conteúdo. Já no sentido estrito, abarcaria a propagação da informação sob os meios impressos, deixando assim à margem os outros meios de comunicação, como o rádio, televisão, *internet*, dando relevo ao aspecto formal.

³⁰ MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à lei de imprensa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 69.

escrita, abrange, pois, toda a comunicação de pensamentos e opiniões através de uma técnica de difusão”.³¹

1.3.3. Liberdade de imprensa

Inserida no contexto da liberdade expressão e da liberdade de informação, sendo decorrência imediata das mesmas, tem-se a liberdade de imprensa³², como se manifesta Manuel da Costa Andrade, firme nas lições de Canotilho e Vital Moreira: “Para efeitos deste horizonte problemático nada, por isso, mais indicado do que encarar a liberdade de imprensa como uma ‘qualificação da liberdade de expressão e informação’”³³.

Dessa feita, pode-se compreender a liberdade de imprensa como a liberdade de se exprimir através dos meios de comunicação os fatos e notícias à sociedade, possibilitando assim, a formação da opinião pública, é a decorrência direta da democratização do poder, conforme aduz Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

Destarte, tem-se hoje a liberdade de imprensa como a de informação por qualquer meio jornalístico, aí compreendida a comunicação e o acesso ao que se informa. Ou seja, preservando-se, de um lado, a perspectiva individual do direito à informação, que dá à liberdade de imprensa ainda uma dimensão de direito de manifestação de pensamento assegurado ao indivíduo. Mas, de outro, garantindo-se um direito, que é verdadeiramente coletivo, de acesso à informação.³⁴

Daí, pode-se extrair a diferença básica da liberdade de informação e da liberdade de imprensa, matriz onde repousa a liberdade aqui tratada, como já dito. A distinção se dá no

³¹ NUNO E SOUSA. *A liberdade de imprensa*. Coimbra: Coimbra, 1984, p. 4.

³² Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior em sua obra preferem utilizar o termo “liberdade de informação jornalística”, alegam os autores que essa seria “a herdeira primogênita da antiga liberdade de imprensa” (ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008)

³³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal. Uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 40-41.

³⁴ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 52-53.

âmbito do meio utilizado para a divulgação da notícia: a imprensa, os meios de comunicação de massa, englobando nesse aspecto, frise-se, a atividade fim do meio de comunicação, a divulgação da notícia, não se encontrando albergado nesse diapasão as formas de expressão que não tem por fim fornecer a informação jornalística, tais como programas televisivos de modo geral, propaganda, publicidade.

1.3.4. Liberdade de Imprensa: 1 – direito subjetivo; 2 – instituição ou garantia institucional.

A liberdade de imprensa abarca uma dupla dimensão que se relaciona diretamente entre si, de um lado a dimensão individual-subjetiva, de outra parte a institucional- objetiva.

A liberdade de imprensa tomada sob a ótica individual-subjetiva se relaciona diretamente com o conceito de liberdade de propagação e exteriorização do pensamento garantido aos indivíduos de modo geral; o segundo aspecto, a garantia institucional-objetiva diz respeito a garantia constitucional da liberdade de imprensa, ou seja de uma imprensa livre.

Portanto, pode-se observar que a liberdade de imprensa tanto abarca o direito de cunho substancial de propagar o pensamento através dos meios de comunicação social, como também a garantia institucional do instrumento pelo qual se leva a cabo o conteúdo que se quer propagar. Nesse sentido são as palavras de Jonatas Machado:

A dimensão individual-subjetiva prende-se com a garantia de posições jurídicas aos indivíduos ligados à imprensa, com particular relevo para os jornalistas, bem como para às empresas jornalísticas e aos órgãos de comunicação social, públicos e privados. Do ponto de vista estrutural a garantia de distanciamento relativamente ao Estado, particularmente importante no domínio das liberdades de espírito. Por sua vez, a dimensão institucional-objectiva reporta-se à tutela dispensada ao valor “imprensa livre” numa ordem constitucional democrática, enquanto princípio conformador da

ordem jurídica globalmente considerada e elemento constitutivo do processo político e social.³⁵

Assim, vislumbra-se que a imprensa tanto pode ser observada sob o aspecto individual, baseado na concepção de direito fundamental, como uma não intervenção estatal, como também no aspecto de missão de interesse público, ressaltando-se seu âmbito de essencialidade dentro do Estado Democrático:

De forma axiomática, a liberdade de imprensa emerge, ela própria, como um *direito fundamental* e (*hoc sensu*) como uma *instiuição* – “uma instituição moral e política” na caracterização de COING- basilar e irrenunciável da sociedade democrática e do Estado de Direito. Ou, na caracterização intencionalmente carregada do Tribunal Constitucional Federal alemão, um “elemento essencial” ou ainda “pura e simplesmente constitutivo” de um estado assente na liberdade.³⁶

O aspecto da liberdade de imprensa tomado pela dupla dimensão: individual-subjetiva e institucional- objetiva, tem como nascedouro a doutrina alemã.

Assim, imbuída dos valores dos direitos fundamentais de primeira geração, parte da doutrina alemã se ocupou de tratar a liberdade de imprensa sob o aspecto individual. Essa é a chamada teoria liberal.

Já uma segunda teoria, a institucional, acentuou, como o próprio nome já diz, o aspecto institucional da liberdade de imprensa, relacionada diretamente ao interesse público e o papel da instituição imprensa dentro do contexto político-estatal, conforme atesta Nuno e Sousa ao discorrer sobre o tema:

A liberdade de imprensa institucionalizada como um meio de processo político da opinião pública forma um todo unitário em si. O colaborador de um órgão de imprensa, no que toca a sua expressão individual de opinião, não se pode referir à

³⁵ MACHADO, Jônatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 505.

³⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal. Uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 39.

proteção tradicional da liberdade individual de expressão da opinião, mas uma muito diversificada liberdade de imprensa garantida de acordo com a função da imprensa.³⁷

No entanto, parece ser mais adequada uma posição intermediária, onde se dê relevo às duas dimensões, agregando-as, de modo que liberdade de imprensa possa ser compreendida de modo amplo e preciso. Sobre tal aspecto afirma Jónatas Machado:

Ambas as dimensões coexistem sem contradição. Por um lado, é a função objectiva e institucional do direito à liberdade de imprensa que permite proteger eficazmente os direitos subjectivos dos indivíduos e das pessoas coletivas que se dedicam a esta actividade. Por outro lado, é o carácter preponderantemente subjectivo e negativo da liberdade de imprensa que permite que o mesmo desempenhe uma importante função democrática.³⁸

Em sentido idêntico, é a manifestação de Manuel da Costa Andrade:

Bem vistas, de resto, não parece que as ‘duas raízes’ da liberdade de imprensa hajam de irradiar exigências sistemática e irreconciliavelmente antitéticas. Trata-se, afinal, de duas dimensões duma mesma e única liberdade, não sendo arriscado acreditar que, por via de regra, estarão numa relação de implicação recíproca. Terá pelo menos de ser assim a entender-se, como parece seguro, que a participação livre e esclarecida no debate público de idéias e de valores e na formação da opinião pública vale também como uma exigência directamente decorrente da dignidade humana. Isto por ser manifesto que ‘a dignidade humana é também decisão consciente e responsável entre alternativas.’³⁹

Tendo como fundamento o aspecto institucional da liberdade de imprensa, tem o Tribunal Federal Alemão decidido constantemente, no entanto não se pode olvidar que tem

³⁷ SOUSA, Nuno e. *A liberdade de imprensa*. Coimbra: Coimbra, 1984, p. 54.

³⁸ MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 506.

³⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal. Uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 42-43.

também o Tribunal Alemão reiteradamente afirmado “o significado privilegiado da referência pessoal como uma das duas colunas sobre que assenta a liberdade de imprensa.”⁴⁰.

Sobre a questão institucional da liberdade de imprensa, clássica é a decisão proferida pelo Tribunal Federal Alemão no caso Lüth⁴¹, tal decisão é considerada como um marco na seara do direito constitucional, sobretudo no que diz respeito a aplicação da teoria dos direitos fundamentais no âmbito privado.

Com relação à liberdade de imprensa aqui tratada, o caso tem relevância por ter imposto os paradigmas da noção institucional da liberdade de expressão, e conseqüentemente, da liberdade de imprensa, conforme transcrição de parte da decisão inserida no texto do Manuel da Costa Andrade:

O direito fundamental de liberdade de expressão, como a mais discreta expressão (*unmittelbarster Ausdruck*) da personalidade humana na sociedade, é um dos mais proeminentes direitos do homem (*un des droits le plus précieux de l'homme* segundo o artigo 11º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). Ela é pura e simplesmente constitutiva para uma ordenação estadual livre e democrática, pois só ela torna possível o permanente debate cultural, o confronto de opiniões que é seu elemento vital.⁴²

Outra decisão essencial na consolidação do caráter institucional da liberdade de imprensa foi proferida no julgamento do caso New York Times v. Sullivan, nesse caso foi analisada especialmente a dimensão coletiva (ou instrumental) da liberdade de expressão, estabelecendo-se as bases para a verificação do imprescindível papel desempenhado pela

⁴⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal. Uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 43.

⁴¹ Caso Lüth (1958)– o processo tratou do julgamento da conduta de Erich Lüth que fez uma verdadeira campanha através dos meios de comunicação contra Veith Harlan e seus filmes, pelo fato desse cineasta ter sido à época do regime nazista um dos principais expoentes das idéias nazistas no âmbito cinematográfico, tendo inclusive incitado o ódio aos judeus, principalmente através do filme “Jud Süß” (1941).

⁴² NJW, 1958, p. 258 citado por ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal. Uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 44.

imprensa de dar visibilidade à atuação dos agentes públicos, permitindo a fiscalização e controle destes pela população.

Nessa decisão, a Suprema Corte entendeu que o âmbito de proteção da honra e imagem das pessoas que se envolvessem em acontecimentos públicos, diante de fatos eventualmente falsos e danosos que lhes fossem imputados pelos jornais, deveria ser reduzido. Para a constituição da conduta ilícita, deveria restar evidenciado o dolo (*actual malice*) ou a conduta temerária (*reckless disregard*) do jornalista na veiculação da notícia danosa, cabendo o ônus de tal prova à pessoa atingida, para que faça jus à indenização por danos à sua honra ou imagem, em sentido contrário, quando se tratasse de pessoas privadas, seria suficiente que provassem o dano causado pela notícia, demonstrando-se claramente o papel preponderante imprimido à imprensa como instituição no regime democrático.⁴³

Ainda no sentido da discussão acerca da função institucional da liberdade de expressão, cabe fazer menção ao caso Lebach julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão.

Nesse caso, tendo em vista a função institucional da liberdade de expressão, evidenciada, sobretudo no interesse público que consubstancia o alcance dessa função, a Corte Alemã entendeu que não havia interesse público na transmissão do documentário “O assassinato de soldados em Lebach”, já que pessoa condenada pelo crime ali relatado encontrava-se prestes a sair da prisão, e a divulgação do filme, onde era mencionado expressamente, aparecendo, inclusive, sua imagem, colocaria em risco a sua ressocialização, não haveria assim uma função institucional a ser protegida, devendo, portanto prevalecer o direito da personalidade.

⁴³ O caso *New York Times v. Sullivan* é analisado também no tópico A) Veracidade do fato noticiado do item 3.3.4 Hipóteses de conflitos entre direitos da personalidade e liberdade de imprensa e jurisprudência pátria do Capítulo III – Colisão entre direitos da personalidade e liberdade de informação.

1.3.5. Imprensa, liberdade e limites

A imprensa, com o decorrer dos séculos, adquiriu uma grande importância para o homem, tanto que nos dias atuais não há como dissociar a imprensa da sociedade, ambas se refletem.

A atividade de imprensa abarca todo o tipo de informação. Na realidade, não existe campo de atividade humana que não interesse diretamente a imprensa, qualquer situação que ocorra no mundo, por mais importante ou mesmo bizarra que seja, tem a cobertura jornalística, despertando os mais variados sentimentos na sociedade, influenciando diretamente a vida das pessoas.

Sob esse aspecto, atesta Darcy Arruda Miranda:

Dentro da grei humana, a sua importância é tal que já se lhe atribui a categoria de 4º Poder do Estado, em virtude do seu índice de penetração na massa popular e imensa facilidade em construir ou destruir reputações, em estruturar ou desintegrar a sociedade, em edificar ou debilitar os povos, pelo domínio das consciências, através de noticiários e comentários honestos ou tendenciosos.⁴⁴

O poder da imprensa foi sentido pelos governantes desde o seu nascimento. Com o desenvolvimento da máquina de prensa, a facilidade de sua utilização, e barateamento nos custos de produção, a sociedade assistiu o surgimento, e um assombroso crescimento na quantidade de jornais e periódicos.

O Estado se viu diante de ataques e críticas feitas por jornais e periódicos impressos, que chegavam com enorme rapidez as grandes massas sociais. Diante do perigo que

⁴⁴ MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à lei de imprensa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 69.

representavam esses questionamentos para um Estado que até então agia livremente sem a perturbação maior da população, este passou a impor limites e restrições à liberdade de imprensa, que acabaram por desembocar na censura.

A censura, como atividade desenvolvida pelo Poder Público, sob o manto de garantir a segurança da população, no sentido de proibir a veiculação de determinadas notícias pelos meios de imprensa, tornou-se prática recorrente de Estados totalitários, ou que vivem sob uma pseudodemocracia, não aceitando qualquer tipo de informação que se oponha aos seus interesses.

A liberdade de imprensa é um dos primeiros direitos que sofre restrições numa sociedade onde não existe uma verdadeira democracia. Na realidade, ela é a medida exata do grau de liberdade que gozam as pessoas num determinado Estado, “é um ‘termómetro’ em que se vê como vai a liberdade política”.⁴⁵

Pedro Frederico Caldas fala com bastante propriedade sobre a relação da liberdade de imprensa e a democracia:

A verdade é que a liberdade de imprensa de ordinário progride ou regride na razão direta da progressão ou regressão da liberdade de manifestação de pensamento, toda vez que a sociedade mergulha nas trevas dos chamados regimes de exceção, a liberdade de imprensa é comprimida. Somente as sociedades democráticas conhecem em toda a sua plenitude a liberdade de imprensa (*rectius* liberdade de informação).⁴⁶

O exercício da atividade de imprensa é imprescindível no Estado Democrático de Direito, como corolário da liberdade de informação em seu múltiplo aspecto. Não se concebe

⁴⁵ SOUSA, Nuno e. *A liberdade de imprensa*. Coimbra: Coimbra, 1984, p. 28.

⁴⁶ CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo, 1997, p. 65.

uma sociedade democrática onde não haja uma imprensa livre, capaz de criar formadores de opinião conscientes de seu papel na estrutura social.

Se a princípio, fundada nas liberdades individuais, pregava-se uma liberdade de imprensa ilimitada, contrariando qualquer tipo de censura a ser imposta a esta, nos dias de hoje, consciente do papel que esta desempenha na sociedade, tem-se a exata noção de que deva existir uma liberdade de imprensa com responsabilidade.

A liberdade de imprensa que não é exercida com responsabilidade, não pode ser conceituada de liberdade dentro de um Estado Constitucional de Direito, mais sim de arbitrariedade.

Sobre tal aspecto, assim se manifesta André Ramos Tavares:

Frise-se, pois, esse salutar aspecto da liberdade: a *responsabilidade*. Esta a definição que deverá nortear todo e qualquer ato, praticado sob a suposta égide da liberdade, quer seja de locomoção, de culto e de religião, de opinião ou, igualmente, o de *expressão*.

(...)

Assim, um determinado ato somente poderá ser considerado como concretizador da liberdade de expressão se não ultrapassar o limite imposto pelo conceito de liberdade, qual seja, o respeito (responsabilidade) que deve haver no uso da liberdade.⁴⁷

A censura sob nenhum aspecto deve existir, mas cabe à imprensa fazendo uso de sua liberdade, com a dimensão real de sua influência no mundo social, agir com responsabilidade, respeitando, sobretudo, o ser humano.

⁴⁷TAVARES, André Ramos. “Liberdade de expressão-comunicação, limitações quanto ao seu exercício e possibilidade de regulamentação” in *Leituras Complementares de Direito Constitucional*, org. Marcelo Novelino. 3ª ed. rev. atual. Salvador: Jus Podium, 2008, p. 248.

Numa sociedade democrática, os direitos dos entes sociais devem conviver da maneira mais harmônica possível, daí a necessidade de se imporem limites, pois sua falta ensejaria na aniquilação de um dos dois direitos, e na desordem total do mundo social. Portanto, toda a liberdade deve ter limites.

A questão fundamental é saber onde colocar os limites. É certo que não existe liberdade absoluta; a liberdade de cada um, numa democracia, deve ser exercida até o ponto em que não cerceie, atinja, constranja a liberdade do outro. Esta é a exata noção de liberdade de imprensa com responsabilidade.

A liberdade de imprensa com responsabilidade implica o respeito a princípios éticos fundamentais: da veracidade dos fatos, da dignidade da pessoa humana e do direito à informação, que se baseia, sobretudo, no interesse público da notícia.

A imprensa livre não é aquela que leva a cabo todo tipo de notícia, mas sim, aquela que antes observa a veracidade dos fatos noticiados. Se é lícito a imprensa divulgar notícias que tenham relevância para a sociedade, é um verdadeiro dever do jornalista a incansável busca pela verdade dos fatos, posto que os meios de informação tem uma precípua função social de levar a informação ao homem. Nesse sentido discorre Edilsom Pereira de Farias:

O limite interno da veracidade, aplicado ao direito à informação, refere-se à *verdade subjetiva* e não à *verdade objetiva*. Vale dizer: no Estado democrático de direito, o que se exige do sujeito é um dever de diligência ou apreço pela verdade, no sentido de que seja contactada a fonte dos fatos noticiáveis e verificada a seriedade ou idoneidade da notícia antes de qualquer divulgação.⁴⁸

⁴⁸ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2ª ed. atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000, p. 164.

No entanto, muitas vezes, o que observa é que no afã de um “furo jornalístico”, a imprensa esquece do dever de procurar a verdade, e acaba por comprometer todo o seu papel, conforme preleciona L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho:

É certo que, nos casos concretos, torna-se difícil estabelecer o que é verdade e o que é falsidade. Qualquer que seja o critério adotado há que se levar em conta essa dificuldade e há que ser flexível. O que se deve exigir dos órgãos de informação é a diligência em apurar a verdade; o que se deve evitar é a despreocupação e a irresponsabilidade em publicar ou divulgar algo que não resista a uma simples aferição.⁴⁹

O princípio da dignidade da pessoa humana se materializa no respeito aos direitos da personalidade do homem, servindo como verdadeiras balizas na sinalização dos limites à liberdade de imprensa. Ora, o ser humano deve ser respeitado em sua integridade, não devendo a informação, levada a cabo pela imprensa, denegri-lo em sua imagem, honra, nem tampouco violar sua intimidade e privacidade, descambando no sensacionalismo e na exposição do homem a papel ridículo.

A liberdade de imprensa repousa, ainda, no direito à informação, direito coletivo de ser informado. Por ser importante instrumento de formação da opinião pública, a imprensa tem verdadeira função social, qual seja levar a sociedade notícias e informações baseadas na verdade e que sejam do interesse público.

Na verdade, o interesse público é um conceito bastante relativo em matéria de imprensa, posto que a sociedade não é homogênea, variando a concepção do que seja interesse público para cada indivíduo.

⁴⁹ CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e liberdade de expressão*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 97.

No entanto, sob o manto da responsabilidade social, a imprensa deve encontrar parâmetros para aquilo que seja o interesse público da sociedade, e o que seja deformidade desse interesse.

Sobre este aspecto afirma José Afonso da Silva que:

O dono da empresa e o jornalista têm um direito fundamental de exercer sua atividade, sua missão, mas especialmente têm um dever. Reconhece-se-lhes o direito de informar ao público os acontecimentos e idéias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvarziar-lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas deformação.⁵⁰

Assim, agasalhado nas lições de Manuel da Costa Andrade, pode-se afirmar com segurança que:

(...) só a imprensa livre emerge como instância de actualização da opinião pública e, para além disso, como salvaguarda da dignidade humana. Isto na medida em que esta reclama, já o vimos, a possibilidade de participação livre e esclarecida nas decisões sobre a coisa pública.⁵¹

A Constituição brasileira, sob a égide dos princípios democráticos, assegura a total liberdade de imprensa, ressaltando os limites necessários para a harmonização dos direitos, baseada no art. 5º, inciso IV, onde preceitua que é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato; o inciso V, que assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, no sentido de coibir abusos, obrigando os meios de comunicação a respeitarem o princípio da veracidade; o inciso XIV, que assegura o acesso às informações; e o inciso XXXIII, que trata do acesso à informação nos órgãos públicos para os cidadãos e a imprensa.

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 250.

⁵¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal. Uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 53.

No capítulo destinado à Comunicação Social, no art. 220, dispõe-se que a imprensa não sofrerá qualquer restrição, o parágrafo 1º afirma que nenhuma lei conterà dispositivo que constitua embaraço à plena liberdade de informação jornalística, salvo as restrições impostas pela própria Constituição, o parágrafo 2º veda toda e qualquer censura.

1.4. Direito de resposta

1.4.1 Conceito

Relacionado diretamente com a liberdade de imprensa, encontramos o direito de resposta. Na preciosa lição de Vital Moreira, pode-se observar a exata noção do que vem ser este direito:

Com efeito, o direito de resposta consiste essencialmente no poder, que assiste a todo aquele que seja pessoalmente afectado por notícia, comentário ou referência saída num órgão de comunicação social, de *fazer publicar ou transmitir nesse mesmo órgão, gratuitamente, um texto seu contendo um desmentido, rectificação ou defesa*

Visto do outro lado, ele define-se como a obrigação que todo o meio de comunicação social tem, de difundir, no prazo e condições estabelecidas na lei, a rectificação ou refutação que a pessoa mencionada, prejudicada ou ofendida numa notícia ou comentário julgue necessária para os corrigir ou rebater.⁵²

Assim, pode-se observar que o direito de resposta exprime um *direito de acesso* do cidadão aos órgãos de comunicação social, no intuito de ter levado a público, pelos mesmos meios de veículo da informação a ser contraposta, a sua resposta em face daquela informação veiculada.

⁵² MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na comunicação social*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 10.

Dentro do conceito de direito de resposta pode-se visualizar dois aspectos. O primeiro diz respeito a um direito de retificação, ou seja, o ofendido dispõe do direito de apresentar a sua versão dos fatos ocorridos ou imputados a ele; num segundo aspecto, diz respeito ao direito do acusado de replicar acusações, opiniões ou juízo de valor feito a ele, tal aspecto versa sobre um direito de réplica do ofendido.

1.4.2. Direito de resposta e liberdade de imprensa.

O instituto do direito de resposta deve ser compreendido como um dos meios necessários para que se possa falar numa imprensa livre. Ora, dentro de uma sociedade que se diga pluralista e democrática deve haver o espaço para uma imprensa livre, mas, sobretudo ocorre a exigência de que num Estado Democrático de Direito não se admita a existência de um direito à liberdade de imprensa destituído de qualquer limitação, posto que qualquer poder ilimitado, por melhor que possa parecer, corre o risco de ser ditatorial. Neste sentido afirma Jonatas Machado:

Isto na perspectiva de que a autonomia redactorial e programática, decorrente das liberdades de imprensa e radiodifusão, pode ser restringida pelo direito de resposta, na medida em que ela representa uma limitação à liberdade de expressão de generalidades dos indivíduos, surgindo, assim, o direito de resposta como consequência do aligeiramento da mesma, como um *limite a um limite*.⁵³

O direito de resposta deve, portanto ser entendido como um limite necessário a liberdade de imprensa, sobretudo, tomando como base o fato de que dentro da estrutura social, o poder detido pelos meios de comunicação social sobressai diante do poder que detém o cidadão comum, ou seja, existe a marca da desigualdade no confronto entre os meios de comunicação social e o homem.

⁵³ MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 697.

O direito de resposta pode ser identificado como a própria personificação da necessidade de visualização da liberdade de imprensa sob sua dupla dimensão, a individual-subjectiva e a garantia institucional, já que não se pode conceber a liberdade imprensa apenas sob seu aspecto de cunho individual, baseada numa liberdade nos moldes da teoria liberal, deve-se vislumbrar também sua garantia institucional, de propagação da informação de interesse pública, imbuída, como já visto, da veracidade dos fatos, conforme atesta L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho:

(...) Mas, como já vimos, pensar assim é pensar que a liberdade de imprensa ainda é uma liberdade liberal, posta a serviço dos donos do jornal. Na verdade, a liberdade de imprensa é um bem de todos, jornalistas ou não, e que só tem a ganhar com a inserção de uma resposta procedente, pois o público se enriquecerá com mais uma versão e poderá julgar melhor os fatos.⁵⁴

1.4.3. Direito de resposta como direito fundamental

A inserção do direito de resposta no conteúdo da liberdade de imprensa não passou despercebida da Carta Constitucional brasileira que consagrou o direito de resposta como direito fundamental, ao lado da liberdade de informação, no art. 5º, inc. V.

Dentro do sistema de direitos fundamentais, o direito de resposta guarda certas peculiaridades que o distinguem dos demais direitos fundamentais considerados históricos, como a própria liberdade de imprensa sob o aspecto subjetivo. As peculiaridades, em breve síntese, são: esse direito se corporifica como uma pretensão positiva, um fazer, qual seja a publicação ou difusão de texto da pessoa ofendida; o sujeito passivo, pelo menos nas sociedades democráticas e pluralista, onde vigora uma imprensa livre de fato, é, em sua

⁵⁴ CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.120-121.

maioria das vezes, uma empresa jornalística privada, ou seja, é um direito fundamental exercido essencialmente numa relação entre particulares⁵⁵.

1.4.4 Objeto do direito de resposta

O objeto do direito de resposta pode ser interpretado sob duas perspectivas totalmente distintas, a primeira mais ampla, baseada no sistema francês, ou numa perspectiva mais restrita, a concepção alemã.

No primeiro sistema, o francês, a ênfase é dada a informação transmitida através dos meios de comunicação, ou seja, há o foco no aspecto formal, a informação, independente de seu conteúdo. Neste sistema permite-se a “a contraposição de versões de facto (*facto contra facto*), mas também de opiniões e juízos de valor (*opinião contra opinião*)”⁵⁶.

Já no sistema alemão, bem mais restritivo, o direito de resposta só pode ser utilizado diante de fatos, tendo por fim sua correção, não se aplica, portanto a opiniões e juízo de valor.

A Lei de Imprensa brasileira, considerada pelo Supremo Tribunal Federal, no final de abril, como não recepcionada pela Magna Carta de 1988, que trazia em seu bojo capítulo específico acerca do direito de resposta, perfilhava-se a uma posição intermediária aos dois sistemas citados acima, posto que o objeto do direito de resposta podia ser constituído por qualquer tipo de manifestação da imprensa, afirmação de fato, juízo de valor ou opinião, desde que contivesse ofensas ou referência a fato inverídico ou errôneo.

1.5 Uma nova lei de imprensa?

⁵⁵ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 697.

⁵⁶ MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na comunicação social*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 17.

Recentemente, após ampla discussão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 130, entendeu que a Lei de Imprensa brasileira não havia sido recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro após a edição da Constituição Cidadã de 1988.

Conforme já dito, a Lei de Imprensa foi editada sob o manto do regime militar, de cunho altamente ditatorial e repressor. De fato, naquele momento histórico não convinha ao Poder Público ter uma imprensa atuante e participativa, posto que efetivamente não se tratava de um regime democrático, onde o debate dos grandes temas é essencial, e a manifestação da opinião pública é imprescindível para a constituição de uma sociedade politizada⁵⁷.

Ocorre que, se àquela época, a Lei de Imprensa se prestava a um papel de reflexo do regime político brasileiro, nos dias de hoje não se pode dizer o mesmo. Havia certa discrepância entre os valores salientados na Lei de Imprensa e aqueles propugnados na Carta Constitucional de 1988.

Tal aspecto foi amplamente debatido no Supremo Tribunal Federal no processo de julgamento da ADPF 130, que acabou por afastar a aplicabilidade da Lei de Imprensa sob o manto de sua não - recepção.

De fato, era necessária a revisão de certos aspectos da Lei de Imprensa, tendo em vista que o seu conteúdo por vezes era mais severo com relação aos profissionais de imprensa do que o disposto no Código Penal com os cidadãos comuns.

No entanto, cumpre ressaltar que ao negar a aplicabilidade da Lei de Imprensa, criou-se um vácuo jurídico no tratamento de várias questões relacionadas à atividade de imprensa,

⁵⁷ Entendido o termo no sentido aristotélico: "o homem é naturalmente um animal político".

como foi amplamente exposto durante esse primeiro momento que sucedeu ao julgamento da ADPF 130⁵⁸.

Não se nega que a Lei de Imprensa necessitava ser revista, entretanto diante de sua ausência, verifica-se que temas, como o direito de resposta, passam a não contar mais com um instrumento legislativo que os regulamente.

Utilizar o argumento de que a Constituição de 1988 já trata do assunto, é limitar o debate quanto à necessidade de uma nova lei de imprensa, posto que a disposição constitucional acerca do tema é ampla, como deve ser de um texto constitucional, pois não cabe a Constituição descer a minúcias próprias da legislação específica acerca do tema.

Tais fatos não foram deixados à margem do debate constitucional travado no Supremo Tribunal Federal, muito pelo contrário foram amplamente ressaltados nos votos do Presidente Ministro Gilmar Ferreira Mendes, da Ministra Ellen Grace e do Ministro Joaquim Barbosa, que entenderam pela recepção parcial da Lei de Imprensa nos pontos acima dispostos.

Em que pese o entendimento dos Exmos. Ministros do Supremo Tribunal Federal acima citados, entende-se que diante da conclusão do julgamento da ADPF 130, resta superada a discussão acerca da manutenção parcial da Lei de Imprensa.

No entanto, acentua-se outro debate já iniciado mesmo antes de tal decisão pelo Supremo, trata-se do debate acerca da necessidade de uma nova Lei de Imprensa.

⁵⁸ Pode-se citar como exemplo: CAVALCANTI, José Paulo. *Por uma Lei de Imprensa* in seção “Tendências e Debates”, Folha de São Paulo, 07/05/2009; *STF e a Lei de Imprensa* in seção “Opinião – Fórum dos Leitores, O Estado de São Paulo, 05/05/2009; *Direito à informação* in Editorial, Folha de São Paulo, 03/05/2009; NOBRE, Marcos. *Informação é poder* in seção “Opinião – Imprensa”, Folha de São Paulo, 05/05/2009.

Sobre tal aspecto, pode-se salientar que a Constituição de 1988, ao tratar no art. 220 e seus parágrafos da manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, expressa, ainda que de forma indireta, a necessidade de legislação infraconstitucional a dispor sobre a matéria⁵⁹:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - **Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.**

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º - **Compete à lei federal:**

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - **estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221**, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Assim, vislumbra-se da leitura do texto constitucional, que foi a intenção do legislador constituinte a disposição legal acerca da matéria, no sentido de fazer valer os limites estabelecidos pela própria Constituição no que diz respeito ao exercício da atividade de imprensa, consubstanciando-se nesse diapasão numa autêntica reserva legal qualificada⁶⁰, conforme salientam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Gonet Branco:

Que a matéria não é estranha a uma disciplina legislativa é o próprio texto que o afirma explicitamente, ao conferir à lei federal a regulação das diversões e espetáculos públicos (natureza, faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada), o estabelecimento de

⁵⁹ Nesse sentido ver também o item 3.2 Limites dos Direitos Fundamentais do Capítulo III - Colisão de Direitos da Personalidade e a Liberdade de Informação.

⁶⁰ Sobre o tema reserva qualificada de lei, ver ponto 3.2 Limites dos Direitos Fundamentais do Capítulo 3 - Colisão de Direitos da Personalidade e a Liberdade de Informação.

mecanismos de defesa contra programas e programações de rádio e de televisão que, v.g., sejam contrários a valores éticos e sociais da pessoa e da família (CF, arts. 220, § 2º, e 221,IV)⁶¹

Diante de todos os argumentos elencados, parece-nos não restar dúvida quanto a necessidade de diploma legislativo específico a tratar da imprensa, tendo em vista seu aspecto tão essencial no âmbito da sociedade nos dias de hoje, como bem atesta Marcos Nobre em artigo publicado na Folha de São Paulo:

Segundo o pioneiro comentário de Freitas Nobre, a discussão deveria aliás começar pelo fato de que não se trata simplesmente de uma Lei de Imprensa, mas antes de uma Lei da Informação. Uma lei como essa é essencial à democracia porque regula a própria esfera pública, algo que não pode e não deve ser reduzido nem ao mercado nem ao Estado. Não pode se limitar às normas gerais existentes.⁶²

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 313.

⁶² NOBRE, Marcos. *Informação é poder* in seção “Opinião – Imprensa”, Folha de São Paulo, 05/05/2009.

Capítulo 2 - DIREITOS DA PERSONALIDADE

2.1 Conceito

O homem é um ser essencialmente social. Com algumas raras exceções, não se vislumbra a vida humana longe da sociedade, por menor que seja o grupo social que agrega o ser humano.

Para a ocorrência de uma vida social harmônica existem certos mecanismos de manutenção social. Cumprem esses papéis: a moral, a religião, os costumes, e o instrumento de adequação social por natureza, o direito.

O direito, através do ordenamento jurídico, proporciona meios de uma vida adequada do ser humano em sociedade, diferenciando-se dos outros institutos pelo seu caráter impositivo.

A vida em sociedade é composta por uma sucessão de fatos. Desde as situações mais simples até aquelas mais complexas, aquelas que estão diretamente relacionadas à atividade humana, ou simplesmente um fato da natureza, são fatos que compõem o mundo social.

Existem fatos, que diante de sua pouca importância para o seio social, não interessam diretamente ao homem, porém, como bem atesta o Professor Marcos Bernardes de Mello:

Quando, no entanto, o fato interfere, direta ou indiretamente, no relacionamento inter-humano, afetando, de algum modo, o equilíbrio de posição do homem diante

dos outros homens, a comunidade jurídica sobre ele edita normas que passam a regulá-lo, imputando-lhes efeitos que repercutem no plano da convivência social.⁶³

Ou seja, de acordo com sua relevância no mundo social, os fatos são valorados pelo ordenamento jurídico, recebendo a incidência da norma jurídica, que os torna fatos jurídicos, com a existência de certas conseqüências específicas, os efeitos jurídicos.

Os fatos, de acordo com sua importância na sociedade, nada mais são do que suporte fático dos fatos jurídicos, aqueles compreendidos no mundo jurídico.

Desde o momento da concepção, a vida humana recebe a valoração do ordenamento jurídico. A concepção é fato que recebe a incidência da norma jurídica, que assim a juridiciza, tornando-a fato jurídico, pois o ordenamento jurídico protege o homem desde este momento, visto que já se faz a tutela dos direitos do nascituro.

O nascimento do ser humano com vida lhe condiciona a capacidade de ter e adquirir direitos e deveres, de ser sujeito de direito, essa capacidade nada mais é do que a personalidade, atributo de toda pessoa que tenha nascido com vida.

O suporte fático do fato jurídico personalidade é o nascimento do ser humano com vida, daí porque não se poder falar em personalidade, sem que anteriormente já exista pessoa, conforme atesta José Serpa de Santa Maria:

Sem embargo de certa prévia distinção entre pessoa e personalidade, a lídima definição desta, não pode de todo apartar-se da idéia de pessoa como seu suporte fático, conquanto se não mais nascer alguém, presumindo-se mortos todos os

⁶³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 8.

habitantes de certa vida, não haverá neste lugar titulares de direitos e, portanto, inexistente personalidade.⁶⁴

A personalidade é característica própria da pessoa, de onde irradiam seus direitos e deveres. Na verdade, o primeiro direito que se irradia da personalidade, no dizer do grande jurista Pontes de Miranda é: “(...) o de adquirir direitos, pretensões, ações e exceções e de assumir deveres, obrigações, ou situações passivas em ação ou exceção”.⁶⁵ Essa é a base para todo o exercício dos demais direitos.

Importante salientar a existência de um direito geral da personalidade. Seria esta a fonte de onde brotam os demais direitos que dizem respeito à personalidade.

Esse direito se encontra corporificado em nossa Carta Constitucional, que em seu artigo 1º erigiu à categoria de princípio basilar a dignidade da pessoa humana, compreendendo a proteção da pessoa em todos os seus aspectos, tanto no oferecimento de recursos mínimos para uma existência digna, como também, na garantia a sua autonomia e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Portanto, seria o princípio da dignidade da pessoa humana um direito geral da personalidade, como salienta Gustavo Tepedino:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associado ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.⁶⁶

⁶⁴ SANTA MARIA, José Serpa de. *Direitos da personalidade e a sistemática civil geral*. Campinas: Julex Livros, 1987, p. 22.

⁶⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. T. VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 11.

⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 48.

Assim, amparado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, encontram-se os direitos da personalidade, como meios de promoção e proteção da personalidade humana em todos os seus sentidos, abrangendo seus prolongamentos e projeções⁶⁷.

Se o direito geral da personalidade é um norte a ser seguido no sentido da tutela da personalidade, os direitos da personalidade são a efetivação dessa tutela, nos vários desdobramentos da personalidade, se os mesmos não existissem não haveria como se pensar em personalidade.

Pontes de Miranda conceitua os direitos da personalidade como: “todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas”.⁶⁸ Já José Serpa de Santa Maria define os direitos da personalidade em decorrência da projeção dos atributos componentes da personalidade, ainda com base nos bens:

São os atinentes à utilização e disponibilidade de certos atributos inatos ao indivíduo, como projeções bio-psíquicas integrativas da pessoa humana, constituindo-se em objetos (bens jurídicos), assegurados e disciplinados pela ordem jurídica imperante.⁶⁹

Em sentido semelhante é o entendimento de R. Limongi França: “direitos da personalidade se dizem as faculdades jurídicas cujo objetivo são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções”.⁷⁰

⁶⁷ Também na ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, não se pode olvidar, como decorrente do mesmo, a liberdade de pensamento, informação, e imprensa, já tratada no capítulo anterior.

⁶⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. T. VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 118.

⁶⁹ SANTA MARIA, José Serpa de. *Direitos da personalidade e a sistemática civil geral*. Campinas: Julex Livros, 1987, p. 33.

⁷⁰ FRANÇA, R. Limongi. “Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais”. In: *Revista dos tribunais*. São Paulo, ano 72, Vol. 567, p. 9-16, jan. 1983.

Importa, realmente, é o fato de que os direitos da personalidade são aqueles imanentes à personalidade humana, no intuito de proteger os atributos primeiros e essenciais à realização do homem, e que não se esgotam nos textos legislativos, ou naquelas espécies elencadas pela doutrina, visto que as projeções e prolongamentos da personalidade se alargam de acordo com as situações vivenciadas pelo homem, requerendo constante proteção em todos os aspectos possíveis e de acordo com a necessidade.

O que ocorre é que, não raras vezes, existe a confusão entre direitos da personalidade e a própria personalidade, pensa-se em ofensa à personalidade, quando o que ocorre é uma ofensa aos direitos da personalidade, como se determinada lesão, por exemplo, fosse sobre a personalidade, e não sobre os direitos da personalidade, que dela se irradiam.⁷¹

2.2. Origem e evolução histórica

A personalidade e os direitos da personalidade, da maneira que se conhece hoje, são construções recentes, foram ganhando sua forma e relevo com o decorrer do tempo.

Importante papel desempenhou o pensamento filosófico grego, que trouxe as bases da conceituação da natureza humana, e do papel do homem como cidadão na *polis*, além da figura da *hybris*, mecanismo precursor, ainda que remoto, da tutela dos direitos da personalidade.

⁷¹ Nesse sentido: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. T. VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 5.

Mas é no direito romano que a noção de personalidade encontra sua nascente, com a concepção de *status*, compreendendo os *status libertatis*, *civitatis* e *familiae*. Sobre a questão, afirma José Serpa de Santa Maria que: “Para se alcançar a personalidade de direito não bastava o nascimento perfeito (*partus perfect*), ou seja, com a forma humana. Era mister que se configurasse os três estados (*status*), o de família, de cidadania e o de liberdade”.⁷²

Dessa maneira, em Roma, não tinha personalidade, ou seja, capacidade de adquirir direitos e deveres, o escravo. Com o passar do tempo, já no período clássico, foi dado ao escravo a qualificação de *persona*. A esse, ainda que em grau inferior ao homem livre, era concedida certa capacidade jurídica, mesmo que a lei assim não outorgasse.

Apesar de, ainda, não contar com uma sistematização, foi em Roma que a tutela dos direitos da personalidade encontrou raízes, mas precisamente na *actio injuriarum*. Não se tratava, propriamente, de mecanismo de defesa dos direitos da personalidade, e sim, um meio de se proteger das ofensas à honra por meio de ataques injuriosos, mas acabou abrangendo outros aspectos da personalidade, como atesta Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

O interdito em questão, desde a época romana clássica (a partir do início do século II a.C.), visava defender o indivíduo contra toda a ofensa a sua pessoa, abrangendo, à medida que se foi estendendo seu elástico, basicamente por obra dos éditos dos pretores, ofensas voltadas à honra, à liberdade, ao nome e até às relações familiares do indivíduo, portanto, contemplando não só a vulneração a sua integridade física, como de início sucedida.⁷³

Com o Cristianismo, que veio trazer um novo pensamento: a dignidade de todos os homens, como filhos do mesmo Deus, com igualdade de valores e possibilidades, pôde-se falar na noção de dignidade da pessoa humana.

⁷² SANTA MARIA, José Serpa de. *Direitos da personalidade e a sistemática civil geral*. Campinas: Julex Livros, 1987, p. 20.

⁷³ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 17.

Já na Idade Média, sofrendo forte influência do teólogo e filósofo, São Tomás de Aquino, que imprimiu um novo pensamento no Cristianismo, com a distinção entre as verdades divinas, os dogmas, e a verdade humana, a razão, consolidou-se a questão da natureza humana e sua dignidade.

Sopro importante foi impresso pela Escola Jusnaturalista, com a concepção de um direito natural do homem, superior e anterior ao próprio Estado, onde repousam as necessidades básicas do indivíduo. Ainda no século XVIII, veio se somar a esse pensamento, o Iluminismo e o Liberalismo, trazendo como cerne a autonomia e a razão do homem.

Sob forte influência desses novos paradigmas, houve uma eclosão de movimentos revolucionários no final do século XVIII, tendo a Revolução Francesa como exponencial. Esses movimentos que modificaram toda a estrutura da sociedade, como até então se conhecia, imprimiram uma nova ordem de valores, tendo o individualismo como fator determinante no mundo social.

Como consequência desses movimentos, vieram a nascer declarações consagrando direitos que seriam essenciais ao pleno desenvolvimento do homem: os *Bills of rights* das colônias americanas que se proclamaram independentes da Inglaterra em 1776, e a Declaração dos direitos do homem e do cidadão na França em 1789.

Esses direitos positivados foram concebidos como liberdades individuais oponíveis ao Estado, eram limitações ao poder do soberano, tratavam-se de liberdades públicas.

Com os processos revolucionários políticos, sociais, econômicos e culturais, os direitos fundamentais passaram a englobar outros direitos essenciais ao homem, mas que não comportavam mais a denominação de liberdades públicas, abarcando os direitos sociais e coletivos, que já não exigiam uma limitação do Estado, mas sim, sua efetiva participação.

Na metade do século passado, tendo como base a Declaração Universal dos Direitos do Homem, onde se encontram insertos os direitos fundamentais, depois do mundo sofrer com duas terríveis guerras mundiais, observou-se um processo de retomada do conceito de um direito geral da personalidade, tomado tanto em relação ao Estado, como nas relações pessoais do homem.

A Lei Fundamental Alemã de 1949 foi precursora nesse sentido, elevando a dignidade da pessoa humana como valor fundamental, o direito geral da personalidade.

Sob a égide das idéias de valorização do homem, compreendendo-o como centro e fundamento da sociedade, com o elemento da dignidade intrínseco a este, houve um aprofundamento no estudo específico dos direitos da personalidade, permitindo, hoje, se chegar a uma sistematização dos mesmos.

No ordenamento jurídico brasileiro, importante avanço trouxe a Constituição de 1988, que elencou entre os direitos fundamentais, em seu artigo 5º, os direitos da personalidade, reclamando sua proteção. O Código Civil brasileiro que entrou em vigor em janeiro de 2003, pela primeira vez trouxe um título próprio destinado aos direitos da personalidade, mostrando o relevo que esses adquiriram no mundo recente.

2.3. Natureza jurídica

A natureza jurídica dos direitos da personalidade é questão controvertida, não existe uma unanimidade por parte da doutrina, ainda que, nos dias de hoje seja praticamente dominante a corrente em torno de que os direitos da personalidade são direitos subjetivos.⁷⁴ No entanto, muitos relutaram em aceitar o caráter de direito subjetivo dos direitos da personalidade, ou melhor, a própria existência dos direitos da personalidade, são as teorias negativistas dos direitos da personalidade.

Nesse sentido é a observação de Gustavo Tepedino: “(...) afirmava-se em síntese estreita, que a personalidade, identificando-se com a titularidade de direitos, não poderia, ao mesmo tempo, ser considerada como objetos deles”.⁷⁵

Daí porque se negar sua existência. Nessa esteira, Savigny chegou a formular a construção de que a existência de direitos da personalidade legitimaria o suicídio ou a automutilação, por ter o homem total disposição sobre sua personalidade.

Ainda sobre esse prisma, apontando que determinados bens amparados pela legislação não teriam um domínio sobre si, ou seja, não seriam direitos subjetivos, por serem inatos a qualquer homem pelo simples fato de serem pessoas, como a vida, a saúde, negou-se a compatibilidade desses com a noção de direitos subjetivos. Estes seriam mais condizentes à tutela dos direitos patrimoniais, em especial ao domínio.

⁷⁴ Nesse sentido: RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Vol. I São Paulo: Saraiva, 1999, p. 81; GOMES, Orlando. “Direitos da personalidade”. In: *Revista forense*. Rio de Janeiro, Vol. 216, p. 5-10, 1966; TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 9; BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5ª ed. atual. aum. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. , p. 5.

⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25. Este cita como defensores dessa corrente Roubier; Unger; Dabin; Savigny; Thon; Von Tuhr; Enneccerus; Zitelmann; crome; Iellink; Ravà; Simoncelli.

Essas teorias, com o passar do tempo, foram refutadas. Atualmente se tem como certa a existência dos direitos da personalidade. Ora, não há como se falar que tenham esses direitos como sujeito e objeto a personalidade em si mesma, na verdade o objeto dos direitos da personalidade são as projeções e prolongamentos da personalidade, Orlando Gomes diz que: “(...) constituem-no os bens jurídicos em que se convertem projeções físicas ou psíquicas da pessoa humana por determinação legal, que os individualiza para lhes dispensar proteção”.⁷⁶

Portanto, não é o objeto dos direitos da personalidade, a personalidade entendida como a capacidade de adquirir direitos e deveres, mas sim as emanções desta, estes são considerados os bens jurídicos a serem tutelados.

Ainda refutando esses conceitos, tomando como base a definição do direito subjetivo, devem os direitos da personalidade ser considerados assim, pois a personalidade vista como conjunto de caracteres e atributos da pessoa humana, deve ser alvo da proteção do ordenamento jurídico, evitando-se qualquer ofensa para o desenvolvimento em todos os aspectos do homem.

No que concerne à natureza de direito público ou privado dos direitos da personalidade, estes se encontram na categoria de direitos privados, pois é interesse pessoal do indivíduo a satisfação de suas aspirações e necessidades mais íntimas, no entanto ainda que seja essa a classificação, não há como se afastar o caráter público que envolve a questão.

2.4. Características

⁷⁶ GOMES, Orlando. “Direitos da personalidade”. In: *Revista forense*. Rio de Janeiro, Vol. 216, p. 5-10, 1966, p. 5.

Os direitos da personalidade ocupam uma posição especial dentro da sistemática do direito subjetivo privado, em decorrência do próprio objeto desses direitos, conferindo certas características distintas dos demais direitos privados.

O Código Civil, em capítulo referente aos direitos da personalidade, elencou as características de intransmissibilidade e irrenunciabilidade, em seu artigo 11, no entanto, ao observar a sistemática dos direitos da personalidade, outras características podem ser vislumbradas, as quais a doutrina trata com bastante propriedade.

Portanto, acrescendo às características listadas pelo Código Civil, os direitos da personalidade são⁷⁷: essenciais; inatos; absolutos; extrapatrimoniais; indisponíveis; vitalícios; impenhoráveis; e imprescritíveis.

2.4.1 Direito essencial

Seu caráter de essencialidade⁷⁸ se configura pelo fato de que sem esses a personalidade não está completa, tendo em vista que servem como instrumento de sua realização. Os outros direitos, que emanam da capacidade própria da personalidade, não haveriam como existir.

2.4.2 Direito geral

⁷⁷ É necessário salientar que não existe uma uniformidade doutrinária em torno das características dos direitos da personalidade. Devido à própria delimitação do instituto, bem como fruto da construção recente da teoria dos direitos da personalidade, procurou-se citar aqueles que são aceitos por grande parte dos doutrinadores, estando compilados em suas obras.

⁷⁸ Também chamado de necessidade. Nesse sentido GOMES, Orlando. “Direitos da personalidade”. In: *Revista forense*. Rio de Janeiro, Vol. 216, p. 5-10, 1966, p. 7; BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5ª ed. atual. aum. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 11.

É geral, pois são aqueles concedidos a todos, existem pelo simples fato de ser, não sendo necessária nenhuma aptidão pessoal para adquiri-los. Alguns autores preferem utilizar a expressão de direitos inatos, no entanto, essa terminologia remete a noção dada pelos jusnaturalistas, como direitos preexistentes à ordem jurídica, daí porque se evitar essa denominação.⁷⁹

Na realidade, o fato de ser homem, nem sempre foi condicionante de se ter personalidade, e conseqüentemente seus direitos. A noção de personalidade inerente a todo o ser humano se deu com a evolução da sociedade, importando salientar que a personalidade, ainda, não é, nos dias de hoje, em algumas culturas, inerente a todos os homens.

Portanto, é o ordenamento jurídico-positivo que atribui ao ser humano, pelo simples fato de possuir personalidade, os direitos da personalidade.

2.4.3 Direito absoluto

Por seu caráter de oponibilidade *erga omnes*, são absolutos, devendo toda a coletividade respeitá-los, incluindo nesse aspecto a própria intervenção estatal.

2.4.4 Direito extrapatrimonial

São extrapatrimoniais na medida em que há uma ausência direta de conteúdo patrimonial, pois, como assevera Orlando Gomes:

⁷⁹ Os doutrinadores divergem quanto à denominação de direitos inatos ou gerais, mas o sentido dado é o mesmo.

Os bens jurídicos sobre os quais incidem não são suscetíveis de avaliação pecuniária, embora possam alguns constituir objeto de negócio jurídico patrimonial e a ofensa ilícita a qualquer deles se tenha como pressuposto de fato do nascimento da obrigação de indenizar.⁸⁰

Portanto, pode-se dizer que imediatamente são extrapatrimoniais, mediamente, de acordo com certas situações, podem receber a chancela da atividade econômica.

2.4.5 Direito indisponível

A indisponibilidade, grosso modo, significa que seu titular não pode dela dispor livremente, Pedro Frederico Caldas diz que: “Na verdade, o direito só é disponível para o titular até o limite de possibilidade de sua usufruição, nada mais do que isso, não se podendo perder de vista, ainda o seu caráter de essencialidade”.⁸¹

Ou seja, tendo os direitos da personalidade a característica da indisponibilidade, pelo fato de estar intrinsecamente ligado à personalidade, não existe a possibilidade do direito mudar de titular livremente.

Essa característica abarca a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, já que se o titular não pode livremente dispor, também não pode renunciar, nem transmiti-lo a outrem.

2.4.6. Direitos vitalícios

⁸⁰ GOMES, Orlando. “Direitos da personalidade”. In: *Revista forense*. Rio de Janeiro, Vol. 216, p. 5-10, 1966, p. 7.

⁸¹ CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo, 1997, p. 11.

Os direitos da personalidade acompanham a pessoa desde o seu nascimento até a morte, sendo, portanto estes vitalícios, nesse sentido atesta o parágrafo único do artigo 12 do Código Civil.

Em alguns direitos da personalidade, subsistem efeitos *post mortem*, como no caso do direito à imagem, e ao corpo, ou *ad eternum*, como o direito moral do autor, e à honra. Nessas situações cabe aos herdeiros, cônjuge ou companheiro sobrevivente promover a sua defesa, no entanto, não se trata de transmissibilidade, posto que esses são vitalícios, os herdeiros agem por direito próprio.

2.4.7. Direitos impenhoráveis e imprescritíveis

Existem ainda as características da impenhorabilidade e imprescritibilidade. Os direitos da personalidade não podem ser alvo de execução forçada, nem tampouco se extinguem pelo seu não exercício, podendo o titular exercê-lo quando achar conveniente, não havendo prazo para tanto.

2.5 Pessoas jurídicas e direitos da personalidade

Vem ganhando crescente interesse a discussão em torno da extensão dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas. Pelos aspectos peculiares, já esboçados, dos direitos da personalidade, chegou-se a negar sua existência em relação às pessoas jurídicas.

No entanto, tomando como base o fato de que os direitos da personalidade dizem respeito à proteção das emanções da personalidade, e tendo a pessoa jurídica personalidade,

ainda que esta seja decorrente de lei, não havendo um “nascimento com vida” que lhe sirva como suporte fático, não se pode negar essa extensão. É esse o entendimento de Elimar Szaniawski:

Convém recordamos que as regras jurídicas que regulam o nascimento e a personificação dos entes coletivos são diversas daquelas que dispõem sobre as pessoas naturais. Os fins de ambas as categorias de pessoas também são outros. Daí a diversidade de tratamento que ambas as pessoas possuem. Cada qual com normas próprias. O fato da pessoa jurídica ter personalidade reconhecida pela ordem jurídica faz com que, automaticamente, devam ser reconhecidos e tutelados os atributos e prolongamentos desta personalidade.⁸²

É fato que os direitos da personalidade da pessoa jurídica não tem a mesma conotação daqueles concernentes à pessoa física, mas não se deixam de revelar na mesma intensidade quando violados.

Interessante notar que a Constituição, em seu artigo 5º, inciso V e X, não faz qualquer distinção com relação à pessoa física ou jurídica; ainda que se queira, não se pode dar ao referido preceito constitucional qualquer interpretação restritiva, até porque o mesmo trata de direitos fundamentais.

Qualquer tese contrária à extensão dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas não encontra mais espaço, pois o Código Civil pôs fim à polêmica ao expressar em seu artigo 52 que será aplicado às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

2.6. Espécies

⁸² SZANIAWSKI, Elimar. “Considerações sobre o direito à intimidade das pessoas jurídicas”. In: *Revista dos tribunais*. São Paulo, ano 79, Vol. 657, p. 25-31, jul. 1990, p. 28.

No cotidiano, palco onde se desenvolve a vida social, inúmeros são os fatos que reclamam desdobramentos da personalidade, fazendo com que as projeções da personalidade não se esgotem naquelas mencionadas nos textos legais, reivindicando o surgimento de novos direitos da personalidade, como decorrência direta do direito geral da personalidade. Por conta disso, não se pode falar num rol exaustivo de espécies de direitos da personalidade, desabrochando novos direitos à medida que os fatos vão ocorrendo na sociedade.

Existem certas espécies, no entanto, que aqui merecem destaque especificamente, pois costumeiramente, colidem com o exercício da liberdade de imprensa.

Portanto, tratar-se-á, especialmente, do direito à honra, à imagem e à privacidade, abarcando a privacidade *stricto sensu* e a intimidade, pela sua íntima ligação com a liberdade de imprensa e informação.

2.6.1. Direito à honra

O direito à honra se agrega aos direitos à integridade moral, pois os direitos da personalidade tem, como um de seus aspectos, a tutela da esfera moral do homem.

Nas palavras de Pontes de Miranda se expressa a clara definição da honra: “A dignidade pessoal, o sentimento de ser digno, mais a estima e a consideração moral dos outros, dão o conteúdo do que se chama honra”.⁸³

⁸³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. T. VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 44.

Nessa noção se depreendem dois aspectos que compõem a honra: o aspecto subjetivo, e o objetivo; o primeiro é aquele intrínseco ao indivíduo, sua auto-estima, a consciência de seus atributos morais, de sua dignidade; o segundo é aquele que se mostra com relação à sociedade, compreende este aspecto o bom nome, a fama do indivíduo na coletividade e a reputação.

Importante observação é feita por Pedro Frederico Caldas, com relação à forte influência do aspecto dúplice do conceito de honra sobre a tutela jurídica desse bem, o que torna por vezes tarefa difícil sua real proteção:

Como ser útil a uma compreensão da honra, esse bifrontalismo coloca dificuldades para a tutela jurídica do bem, em especial quando o sentimento interno de que houve lesão ao bem não se traduz em evidências externas capazes de deflagrar a proteção jurídica devida, fazendo-se necessária uma projeção no ambiente social desses verdadeiros valores internamente cultivados.⁸⁴

Portanto, logicamente, na proteção do direito à honra o indivíduo é tomado muito mais por seu aspecto objetivo, do que o subjetivo, pois é no âmbito da sociedade onde a pessoa sofrerá os agravos da ofensa a sua honra, e que reclamam proteção.

A tutela jurídica do direito à honra ocorre tanto através da esfera penal⁸⁵, quanto da esfera civil, merecendo nesta última tratamento especial. A Constituição traz no elenco dos direitos fundamentais a proteção à honra, em seu artigo 5º, inciso X, e o Código Civil faz menção a sua defesa no capítulo que trata especificamente dos direitos da personalidade, em seu artigo 12.

2.6.2 Direito à imagem

⁸⁴ CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo, 1997, p. 25.

⁸⁵ O Código Penal tipifica as condutas de ofensa à honra, através dos delitos de calúnia, injúria e difamação, nos artigos 138, 139 e 140, e a Lei de Imprensa trazia em seu bojo os crimes de imprensa (ADPF 130 – STF decidiu que a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição de 1988).

A conceituação da imagem dentro do universo jurídico não constitui matéria pacífica. Alguns conceituam-no como a soma dos atributos físicos e morais da pessoa; outros como a mero atributo físico do indivíduo. Isso ocorre, pois muitas vezes os atributos morais da imagem podem ser alvos de confusão com outros direitos, como ocorre com o direito à honra; muitas vezes determinada imagem do indivíduo, ataca frontalmente a sua honra.

Mas, como afirma Pedro Frederico Caldas:

O sopro vivificante, que faz o homem ultrapassar a simples dimensão física e ganhar a dimensão humana e que o torna diferente de uma imagem, por mais bela que seja arrancada do mármore, pelo cinzel do artista, é o atributo moral.⁸⁶

Portanto, a imagem deve ser tomada como soma dos atributos físicos e morais da pessoa, essa é a afirmação mais completa. A imagem do homem tomada pelo simples atributo material em nada difere de um animal ou vegetal, é o aspecto moral que vai diferenciá-lo como ser humano.

A imagem é maneira de identificação pessoal, portanto, sua proteção jurídica encontra espaço quando através desta é possível o reconhecimento de traços identificadores e individualizadores de uma pessoa, como reprodução de formas, ou da voz, ou dos gestos, salientando-se que aqui se incluem também os atributos morais identificáveis.

Importante observar que o direito à imagem guarda uma distinção com os demais direitos da personalidade; trata-se da característica da extrapatrimonialidade. Como é sabido é cada dia mais comum o uso da imagem nos meios publicitários, sendo alvo de fins

⁸⁶ CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo, 1997, p. 27.

econômicos, porém, ainda assim, não se justifica a utilização dessa imagem para fins diversos do original.

O direito à imagem encontra guarida no artigo 5º, inciso X e XXVIII, alínea “a” da Constituição Federal, e no Código Civil em seus artigos 12 e 20.

2.6.3 Direito à vida privada

Num primeiro momento, cumpre salientar que a Constituição em seu artigo 5º, inciso X, fez a distinção entre vida privada e intimidade, restando claro que os dois institutos, ao contrário da afirmação de boa parte da doutrina, não são semelhantes, não devendo ser vistos como fenômenos idênticos.

O texto normativo não traz palavras inúteis, nem tampouco cabe ao intérprete fazer distinção onde a lei assim não o fez, como também ignorar quando a norma o fez, como no caso da Constituição.

Restando clara a distinção, com base na Carta Magna, a privacidade nada mais é do que o âmbito da vida da pessoa deixada à margem da sociedade, negando-lhe o conhecimento, por não dizer mais respeito ao indivíduo embutido na vida da comunidade.

Para melhor entendimento dessa noção há de se recorrer à “teoria das esferas”, de origem alemã e italiana. Segundo essa teoria existem duas esferas na vida humana: a esfera individual e a esfera privada, a primeira diz respeito à vida em sociedade, já a segunda versa sobre a vida privada do indivíduo.

Para um melhor entendimento da situação, se recorre à autoridade de Paulo José da Costa Jr acerca da teoria:

Os direitos que se destinam à proteção da 'esfera individual' servem à proteção da personalidade, dentro da vida pública. Na proteção da 'vida privada', ao contrário cogita-se da inviolabilidade da personalidade dentro de seu retiro, necessário ao seu desenvolvimento e evolução, em seu mundo particular, à margem da vida exterior.⁸⁷

Aspecto interessante da vida privada é a observação de que as balizas entre esta e a vida pública não são absolutamente definidas, podendo se alargar ou se encolher conforme o seu titular. No caso de figuras públicas, conhecidas ou famosas, a esfera da vida pública aumenta, com a conseqüente diminuição da esfera da vida privada, já uma pessoa dita comum terá sua esfera privada bem mais acentuada do que aquela primeira⁸⁸.

O direito à vida privada é aquele que tem o indivíduo de proteger sua esfera privada do ataque de quem quer que venha entrar nessa esfera sem sua autorização, ou mesmo, proteger da ameaça interposta por aquele que tinha liberdade para adentrar, e se utilizou desse meio para divulgar fatos da vida privada.

A tutela jurídica do direito à vida privada encontra guarida no inciso X, do artigo 5º da Constituição, além de trazer expressa menção o artigo 21 do Código Civil sobre a questão, aqui entendida como privacidade *lato sensu*, englobando também a intimidade.

2.6.4 Direito à intimidade

⁸⁷ COSTA JR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 31.

⁸⁸ Esse assunto também é tratado no ponto 3.3.4.3. As pessoas envolvidas no fato: públicas, notórias ou comuns do item 3.3.4. Hipóteses de conflitos entre direitos da personalidade e liberdade de imprensa e jurisprudência pátria no CAPÍTULO III – Colisão dos direitos da personalidade e liberdade de imprensa.

A intimidade é o aspecto mais restrito da vida do indivíduo. É nela que o homem deposita seus sentimentos mais profundos. Pode-se, a partir daí, averiguar a diferenciação desta com a vida privada, enquanto a segunda diz respeito à vida em família, entre amigos, aquilo que se passa nas relações pessoais dos indivíduos com os quais mais propriamente estes se relacionam; a intimidade diz respeito aos sentimentos mais íntimos do homem, os quais nem mesmo os que dividem com o indivíduo à vida privada conhecem.

Adotando a teoria dos círculos concêntricos, que juntamente a já esboçada teoria das esferas, explica com bastante propriedade a privacidade e a intimidade, pode-se entender com maior precisão o fenômeno da intimidade.

A chamada “teoria dos círculos concêntricos” afirma que dentro da esfera privada, encontram-se círculos concêntricos que vão estreitando a vida privada; o âmbito mais restrito desses círculos seria a esfera do segredo, entre esta e a da vida privada encontrar-se-ia a esfera da intimidade, que de maneira indireta abarcaria a esfera do segredo. Mais uma vez será buscado ancoradouro nas palavras de Paulo José da Costa Jr:

No bojo da esfera privada está contida a esfera da intimidade (Vertrauenssphäre) ou esfera confidencial (Vertraulichkeitssphäre). Dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade. Fazem parte desse campo conversações ou acontecimentos íntimos, dele estando excluídos não só o ‘*quivis ex populo*’, como muitos membros que chegam a integrar a esfera pessoal do titular do direito à intimidade.⁸⁹

O direito à intimidade agasalha e protege esse recanto mais íntimo do indivíduo, como tal encontra tutela nos já mencionados artigos 5º, inciso X da Constituição, e 21 do Código Civil.

⁸⁹ COSTA JR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 37.

Capítulo 3 - COLISÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A LIBERDADE DE IMPRENSA

3.1. A imprensa e os direitos da personalidade

O papel preponderante desempenhado pela imprensa dentro da sociedade atual é decorrência direta de seu crescimento como propagador e difusor de opiniões, sendo capaz de influenciar facilmente as massas sociais.

Pela expansão dos meios de comunicação, e o acesso cada vez maior da população a esse veículo, atingindo um contingente enorme de pessoas, englobando os mais diversos segmentos sociais, as informações divulgadas na mídia, como já mencionado ao se falar sobre a liberdade de informação, são as mais variadas possíveis.

Desde os assuntos mais corriqueiros do cotidiano até aqueles que influenciam amplamente a vida do ser humano, passando pelos casos mais esdrúxulos e bizarros, enfim, todo tipo de informação, tem sua conotação no âmbito da imprensa, ganham projeção e conseqüências grandiosas pela sua divulgação nos meios de comunicação, pela aguçada curiosidade e necessidade constante de novas informações da sociedade.

Nos dias de hoje, na atividade de imprensa se tem sobressaído o aspecto comercial, principalmente pelo surgimento das grandes empresas jornalísticas, tornando-se mais acirrada e competitiva a corrida pela divulgação da notícia, pelo “furo jornalístico”, o que, muitas vezes, faz com que sejam esquecidas a procura pela verdade dos fatos, os fins legítimos da atividade de imprensa e o respeito pela dignidade do homem.

A liberdade de imprensa e a proteção dos direitos da personalidade devem andar juntas, visto que a liberdade de imprensa como baluarte do Estado Democrático de Direito, onde se consagra como princípio máximo a dignidade da pessoa humana, presta-se ao papel preponderante de informar a sociedade, aspecto essencial na formação do indivíduo, e consequentemente, na preservação dos direitos da personalidade.

Por se relacionar a fatos sociais, é impossível se falar em atividade de imprensa dissociada do ser humano, e por consequência dos direitos que lhe são inerentes, no entanto a imprensa, muitas vezes, em seu exercício, acaba por se conflitar com os direitos das pessoas envolvidas no fato noticiado, agredindo a honra, imagem, intimidade, e privacidade das pessoas, e porque não dizer outros direitos que possam ser alvo de violação pela atividade de imprensa.

Assim, instala-se o confronto entre dois direitos fundamentais: a proteção aos direitos da personalidade e a liberdade de imprensa, ambos assegurados constitucionalmente na mesma medida, contrapondo-se no caso concreto, gerando uma autêntica colisão de direitos fundamentais.

Para a resolução da situação fática, não havendo como excluir um direito em relação ao outro, resta ao julgador, através de um juízo de ponderação entre os direitos envolvidos, decidir qual dos dois direitos tem necessidade de ser sacrificado à proteção do outro e em que medida deve haver esse sacrifício.

Indubitavelmente, a esse papel servem os princípios que orientam a interpretação constitucional, sobretudo, o princípio da proporcionalidade, exercendo papel de destaque,

tendo em vista os elementos que o compõe: da adequação, da necessidade e dos fins a serem alcançados pela medida, com as quais o julgador se valerá para decidir ou não sobre a violação dos direitos da personalidade em decorrência da atividade da imprensa no caso concreto.

3.2. Limites dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais não são ilimitados, uma vez que, muitas vezes, para sua realização no plano social, é necessária a imposição de balizas, assegurando dessa forma aos outros o gozo de seus direitos e a própria manutenção da paz social.

Essas limitações são originadas dentro da Constituição, albergando o próprio âmbito da proteção constitucional, de modo a impedir certas formas ou modos de seu exercício em sentido absoluto.

Tratando sobre o tema, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Gonet Branco trazem os seguintes ensinamentos:

Não obstante, com o propósito de lograr uma sistematização, pode-se afirmar que a definição do *âmbito de proteção* exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista:

- a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (*âmbito de proteção da norma*);
- b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (*expressa restrição constitucional*) e identificação das *reservas legais de índole restritiva*.⁹⁰

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 296.

Assim, as limitações podem vir expressas e diretamente previstas na Carta Constitucional (restrição imediata), como no caso do artigo 5º, inciso XVI, que trata da liberdade de reunião, com a restrição de que seja pacífica e sem armas. Conforme atesta Canotilho⁹¹, essas normas têm estrutura dúplice: de garantia, pois garantem a proteção a determinado direito; e restritivas, porque estabelecem no próprio preceito constitucional os limites imediatos de sua proteção.

Há, ainda, as limitações só determináveis por meio de interpretação, estando implícitas no texto constitucional, são as limitações iminentes ou “limites constitucionais não escritos”⁹². Seriam modos atípicos ou circunstâncias especiais do exercício de direitos fundamentais que a Constituição não alberga sob forma de proteção, devendo-se concluir pela total exclusão sem condições ou reservas.

Não é preciso ir longe para encontrar exemplos de exercícios anômalos de determinados direitos, onde se observa a necessidade de limitações iminentes para expurgá-los:

Por exemplo, terá sentido invocar a liberdade religiosa para efetuar sacrifícios humanos ou associada ao direito de contrair casamento, para justificar a poligamia ou a poliandria? Ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um *actor* no palco, para pintar no meio da rua, ou para furtar o material necessário à execução de uma obra de arte? (...).⁹³

Os limites iminentes, muitas vezes, são entendidos como colisão de direitos, mas, na realidade, não se trata do exercício de um direito fundamental que colida com outro, mas sim da distorção do exercício de um direito, como se isso fosse possível pela Carta Magna.

⁹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 6ªed. rev. Coimbra: Almedina, 1995, p. 605.

⁹² Nomenclatura exposta por Suzana de Toledo Barros, in *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.160.

⁹³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 294.

Existem, ainda, aquelas limitações previstas na Constituição, mas realizadas por meio de lei, são as chamadas leis restritivas de direito (restrição mediata), ou seja, determinados direitos fundamentais se encontram sujeitos à reserva de lei restritiva impostos em seu próprio preceito constitucional, como o inciso XII do artigo 5º, onde se depreende que o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão é livre desde que atendidas às qualificações profissionais que a lei estabelecer⁹⁴.

A autorização para se efetuar restrições pode ser ampla, estando-se diante de uma reserva de lei simples; ou limitada, a chamada reserva de lei qualificada, a qual o legislador tem um pequeno âmbito de liberdade de ação, ficando adstrito a meios a serem utilizados ou fins específicos a serem perseguidos. Discorrendo acerca do assunto, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Gonet Branco fazem as seguintes considerações:

No primeiro caso [*reserva legal simples*], limita-se o constituinte a autorizar a intervenção legislativa sem fazer qualquer exigência quanto ao conteúdo ou à finalidade da lei; Na segunda hipótese [*reserva legal qualificada*], eventual restrição deve-se fazer tendo em vista a persecução de determinado requisito expressamente definido na Constituição.⁹⁵

Questão polêmica e interessante diz respeito a possibilidade de intervenção legislativa no âmbito da liberdade de informação para fins de disciplinamento ou regulamentação, em especial diante da proteção outorgada à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada⁹⁶.

Por certo a Constituição de 1988 não traz em seu bojo determinação expressa quanto a reserva legal para o disciplinamento da liberdade de informação, no entanto da leitura do texto

⁹⁴ Segundo Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Gonet Branco in *Curso de direito constitucional*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 297: “(...) a norma constitucional que submete determinados direitos à reserva de lei restritiva contém, a um só tempo, (a) uma norma de garantia, que reconhece e garante determinado âmbito de proteção e (b) uma norma de autorização de restrições, que permite ao legislador estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente assegurado.”

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 306.

⁹⁶ O assunto também é tratado no item 1.5 Uma nova Lei de Imprensa? do Capítulo I – Liberdade de Imprensa.

constitucional referente à matéria, sobretudo o § 1º do art. 220, verifica-se que o legislador constituinte dispôs acerca do impedimento de existência de lei que contenha embaraço a liberdade de informação jornalística, no entanto determinou a observância do disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV, podendo-se concluir que tal condicionante permite a regulamentação legal (reserva legal qualificada) acerca da liberdade de informação, para dar efetiva adequação aos dispositivos constitucionais citados⁹⁷⁹⁸⁹⁹.

É necessário salientar que nem toda remissão de preceito constitucional a mandamento legal compreende uma autorização de restrição, muitas vezes, trata-se de uma complementação ou definição do conteúdo de proteção do direito, ou mesmo de lhe atribuir determinada disciplina jurídica, muitos dos quais não poderiam sequer ser constitucionalmente assegurados, se não houvesse o preceito legal correspondente. A esse fato chama-se de *âmbito de proteção estritamente normativo*¹⁰⁰.

⁹⁷ Nesse sentido MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008., p. 311-313; GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 68.

⁹⁸ O STJ já se manifestou sobre o aspecto da reserva qualificada no caso de colisão entre direitos da personalidade e liberdade de imprensa: “Em nosso país a liberdade de imprensa, como todos sabemos, está subordinada ao regime da reserva legal qualificada, o que quer dizer que se deve preservar sempre a dignidade da pessoa humana, a sua honra, a sua vida privada. O eixo da reserva legal qualificada está na necessidade de avaliar cada situação de modo a não sacrificar a liberdade de imprensa e não malferir os direitos da personalidade que são assegurados pela Constituição Federal.” (RECURSO ESPECIAL Nº 655.357 – SP; Rel. Min. Carlos Alberto Direito)

⁹⁹ Ao analisar o disposto no art. 220, § 1º, Luis Roberto Barroso faz a seguinte observação com relação a interpretação que alguns doutrinadores dão a respeito do citado parágrafo, que contrária o entendimento aqui esposado: “Há quem sustente, aliás, que o § 1º do artigo, ao afirmar que *‘Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço...’*, restringe a ponderação ao julgamento dos casos concretos, afastando a possibilidade de o legislador a realizar em abstrato. Segundo seus defensores, a tese não importaria a negação da existência de limites imanescentes, mas tão-somente afirmaria que a parte inicial do parágrafo proíbe a restrição legislativa, delegando essa tarefa integralmente ao órgão judiciário encarregado da apreciação dos conflitos concretos individualizados. Ao exercer essa função, o órgão jurisdicional estaria – ele sim – adstrito às hipóteses de limitação enumeradas na parte final do dispositivo (incisos IV, V, X, XIII e XIV do art. 5º da própria Constituição).” (“Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação” in *Direitos Fundamentais, Informática e comunicação: algumas aproximações*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 84)

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, 298.

Por fim, deve-se aqui atentar para a aplicação do Princípio da Proteção do Núcleo Essencial, de modo a evitar que determinadas restrições, sob o fundamento de que se tratam de exercício anômalo do direito, acabem por aniquilar completamente o conteúdo do direito fundamental:

De ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.¹⁰¹

A doutrina alemã faz referência a dois tipos de teoria a respeito do núcleo essencial:

a) teoria absoluta. Os adeptos dessa teoria defendem que o núcleo essencial dos direitos fundamentais constitui-se como unidade autônoma, própria do direito fundamental, não havendo a necessidade de análise do caso concreto para sua visualização, seria, portanto aquele conteúdo mínimo que não poderia ser afetado, sob o risco do direito deixar de existir.

Nesse sentido é o ensinamento de Suzana de Barros Toledo:

Partindo-se das concepções *absolutas*, todo direito fundamental teria um núcleo essencial passível de ser teoricamente delimitado, no qual estariam inseridos os modos típicos de seu exercício. Para além dele, outros modos, já específicos ou atípicos, ainda poderiam ser considerados, até o chamado limite externo máximo, determinado pela hermenêutica. Graficamente, a representação do núcleo essencial seria dada por um círculo inserido em outro maior, tal qual uma célula.¹⁰²

b) teoria relativa. Ao contrário da teoria absoluta, essa corrente, capitaneada por Konrad Hesse, tem como base a premissa de que a análise do núcleo essencial do direito

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 316

¹⁰² BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.160

fundamental só pode ser efetivada diante do caso concreto, levando-se em consideração as circunstâncias concretas a fim de se verificar qual a medida violadora do núcleo fundamental.

Tratando sobre o tema, José Carlos Vieira de Andrade faz as seguintes observações quanto a relação direta dessa concepção do núcleo essencial e o princípio da proporcionalidade:

As teorias relativas, por sua vez, reconduzem o conteúdo essencial aos princípios da exigibilidade e da proporcionalidade: a restrição só seria legítima quando (se) fosse exigida para realização de bens jurídicos que devessem ser considerados (no caso) como mais valiosos e – acrescente-se – só na medida em que essa exigência se imponha ao direito fundamental. O conteúdo essencial de um direito seria, portanto, afectado se a restrição não fosse forçosa ou na medida em que não o fosse. No fundo, estaríamos perante a necessidade de harmonização de bens jurídicos, a levar a cabo com critérios de concordância prática.¹⁰³

Diante da conceituação de cada uma das teorias, chega-se a conclusão que aplicação pura de cada uma delas torna-se impossível diante do quadro geral dos direitos fundamentais.

Assim, parece que o melhor entendimento acerca da aplicação prática de cada uma das teorias seja aquele que leve a uma conciliação entre ambas, tendo como ponto de partida o fato de que existe um núcleo essencial previamente estabelecido nos direitos fundamentais, mas que necessita da análise do caso concreto para o estabelecimento de uma solução, através do critério da concordância prática, que possibilite alteração desses limites impostos diante das circunstâncias fáticas do caso.

Ao contrário de outras constituições, como a Alemã e a Portuguesa, a Constituição Brasileira de 1988 não trouxe em seu bojo referência expressa ao Princípio da Proteção do Núcleo Essencial, no entanto não se pode negar sua aplicação no direito brasileiro, posto que

¹⁰³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 304-305.

se configura “inequívoco que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte.”¹⁰⁴

3.3. Colisão de direitos fundamentais

3.3.1 Espécies de colisão de direitos fundamentais

Muitas vezes, o exercício de um direito fundamental por parte do titular acaba se chocando com o direito exercido por outro indivíduo, ou mesmo por bens jurídicos que digam respeito à comunidade, restando a necessidade de se encontrar um ponto de equilíbrio entre o exercício dos dois, com a imposição de limites para que ambos possam coexistir, trata-se da colisão de direitos fundamentais.

Pode-se classificar a colisão de direitos fundamentais em duas espécies: em sentido amplo e em sentido estrito.

A primeira espécie de colisão ocorre quando se está diante do choque entre um direito fundamental e outros valores ou bens relacionados a interesses relevantes da comunidade, também protegidos constitucionalmente.

A segunda espécie de colisão ocorre quando se verifica o choque entre um direito fundamental de um titular e o direito fundamental de outro titular. Canotilho afirma que:

De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 319.

cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um ‘choque’, um autêntico conflito de direito.¹⁰⁵

A colisão de direitos em sentido estrito pode se dividir em dois tipos: a colisão entre direitos fundamentais idênticos e a colisão entre direitos fundamentais diversos.

São quatro os tipo de colisão que se pode vislumbrar entre direitos fundamentais idênticos:

a) colisão entre direitos de defesa. Exemplo clássico é decisão de dois grupos, que tem idéias e valores opostos sobre determinado assunto, realizarem manifestação num mesmo local e data.¹⁰⁶

b) colisão entre o aspecto fático e jurídico de um mesmo direito fundamental. “O direito geral de igualdade representa um excelente exemplo desse tipo de colisão. O direito de igualdade possui uma dupla face: direito à igualdade jurídica e direito à liberdade fática. Uma igualdade de direito geralmente implica uma desigualdade de fato, e uma igualdade de fato geralmente tem de ser produzida por uma desigualdade de direito. A colisão se produz nesse aspecto, internamente ao direito amplo de igualdade.”¹⁰⁷

¹⁰⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 6ªed. rev. Coimbra: Almedina, 1995, p. 643.

¹⁰⁶ Nesse sentido MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 342; VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004, p. 180.

¹⁰⁷ VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004, p. 180.

c) colisão de direito de defesa de caráter liberal e o direito de proteção. Aqui Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Gonet Branco citam como exemplo “a decisão de atirar no sequestrador para proteger a vida do refém ou da vítima.”¹⁰⁸.

d) colisão entre o aspecto positivo e negativo de um mesmo direito. Nessa situação, pode-se tomar como exemplo o caso das associações privadas, em tal caso se engloba o aspecto positivo de constituição ou participação em uma associação, e o aspecto negativo de não desejar se associar ou sair de determinada associação.¹⁰⁹

Por fim, pode-se observar o conflito entre direitos fundamentais diversos. É o que se depreende do caso da liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, ambos são protegidos constitucionalmente, quando o titular do direito da personalidade se acha violado em seu direito pela divulgação de determinado fato pela imprensa, estar-se-á diante de uma verdadeira colisão de direitos fundamentais diversos.

3.3.2 Direitos fundamentais: regras e princípios

É certo que o ordenamento jurídico, apesar de não se criado pelas mãos de um único legislador, ser fruto de uma sociedade em constante movimento, deve manter coerência lógica entre suas normas, ou seja, o ordenamento jurídico não pode tolerar normas em contradição, posto que a sua aplicabilidade restaria sem efeito, pela possibilidade de uma situação concreta ser alcançada por normas em sentido completamente diversos, e até opostos.

¹⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 342.

¹⁰⁹ Nesse sentido VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004, p. 180-181.

No entanto, é inegável a existência de conflitos normativos, posto que não é dado ao legislador a capacidade de conhecer todas as normas que compõem o ordenamento jurídico, devendo esses serem resolvidos.

Dentro do ordenamento jurídico encontramos duas espécies de normas: as regras e os princípios. Firme na lição de Canotilho, pode-se diferenciar as duas espécies normativas:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não cumprida (nos termos de DWORKIN: *aplicable in-all-nothing fashion*).¹¹⁰¹¹¹

Ainda a respeito do tema, Daniel Sarmento, firme nas lições de Canaris, faz a seguinte ponderação acerca da relação entre princípios e regras:

Segundo Canaris, outra distinção fundamental entre princípios e regras jurídicas relaciona-se ao fato dos primeiros ao contrário das segundas, não permitirem, pela insuficiência de seu grau de concretização, a subsunção. Segundo tal autor, no plano da fluidez, os princípios situam-se entre os valores e as regras jurídicas. Excedem os valores, em termos de concretização, por já delinarem indicações sobre as suas consequências jurídicas, mas ainda não alcançam o grau de densidade normativo das regras, pois não têm delimitadas com a precisão necessária, as respectivas hipóteses de incidência e consequências jurídicas.¹¹²

Com base nas noções trazidas acima de regras e princípios, quando as regras se encontram em conflito entre si, apenas uma delas poderá ser considerada válida dentro do ordenamento jurídico, posto que é impossível a validade simultânea de regras contraditórias.

¹¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 6ªed. rev. Coimbra: Almedina, 1995, p. 168-169.

¹¹¹ André Rufino do Vale, ao tratar da distinção de regras e princípios, faz críticas a esse método de distinção que traz em seu bojo a afirmação de que os conflitos de regras se dão nos termos de validade e de que a colisão de princípios se dá no âmbito do peso de cada princípio, aduzindo que não se pode negar os fenômenos da principialização das regras e a regularização dos princípios. (*Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 98-101). No entanto, como o trabalho em tema não tem como ponto central tal aspecto, não cabe aqui fazer maiores digressões sobre a crítica a distinção difundida majoritariamente na doutrina.

¹¹² SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª ed. 3ª tiragem, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 43.

Não resta dúvida de que as duas regras não podem coexistir dentro do ordenamento jurídico, uma delas deverá ser considerada inválida.

Para a resolução dos conflitos dessa natureza, o próprio ordenamento jurídico faz menção a critérios para sua solução. São eles: o critério hierárquico (*lex superior*), o cronológico (*lex posterior*), e o da especialidade (*lex specialis*), chegando-se à conclusão sobre a validade ou invalidade da regra, posta em questão.

O critério hierárquico é aquele pelo qual o conflito entre duas regras jurídicas é resolvido pela precedência daquela que é hierarquicamente superior à outra, ou seja, prevalecerá aquela que tiver grau hierárquico maior, *lex superior derogat lex inferiori*.

O critério cronológico é utilizado para solucionar o conflito entre duas regras de mesmo valor hierárquico, que sucedem uma a outra no tempo, prevalecendo aquela norma editada posteriormente, *lex posterior derogat lex priori*.

O critério da especialidade é invocado para resolver o conflito entre duas regras, quando uma é geral e outra especial, devendo prevalecer a regra especial sobre a geral, ainda que aquela seja anterior a esta, *lex specialis derogat generali*.

Não se pode deixar de observar que, tendo em vista sua própria natureza, e os bens que protegem, o seu conteúdo material, como sendo a própria personificação do princípio da dignidade da pessoa humana, a doutrina majoritária entende que as normas de direitos fundamentais se aproximam mais dos princípios do que das regras¹¹³¹¹⁴.

¹¹³ Daniel Sarmiento, ao discorrer sobre o tema, faz a precisa observação de que para se verificar se determinada norma tem o caráter de princípio ou regra não basta a análise de sua sintaxe, deve-se observar “a qualidade do

No entanto, tendo em vista a moderna interpretação que se dá ao estudo das normas de direitos fundamentais, não se pode olvidar que o melhor critério a se estabelecer com relação a estrutura das sobreditas normas diz respeito aos modelos conciliadores ou mistos, como acentua André Rufino do Vale, firme nos ensinamentos de Alexy:

Existem, ainda, *modelos conciliadores ou “mistos”*, que constroem um tipo de estrutura dupla- regras e princípios para as normas de direitos fundamentais. Esse modelo “combinado” compreende que as normas de direitos fundamentais muitas vezes contêm determinações em relação com os princípios que jogam em sentido contrário e que, por isso, afastam qualquer ponderação prévia; ao mesmo tempo, aceita que em outros casos essas determinações podem resultar incompletas, de forma que a ponderação é necessária. Assim, como bem pontua Alexy, o modelo regras/princípios leva a sério as determinações contidas nas normas de direitos fundamentais e, portanto, o texto da Constituição; ao mesmo tempo considera a necessidade da ponderação. Nesse sentido, reconhece que as normas de direitos fundamentais podem ter a estrutura de regras ou de princípios. Uma mesma disposição de direito fundamental contém esses dois tipos de normas e, dessa forma, possui caráter duplo.¹¹⁵

Mas quando se está diante da colisão de normas de direitos fundamentais, como deve a mesma ser resolvida, com base na colisão entre regras ou entre princípios, visto que essas normas tem caráter duplo?

Para responder a tal questão, socorre-se ainda do magistério de André Rufino do Vale:

Conceituar uma norma de direito fundamental como regra ou como princípio dependerá também do tipo de utilidade teórica ou prática que se queira emprestar à norma. As normas de direitos fundamentais podem ser caracterizadas como princípios quando seja relevante acentuar sua fundamentalidade formal e material no ordenamento jurídico; ou quando se queira instaurar um tipo de argumentação jurídica mais sofisticado, introduzindo no discurso jurídico razões de ordem axiológica ou teleológica. Nos casos em que existem colisões de normas de direitos fundamentais estas serão interpretadas como princípios e, serão submetidas a uma

bem jurídico protegido pela norma, bem como o domínio empírico sobre o qual ela se projeta”, citando como exemplo o disposto no art. 5º, IV da CF/88. (*A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª ed. 3ª tiragem, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.48-49)

¹¹⁴ André Rufino do Vale ao fazer a distinção entre norma de direito fundamental e disposição de direito fundamental, aduz que “as normas são o resultado da interpretação das disposições (textos)”, e por consequência “haverá tantas normas de direitos fundamentais quantas interpretações forem possíveis de uma mesma disposição jusfundamental.” (*Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14).

¹¹⁵ VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 126.

ponderação que leve em conta os valores incorporados em cada norma. O forte conteúdo axiológico das normas de direitos fundamentais e sua elevada posição hierárquica no ordenamento jurídico fazem com que, na maioria das vezes, elas sejam interpretadas como princípios.¹¹⁶

Portanto no caso da colisão de direitos fundamentais, conforme acentuado acima, pode-se dizer que a mesma se dá no âmbito da colisão dos princípios. Basta observar que, quando se trata de colisão de direitos fundamentais, no caso a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, nenhum dos critérios relacionados à resolução do conflito de regras pode ser adotado.

Ambos têm o mesmo valor hierárquico, pois são consubstanciados na mesma Constituição que deve ser entendida como um todo, unitário, baseado no princípio hierárquico-normativo¹¹⁷; têm, ainda, o mesmo valor cronológico, visto que ambas se encontram na Constituição, tendo sido promulgadas ao mesmo tempo; além do que, entre os direitos postos não existe qualquer previsão especial que, por seu turno, derogue o outro direito, ambos são normas gerais, não trazem nenhum dado especializante, nem subjetivo, nem tampouco objetivo¹¹⁸. Nesse sentido a lição de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Gonet Branco:

¹¹⁶ VALE, André Rufino. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129.

¹¹⁷ Segundo Canotilho: “o princípio hierárquico-normativo significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional”, in *Direito constitucional*. 6ªed. rev. Coimbra: Almedina, 1995 p. 191.

¹¹⁸ Sobre a utilização do critério da especialidade nas normas constitucionais assim aduz Daniel Sarmento: “Não se pretende negar, com esta afirmação, o fato de que algumas normas são mais importantes do que outras no ordenamento constitucional, ocupando um lugar mais destacado no sistema. Nem tampouco que possa ser indeferida, da ordem constitucional, uma preocupação mais acentuada com a promoção de certos valores e interesses, em relação a outros também abrigados Lei Maior.”

Daí não decorre, porém, que, sem autorização expressa da Constituição, possa-se escalonar em diferentes graus hierárquicos as normas editadas pelo poder constituinte originário.” (*A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª ed. 3ª tiragem, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003 p. 33.)

(...) não ocorrem conflitos reais entre as normas da Constituição, mas apenas conflitos aparentes, seja porque elas foram promulgadas conjuntamente, seja porque não existe hierarquia nem ordem de precedência entre as suas disposições.¹¹⁹

Assim, diante de tudo o que foi exposto, pode-se observar que a tensão não se resolve com base nos critérios outorgados a solução do conflito de regras, não há o que se falar no caso de colisão de princípios, em princípios válidos ou inválidos, da mesma forma no que tange à colisão de direitos fundamentais, não se pode simplesmente excluir um direito em relação ao outro, há que se otimizar, ponderar os bens, conforme atesta Luis Roberto Barroso:

Princípios, por sua vez, expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam, portanto, “estados ideais”, sem especificar a conduta a ser seguida. A atividade do intérprete aqui será mais complexa, pois a ele caberá definir a ação a tomar. E mais: em uma ordem democrática, princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante direções *ponderação*: o intérprete irá aferir o peso de cada um, à vista das circunstâncias, fazendo concessões recíprocas. Sua aplicação, portanto, não será no esquema do *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.¹²⁰

3.3.3. Resolução da colisão de direitos fundamentais

A colisão de direitos fundamentais, será solucionada em sede da averiguação do caso concreto, através do mínimo sacrifício dos dois direitos postos. Nesse sentido são as palavras de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Gonet Branco: “É importante perceber que a prevalência de um direito sobre o outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto. Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos”.¹²¹

¹¹⁹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 113.

¹²⁰BARROSO, Luis Robreto Barroso. “Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação” in *Direitos Fundamentais, Informática e comunicação: algumas aproximações*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007., p. 66.

¹²¹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.286.

Para a resolução da colisão de direitos fundamentais, o julgador se vale do método da ponderação de bens, através de princípios constitucionais que servem como um apoio ao intérprete para se chegar a uma solução no caso concreto, um norte a ser seguido, são os princípios da unidade da constituição, da máxima efetividade, da concordância prática e da proporcionalidade.

3.3.3.1 Princípio da Unidade da Constituição

A Constituição, como norma fundamental do ordenamento jurídico, deve ser interpretada como totalidade ordenada, onde suas normas guardam coerência entre si.

O princípio da unidade da constituição requer a apreciação da Constituição pelo intérprete como um todo, em sua globalidade, evitando assim contradições entre suas normas, procurando harmonizar os espaços de conflito, conforme acentua Luis Roberto Barroso:

O papel do princípio da unidade é o de reconhecer as contradições e tensões – reais ou imaginárias – que existam entre normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas. Cabe-lhe, portanto, o papel de harmonização ou ‘otimização’ das normas, na medida em que se tem de produzir um equilíbrio, sem jamais negar por completo a eficácia de qualquer delas.¹²²

Se da observação do dito princípio, chegar-se a conclusão de que a manutenção daquele exercício de determinado direito compromete toda a estrutura unívoca da constituição, não se estará diante de uma colisão de direitos, mas sim de limites imanentes, posto que é intolerável o exercício do direito sob a vertente de prejudicar a unidade da constituição.

3.3.3.2. Princípio da Concordância Prática ou Harmonização

¹²²BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 200.

O princípio da concordância prática ou harmonização é corolário do princípio da unidade da constituição.

De acordo com esse princípio, os direitos fundamentais devem ser harmonizados no sentido de que se preserve ao máximo os direitos e bens constitucionais postos em conflito, de maneira que ocorra o mínimo de sacrifício entre eles, de tal forma que os limites só tenham que ser impostos no caso concreto como forma de solução final do conflito, conforme atesta José Carlos Vieira de Andrade:

(...) o princípio da concordância prática neste domínio não impõem necessariamente a *realização óptima* de cada um dos valores em jogo, uma harmonização em termos matemáticos. É apenas um método e um processo de legitimação das soluções que impõe a *ponderação* - ou, para utilizar uma terminologia anglo-saxónica, um *weighing* ou *balancing ad hoc* - de todos os valores constitucionais aplicáveis, de modo que se não ignore nenhum deles, para que a Constituição (essa, sim) seja otimizada ou preservada na maior medida do possível. Ora, a realização óptima das prescrições constitucionais depende da intensidade ou modo como os direitos são afetados no caso concreto, atentos o seu conteúdo e a sua função específica. Isto é, a medida em que se vai comprimir cada um dos direitos (ou valores) é diferente, consoante o modo como se apresentam e as alternativas possíveis de solução do conflito.¹²³

A realização concreta do princípio da concordância prática é feita através de um critério de proporcionalidade, levando-se em conta a questão da medida em que cada direito será comprimido no caso concreto.

3.3.3.3 Princípio da máxima efetividade

¹²³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 294.

Esse cânone hermenêutico parte do pressuposto de que a interpretação das normas constitucionais deve ser feita no sentido de obter a sua máxima eficácia ante as circunstâncias do caso em concreto, no entanto deve-se tentar preservar ao máximo seu conteúdo.

3.3.3.4 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, que adquiriu relevo no direito administrativo, sobretudo, com relação ao estudo da discricionariedade dos atos administrativos, hoje vem se mostrando como um dos princípios fundamentais na interpretação constitucional, principalmente, acerca dos direitos e garantias fundamentais, conforme atestam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Gonet Branco:

No âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência não apenas das autoridades administrativas, mas também dos juízes e legisladores, esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria idéia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar.¹²⁴

Nos dias de hoje, é difundida a noção de que o princípio da proporcionalidade abarca três subprincípios: da adequação, da necessidade, e da proporcionalidade *stricto sensu*.

O subprincípio da adequação ou da idoneidade diz respeito à conformação da medida adotada para alcançar o fim proposto, “trata-se, em síntese, da aferição da idoneidade do ato para a consecução da finalidade perseguida pelo Estado. A análise cinge-se, assim, à existência de uma relação congruente entre meio e fim na medida examinada.”¹²⁵

¹²⁴MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 121.

¹²⁵SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª ed. 3ª tiragem, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 87.

O subprincípio da necessidade ou da exigibilidade tem como pressuposto a averiguação de que a medida adotada é indispensável para a conservação dos direitos fundamentais, e que essa não pode ser substituída por outra menos gravosa, mas igualmente eficaz. “É a chamada proibição de excesso”¹²⁶.

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade *stricto sensu*, que complementa os dois princípios anteriores, na medida em que indica se o meio utilizado se encontra em razoável proporção com o fim perseguido, ou seja, “é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido (...)”¹²⁷. Nada mais do que a efetivação do princípio da concordância prática.

Nas precisas lições de Suzana de Barros Toledo, pode-se verificar o âmbito de abrangência desse subprincípio:

Muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma determinada situação, precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a idéia de justa medida. Assim, o princípio da proporcionalidade *strictu sensu*, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A idéia entre valores e bens é exalçada.¹²⁸

Portanto, a execução da solução do conflito no caso concreto ficará a cabo do princípio da proporcionalidade, com a utilização de seus três subprincípios: da adequação, da necessidade, e, por fim, o da proporcionalidade *stricto sensu*, como atesta José Carlos Vieira de Andrade:

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 228.

¹²⁷ Ibidem, ibidem, p. 229.

¹²⁸ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 82-83.

Por um lado, exige-se que o sacrifício de cada um dos valores constitucionais seja necessário e adequado à salvaguarda dos outros. Se o não for, não se trata sequer de um verdadeiro conflito.

Por outro lado, e aqui estamos perante a idéia de proporcionalidade em sentido estrito, impõe-se que a escolha entre as diversas maneiras de resolver a questão concreta se faça em termos de comprimir o menos possível cada um dos valores em causa segundo o seu peso na situação (segundo a intensidade e a extensão com que a sua compreensão no caso afecta a protecção que lhes é constitucionalmente concedida).¹²⁹

3.3.3.5. Necessidade de análise do caso concreto para resolução do conflito

A solução do conflito de direitos fundamentais deverá ter como base a harmonização dos direitos, e caso seja necessário, a prevalência de um direito sobre o outro. No caso concreto, será possível determinar a prevalência dos direitos, baseado num juízo de ponderação das circunstâncias fáticas, averiguando o peso de cada direito, como ensina José Carlos Vieira de Andrade:

A questão do conflito de direito ou de valores depende, pois, de um procedimento e de um juízo de *ponderação*, não dos valores em si, mas das formas ou modos de exercício específicos (especiais) dos direitos, nas circunstâncias do caso concreto, tentando encontrar e justificar a solução mais conforme ao conjunto dos valores constitucionais (à ordem constitucional).¹³⁰

Com base no juízo de ponderação e no princípio da proporcionalidade, a doutrina se utiliza de um exemplo corrente para demonstrar a resolução da colisão de direitos fundamentais no caso concreto¹³¹.

¹²⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 326.

¹³⁰ Ibidem, ibidem, p. 326

¹³¹ Nesse sentido CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 6ªed. rev. Coimbra: Almedina, 1995, p. 646-647; BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 172-173; FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2ª ed. atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000, p. 124-126.

Tome-se dois direitos (D^1 e D^2), ambos são protegidos constitucionalmente, e em determinada situação entram em choque, analisando-se apenas D^1 , nessa situação diria ser proibida definida conduta, já D^2 , restaria que na mesma situação a dita conduta seria permitida. Assim, para a resolução da tensão, far-se-ia necessária a prevalência (P) de um direito sobre o outro (D^1 P D^2 ; D^2 P D^1); no entanto, é no caso concreto, analisando as condições do fato (C), que se poderá dizer qual dos dois direitos prevalecerá, a dizer (D^1 P D^2) C, ou (D^2 P D^1) C.

Essa é uma maneira simplificada de absorver como deve proceder o julgador no caso concreto, a fim de que tome medidas necessárias na resolução do conflito entre os direitos fundamentais postos.

3.3.4 Hipóteses de conflitos entre direitos da personalidade e liberdade de imprensa e jurisprudência pátria

Utilizando-se os princípios e critérios expostos acima, pode-se solucionar o conflito entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa. O caso concreto dirá qual dos dois direitos deverá prevalecer, tendo em vista as circunstâncias fáticas em que se deu a colisão.

É necessário analisar os próprios direitos postos em conflito: a honra, a imagem, a privacidade, e a intimidade, com todas as suas características e contornos, e a atividade de imprensa com as balizas para o seu livre exercício, conforme já estabelecido nos capítulos que tratam especificamente de cada direito.

Assim, passa-se a analisar hipóteses de limites a serem estabelecidos no caso concreto aos direitos postos em discussão, bem como o entendimento dos Tribunais Pátrios ao se confrontar com essa situação.

3.3.4.1. Veracidade do fato noticiado

Deve-se observar a veracidade do fato noticiado, posto que, sendo fato inverídico, não há que se falar em colisão entre direitos da personalidade e liberdade de imprensa, já que da interpretação constitucional, conclui-se que não há como tolerar a justificativa de exercício de direito para prática de conduta antijurídica; estar-se-ia diante de um verdadeiro limite imanente.

Sobre tal aspecto teve o Superior Tribunal de Justiça oportunidade de se manifestar através do voto condutor do Min. Jorge Scartezzini no REsp 818.764 – ES¹³², que tratava de ação de dano moral proposta por pessoa envolvida em lista de supostos indiciados pela Procuradoria da República do Espírito Santo:

“É certo que a atividade jornalística deve ser livre para exercer, de fato, seu mister, qual seja, informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, ajudando a formar opiniões críticas, em observância ao princípio constitucional consagrador do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CF/88); contudo, **o direito de informação não é absoluto, devendo os profissionais da mídia se acautelar com vistas a impedir a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana** (art. 1º, III, da CF/88).

In casu, o Excelso Tribunal *a quo*, com base em exaustiva e soberana apreciação das circunstâncias fático-probatórias, mantendo a condenação do ora recorrente, entendeu pela configuração do dano moral diante da **ausência de certificação da veracidade dos fatos constantes da notícia veiculada pela revista. Assim, assentou, de modo incontroverso que o recorrente abusou do direito de transmitir informações através da imprensa, porquanto o recorrido não possuiria qualquer mácula em sua vida, tanto sob o aspecto pessoal como profissional.**”

¹³² Resp 818.764 – ES, Rel. Jorge Scartezzini, j. 15-02-2007.

No caso supracitado restou caracterizada a clara negligência na apuração da verdade dos fatos por parte da empresa jornalística, que culminou por apresentar fatos em dissonância com a realidade. Nesse sentido são os ensinamentos de Luis Roberto Barroso:

A informação que goza de proteção constitucional é a informação verdadeira. A divulgação deliberada de uma notícia falsa, em detrimento do direito da personalidade de outrem, não constitui direito fundamental do emissor. Os veículos de comunicação têm o dever de apurar, com boa-fé e dentro de critérios de razoabilidade, a correção do fato ao qual darão publicidade. É bem de ver, no entanto, que não se trata de uma verdade objetiva, mas subjetiva, subordinada a um juízo de plausibilidade e ao ponto de observação de quem a divulga. Para haver responsabilidade, é necessário haver clara negligência na apuração do fato ou dolo na difusão da falsidade.¹³³

Com relação à veracidade dos fatos, cabe salientar que a Lei de Imprensa brasileira, não recepcionada pela Constituição de 1988, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal¹³⁴, trazia em seu bojo a prova da verdade como excludente de responsabilidade no art. 49, §1º. Dessa feita, caso o jornalista comprovasse a verdade dos fatos divulgados, não haveria a sua responsabilização pelo fato imputado¹³⁵.

Assim, a busca pela verdade deve ser entendido como um norte a ser perseguido pelo jornalista no seu mister de divulgar as notícias, traduzindo-se num dever de cuidado do jornalista na apuração dos fatos, entretanto “isso não impede que a liberdade seja reconhecida quando a informação é desmentida, mas houve objetivo propósito de narrar a verdade – o que se dá quando o órgão comete erro não intencional.”¹³⁶

¹³³ “Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação” in *Direitos Fundamentais, Informática e comunicação: algumas aproximações*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 88.

¹³⁴ Sobre tal aspecto, ver item 1.5 do Capítulo I – Liberdade de Imprensa.

¹³⁵ No entanto o mesmo parágrafo fazia menção expressa de que o requisito da verdade não poderia ser usado nos casos em que o fato divulgado dissesse respeito a aspecto da vida privada do indivíduo e sua divulgação não se relacionasse com motivos de interesse público. (Art. 49, § 1º da Lei nº 5.250/67)

¹³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 372-373.

Sobre o aspecto da verificação da intencionalidade do jornalista na divulgação da notícia falsa, conforme já mencionado nesse trabalho, a Suprema Corte Americana, através do conhecido caso *New York Times Co. v. Sullivan*¹³⁷¹³⁸ decidiu de forma polêmica quanto a aplicação do requisito da prova da verdade como forma de eximir de responsabilidade os órgãos de imprensa, estabelecendo novos parâmetros para a condenação de jornais a pagar indenizações pela divulgação de fatos imputados a agentes públicos.

Naquele caso, a Suprema Corte apreciou recurso do jornal *New York Times* e de líderes de movimento dos direitos civis relacionado a processos por calúnia proposto por L. B. Sullivan, que alegava que anúncio publicado no *New York Times* pela Conferência da Liderança Cristã do Sul o caluniava ao descrever com falsidade a atuação da polícia no caso da repressão a protestos pelos direitos civis.

Na oportunidade, a Suprema Corte entendeu que funcionários públicos e pessoas envolvidas em acontecimentos públicos não poderiam ser indenizados por calúnia baseado no simples argumento de que a informação publicada era falsa, mas que também deveriam provar que os órgãos de imprensa tinham agido com “malícia intencional” (*actual malice*) e publicado as informações com negligência quanto à apuração da veracidade ou não de informações que aparentavam ser falsas, ou a conduta temerária (*reckless disregard*) do jornalista na veiculação da notícia danosa. Já quando se tratasse de pessoas privadas, seria suficiente que provassem o dano causado pela notícia.

¹³⁷ *New York Times Co. v. Sullivan*-1964.

¹³⁸ O caso *New York Times Co. v. Sullivan* também é tratado no item 1.3.4. Liberdade de Imprensa: 1 – direito subjetivo; 2 – instituição ou garantia institucional do Capítulo I – Liberdade de Imprensa

No caso concreto, a Corte entendeu não ter encontrado provas de que o jornal ou os religiosos tivessem tido intenção maliciosa ao publicar o anúncio.

3.3.4.2. Existência do interesse público na divulgação dos fatos

Além da averiguação da veracidade da notícia, cabe o exame da finalidade almejada pela divulgação do fato, se se trata de mera reprodução dos fatos ocorridos no mundo social, sem expresso juízo de valor com relação aos mesmos, não se pode caracterizar a violação aos direitos da personalidade, posto que essa é a finalidade precípua da imprensa: noticiar os fatos relevantes socialmente, devendo, para tanto, se limitar a veiculação da notícia sem a impressão de juízo de valor que desabone os direitos da personalidade do indivíduo objeto do fato, além do que for estritamente condizente com os fatos ocorridos¹³⁹, como afirma Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

Em outras palavras, é preciso verificar se, no caso concreto, o sacrifício da honra, privacidade, ou imagem de uma pessoa se impõe diante de determinada informação ou manifestação que, de alguma forma, se faça revestida de interesse social, coletivo, sem o que não se justifica a invasão da esfera íntima ou moral do indivíduo.¹⁴⁰

A respeito do tema, o Supremo Tribunal de Justiça teve oportunidade de se manifestar ao analisar o REsp 719.592 – AL¹⁴¹, em que Juiz de Direito pleiteava indenização por danos morais em face de canal de televisão e determinado jornalista. No voto condutor do Min.

¹³⁹ A respeito do tema do interesse público na informação, Luis Roberto Barros tece o seguinte comentário: “Quando se faz referência à necessidade de se atender o requisito do *interesse público* no exercício da liberdade de informação e de expressão, na verdade se está cuidando do *conteúdo* veiculado pelo agente. Isto é: procura-se fazer um juízo de valor sobre o interesse na divulgação de determinada informação ou de determinada opinião. Ocorre, porém que há um interesse público da maior relevância no próprio instrumento em si, isto é, na própria liberdade, independentemente de qualquer conteúdo. (“Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação” in *Direitos Fundamentais, Informática e comunicação: algumas aproximações*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007., p. 86).

¹⁴⁰ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 75.

¹⁴¹ Resp 719.592-Al, Rel. Jorge Scartezini, j. 25/03/2009

Jorge Scartezini foram acertadamente delineadas as nuances da notícia jornalística direcionada a divulgação de fatos de interesse social:

Assim, não se olvidando a necessidade de se resguardar a honra das pessoas face à liberdade de imprensa, tem-se que, em atenção ao direito geral de acesso a informação de interesse público, determinadas condutas jornalísticas, conquanto objetivamente lesivas à honra alheia, estão expressamente abarcadas pelas denominadas "causas legais excludentes de ilicitude" e, portanto, impeditivas da responsabilização civil do agente.

(...)

Portanto, em linhas gerais, no que pertine à honra, nem todo ato causador de dano gera o dever de indenizar: a responsabilidade pelo dano imaterial cometido através da imprensa tem lugar tão-somente ante a constatação da ocorrência deliberada de injúria, difamação e calúnia, perfazendo-se imperioso demonstrar que o ofensor agiu com o dolo, o intuito específico (elemento subjetivo) de agredir moralmente a vítima. De outro modo, **se a matéria jornalística se ateve a tecer críticas prudentes (*animus criticandi*) ou a narrar fatos de interesse coletivo (*animus narrandi*), não há que se falar em responsabilização civil por ofensa à honra, mas em exercício regular do direito de informação. ofender; é mister que sejam proferidas com esse fim' (...)**. ("Tratado de Responsabilidade Civil", 6ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2004, pp. 781/782).

(...)

Neste contexto, devem os operadores de mídia prevenir-se para, a pretexto de narrar fatos ou expor críticas e opiniões, não incorrer em exagero ou sensacionalismo, limitando-se, ao revés, à emissão de juízos axiológicos sobre os fatos noticiados, muitas vezes objetivamente desabonadores, sem descambar intencionalmente para ataques pessoais, sob pena de, aí sim, exceder os liames das excludentes anímicas, resvalando ao campo da responsabilização civil.

(...)

Pois bem, na hipótese dos autos, o e. Tribunal *a quo*, com base em exaustiva esobrerana apreciação das circunstâncias fático-probatórias, revendo a r. sentença prolatada pelo d. Juiz singular, entendeu pela ausência de dano moral, justamente ante a configuração de causa justificadora consistente no *animus narrandi* assentando, pois, de modo incontroverso, que os recorridos não abusaram do direito de transmitir informações através da imprensa atendo-se a narrar e a licitamente valorar fatos relativos a prostituição infanto-juvenil, os quais se encontravam efetivamente sob apuração em inquérito policial, obtendo ampla repercussão e interesse em virtude da autoridade e condição social dos investigados, dentre os quais foram citados o Juiz, o Promotor e o pároco atuantes na localidade, fazendeiros, empresários, etc.

Ressalte-se que a e. Corte Estadual consignou ter examinado amplamente o teor das reportagens, e que, amparando-se em uma visão geral, reputou caracterizado tão-somente o *animus narrandi* em seus estritos limites legais (fls. 313): (...)

3.3.4.3. As pessoas envolvidas no fato: públicas, notórias ou comuns.

Outro ponto importantíssimo a se averiguar quando se está diante de um caso de colisão entre liberdade imprensa e direitos da personalidade é a pessoa envolvida no fato noticiado.

Ora, não se pode considerar na mesma amplitude de proteção dos direitos da personalidade de pessoa dita comum, e aqueles que desfrutam de certa notoriedade pública, quer seja pelo cargo que ocupa, quer seja pela própria natureza das funções que desempenha, quer seja por características peculiares que lhe dão visibilidade e projeção social, como atletas, modelos, atores e etc.

3.3.4.3.1. Pessoas comuns.

De fato, as pessoas comuns gozam de um círculo maior de proteção dos direitos da personalidade, portanto a publicação de notícias que violem a honra, privacidade, intimidade e imagem devem se relacionar diretamente com a natureza dos fatos relacionados ao interesse público social, não se permite a invasão em outras esferas da vida do indivíduo não relacionadas e que não tem importância na constituição do fato, conforme atesta Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

Sucedem, porém, que a restrição a direitos da personalidade dessas pessoas se coloca apenas com relação àqueles fatos notórios. Não se autoriza sua equiparação às pessoas que são públicas em virtude de sua própria condição. Essas pessoas da história de seu tempo em sentido relativo são, afinal, pessoas comuns.

Por isso que os fatos que não se relacionam com o acontecimento, com o evento específico que deu notoriedade àquelas pessoas comuns, ou que sirvam apenas para identificá-las, a apresentá-las, não devem ser devassados, sem seu consentimento. São fatos despidos de qualquer interesse à comunidade.¹⁴²

¹⁴²GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 75.

É o caso de pessoa envolvida em crime, envolvida em fatos que causem grande comoção social, portadoras de doença graves ou diferentes.

Interessante decisão a respeito do assunto foi proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo ao julgar a Apelação Cível nº 34 5.136-4/1-00¹⁴³, em que vítima de crime propôs ação de danos morais em face de empresa jornalística que publicou a notícia do crime. Nesse caso entendeu aquele Tribunal que a violação da esfera privada do indivíduo relacionado no fato teria ficado adstrita a notícia de interesse público, não havendo, portanto qualquer abuso no dever noticiar o fato:

A ré veiculou notícia verdadeira extraída de boletim de ocorrência lavrado perante o Io Plantão Policial de São José do Rio Preto, reproduzido a fls. 25/26, dando principal enfoque ao grande número de ocorrências de furto às residências durante o feriado prolongado do Ano Novo, atribuindo a facilidade da ação dos assaltantes à ausência prolongada dos seus moradores nessa época.

A matéria identifica a zona norte da cidade como aquela com a maior incidência dos casos, exemplificando alguns deles, dentre os quais o evento ocorrido na residência do autor. Prossegue informando a respeito da orientação da polícia com dicas de segurança.

A divulgação do nome e outros dados pessoais não excedeu a liberdade de informar nem o expôs ao perigo, já que, como bem ponderou o juiz sentenciante, o criminoso foi surpreendido pelo próprio autor na residência deste, sendo, portanto, de pleno conhecimento daquele a informação publicada na matéria (fls. 119/120).

Tal divulgação, em verdade, enquadra-se no contexto da notícia, com o objeto precípua de divulgar um alerta aos cidadãos, com medidas preventivas de segurança, de sorte a se evitar outras ocorrências como a vivenciada pelo autor.

É evidente, portanto, o interesse público que se sobrepõe sobre o particular.

3.3.4.3.2. Pessoas públicas e notórias.

3.3.4.3.2.1. Políticos

¹⁴³ Apelação Cível nº 34 5.136-4/1-00, Rel. Des. Carlos Augusto de Santi Ribeiro, j. 12.05.2009.

Por sua própria sujeição ao crivo popular, através da submissão de seu nome ao pleito eleitoral, a figura do político tem seu âmbito de proteção dos direitos da personalidade bastante reduzido.

Ora, não se pode admitir que pessoa, cujo exercício do cargo que esteja ocupando tenha decorrido de vontade popular através do voto, goze de proteção na mesma medida da pessoa comum. Ele é responsável pela gestão da coisa pública, e seus atos tem que ser submetidos a fiscalização popular, sobretudo através da atividade da imprensa, que pela sua finalidade precípua, tem como dever informar a população dos interesses coletivos.

Assim, nessa esteira, muitas vezes fatos relacionados à vida privada do político podem ganhar relevo social diante do próprio processo eletivo a que se submete aquele que almeja determinado cargo

“E não é só. Há dados da vida pessoal do gestor público que, aparentemente reservados, concernentes a sua vida privada e por vezes familiar, podem bem interessar ao conhecimento público, pela relevância ao julgamento da aptidão para a função pública de quem investido ou de quem se pretende investir.”¹⁴⁴

Sobre o aspecto dos fatos relacionados a vida privada do político se manifestou o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1025047 / SP¹⁴⁵, através do voto condutor da Rel. Ministra Nancy Andrighi:

A única questão devolvida ao conhecimento do STJ diz respeito à possibilidade de conferir efeitos, na presente hipótese, à tese que mitiga a ocorrência de ofensa à honra quando a vítima é pessoa notória, sob o fundamento de que tal circunstância gera, necessariamente, uma diminuição do alcance da proteção legalmente conferida aos direitos de personalidade.

(...)

¹⁴⁴ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 70.

¹⁴⁵ REsp 1025047 / SP, Rel. Min^a Nancy Andrighi, j. 26/06/2008

Portanto, essa redução do âmbito de proteção, no caso dos políticos, é aceitável quando a informação, ainda que de conteúdo familiar, possa dizer algo sobre o caráter do homem público, pois existe interesse relevante na divulgação de dados que permitam a formação de juízo crítico, por parte dos eleitores, sobre os atributos morais daquele que se candidata a cargo eletivo.

No que diz respeito diretamente à presente hipótese, em tese, nota-se que a premissa adotada pelo acórdão recorrido encontra apoio, pois a imputação de paternidade em relação extraconjugal com adolescente é, sem dúvida, um fato relevante que pode subsidiar o eleitorado que busca informações a respeito dos atributos morais do homem público.

(...)

Assim, muito embora se reconheça, em termos teóricos, o valor da tese esposada pelo acórdão, sua aplicação ao presente caso é inviável, pois a redução da esfera de proteção ao político não pode ir ao ponto de deixá-lo vulnerável a toda e qualquer ofensa, ainda que inverídica – o que, em último caso, impossibilitaria o próprio debate político, pois o eleitorado não teria mais como separar a verdade da falsidade e, em consequência, impossível seria formar um juízo qualquer sobre o caráter dos postulantes aos cargos públicos.

(Grifo e negrito nosso)

3.3.4.3.2.2. Pessoas notórias

Existem pessoas que por certas características próprias se destacam em determinadas áreas e atividades desempenhadas pelo homem, tendo em vista tais características essas ganham notoriedade, passando a se tornar amplamente conhecidas, despertando a curiosidade e o interesse da sociedade, nas palavras de Manuel da Costa Andrade são “pessoas da história do seu tempo em sentido absoluto”¹⁴⁶.

Assim, em decorrência dessa notoriedade alcançada, aumentando o interesse da sociedade sobre a vida das mesmas, o âmbito de proteção dos direitos da personalidade dessas pessoas é diminuído, inclusive referente ao seu relacionamento familiar. Sobre tal aspecto atesta Paulo José da Costa Júnior:

¹⁴⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal. Uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 306.

Se se tratar de pessoa notória, o âmbito de sua vida privada haverá que reduzir-se, de forma sensível. E isto porque, no tocante às pessoas célebres, a coletividade tem maior interesse em conhecer-lhes a vida íntima, as reações que experimentam e as peculiaridades que oferecem. E tal interesse será ainda mais legítimo quando aquele episódio íntimo tiver desempenhado papel relevante na formação da personalidade notória. As personalidades em evidência pertencem literalmente ao público, pois como que alienaram a própria existência privada. Em razão do status social do indivíduo, o seu papel – que é o aspecto dinâmico do próprio status – é o de exibir a sua pessoa e atrair para si o interesse popular.¹⁴⁷

No entanto, ainda que se refira a pessoas notórias, não se pode esquecer que existe um núcleo essencial do direito revestido de proteção constitucional¹⁴⁸, assim não se pode olvidar que existe um mínimo de proteção dos direitos da personalidade dessa pessoa, sobretudo levando em conta a veracidade do fato e seu interesse público na divulgação.

Por certo, diferentemente de outras situações onde o interesse público “salta aos olhos”, tratando-se do caso de pessoas notórias a conceituação de interesse público fica mais tênue, sobretudo diante do fato de que a sociedade, de maneira geral, tem curiosidade por saber aspectos da vida das pessoas que são amplamente conhecidas, não se revestindo tal aspecto do conceito de interesse público, numa acepção clara do direito. Além do que tais pessoas, como decorrência própria de sua posição social, tendem a ocupar espaço de maior destaque, e, porque não dizer, procuram estar sob os “holofotes” da mídia, conforme atesta René Ariel Dotti:

(...) o sucesso [das pessoas notórias] depende em grande parte do lugar que ocupam junto à imprensa. Para provocar esta publicidade, eles mostram sua vida privada em detalhes. Ficam prontos a contar seu passado, os gastos, as aventuras, deixam-se fotografar em todas as situações e em todos os ângulos.¹⁴⁹

¹⁴⁷ COSTA JR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

¹⁴⁸ Sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais e âmbito de proteção ver o item 3.2 Limites dos direitos fundamentais.

¹⁴⁹ DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1980, p. 87.

Entretanto, deve-se ter em mente que a divulgação das notícias deve pautar-se pelo “interesse público” relacionado a condição ostentada pelas mesmas, não se pode admitir, sob o fundamento da liberdade de imprensa, a divulgação de notícias a respeito de tais pessoas, de maneira sensacionalista, inescrupulosa ou de maneira jocosa, pois em tais situações por certo estar-se-á diante de abuso consubstanciado através da imprensa, numa clara violação de sua finalidade institucional.

3.3.4.4. Existência de crime

A notícia de crime, por sua própria natureza, não passa nem pelo exame da verificação da existência do interesse público para sua divulgação, o interesse público resta configurado e subentendido pelo simples fato de ser crime, assim mais do que uma opção, é dever da imprensa noticiá-lo, “o crime não pertence à esfera da privacidade/intimidade, estando a sua investigação e divulgação abertas ao exercício da liberdade de imprensa”¹⁵⁰

Entretanto, ainda que se tenha em mente tal aspecto, deve a imprensa se resguardar dos cuidados necessários na divulgação do crime, não sendo, portanto a sua divulgação despida de qualquer limite ou baliza, sobretudo, tendo em vista que ao relatar um crime, tem-se ao menos uma pessoa envolvida, o próprio criminoso, que deve ter seus direitos da personalidade minimamente respeitados¹⁵¹.

Assim, deve a imprensa ter cuidado na divulgação dos fatos relacionados ao crime, como a divulgação do nome, imagem, entrevista do acusado. Ora, é cediço que se torna

¹⁵⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal. Uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra, 1996, p.250.

¹⁵¹ Aqui se volta a ter em mente o conceito de núcleo essencial dos direitos fundamentais e âmbito de proteção, conforme já falado ao se tratar de pessoas notórias no ponto 3.3.4.3 deste tópico.

impossível a divulgação de crime e de suas conseqüências, se for impossibilitada a exposição do acusado e suas características pessoais, o que se quer aqui estabelecer é a correlação direta entre a divulgação de tais fatos com a ocorrência do crime.

Sobre tal aspecto, teve oportunidade de se manifestar o Tribunal de Justiça de São Paulo, através da Apelação nº 530.300-4/4¹⁵² ao analisar o caso de médico que pleiteava indenização por danos morais em face de empresa jornalística pela divulgação de denúncia oferecida pelo Ministério Público:

A matéria se refere ao fato do autor, médico, ter sido denunciado criminalmente em razão da morte de paciente.

Basta cotejar os termos da reportagem e da denúncia criminal (fls. 312/313) para concluir que a notícia se baseou exclusivamente no teor daquela peça oferecida pelo Promotor de Justiça. É, na verdade, um extrato da denúncia, contendo alguns trechos relevantes.

Reconhece-se que a matéria deixou de transcrever trechos do laudo pericial, ou de outras peças de informação do inquérito policial, e nem disso havia necessidade (v. fls. 23/secs., 126/secs. e 241/secs.).

Perfeitamente lícito que a reportagem se ampare na denúncia criminal, que contém, em termos didáticos e claros, o resumo dos fatos existentes no inquérito policial. É bom destacar que tanto o inquérito como a ação penal não corriam em segredo de justiça, de modo que a jornalista teve inteiro acesso aos autos e fundou a matéria na principal peça então existente, ou seja, a denúncia.

A matéria veiculada no jornal Diário da Região noticiou fato de manifesto interesse público, qual seja, a denúncia apresentada contra o médico, em razão dos fatos verificados.

A notícia era verdadeira na essência, até porque reproduziu quase que na integralidade o teor da denúncia do Promotor de Justiça.

Assim, pelo fato de reproduzir fielmente o disposto em denúncia efetuada pelo Ministério Público entendeu aquele Tribunal que não houve a ocorrência de abuso na divulgação da informação pelo meio de imprensa.

¹⁵² Apelação Cível nº 530.300-4/4, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 14.05.2009

Além do que, cabe aqui salientar, diante do papel da mídia na formação da opinião pública, o cuidado que a imprensa deve ter ao atribuir o cometimento de um crime a determinada pessoa, baseada numa investigação jornalística, que nem sempre se baseia numa análise profunda e detalhada do caso, no afã de conseguir um “furo jornalístico”¹⁵³, conforme atesta Claudio Luiz Bueno de Godoy:

De outra parte, ainda nesta matéria, é preciso ter presente o princípio constitucional da inocência, que impõe maior cautela à atividade de imprensa quando ligada à divulgação de fatos penais não totalmente apurados, sobretudo quando imputados a certa pessoa, afinal não julgada.

(...)

Explica-se. Como já antes salientado, o jornalista, no desempenho da atividade de imprensa, deve ser reto e veraz, cuidando para que a divulgação, cuja iniciativa lhe está afeta, seja de fatos de procedência apurada, tudo de modo a garantir a preservação do caráter institucional de que se reveste seu mister.¹⁵⁴

Assim, em sentido oposto ao do acórdão citado acima, o mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo se manifestou pela procedência do pedido em caso de pessoa que foi acusada de prática de crime sexual contra adolescente, pelo fato de que a notícia foi veiculada de maneira sensacionalista e sem apuração do mínimo da veracidade dos fatos (Apelação Cível n° 635.649.4/1-00)¹⁵⁵:

A matéria jornalística foi veiculada com descrição pormenorizada dos fatos, contendo declarações da vítima e de seus genitores. Tem razão o MM. Juiz, ao fixar em sua sentença que a impressão geral da reportagem tomou a versão da vítima como verdadeira, embora o caso ainda estivesse sob investigação policial.

Do corpo da matéria (fls. 146/156) se extrai que a fotografia do autor foi levada ao ar de modo temerário, diante da fragilidade da imputação, sustentada por

¹⁵³ Tal fato pode ser demonstrado no conhecido “Caso da Escola Base”, onde os supostamente envolvidos no crime tiveram suas vidas devassadas, e posteriormente restou comprovado sua inocência. Recentemente, outro caso chocou a opinião pública, e teve ampla divulgação pela imprensa, sendo praticamente feito o juízo de valor da conduta dos supostos criminosos, que se encontram presos atualmente, fala-se no “Caso da menina Isabella Nardoni”.

¹⁵⁴ Claudio Luiz Bueno de Godoy, op. cit., p. 79-80.

¹⁵⁵ Apelação Cível n° 635.649.4/1-00, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 30/04/2009.

adolescente de doze anos que padece de nítidos problemas de comportamento e mantivera atrito recente contra o autor, por conta de subtração de dinheiro.

Embora em certos momentos o apresentador ressaltasse que o caso ainda estava sob investigação policial, em outras passagens nitidamente conferiu dose de certeza à imputação e violou a honra do autor.

O inquérito policial (fls. 100/139) foi arquivado, por insuficiência de provas. O laudo de exame de corpo de delito resultou negativo e o suposto autor do delito demonstrou que na data dos fatos se encontrava em cidade diversa.

Parece evidente que, diante das circunstâncias do caso, a matéria jornalística deveria ter sido veiculada em outro tom. Foi prematura a divulgação da fotografia e dos dados completos do autor, sem certeza mínima da real ocorrência dos fatos.

Pecou a matéria, mais, por seu tom nitidamente sensacionalista e por não ouvir previamente o autor, colhendo a sua versão dos fatos. (grifo e negrito nosso)

3.3.4.5.Local do fato

O local do fato também deve ser levado em consideração na averiguação do âmbito de proteção do direito fundamental. Ora, por certo, fatos acontecidos em lugares reservados guardam maior proteção do que aqueles ocorridos em locais públicos, como praias, manifestações populares, nesse aspecto o domicílio do indivíduo guarda ainda maior proteção, consubstanciada inclusive na Constituição Federal, no art. 5º, XI.

Sobre o resguardo do domicílio, mais uma vez teve oportunidade de se manifestar o Tribunal de Justiça de São Paulo ao julgar, através da Apelação Cível nº 305.224-4/0-00¹⁵⁶, ao julgar recurso na ação de indenização por danos morais proposta por pessoa que teve seu lar invadido por equipe de programa de televisão com o fito mostrar problemas de vazamento de água:

¹⁵⁶ Apelação Cível nº 305.224-4/0-00, Rel. Des. Vicentini Barroso, j. 05/05/2009.

Trata-se de pedido de indenização por danos morais em virtude da exibição, em 18 de dezembro de 1995, no programa televisivo "Aqui e Agora", de filmagem na residência da autora apontando problemas de vazamento de água no seu apartamento. A filmagem e exibição não foram autorizadas, sem o cunho meramente informativo que se faz crer; antes, revestiu-se - esta última - de natureza sensacionalista, em prejuízo da intimidade e imagem da autora (fato gerador de dano).

De igual forma sobre a questão da violação destas, corporificadas naqueles, ao menos ao início da reportagem - consistente no fato de o repórter e o operador de câmera chegarem à residência da autora sem prévio aviso ou conversa, filmando o interior do apartamento - numa janela ao lado da porta de entrada - e obrigando seu marido a fechar cortinas para impedir filmagem (ato característico de desautorização). Evidencia-se, pois, de inequívoco constrangimento (vide fl. 422). (grifo e negrito nosso)

Com relação aos locais públicos, por certo não pode a pessoa, sob o manto da proteção constitucional dos direitos da personalidade, impedir que determinados fatos ocorridos no âmbito de locais públicos, onde as mesmas estejam inseridas, sejam divulgadas por meio da imprensa.

Lógico que a divulgação, conforme já amplamente demonstrada, deve se inserir no contexto da verdade dos fatos e do interesse público que reveste, no entanto as pessoas inseridas no contexto, em tese passam a ser consideradas não em sua individualidade, mas como contidas na “paisagem” do local onde ocorre o fato a ser divulgado.

3.3.4.6. Hipóteses em geral

Portanto na divulgação das notícias, deve-se analisar as circunstâncias fáticas em que se deu a mesma, como por exemplo: as pessoas envolvidas no fato, se públicas, notórias ou comuns; em que local ocorreu o fato: num local público ou privado; se houve invasão em outras esferas da vida do indivíduo não relacionadas e que não tem importância na constituição do fato; a possibilidade do fato divulgado já ter adentrado no domínio público

antes de sua veiculação massiva por outro meio regular de obtenção de informação ou se a divulgação limita-se a reproduzir determinado fato já amplamente conhecido; e tantos outros questionamentos que podem ser levantados em sede de apreciação do fato concreto.

Assim, na análise da colisão entre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, é necessário a observação sobre a veracidade da informação, a relevância social desta, e acima de tudo as condições fáticas de desrespeito à pessoa humana, consubstanciando na proteção dos direitos da personalidade, para se aferir sobre a existência da dita violação, que imponha limites a liberdade de imprensa, ou se não houve a violação, e os limites devam ser impostos aos direitos da personalidade.

CONCLUSÕES

Diante do que foi exposto, pode-se afirmar que todo ser humano é dotado da capacidade de pensar, é no pensamento onde o homem formula suas idéias, opiniões, concepção de mundo. No cotidiano, todos esses valores intrínsecos são externados a outros indivíduos, e se até então o pensamento não tinha qualquer relevância jurídica, a partir do momento em que é manifestado ganha a dimensão do mundo, e, por conseguinte, o interesse do ordenamento jurídico.

A manifestação de pensamento é livre, tutelada pelo texto constitucional, tendo como corolário a liberdade de expressão e liberdade de informação.

A liberdade de expressão é o direito garantido constitucionalmente de expressar sua opinião, pensamento, vontade, por todos os meios possíveis, comportando também o direito de não se expressar.

A liberdade de expressão comporta dentro de seu espectro a liberdade de informação, que se distingue da primeira pelo fato precípua de que essa liberdade tem como elemento básico a veracidade da notícia.

A liberdade de expressão e informação detem o caráter de fundamento para outras liberdades, encontrando-se numa posição preferencial em face de outros direitos, segundo a Teoria da *preferred position* do direito americano.

A liberdade de informação é essencial numa democracia, pois permite a formação da opinião pública, tão necessária como reguladora do poder democrático. Sob esse aspecto comporta três vertentes: a liberdade de informar, a liberdade de se informar, de cunho individual, e o direito de ser informado, de caráter coletivo.

Dentro dessa perspectiva, a imprensa desempenha papel preponderante na efetivação da liberdade de informação e, conseqüentemente, no sistema democrático, na medida em que, por ser meio de comunicação massiva, pode alcançar um grande número de pessoas. É visível a função social que desempenha a imprensa. Para tanto, deve esta se pautar pelo princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, da veracidade dos fatos e do interesse público da notícia.

Assim, a liberdade de imprensa comporta duas dimensões: o direito subjetivo e a garantia institucional, nesse segundo aspecto encontra-se albergado a noção de liberdade de imprensa como base para um estado de direito.

Inserido na sistemática da liberdade de imprensa, encontra-se o direito de resposta, que alberga a um só tempo um limite à supracitada liberdade, e um direito consignado ao cidadão de acesso aos meios de comunicação em face de ofensas ali perpetradas.

Ainda sob o enfoque da liberdade de imprensa, cabe ressaltar o fato de que o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 130 entendeu que a Lei de Imprensa brasileira não foi recepcionada pela Constituição de 1988, tendo em vista que os valores ali dispostos não se coadunam com o princípio máximo da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é materializado através da proteção dos direitos da personalidade. Esses são prolongamentos e projeções da própria personalidade, e como tal merecem ser tutelados pelo ordenamento jurídico, para efetivá-la.

Apesar de refutado por juristas de prol, por muito tempo, a sua natureza, e até mesmo sua existência, hoje se tem como certo que os direitos da personalidade são direitos subjetivos privados. Caracterizam-se por serem: essenciais; inatos; absolutos; extrapatrimoniais; indisponíveis; vitalícios; impenhoráveis; e imprescritíveis.

As pessoas jurídicas tem direitos da personalidade, e devem ser protegidas na mesma medida em que se protegem os direitos da pessoa física, já que ambas têm personalidade. O atual Código Civil expressou a extensão dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas.

As espécies de direitos da personalidade são variadas, e não se esgotam nos textos legislativos ou na doutrina, visto que os prolongamentos e projeções da personalidade são extensos e variáveis. Desses, merecem destaque, para este trabalho, a honra, a imagem, a intimidade e a privacidade, por estarem diretamente relacionados com a liberdade de imprensa, e por vezes se conflitarem.

A honra abrange dois aspectos: o subjetivo, e o objetivo. O primeiro diz respeito à consideração pessoal do indivíduo, a valoração que dá a si mesmo; o segundo recai sobre a consideração das pessoas pela sociedade, ou seja, o bom nome, a reputação, dentre outros tantos valores sociais.

A imagem constitui a agregação dos atributos morais e físicos do indivíduo, não se podendo dissociá-los. O direito à imagem é a tutela de ambos os atributos indistintamente, de maneira que possa ser identificado o indivíduo por algum de seus aspectos pessoais.

A privacidade, não raras vezes, é confundida com a intimidade, e tida como mesmo instituto; no entanto, trata-se da esfera da vida do indivíduo em seu espaço privado, confrontando com aquele público, longe das atividades desenvolvidas na coletividade.

A intimidade diz respeito àquele espaço particular, onde o indivíduo se resguarda com seus valores, sentimentos mais íntimos. Trata-se de espaço pessoal, onde nem mesmo aqueles que desfrutam de sua privacidade têm autorização para adentrar e participar.

O ordenamento jurídico prescreve ampla liberdade de agir ao homem, no entanto, outorga a cada um a responsabilidade pelos seus atos, e o respeito à esfera jurídica alheia.

Muitas vezes, a atividade de imprensa acaba por violar os direitos da personalidade. Diante dessa possibilidade, o julgador tem a obrigação de decidir sobre a prevalência de um dos dois direitos no caso concreto: se a proteção aos direitos da personalidade ou a liberdade de imprensa, numa autêntica colisão entre direitos fundamentais.

No ordenamento jurídico, não raras vezes, ocorre o conflito entre normas. No entanto, entendido como sistema normativo ordenado, não se pode tolerar essa situação.

A princípio deve-se ter em mente que as normas jurídicas podem ser de duas espécies: regras ou princípios. O conflito entre regras se processa dentro do aspecto de validade, as

regras são válidas ou inválidas. Sob essa perspectiva a resolução do conflito entre regras se dá através dos critérios apresentados pelo próprio ordenamento jurídico: hierárquico, cronológico ou de especialidade.

Entretanto, em relação aos princípios, não há como se falar em validade, quando existe uma colisão entre princípios nenhum dos critérios pode ser utilizado na sua resolução. Ao solucionar o conflito de princípio, o julgador deve harmonizá-los, de maneira que no caso concreto um preceda o outro, no entanto, isso não importa na eliminação do ordenamento jurídico de algum dos princípios.

A colisão de direitos fundamentais ocorre no âmbito dos princípios, pois não se pode olvidar o caráter principiológico dos direitos postos quando se fala da colisão dos mesmos. Na colisão entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa, portanto, terá que haver uma harmonização entre estes, de maneira que de acordo com as condições do caso concreto um preceda o outro.

Para essa resolução, o julgador se valerá dos princípios da unidade da constituição, da concordância prática, da máxima efetividade, sobretudo, o da proporcionalidade.

A proporcionalidade, com os seus três subprincípios: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, norteará o julgador no sentido de que a medida se conforme ao fim almejado, que se averigüe a necessidade da medida para a conservação do próprio direito ou de outro, e, principalmente, sobre a razoabilidade entre o meio utilizado e o fim perseguido, concordando os bens em conflito.

Nessa medida, deve-se levar em consideração o aspecto da veracidade da informação, posto que se inverídica não se tratará nem de um conflito, pois não se encontra no âmbito da proteção do direito a ausência da verdade nos fatos.

Deve-se ainda analisar o interesse público que permeia o fato. Assim, diante da existência do interesse público que reveste a notícia, os direitos da personalidade podem ter seu âmbito de proteção diminuído.

É necessário, ainda levar em consideração a pessoa envolvida da notícia, posto que sendo pessoa pública, este tem sua esfera dos direitos da personalidade diminuídos se tomados como base as pessoas ditas comuns.

Cabe também ressaltar a peculiaridade da notícia se relacionar a crime, neste aspecto encontra-se albergada a proteção da liberdade de imprensa pelo interesse social que se revela na divulgação de crime.

Importa ter em mente também o local do fato, já que se este ocorreu em lugar público, por certo o âmbito de proteção dos direitos da personalidade será menor do que com relação a fatos ocorridos em local privado.

Essas são hipóteses muito comuns onde se verifica a colisão entre os direitos postos, entretanto tais situações não encerram o rol de hipóteses onde se configura a colisão. Ademais, os contornos que se revestem as hipóteses no caso concreto é que irão possibilitar a análise do julgador.

Assim, conclui-se que a colisão de direitos relacionada a fato noticiado na imprensa deve ser analisada levando-se em conta que se está diante de dois direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, e que a procedência de um sobre o outro deve ser baseada nas condições em que deu o caso concreto, utilizando-se dos princípios para a sua solução, dos valores éticos que norteiam a atividade de imprensa e os aspectos inerentes aos direitos da personalidade.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal. Uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra, 1996.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARBOSA, Silvio Henrique Vieira. “Informação x privacidade – o dano moral resultante do abuso da liberdade de imprensa”. In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*. São Paulo, ano 19, nº 73, p. 73-78, jul-set. 1995.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. “Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação” in *Direitos Fundamentais, Informática e comunicação: algumas aproximações*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5ª ed. atual. aum. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. “Tutela judicial civil de direitos personalíssimos”. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 84, Vol. 718, p. 13-17, ago. 1995.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. “Tutela da personalidade no atual direito brasileiro”. In: *Revista de direito civil*. São Paulo, ano 20, nº 78, p. 5-21. out-dez. 1996.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 6ªed. rev. Coimbra: Almedina, 1995.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e liberdade de expressão*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CAVALCANTI, José Paulo. *Por uma Lei de Imprensa* in seção “Tendências e Debates”, Folha de São Paulo, 07/05/2009.

CHAVES, Antônio. “Imprensa – captação audiovisual – informática e os direitos da personalidade”. In: *Ciência jurídica*. São Paulo, ano 10, Vol. 70, p. 11-49, jul-ago. 1996.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA JR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1980.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2ª ed. atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

FERREIRA, Aluizio. *Direito à informação. Direito à comunicação. Direitos fundamentais na constituição de 1988*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

FRANÇA, R. Limongi. “Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais”. In: *Revista dos tribunais*. São Paulo, ano 72, Vol. 567, p. 9-16, jan. 1983.

GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2002.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.

GOMES, Orlando. “Direitos da personalidade”. In: *Revista forense*. Rio de Janeiro, Vol. 216, p. 5-10, 1966.

GUERRA, Sidney. *Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 23ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. *Direito à liberdade de imprensa*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

KOSOVSKI, Ester. “Ética, imprensa e responsabilidade social”. In: *Revista da associação dos magistrados brasileiros*. Rio de Janeiro, ano 3, nº 6, p. 30-37, jan-jun. 1999.

MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. “Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem”. In: *Cadernos de direito tributário e finanças públicas*. São Paulo, Vol. 5, p. 16-20, 1993.

_____ ; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à lei de imprensa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. T. VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

MIRANDA, Rosângelo R. “Tutela constitucional do direito à proteção da própria vida privada”. In: *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo, ano 3, nº 13, p. 158-185, out-dez. 1995.

MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na comunicação social*. Coimbra: Coimbra, 1994

NOBRE, Freitas. *Imprensa e liberdade: os princípios constitucionais e a nova legislação*. São Paulo: Summus, 1988.

_____. *Comentários à lei de imprensa*. 3ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1985.

NOBRE, Marcos. *Informação é poder* in seção “Opinião – Imprensa”, Folha de São Paulo, 05/05/2009

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Vol. I São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTA MARIA, José Serpa de. *Direitos da personalidade e a sistemática civil geral*. Campinas: Julex Livros, 1987.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª ed. 3ª tiragem, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUSA, Nuno e. *A liberdade de imprensa*. Coimbra: Coimbra, 1984

SZANIAWSKI, Elimar. “Considerações sobre o direito à intimidade das pessoas jurídicas”. In: *Revista dos tribunais*. São Paulo, ano 79, Vol. 657, p. 25-31, jul. 1990.

TAVARES, André Ramos. “Liberdade de expressão-comunicação, limitações quanto ao seu exercício e possibilidade de regulamentação” in *Leituras Complementares de Direito Constitucional*, org. Marcelo Novelino. 3ª ed. rev. atual. Salvador: Jus Podium, 2008.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 18ª ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, José Henrique Rodrigues. “A censura à imprensa e o controle jurisdicional da legalidade”. In: *Revista dos tribunais*. São Paulo, ano 83, Vol. 705, p. 24-33, jul. 1994.

VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004.

_____. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009.

Direito à informação in Editorial, Folha de São Paulo, 03/05/2009.

STF e a Lei de Imprensa in seção “Opinião – Fórum dos Leitores, O Estado de São Paulo, 05/05/2009.

Sites utilizados:

www.stf.jus.br

www.stj.gov.br

www.tj.sp.gov.br

www.tj.rj.gov.br

www.tj.df.gov.br

www.tjrs.jus.br

en.wikipedia.org