



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO:
ENTRE O TEXTO E A NORMA**

por

JOANA TAVARES NABUCO

ORIENTADORA: Rachel Barros Nigro

2015.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ENTRE O TEXTO E A NORMA

por

JOANA TAVARES NABUCO

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio de
Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Rachel Barros Nigro

2015.1

Agradecimentos

Aos meus pais, Christiana e João Marcos, e à minha madrastra, Monica, pelo apoio e amor incondicionais, sem os quais este ciclo que se encerra não seria possível. Aos meus irmãos, José Felipe e Maria Rita, pela alegria diária da convivência. E aos meus avós, Gilda, Luiza Carolina e José Thomaz, pelo conforto do abraço e pelas lições de vida que eu nunca vou esquecer.

Aos meus amigos, tanto àqueles que me acompanham desde o início da vida, quanto aos que fiz na faculdade, maiores presentes que a PUC poderia me dar, por figurarem indeléveis nas minhas melhores lembranças e pela certeza de que estarão ao meu lado por muitos momentos mais.

Ao Bernardo, melhor amigo e amor, por me ensinar – muito melhor do que os livros – a beleza da expressão sem amarras. Obrigada por me amar no máximo do meu íntimo e por também confiar a mim aquilo que você tem de mais verdadeiro.

Aos chefes e colegas no escritório Binenbojm, Gama e Carvalho Britto Advocacia, por quem eu nutro a mais genuína admiração, pela advocacia irretocável e pela paixão pelo Direito que me fazem ter muito orgulho de fazer parte desse time.

Por fim, mas em nada menos importante, agradeço a todos os professores que eu tive na PUC pelos ensinamentos preciosos que eu carregarei comigo por toda a vida. À minha querida orientadora, Rachel Nigro, agradeço especialmente por todo o carinho e pela grande contribuição ao longo da elaboração deste trabalho.

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo a análise da construção teórica e abstrata que é feita pela doutrina, e reproduzida pelos demais operadores do Direito, sobre o direito fundamental à liberdade de expressão, em oposição à maneira como se dá a concretização desse mesmo princípio na jurisprudência brasileira. Com efeito, possui amplo respaldo tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, o entendimento segundo o qual o princípio constitucional da liberdade de expressão e seus corolários possuem primazia *prima facie* frente aos direitos da personalidade, igualmente resguardados pela Constituição de 1988. No entanto, quando se lança um olhar atento aos casos concretos, percebe-se que há um número significativamente maior de decisões que privilegiam os direitos da personalidade em detrimento da liberdade de expressão. A partir dessa contradição entre teoria e prática, já demonstrada em outros trabalhos, este estudo pretende analisar a referida antinomia no contexto do constitucionalismo contemporâneo, notadamente marcado pela utilização de métodos abertos de aplicação do Direito, que, quando desvirtuados, possibilitam a existência de inconsistências estruturais nas decisões judiciais.

Palavras-chave: liberdade de expressão; direitos da personalidade; colisão de princípios fundamentais; ponderação; primazia *prima facie*.

Sumário

1. Introdução.....	6
2. A nova doutrina do Direito Constitucional.....	12
2.1. Os princípios no constitucionalismo contemporâneo.....	12
2.1.1. Regras, princípios e postulados normativos.....	14
2.1.2. A força normativa dos princípios.....	18
2.2. O papel do intérprete na concretização do Direito.....	21
2.3. A nova hermenêutica jurídica e a colisão de princípios constitucionais.....	25
2.3.1. O princípio da unidade da Constituição.....	27
2.3.2. O princípio do cosmopolitismo ético.....	29
2.3.3. O princípio da interpretação conforme a Constituição.....	31
2.3.4. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.....	32
2.3.5. O princípio da ponderação de interesses.....	36
2.4. A perspectiva civil-constitucional.....	40
3. O direito fundamental à Liberdade de Expressão e sua concretização na jurisprudência brasileira.....	46
3.1. Marco teórico da Liberdade de Expressão.....	47
3.1.1. O alcance do direito fundamental à liberdade de expressão..	48
3.1.2. Posição de preferência ocupada pelo direito fundamental à liberdade de expressão em relação a outros direitos constitucionalmente tutelados.....	50
3.1.3. A colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade e critérios de ponderação.....	53
3.2. Jurisprudência.....	58
3.3. Os efeitos sistêmicos de decisões concretas.....	63
4. Conclusão.....	68
5. Bibliografia.....	71

Lista de Abreviações

Abreviação	Significado
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANEL	Associação Nacional dos Editores de Livros
Art.	Artigo
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
Ed.	Edição
Min.	Ministro
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONG	Organização não governamental
Org.	Organizadores
P.	Página
Reimpr.	Reimpressão
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
Rcl	Reclamação
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

1. Introdução

O constitucionalismo surge como movimento político que busca a elaboração de normas escritas que limitem e organizem o poder estatal com base no jusnaturalismo racionalista, ou seja, na defesa da existência de um *direito natural* suprapositivo emanado da razão humana, e não do Estado¹. As grandes vitórias do direito natural foram, portanto, o Estado liberal, a consolidação de constituições escritas que instituíam direitos individuais e organizavam o poder político², e o sucesso do movimento de codificação do Direito³.

Com a evolução do constitucionalismo, no início século XIX, os direitos naturais se encontravam integralmente positivados nos ordenamentos jurídicos. Assim, “[t]ransposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo”⁴.

Passa a prevalecer, então, a corrente jusfilosófica do positivismo, calcada em uma cultura jurídica legicêntrica⁵. Entendia-se o ordenamento jurídico como um sistema completo que oferecia respostas adequadas a todas as questões apresentadas ao Poder Judiciário. Ao juiz caberia, portanto, a mera proclamação do direito positivo⁶.

¹ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 144 p.

² Essas eram as chamadas normas *materialmente constitucionais*. Normas que não tratassem da limitação do poder político por meio da instituição de direitos individuais e da organização do Estado, ainda que formalmente constitucionais, assim não seriam consideradas (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 184 p.).

³ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. 144 p.

⁴ FASSÒ, Guido. “Jusnaturalismo”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de Política*. Vol. 1. 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. p. 655-660.

⁵ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. 113-146 p.

⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 86 p.

Além disso, para que uma norma fosse qualificada como jurídica, não era necessário que a mesma estivesse em consonância com valores morais. Bastava, para isso, que as normas jurídicas emanassem da autoridade detentora do aparato coercitivo para impô-las⁷. Nesse mesmo sentido, a noção de *constituição material* perde força e, para que determinada norma fosse qualificada como constitucional, bastava que estivesse inserida no texto de uma constituição em sentido formal.

Nesse contexto, não era atribuída força normativa às constituições, que não passavam de proclamações políticas para inspirar a atuação do Poder Legislativo⁸. Assim, como o juiz era o mero aplicador mecânico do Direito e o Direito, por sua vez, não necessariamente guardava relação com valores morais, as codificações, outrora revolucionárias e emancipatórias, passam a ser o símbolo da conservação do *status quo*. Surgem, então, no início do século XX, paralelamente às revoluções socialistas, as primeiras correntes de pensamento que buscam a revisão do constitucionalismo moderno.

O movimento, porém, intensificou-se apenas após o fim da Segunda Guerra Mundial. Diante da barbárie gerada pela aplicação mecânica de leis produzidas por representantes do povo democraticamente eleitos, começaram a surgir constituições com mecanismos de proteção aos direitos fundamentais e ao Estado democrático de direito, mesmo em face do legislador⁹⁻¹⁰. Tais mecanismos envolvem, em primeiro lugar, a atribuição

⁷ Por isso, diz-se que o positivismo consiste em uma teoria que identifica o que é o Direito com base em um critério de fonte, e não de mérito (STRUCHINER, Noel. Algumas “Proposições Fulcrais” acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. 399-415 p.).

⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 184 p.

⁹ Neste ponto, sob o risco de se incorrer em uma análise reducionista, deve-se frisar que, ao contrário do que afirmam muitos dos críticos do positivismo, essa corrente jusfilosófica não sugere que juízes devam obrigatoriamente aplicar as normas jurídicas positivadas, ainda que injustas. Em verdade, o positivismo conceitual é *normativamente inerte*, isto é, presta-se tão somente a identificar o que se entende como Direito em determinada sociedade, sem definir

de força normativa à Constituição¹¹ e o reconhecimento da aplicabilidade imediata das normas constitucionais.

Além disso, há uma reaproximação entre o Direito e a Moral por meio da positivação de princípios jurídicos, que são normas carregadas de conteúdo axiológico. Com isso, altera-se também o papel do Poder Judiciário, uma vez que o juiz se vê obrigado a exercer o papel de criador do Direito a partir da interpretação de normas constitucionais vagas e dotadas de conteúdo moral e político. Igualmente, passam a ser reconhecidos e valorizados métodos menos rígidos de aplicação do Direito.

No Brasil, essa mudança de paradigma ocorre apenas com o advento da Constituição democrática de 1988. Muito embora os textos constitucionais desde a proclamação da República consagassem direitos e instituíssem mecanismos de controle de constitucionalidade, a cultura jurídica brasileira não reconhecia a força normativa das normas constitucionais e a sua aplicabilidade imediata¹². Foi apenas após a redemocratização da década de 80, protagonizada pela reunião de representantes de todos os movimentos políticos e sociais do país na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, que começou a surgir, no Brasil, um *sentimento constitucional*¹³.

previamente a postura a ser adotada pelo aplicador do Direito diante de uma norma que produza resultados extremamente injustos (para uma melhor definição do positivismo conceitual, veja-se: STRUCHINER, Noel. Algumas “Proposições Fulcrais” acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. 399-415 p.). Não obstante, ao não oferecer uma reflexão crítica acerca de normas jurídicas extremamente injustas, e por não fornecer uma saída ao aplicador do Direito que se depara com tais normas, o positivismo acabou por abrir espaço para muitas arbitrariedades estatais praticadas com base em leis emanadas de órgãos legislativos democraticamente eleitos (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 200 p.). Em razão disso, diz-se que a grande virada do constitucionalismo contemporâneo ocorreu após a Segunda Guerra Mundial.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil. 113-146 p. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 87 p.

¹¹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

¹² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 442 p.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. 30 p.

É nesse contexto de recente redemocratização e de desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo que se insere o presente trabalho. Como forma de afamar a superação dos tempos de repressão pelo regime militar, a Constituição de 1988 consagrou o direito fundamental à liberdade de expressão e seus corolários em diversos dos seus dispositivos.

Nesse mesmo sentido, foi cunhado tanto na doutrina¹⁴, quando na jurisprudência do STF¹⁵, o entendimento segundo o qual a liberdade de expressão possui *posição preferencial* frente a outros princípios constitucionais, tais como os direitos da personalidade¹⁶, em razão da sua essencialidade à democracia e à construção de uma sociedade livre e informada. Por outro lado, quando se lança um olhar atento à jurisprudência desenvolvida em casos concretos, percebe-se que há um número significativamente maior de decisões que privilegiam direitos da personalidade em detrimento da liberdade de expressão¹⁷.

Tal inconsistência é possível em razão da incorporação de técnicas abertas de aplicação do Direito pelo constitucionalismo contemporâneo, mas não apenas. A falta de técnica e o assoberbamento do Poder Judiciário, além do ideário autoritário do regime militar, ainda extremamente arraigado

¹⁴ Veja-se, a propósito: CHEQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. “As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF”. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 391-447.

¹⁵ STF, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 30 abr. 2009. STF, ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 15 jun. 2011.

¹⁶ Os direitos da personalidade podem ser classificados em duas espécies: (i) direitos à integridade física, que compreendem os direitos à vida, ao próprio corpo e ao cadáver; e (ii) direitos à integridade moral, abrangendo os direitos à honra, à vida privada, à intimidade, à imagem, entre outros. Para o presente trabalho, são relevantes os direitos mencionados no segundo grupo.

¹⁷ Nesse sentido, confira-se a pesquisa “*Liberdade de expressão e direitos da personalidade na jurisprudência do STJ*”, realizada por Paula Chueke Rabacov, aluna da graduação do curso de Direito da PUC-Rio, sob orientação do professor Fábio Carvalho Leite, para o Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC). Disponível em <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2012/rel_ccs_jur.html>. Acesso em 09 mar. 2015.

nas culturas política e jurídica brasileiras, também são fatores determinantes para essa distância entre teoria e prática jurídicas.

Assim, para a melhor compreensão dessa antinomia, serão tratadas, primeiramente, as características marcantes da teoria contemporânea do Direito Constitucional, que, quando desvirtuadas, possibilitam a falta de coerência entre decisões jurídicas.

O capítulo seguinte tratará especificamente da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente, será desenvolvido o marco teórico da liberdade de expressão e dos seus corolários (liberdade de expressão *strictu sensu*, liberdade de imprensa e direito à informação). Serão abordados, nesse ponto, os dispositivos constitucionais que compõem o sistema de proteção à liberdade de expressão e a interpretação a eles conferida, *em abstrato*, pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras. Tal interpretação, conforme já adiantado, é extremamente favorável às diversas manifestações da liberdade de expressão, evidenciando, inclusive, que essas possuem primazia *prima facie* sobre outros princípios constitucionais.

Em seguida, dar-se-á continuidade à análise jurisprudencial, mas sob outra ótica: será visto, aqui, o tratamento conferido à liberdade de expressão por julgados que solucionam *casos concretos*. Conforme será demonstrado mais adiante, no processo de concretização desse direito fundamental (*i.e.*, de transformação do texto constitucional em verdadeira norma jurídica definidora de condutas), medidas restritivas à liberdade de expressão acabam prevalecendo em boa parte das vezes.

Assim, demonstrada a problemática anunciada na presente introdução, serão abordados, por fim, os *efeitos sistêmicos* de decisões proferidas em casos concretos. Com efeito, a despeito de não possuírem eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, tais decisões causam o chamado *chilling effect*,

ou seja, inibem o exercício do direito à liberdade de expressão por seus titulares pelo justo receio de que lhes sejam aplicadas sanções judiciais. São produzidos, portanto, efeitos que transcendem os limites daquelas relações processuais, influenciando, ainda que indiretamente, casos futuros envolvendo o referido princípio. E tais efeitos comprometem significativamente o funcionamento da democracia.

Além disso, no que tange à metodologia, no presente trabalho será utilizado o método da intertextualidade, ou seja, proposições de diversos autores serão analisadas e comparadas a fim de que se desenvolva o tema objeto deste estudo. Os autores, por sua vez, foram selecionados em razão da influência que exercem na construção, não apenas do constitucionalismo contemporâneo, mas também da doutrina específica acerca da liberdade de expressão. Dentre eles estão, em nível internacional, Ronald Dworkin, Robert Alexy e José Joaquim Gomes Canotilho. Em nível nacional, por sua vez, serão trabalhadas as obras de Luís Roberto Barroso, Humberto Ávila, Daniel Sarmento, Cláudio Pereira de Sousa Neto, Gustavo Binbenbojm, Gilmar Ferreira Mendes, entre outros.

Por fim, cabe ressaltar que o tema possui grande relevância na atualidade, em primeiro lugar, em razão da essencialidade à higidez da democracia que reveste o direito fundamental à liberdade de expressão. Ademais, porque o presente trabalho pretende estudar a relação entre o ideário do constitucionalismo contemporâneo e a prática jurídica, analisando as propostas formuladas pela doutrina constitucional para o desenvolvimento de uma prática jurídica democrática e inclusiva.

2. A nova doutrina do Direito Constitucional

A despeito das diferenças que permeiam as diversas correntes do constitucionalismo contemporâneo¹⁸, todas elas têm em comum (i) não apenas o reconhecimento, mas também a valorização da força normativa dos princípios; (ii) a revisão da doutrina clássica da separação de poderes, por meio do incremento do papel do Poder Judiciário quando da criação do direito; (iii) a superação do formalismo e da subsunção enquanto método único de aplicação do Direito, cedendo espaço a técnicas mais abertas como a ponderação e as teorias da argumentação; (iv) a aplicação direta de normas constitucionais a outros ramos do Direito, tais como o Direito Civil e o Direito Administrativo; e (v) a incorporação de valores morais ao Direito¹⁹.

Ao longo deste capítulo, será abordada cada uma dessas características sob a ótica da colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade.

2.1. Os princípios no constitucionalismo contemporâneo

No presente trabalho, se está diante de direitos fundamentais – liberdade de expressão e direitos da personalidade –, que possuem a mesma estrutura normativa dos princípios²⁰. É importante ressaltar, porém, que a

¹⁸ Para fins didáticos, não serão utilizadas as denominações “neoconstitucionalismo” ou “pós-positivismo”. O motivo para tanto recai sobre a inexistência de consenso entre os grandes pensadores do constitucionalismo contemporâneo quanto àquilo que caracteriza uma ou outra corrente de pensamento. Portanto, a opção por alguma das nomenclaturas importaria o ônus da justificação da escolha. Isso, porém, não possui relevância para o presente trabalho, tendo em vista que as características da teoria contemporânea do Direito Constitucional a serem abordadas são aquelas comuns às suas diversas vertentes.

¹⁹ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil. p. 113-146. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 202 p.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>. Acesso em 30 mai. 2015.

tutela infraconstitucional dos direitos da personalidade é feita por meio de regras (art. 12²¹; art. 20²² e art. 21²³ do Código Civil). Não obstante, em razão da abertura semântica dos referidos dispositivos legais, pode-se fazer uma interpretação mais ou menos favorável à liberdade de expressão.

Desse modo, em última análise, este estudo versa sobre a colisão entre direitos fundamentais que, por serem dotados de força normativa, guiam a atividade do intérprete das normas infraconstitucionais. Assim, para a melhor compreensão do papel desempenhado pelos princípios – e, conseqüentemente, pelos direitos fundamentais –, deve-se primeiramente caracterizar aquilo que se entende como princípio jurídico e diferenciá-lo de outras espécies normativas²⁴.

A literatura jurídica é vasta em propostas de diferenciação entre regras e princípios²⁵, mas neste trabalho será analisada a definição oferecida por

²¹ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

²² Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

²³ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

²⁴ A caracterização de uma norma enquanto regra ou princípio tem dois objetivos primordiais: “[e]m primeiro lugar, visa a *antecipar* características das espécies normativas de modo que o intérprete ou o aplicador possa ter facilitado o seu processo de interpretação e aplicação do Direito. Em consequência disso, a referida distinção busca, em segundo lugar, *aliviar*, estruturando-o, o ônus de argumentação do aplicador do Direito, na medida em que uma qualificação das espécies normativas permite minorar – eliminar jamais – a necessidade de fundamentação, pelo menos indicando o que deve ser justificado” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, 56-57 p.).

²⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. ÁVILA, Humberto. *A Teoria dos Princípios*, 2005. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1977. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Dworkin e os seus desdobramentos nas teorias de Alexy e de Humberto Ávila, em razão do seu destaque no constitucionalismo brasileiro.

Posteriormente, serão estudadas o alcance e as consequências do reconhecimento da força normativa dos princípios e a importância dos mesmos no sistema constitucional.

2.1.1. Regras, princípios e postulados normativos

A distinção entre regras e princípios oferecida por Ronald Dworkin é um marco fundamental no constitucionalismo contemporâneo. Para o autor americano, regras são aplicáveis em uma lógica de *tudo ou nada* (“*all-or-nothing*”), ou seja, produzirão todos os seus efeitos sempre que ocorra o seu predicado fático²⁶, ou então serão consideradas inválidas para aquela hipótese. No caso de conflito entre duas normas, uma delas necessariamente será considerada inválida²⁷.

Princípios, por sua vez, possuem uma *dimensão de peso*, que consiste na importância assumida por esse mesmo princípio em determinado caso concreto. Assim, em casos de colisão (que nada mais são do que “*hard cases*”, na tipologia de Dworkin²⁸), a dimensão de peso de cada um dos princípios apontará a solução correta²⁹. Para Dworkin, para a solução de tais conflitos basta que eles sejam interpretados de forma coerente e baseada no ideal de integridade.

²⁶ O predicado fático consiste em “uma afirmação descritiva genérica que, quando verificada, aciona o ‘consequente’. O consequente ou *apodosis* é o outro componente da regra. O consequente funciona como o operador deôntico da regra, indicando se o predicado fático é proibido, permitido ou obrigatório” (STRUCHINER, Noel. O direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e; BARBOSA, Samuel Rodrigues (org.). *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 103-127 p.).

²⁷ DWORKIN, Ronald. The Model of Rules (I). p. 14-45.

²⁸ Segundo Dworkin, se está diante de um caso difícil sempre que um conflito jurídico não puder ser resolvido a partir da mera aplicação de uma regra clara. DWORKIN, Ronald. Hard Cases. In: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 81-131 p.

²⁹ DWORKIN, Ronald. The Model of Rules (I). 14-45 p.

Além disso, Dworkin classifica princípios em duas espécies: princípios em sentido estrito (“*principles*”) e diretrizes políticas (“*policies*”). Os primeiros têm fundamento nos ideais de justiça, equidade ou outra dimensão da moralidade. Já as normas da segunda espécie seriam *standards* a serem perseguidos com a finalidade de melhorar aspectos econômicos, políticos ou sociais. Dworkin entende, ainda, que os primeiros sempre têm prevalência sobre os segundos³⁰.

Robert Alexy, por sua vez, classifica princípios como *mandados de otimização*, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, consideradas as particularidades fáticas e jurídicas de cada caso. Em casos de conflitos entre princípios, recorre-se ao método da ponderação, que tem por objetivo a maior realização possível dos bens jurídicos em jogo. Regras, ao contrário, não poderiam ser aplicadas e produzir efeitos de forma gradual, de modo que, ou bem incidem na sua integralidade, ou bem não incidem em nenhuma medida³¹.

Como consequência disso, os conflitos normativos entre regras são solucionados na dimensão da validade – ou uma regra é válida e, portanto, aplicável, ou não é válida para aquele caso. Os conflitos normativos entre princípios, por sua vez, são resolvidos na dimensão do peso – o princípio com maior peso incidirá em maior medida no caso concreto³².

Já Humberto Ávila propõe a existência de três critérios de diferenciação entre normas e princípios: (i) a natureza do comportamento prescrito; (ii) a natureza da justificação exigida de quem aplica a norma; e (iii) a medida da sua contribuição para a decisão³³⁻³⁴.

³⁰ DWORKIN, Ronald. The Model of Rules (I). 14-45 p.

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. 86-87 p.

³² ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. 89 p.

³³ ÁVILA, Humberto. *A Teoria dos Princípios*. 63-70 p.

Em relação ao primeiro critério, Ávila defende que os princípios são *normas imediatamente finalísticas*, enquanto que regras são *normas imediatamente prescritivas*. Isso porque os princípios “estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido” e regras determinam condutas a serem adotadas. O jurista admite, ainda, que regras perseguem os fins subjacentes às condutas por ela prescritas. Da mesma maneira, podem-se extrair condutas necessárias à realização dos fins perseguidos pelos princípios. Porém, no caso dos princípios, a relação com os ideais é direta e com as ações é indireta e, no caso das regras, a relação se dá do modo contrário³⁵.

Quanto ao segundo critério, tem-se que, no caso das regras, o papel do intérprete se resume a verificar se os fatos se subsumem à hipótese prevista na regra. Inobstante isso, em casos excepcionais, será permitido a ele o afastamento da regra em razão da dissonância entre os fatos e os fins subjacentes à conduta determinada pelo texto normativo. Nesses casos, deverá ser suportado um pesado ônus argumentativo. Ao contrário, quando da aplicação de princípios, é pressuposto que a atividade do intérprete inclua a aferição da correlação positiva entre a conduta a ser adotada e promoção da finalidade almejada³⁶.

Por fim, no que tange ao terceiro critério, Ávila sustenta que regras pretendem contribuir de forma definitiva para a solução dos casos aos quais são aplicáveis, afastando decisivamente outros entendimentos com ela conflitantes. Princípios, por sua vez, não oferecem uma resposta adequada e

³⁴ Além de propor critérios de diferenciação entre normas e princípios, Ávila também tece críticas às teorias de Dworkin e Alexy. Dentre outras coisas, Ávila defende que regras não seriam aplicáveis apenas em uma lógica de “tudo ou nada”, podendo ser ponderadas em certos casos. Esse debate, porém, não é relevante para o presente trabalho. Com efeito, o que se busca aqui é a análise das características atribuídas aos princípios jurídicos para que se possa melhor compreender os desdobramentos da atribuição de força normativa à liberdade de expressão e aos direitos da personalidade – esses, sim, relevantes para este estudo.

³⁵ ÁVILA, Humberto. *A Teoria dos Princípios*. 63-65 p.

³⁶ ÁVILA, Humberto. *A Teoria dos Princípios*. 65 p.

pronta para os casos nos quais incidem. Nesse sentido, princípios apenas têm a pretensão de colaborar para que tal solução seja alcançada³⁷.

Ávila propõe, ainda, a existência de uma terceira categoria de norma jurídica: os postulados normativos. Para o autor, regras e princípios seriam normas de 1º grau, enquanto que postulados normativos seriam metanormas ou normas de 2º grau. Esse seria o caso de princípios como o da proporcionalidade e da razoabilidade, uma vez que instituem parâmetros para a interpretação e aplicação de outras normas³⁸.

Em sentido contrário, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento entendem que “o fato de uma norma pautar a aplicação de outras normas não é suficiente para excluí-la do campo das regras ou dos princípios”. Isso porque, segundo os autores, a categoria de postulado normativo “concerne ao objeto das normas constitucionais, e não ao seu modo de aplicação. Assim, não parece teoricamente correto tratá-la como uma espécie diferente de norma constitucional se o critério de classificação for o modo de aplicação e a forma de resolução de conflitos”³⁹.

A liberdade de expressão e os direitos da personalidade, repise-se, são direitos fundamentais e, portanto, têm a mesma estrutura normativa dos princípios. A existência de princípios e direitos constitucionais, de igual hierarquia e dotados de força normativa, que apontam soluções em sentidos opostos (como é o caso dos direitos ora em comento), gera uma série de desdobramentos que serão tratados mais adiante. Antes disso, porém, faz-se necessária a compreensão do alcance da força normativa do texto constitucional.

³⁷ ÁVILA, Humberto. *A Teoria dos Princípios*. 68 p.

³⁸ ÁVILA, Humberto. *A Teoria dos Princípios*. 88 p.

³⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 393 p.

2.1.2. A força normativa dos princípios

Conforme preceitua Ana Paula de Barcellos, “[o] direito não é um fim em si mesmo, mas instrumento de realização da pacificação, da justiça e de determinados valores escolhidos pela sociedade”⁴⁰. Para tanto, uma norma jurídica em um Estado democrático de Direito deve ser dotada de *imperatividade*, ou seja, deve ter a capacidade de impor os efeitos por ela pretendidos para moldar a realidade de acordo com os valores escolhidos pela sociedade.

Desse modo, normas jurídicas não são como normas de trato social, por exemplo. Bem ao contrário, seus efeitos ultrapassam a seara das recomendações, sendo obrigatória a sua observância. Como decorrência da imperatividade que reveste as normas jurídicas, depreende-se que, caso assim seja necessário, serão exigíveis, perante o Poder Judiciário, as providências necessárias à sua imposição forçada⁴¹. Conclui-se, assim, que normas jurídicas são igualmente dotadas de *sindicabilidade*.

Portanto, quando se diz que o constitucionalismo contemporâneo é marcado pelo reconhecimento da “força normativa da Constituição”, diz-se que é reconhecido o caráter imperativo e judicialmente sindicável das normas constitucionais⁴². Tal característica altera substancialmente o papel da constituição no ordenamento jurídico, que deixa de ser uma mera proclamação política a nortear a criação legislativa, para tornar-se verdadeira norma jurídica definidora de condutas.

No Brasil, o processo de reconhecimento da força normativa dos preceitos constitucionais se deu por meio da *doutrina da efetividade*, que

⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. 38 p.

⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. 41 p.

⁴² BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. 41 p.
SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 88 p.

consiste em “tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima da sua densidade normativa. Como consequência, sempre que violado um mandamento constitucional, a ordem jurídica deve prover mecanismos adequados de tutela – por meio da *ação* e da *jurisdição* –, disciplinando os remédios jurídicos próprios e a atuação efetiva de juízes e tribunais”⁴³.

A atribuição de força normativa às constituições representa uma alteração ainda mais significativa quando analisada à luz do princípio da unidade da Constituição, que tem como um de seus corolários a inexistência de hierarquia formal entre as normas que compõem o texto constitucional originário⁴⁴⁻⁴⁵. É dizer: tendo em vista que as constituições contemporâneas são compostas por regras e princípios de igual hierarquia no ordenamento jurídico, o reconhecimento da força normativa do texto constitucional importa o igual reconhecimento da aplicabilidade direta e imediata de princípios jurídicos, que possuem uma inafastável dimensão axiológica⁴⁶.

As consequências da atribuição de força normativa aos princípios são muitas. Em primeiro lugar, nas palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, “[o]s princípios permitem que a Constituição se comunique melhor com a realidade fática subjacente, uma vez que conferem mais amplitude para interpretações que levem em conta as

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. 29 p.

⁴⁴ Conforme será visto mais adiante, a inexistência de hierarquia formal não impede que haja uma hierarquia material entre as normas constitucionais. A título exemplificativo, é conferido um peso abstrato maior ao princípio da dignidade da pessoa humana do que ao direito à propriedade (ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption: a Structural Comparison. *Ratio Juris*. V. 16, n. 4, *apud* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. p. 439).

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. 123 p.

⁴⁶ Nas palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, o constitucionalismo contemporâneo “se caracteriza por buscar a ligação entre o Direito e a Moral por meio da interpretação de princípios jurídicos muito abertos, aos quais é reconhecido pleno caráter normativo. Ele, porém, não recorre a valores metafísicos ou a doutrinas religiosas para busca da Justiça, mas sim a uma argumentação jurídica mais aberta, intersubjetiva, permeável à Moral, que não se esgota na lógica formal” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 201 p.).

especificidades do quadro empírico”⁴⁷. Portanto, o entendimento de que princípios são direta e imediatamente aplicáveis oferece ao intérprete um ambiente favorável à realização de reflexões sobre as soluções mais adequadas aos casos concretos que lhes são apresentados tendo por base um ideal de justiça.

A amplitude semântica dos princípios estimula, igualmente, o surgimento de um *sentimento constitucional*. Isso porque, por comportarem diversas leituras, os princípios instigam a participação dos cidadãos na sua concretização de acordo com o seu próprio ideal de Estado. A plasticidade dos princípios somada a essa maior participação popular, inclusive, permite uma melhor adaptação da Constituição às mudanças sociais sem a necessidade de alteração formal do seu texto⁴⁸.

Em sentido semelhante, Luís Roberto Barroso sintetiza o papel desempenhado pelos princípios da seguinte maneira:

Os princípios constitucionais, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.⁴⁹

Por outro lado, a livre aplicação de princípios carece de segurança jurídica e confere muito menos previsibilidade ao Direito. Ademais, o reconhecimento da aplicabilidade direta e imediata dos princípios importou uma mudança significativa na doutrina clássica da separação de poderes. Isso porque é transferida ao Judiciário a tarefa de criação do Direito por meio da interpretação dos princípios.

⁴⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. p. 389.

⁴⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. p. 389.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. 122 p.

Nos próximos dois itens serão abordados, então, o papel do intérprete na concretização das normas constitucionais, bem como os novos métodos de aplicação do Direito – que buscam incorporar a plasticidade dos princípios ao mesmo tempo em que conferem a eles uma maior previsibilidade.

2.2. O papel do intérprete na concretização do Direito

Com o desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo, sobretudo em decorrência da expansão do papel dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico, é superado o ideal positivista de objetividade e neutralidade absolutas do aplicador do Direito⁵⁰.

Isso porque, diante do reconhecimento da aplicabilidade direta e imediata dos preceitos constitucionais, os princípios passaram a ser invocados em disputas judiciais como fundamentos para a solução de controvérsias jurídicas. O Poder Judiciário passou, então, a exercer o papel de intérprete de enunciados que, conforme já exposto, antecipam os efeitos a serem produzidos, mas não especificam as condutas que devem ser adotadas para que se alcancem desses mesmos efeitos. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, com essa mudança de paradigma,

(i) nem sempre a solução para os problemas jurídicos se encontra pronta no relato da norma; e (ii) o direito e a justiça não cabem integralmente dentro de textos normativos positivados. Diante disso, passou-se a reconhecer como inevitável, que o intérprete – sobretudo o intérprete constitucional – não era um aplicador mecânico de soluções já concebidas pelo autor da norma.⁵¹

Fala-se, assim, que a norma jurídica só passa a existir em momento posterior à interpretação. Isso ocorre em razão da vagueza do texto constitucional, do seu conteúdo político e da existência de princípios

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. 119 p.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. 138 p.

divergentes entre si, de modo que os efeitos decorrentes da aplicação da Constituição poderão variar muito a depender da concepção ideológica do intérprete⁵². Assim, é apenas depois do processo interpretativo que se pode extrair, do texto normativo, a conduta necessária à sua realização⁵³⁻⁵⁴.

Especificamente no caso brasileiro, a alteração no papel do Poder Judiciário na criação do Direito se deu também em razão da ampliação do rol de legitimados à propositura de ações diretas de controle da validade jurídico-constitucional dos atos normativos. A democratização do acesso ao controle concentrado de constitucionalidade fez com que fossem submetidas à apreciação do STF as mais relevantes controvérsias políticas e morais contemporâneas⁵⁵, como é o caso da interrupção terapêutica da gestação de fetos anencefálicos⁵⁶ e da união civil homo-afetiva⁵⁷.

Essa releitura da doutrina clássica da separação de poderes flexibiliza os limites um dia impostos à atuação do Poder Judiciário e abre espaço a “visões mais favoráveis do ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais”⁵⁸. Da mesma forma, há um incremento da importância dos fatos subjacentes e das consequências práticas da interpretação. Isso porque

⁵² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 396 p.

⁵³ Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, “[o] facto de o texto constitucional ser o primeiro elemento do processo de interpretação-concretização constitucional (=processo metódico) não significa que o *texto* ou a *letra* da lei constitucional contenha já a *decisão do problema* a resolver mediante a aplicação das normas constitucionais. Diferentemente dos postulados da metodologia dedutivo-positivista, deve considerar-se que: (1) a letra da lei não dispensa a *averiguação de seu conteúdo semântico*; (2) a *norma constitucional* não se identifica com o seu *texto*; (3) a delimitação do âmbito normativo, feita através da atribuição de um significado à norma, deve ter em atenção elementos de concretização relacionados com o *problema* carecido de decisão” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, 2011, p. 1179, *apud* BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. 143 p., NR 7). Em sentido semelhante: ÁVILA, Humberto. *A Teoria dos Princípios*. 22 p.

⁵⁴ Nas palavras de Ana Paula de Barcellos, “o enunciado corresponde à formulação deontológica geral e abstrata, em geral identificada com o texto normativo. A norma, por sua vez, será o comando específico que pretende dar solução a um caso concreto, fruto da interpretação do enunciado” (BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. 37 p., NR 53).

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. 31 p.

⁵⁶ STF. ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, 30 abr. 2013.

⁵⁷ STF. ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, Brasília, 14 out. 2011.

⁵⁸ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil. 113-146 p.

se entende que a vontade da Constituição só pode ser aferida a partir da análise do caso concreto e do impacto da interpretação sobre a realidade⁵⁹. Busca-se, com isso, “a emancipação humana pela via jurídica, através de um uso engajado da moderna dogmática constitucional”⁶⁰.

Por outro lado, podem ser formuladas algumas objeções a esse modelo. A primeira delas é que esse viés judicialista seria antidemocrático uma vez que, diferentemente dos membros do Poder Legislativo e dos chefes do Poder Executivo, os magistrados não são representantes do povo democraticamente eleitos. O deslocamento de poder ao Judiciário, assim, conferiria “aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito”⁶¹.

No Brasil, porém, essa crítica deve ser atenuada em razão da crise representativa que assola os poderes Legislativo e Executivo. Além disso, tendo em vista a absoluta inércia do Congresso Nacional desde a redemocratização, pode-se dizer que o STF tem exercido com certa parcimônia sua função de intérprete da Constituição, atento às suas capacidades institucionais⁶².

Ademais, muito se fala sobre a falta de segurança jurídica e sobre as chances de erro por parte dos magistrados decorrentes da liberdade conferida ao Judiciário para a interpretação das normas jurídicas à luz de um ideal de justiça. Isso porque os juízes passam a ter mais espaço para decidir de acordo com a sua concepção ideal de mundo (pré-compreensão do intérprete) que, em uma sociedade plural e complexa, jamais será

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. 143 p.

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil. 113-146 p.

⁶¹ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil. 113-146 p.

⁶² Sobre as capacidades institucionais do STF, vejam-se os seguintes julgados: STF. ADPF 309 MC. Rel.Min. Marco Aurélio, Brasília, 01 dez. 2014. STF. ADO 22, Rel. Min. Cármen Lúcia, Brasília, 22 abr. 2015.

unânime. Não raras, inclusive, são as declarações de magistrados reconhecendo que, ao se depararem com um problema jurídico, primeiramente encontram a solução mais justa, para depois buscarem para ela uma roupagem jurídica⁶³.

Por isso mesmo, boa parte da literatura jurídica tem se dedicado à fixação de parâmetros para a interpretação de preceitos constitucionais, sobretudo quando se está diante de uma situação de colisão entre princípios fundamentais⁶⁴.

A crítica sobre a discricionariedade e possibilidade de erro por parte dos magistrados não é de todo infundada. No que tange ao direito fundamental à liberdade de expressão, conforme já adiantado, existe uma profunda insegurança jurídica decorrente da dissonância entre as interpretações concreta e abstrata conferidas ao mesmo. Além disso, há decisões que parecem confrontar o núcleo essencial da liberdade de expressão⁶⁵⁻⁶⁶. Portanto, pode-se dizer que o Judiciário incorre em erro ao interpretar o referido princípio.

⁶³ O Min. Luiz Fux, por exemplo, afirma que “[c]omo magistrado, primeiro procuro ver qual é a solução justa. E depois, procuro uma roupagem jurídica para essa solução” (disponível em <<http://www.direitouterj.org.br/2005/fdir70/depLF.htm>>. Acesso em 23 mai. 2015).

⁶⁴ A título exemplificativo, tem-se a teoria de Robert Alexy (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*).

⁶⁵ Segundo Ana Paula de Barcellos, o núcleo essencial de sentido de um princípio consiste em “certos efeitos [que] estão contidos de forma inexorável na descrição do princípio, até por força de uma imposição linguística, já que toda expressão haverá de ter um sentido mínimo” (BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. 1. ed. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2005. 178 p.).

⁶⁶ A título de exemplo, tem-se a decisão liminar proferida pelo Desembargador Dácio Vieira, da 5ª Turma do TJDF, que proibiu o jornal O Estado de São Paulo de publicar matérias jornalísticas sobre a Operação Boi Barrica, da Polícia Federal, que investigava as atividades empresariais de Fernando Sarney, filho de José Sarney, então Presidente do Senado Federal, sob pena de multa no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) a cada descumprimento. A decisão foi objeto de reclamação no STF (Rcl nº 9.428), a qual foi extinta sem resolução do mérito por voto da maioria do Plenário do Tribunal, que entendeu que a decisão não violaria a autoridade do acórdão proferido na ADPF nº 130, que afastou do ordenamento jurídico brasileiro a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967). Informação disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=117580>>. Acesso em 30 mai. 2015.

A proposta neoformalista tem, então, o mérito de trazer ao debate jurídico os riscos da idealização exacerbada do intérprete como um sábio com capacidades sobre-humanas⁶⁷. Porém, em atenção a todos os avanços obtidos no sentido da promoção dos direitos fundamentais por meio da sua sindicabilidade, em vez de limitar o poder do intérprete, parece ser mais benéfico o estabelecimento de parâmetros capazes de condicionar a sua pré-compreensão à vontade constitucional e a uma ideia de coerência.

Portanto, analisada a importância dos princípios e da atuação do intérprete no constitucionalismo contemporâneo, passa-se no próximo item, ao estudo das novas técnicas de interpretação jurídica destinadas à solução de colisões entre direitos fundamentais – tais como a liberdade de expressão e os direitos da personalidade.

2.3. A nova hermenêutica jurídica

O reconhecimento da força normativa da Constituição e da sua aplicação direta e imediata às relações sociais importou uma mudança também na tradicional hermenêutica jurídica. Isso porque, com o advento de constituições compromissórias, que positivam uma pluralidade de princípios colidentes entre si, os tradicionais métodos de aplicação do direito (subsunção), de interpretação jurídica (gramatical, histórico, sistemático e teleológico) e de solução de conflitos normativos (hierárquico, temporal e de especialidade) passam a ser insuficientes para expressar a vontade constitucional.

É importante ressaltar, aqui, que a subsunção de fatos (premissa menor) a normas (premissa maior) para, daí, extrair a consequência jurídica prevista pelo texto normativo (síntese do silogismo), não foi completamente superada. Em verdade, boa parte da atividade do intérprete do Direito –

⁶⁷ STRUCHINER, Noel. O direito como um campo de escolhas. 103-127 p.

inclusive do intérprete da Constituição – consiste em subsumir fatos a normas. Da mesma maneira, os métodos tradicionais de interpretação e de solução de conflitos normativos ainda podem e devem ser utilizados – inclusive em se tratando de normas constitucionais⁶⁸. O que não mais se admite é que a atividade interpretativa se limite a isso⁶⁹.

A partir daí, muitos autores elaboraram listas de princípios para racionalizar a interpretação constitucional⁷⁰ e delimitar o espaço para a discricionariedade do intérprete. Tendo em vista que o objeto de estudo do presente trabalho é a colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, aqui serão estudados os princípios que auxiliam na solução de conflitos normativos dessa natureza.

Nomeadamente, serão abordados os seguintes princípios, todos eles conforme a definição oferecida por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento: (i) da unidade da Constituição; (ii) do cosmopolitismo ético; (iii) da interpretação conforme a Constituição; (iv) da proporcionalidade e da razoabilidade; e (v) da ponderação de interesses⁷¹.

⁶⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 413 p.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*.

⁷⁰ O caráter político, a amplitude semântica e a posição de hierarquia no ordenamento jurídico que revestem as normas constitucionais impõem uma atuação distinta do intérprete da Constituição, sobretudo em matéria de método interpretativo. No entanto, não se pode limitar a interpretação constitucional à interpretação do texto da Constituição. Conforme será aprofundado mais adiante, a mudança de paradigma do constitucionalismo contemporâneo não apenas eleva a Constituição ao *status* de norma jurídica a ser direta e imediatamente aplicada (e, portanto, interpretada), como também preceitua que as demais normas do ordenamento jurídico sejam interpretadas à luz da Constituição. Além disso, tais peculiaridades do texto constitucional não alteram “o fato de que ‘interpretar’ é atuar com vistas à fixação do significado de algo, e apenas isso” (SGARBI, Adrian. *Introdução à teoria do direito*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2013. 257 p.). Assim, deve-se atenuar a distinção que vem sendo desenvolvida pela doutrina entre “interpretação jurídica” e “interpretação constitucional”.

⁷¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 438-529. p

2.3.1. Princípio da unidade da Constituição e concordância prática

O princípio da unidade da Constituição é um desdobramento do método sistemático de interpretação jurídica. Dele se extrai que a Constituição deve ser entendida como “um todo integrado de normas que se completam e se limitam reciprocamente”⁷².

Conforme já exposto anteriormente, um dos corolários do princípio da unidade da Constituição é a ausência de *hierarquia formal* entre as normas constitucionais originárias. Nada obstante, é amplamente aceito o reconhecimento de que pode haver uma *hierarquia material* entre normas constitucionais. É dizer: há valores garantidos pela Constituição que possuem um *peso abstrato* maior do que outros⁷³.

A atribuição de um peso abstrato maior a determinado princípio constitucional favorece a sua primazia frente a outro princípio com ele conflitante. Isso não quer dizer, porém, que o primeiro sempre vá prevalecer sobre o segundo. Com efeito, a primazia *prima facie* pressupõe a análise de outros elementos para que venha a se concretizar, como, por exemplo, a medida do sacrifício de cada um dos bens jurídicos em jogo no caso concreto⁷⁴.

Vê-se, portanto, que o princípio da unidade da Constituição não nega a existência de colisão entre normas constitucionais, ainda que proclame uma interpretação sistemática do texto constitucional. Ele apenas impõe que tais conflitos normativos sejam solucionados com base em parâmetros constitucionais, tais como a busca pela realização, na maior medida

⁷² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 439 p.

⁷³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 439 p.

⁷⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 439 p.

possível, dos princípios constitucionais em conflito⁷⁵ – a também chamada *concordância prática*⁷⁶.

Conforme será abordado de forma detida mais a diante, voltando-se os olhos à colisão de princípios que é objeto do presente trabalho, nota-se que foi consolidado o entendimento segundo o qual o a liberdade de expressão possui *posição de preferência* em relação aos direitos da personalidade. O reconhecimento da posição preferencial ocupada pela liberdade de expressão nada mais é do que a atribuição de um *peso abstrato* superior a esse princípio quando comparado ao direito à honra, à imagem, etc. Consiste, portanto, em admitir a existência de uma *hierarquia material* entre os referidos princípios.

Desse modo, a prevalência dos direitos da personalidade face ao princípio da liberdade de expressão deveria ocorrer em caráter excepcional e, igualmente, deveria importar um ônus argumentativo mais elevado ao intérprete quando da decisão dos casos concretos. Não é isso, porém, que se verifica na prática dos tribunais brasileiros.

Da mesma maneira, a partir da ideia de *concordância prática*, poder-se-ia depreender que, naqueles casos excepcionais em que os direitos da personalidade prevalecessem sobre o princípio da liberdade de expressão, os magistrados deveriam optar, sempre que possível, pelo direito de resposta como forma de reparação. Isso porque o direito de resposta é uma medida que estimula a livre circulação de informações, primando, em última análise, pela liberdade de expressão, ao mesmo tempo em que tutela os direitos da personalidade do atingido⁷⁷. Consiste, portanto, na realização, na maior medida possível, dos dois bens jurídicos em conflito.

⁷⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 440 p.

⁷⁶ ÁVILA, Humberto. *A Teoria dos Princípios*. 96 p.

⁷⁷ "O direito de resposta assegurado pela Constituição protege a honra, a imagem, e a reputação das pessoas físicas ou jurídicas, que tenham sido acusadas ou ofendidas mediante os meios de

Conclui-se, assim, que os parâmetros propostos pelo princípio da unidade da Constituição seriam capazes de guiar a atividade do intérprete em muitos casos de colisão entre o princípio da liberdade de expressão e os direitos da personalidade. Existiria, assim, uma maior coerência entre a prática jurídica e a construção teórica realizada pela doutrina e pela jurisprudência acerca dos referidos princípios. No entanto, tais critérios não vêm sendo utilizados pelo Judiciário na solução de problemas jurídicos dessa natureza, resultando na inconsistência objeto do presente trabalho.

2.3.2. Princípio do cosmopolitismo ético

Em matéria de Direito Internacional dos Direitos Humanos, o STF consolidou o entendimento de que tratados internacionais têm hierarquia de norma supralegal⁷⁸. A exceção, por óbvio, seriam os tratados incorporados ao ordenamento jurídico pátrio por meio do procedimento descrito no art. 5º, §3º, da Constituição, que gozam de *status* de emenda constitucional⁷⁹.

comunicação social, ao conferir a elas a faculdade de fazerem publicar ou transmitir, no mesmo veículo de comunicação, uma resposta proporcional à acusação ou ofensa sofrida. Embora envolva uma restrição à liberdade dos titulares dos meios de comunicação social, o direito de resposta opera também como um instrumento que proporciona o direito de acesso à mídia, viabilizando, em alguma medida, um contraditório perante a opinião pública. Neste sentido, pode-se afirmar que o direito de resposta, além de tutelar os direitos da personalidade do atingido pelos meios de comunicação, possibilita que ele exercite a sua liberdade de expressão de forma a participar da formação da opinião pública em tema que lhe concerne. Ademais, ele opera também a serviço do direito à informação do público em geral, que tem a oportunidade de conhecer versões e visões diferentes sobre os mesmos fatos ou realidades". SARMENTO, Daniel. Comentário ao art. 5º, V. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 259-264. No mesmo sentido: BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As Liberdades de Expressão e de Imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 5, fev/mar/abr de 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso 02 jun. 2015

⁷⁸ STF. RE 349703, Rel. Min. Carlos Britto, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, Brasília, 05 jun. 2009.

⁷⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

O único tratado internacional que possui força de norma constitucional é a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo⁸⁰. Nada obstante, a doutrina entende que os tratados internacionais de direitos humanos devem ser utilizados como fonte interpretativa das normas constitucionais. Nesse sentido, o entendimento de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento é de que:

não se deve tomar essa superioridade formal da Constituição em face da maioria dos tratados internacionais de direitos humanos como uma vedação a que esses exerçam influência na interpretação das normas constitucionais. A busca de convergência entre a interpretação constitucional e os mandamentos contidos nos tratados sobre direitos humanos, além de fortalecer a proteção dos direitos fundamentais – objetivo central do nosso constitucionalismo –, tem também a vantagem adicional de evitar a possibilidade de responsabilização internacional do Estado brasileiro por afronta aos direitos humanos⁸¹.

Ainda segundo os referidos autores, a aplicação do princípio do cosmopolitismo ético não vincula os tribunais pátrios aos tratados internacionais ou à interpretação a eles conferida pelos tribunais internacionais⁸². Em verdade, o que se propõe é que seja conferido o devido *peso argumentativo* aos tratados e precedentes internacionais, principalmente àqueles aos quais está vinculado o Brasil, como é o caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁸³.

Tal entendimento é um tanto conservador e reduz a disciplina do Direito Internacional dos Direitos Humanos a mero argumento lateral no momento da interpretação da Constituição e da aplicação do direito interno. De todo modo, dele se pode extrair que o intérprete constitucional, ao se

⁸⁰ Informação disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/internacional/tratados-equivalentes-a-emendas-constitucionais-1>>. Acesso em 20 mai. 2015.

⁸¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 454 p.

⁸² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 455 p.

⁸³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 456 p.

deparar com um problema jurídico, deve ao menos levar em conta as decisões de órgãos internacionais aos quais o Brasil está vinculado, ainda que para rechaçá-las.

Não é isso, porém, que ocorre na jurisprudência dos tribunais pátrios em matéria de liberdade de expressão. O ponto extrapola ligeiramente o objeto do presente trabalho, mas ainda assim é importante ressaltar que a jurisprudência nacional não apenas ignora, como também caminha em sentido diametralmente oposto – e mais restritivo que – àquele traçado pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo.

Vê-se, portanto, que, ao menos no que se refere à proteção da liberdade de expressão, os parâmetros de aplicação do princípio do cosmopolitismo ético não vêm sendo seguidos pelos tribunais brasileiros na resolução de casos concretos. Caso assim não o fosse, é certo que seria conferida uma maior proteção ao princípio da liberdade de expressão, aproximando a resolução dos casos concretos da construção teórica a respeito do tema.

2.3.3. Princípio da interpretação conforme a Constituição

O princípio da interpretação conforme a Constituição é aquele segundo o qual “cabe ao intérprete, quando se depara com dispositivo legal aberto, ambíguo ou plurissignificativo, lhe atribuir exegese que o torne compatível com o texto constitucional”⁸⁴. Em matéria de liberdade de expressão, o referido princípio ganha especial relevância quando se trata do art. 20⁸⁵ e do

⁸⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 457 p.

⁸⁵ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

art. 21⁸⁶ do Código Civil, a respeito dos quais a doutrina e a jurisprudência vêm travando um debate acalorado.

Atualmente, vem ganhando relevância o debate relativo às biografias não autorizadas, que é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815. Na referida ADI, a Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL, pugna pela realização de uma interpretação conforme a Constituição do art. 20 e do art. 21 do Código Civil para que seja afastada do ordenamento jurídico a necessidade de autorização da pessoa retratada (ou seus familiares, em casos de pessoas falecidas) para a publicação ou veiculação de obras biográficas.

A ação ainda se encontra pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, mas é possível perceber que, pela aplicação do princípio da interpretação conforme a Constituição, pode-se adequar a proteção conferida aos direitos da personalidade pelo Código Civil aos mandamentos constitucionais sobre a liberdade de expressão. Com isso, mais uma vez, pode-se perceber que seria possível realizar, no caso concreto, a vontade constitucional tal como concebida em abstrato pela doutrina e pela jurisprudência.

2.3.4. Princípio da proporcionalidade e da razoabilidade

São muitos os debates teóricos acerca dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Discute-se, primeiramente, se há diferença entre os referidos princípios ou se, em verdade, trata-se de equivalentes com diferentes origens históricas. Muito se fala, igualmente, sobre o dispositivo constitucional do qual decorrem os referidos princípios, uma vez que não há referência expressa da Constituição de 1988 à

⁸⁶ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

proporcionalidade ou à razoabilidade. A esse respeito, o STF vem conferindo tratamento idêntico a ambos os princípios, fundamentando-os na cláusula do devido processo legal substantivo (art. 5º, XXXIV, CRFB/1988)⁸⁷.

Há um debate também acerca da natureza principiológica da proporcionalidade. Há quem defenda que, a despeito de ser denominado “princípio da proporcionalidade”, se está diante de uma regra, uma vez que se aplica em uma lógica de *tudo ou nada*⁸⁸. Em sentido diverso, Humberto Ávila sustenta que a proporcionalidade se encontra na classe dos postulados normativos, dado que se trata de um princípio que guia a atuação do intérprete no momento da aplicação das demais normas constitucionais⁸⁹. Para Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, porém, a proporcionalidade deve ser classificada como um princípio, tendo em vista que pode incidir em menor escala quando em conflito com outras normas constitucionais⁹⁰.

Em que pese a relevância dos debates doutrinários para o desenvolvimento e consolidação do princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, o presente trabalho não abordará mais a fundo tais questões controvertidas. Sob a ótica da colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, a análise do percurso a ser seguido para a aplicação do referido princípio – cuja estrutura é matéria de razoável consenso – é o bastante.

Passa-se, portanto, ao estudo dos três sub-princípios da proporcionalidade que servem de parâmetro para o controle da juridicidade de atos do Poder Público – aqui incluído o Poder Judiciário – que instituem

⁸⁷ STF. ADI 1158 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 26 mai. 1995.

⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*, 117 p., *apud* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 471 p.

⁸⁹ ÁVILA, Humberto. *A Teoria dos Princípios*. 112 p.

⁹⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 471 p.

limitações a direitos fundamentais. São eles, necessariamente nesta ordem: (i) a adequação; (ii) a necessidade; (iii) e a proporcionalidade em sentido estrito.

Primeiramente, quanto ao sub-princípio da adequação, tem-se que a medida estatal que pretenda limitar qualquer direito fundamental deve satisfazer, a um só tempo, dois requisitos: “(a) os fins perseguidos pelo Estado devem ser legítimos; e (b) os meios adotados devem ser aptos para, pelo menos, contribuir para o atingimento dos referidos fins. Portanto, o subprincípio da adequação demanda que as medidas estatais possam contribuir para a persecução de finalidades legítimas”⁹¹. Fins legítimos, por sua vez, são “todos os que forem escolhidos pelo legislador, desde que não ofendam ao ordenamento constitucional”⁹².

Satisfeito o parâmetro da adequação, passa-se à análise da necessidade, que “impõe que, dentre diversas medidas possíveis que promovam com a mesma intensidade uma determinada finalidade, o Estado opte pela menos gravosa”⁹³. Assim, tal como na verificação da adequação, o sub-princípio da necessidade pressupõe um exame dúplice: em primeiro lugar, deve-se constatar que as medidas alternativas têm idoneidade equivalente àquela questionada para realizar a finalidade à qual objetiva; e, posteriormente, analisa-se se as medidas aprovadas no primeiro teste são menos gravosas do que aquelas pretendidas em um primeiro momento.

Por fim, realiza-se o teste da proporcionalidade em sentido estrito, que “demanda que a restrição ao direito ou ao bem jurídico imposta pela medida estatal seja compensada pela promoção do interesse contraposto”⁹⁴. Em

⁹¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 472 p.

⁹² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 473 p.

⁹³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 476 p.

⁹⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 478 p.

outras palavras, o ganho alcançado com a realização do objetivo visado deve ser superior ao sacrifício do direito que a ele se opõe.

A realização de cada um dos testes do princípio da proporcionalidade pressupõe, evidentemente, que sejam conhecidas as particularidades do caso concreto. Haverá casos em que a proteção à honra sequer será uma finalidade legítima a ser perseguida. Imagine-se, por exemplo, que tenha sido veiculada uma matéria jornalística noticiando a recente condenação de uma pessoa pública, por sentença transitada em julgado, em razão da prática de um homicídio. Nesse caso, não se pode conceber que haja qualquer restrição à livre difusão da informação em razão da proteção da honra e da imagem do condenado.

Em outras hipóteses, pode-se entender que o direito de resposta é uma medida igualmente idônea, porém menos gravosa, para se proteger os direitos da personalidade. Foi esse o caso do direito de resposta concedido ao então Governador do Estado do Rio de Janeiro, Leonel de Moura Brizola, veiculado em 15/03/1994 no Jornal Nacional, da Rede Globo, como forma de condenação da emissora pela veiculação de matéria jornalística ofensiva à honra do político⁹⁵. Nesse caso, o pagamento de uma compensação pecuniária não apenas surtiria um impacto menor na reconstrução da imagem de Brizola, como também seria uma medida mais gravosa à liberdade de expressão. Isso porque privaria a sociedade das informações contidas na mensagem do Governador, como também poderia fazer com que a emissora deixasse de veicular novas notícias sobre a atuação de políticos brasileiros.

De todo modo, o que se pode perceber é que o princípio da proporcionalidade não confere um grau de objetividade satisfatório à colisão entre direitos fundamentais. Apesar dos parâmetros sugeridos

⁹⁵ Disponível em: <<https://youtu.be/ObW0kYAXh-8>>. Acesso em 24 mai. 2015.

para a limitação de um direito fundamental em função da proteção de outro, a verdade é que a aplicação do princípio da proporcionalidade perpassa uma série de conceitos ainda muito vagos.

A noção de *proporcionalidade em sentido estrito*, principalmente, acaba por conferir um alto grau de subjetividade às decisões judiciais tomadas com base no percurso descrito. Afinal, a comparação entre as perdas e ganhos de uma determinada medida judicial pressupõe a valoração, pelo intérprete, dos bens jurídicos em jogo.

Ademais, “diferentemente do que ocorreu com a proporcionalidade, ainda não se sedimentou na doutrina ou na jurisprudência nacional a definição do conteúdo jurídico do princípio da razoabilidade, o que prejudica sobretudo a possibilidade de controle intersubjetivo do processo de aplicação deste princípio”⁹⁶. Assim, caso se entenda que há diferença entre a proporcionalidade e a razoabilidade, nem mesmo o emprego da segunda seria capaz de conferir previsibilidade às decisões judiciais⁹⁷.

2.3.5. Princípio da ponderação de interesses

A ponderação é a “técnica destinada a resolver conflitos entre normas válidas e incidentes sobre um caso, que busca promover, na medida do possível, uma realização otimizada dos bens jurídicos em confronto”⁹⁸. No entanto, por vezes, não será possível encontrar um meio termo para o conflito principiológico em questão. Nesses casos, o intérprete deverá priorizar um dos direitos em detrimento do outro. Tal escolha, porém, não quer dizer que o bem jurídico em sacrifício sempre será preterido em relação àquele que foi efetivado. Isso porque a técnica da ponderação

⁹⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 492 p.

⁹⁷ Para uma definição de razoabilidade, veja-se: ÁVILA, Humberto. *A Teoria dos Princípios*. 102-111 p.

⁹⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 512 p.

pressupõe a análise das particularidades de cada caso concreto, de modo que circunstâncias distintas podem ensejar a resolução de problemas jurídicos em sentidos igualmente distintos.

Quanto à metodologia da ponderação propriamente dita, há autores que defendem que deva ser feita uma interpretação ampliativa das normas constitucionais em jogo, para que os conflitos daí decorrentes sejam resolvidos por meio da ponderação⁹⁹. Em sentido diverso, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento defendem que, a partir de uma interpretação ampliativa, a solução de praticamente todos os casos apresentados ao Poder Judiciário perpassaria pela aplicação da técnica da ponderação. Assim, diferentemente disso, os autores sustentam que seja conferida uma interpretação razoável às normas em conflito, levando-se em conta os demais elementos da hermenêutica jurídica¹⁰⁰.

Na sequência, os autores sugerem que, caso seja confirmada a necessidade de ponderação, o principal parâmetro a ser utilizado para a solução da antinomia seria o já mencionado princípio da proporcionalidade. Na tentativa de tornar mais preciso o teste da proporcionalidade em sentido estrito, propõe-se que tal exame deva levar em consideração o *peso abstrato* e o *peso concreto* dos bens jurídicos em confronto.

O *peso abstrato* seria a aferição da importância das normas em conflito para o sistema constitucional. Conforme já exposto, a ausência de hierarquia formal entre normas constitucionais não quer dizer que inexistam hierarquia material entre as mesmas, isto é, que não possam ser atribuídos diferentes níveis de proteção a elas. É reconhecido, portanto, que há

⁹⁹ Nesse sentido: ALEXYS, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, 321-332 p.; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, 167-182 p.; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 79-112 p., *apud* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 518 p.

¹⁰⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 518 p.

algumas normas que são revestidas de uma primazia *prima facie* quando comparadas a outras¹⁰¹.

O *peso concreto*, por sua vez, consiste no “grau de restrição ao bem jurídico atingido pela medida, cotejando-o com o nível de realização do interesse constitucional contraposto”¹⁰². Desse modo, pode-se considerar legítima uma restrição moderada a um bem jurídico de maior importância, desde que contraposta a uma grande promoção de um bem jurídico de menor relevância. Da mesma maneira, uma restrição muito severa a um bem jurídico menos importante pode ser considerada inválida face a uma promoção diminuta de um valor muito caro ao sistema constitucional.

A partir desses dois conceitos, Alexy formulou a *lei da ponderação*, que pode ser assim resumida: “quanto maior é o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”¹⁰³. Além das noções de peso abstrato e peso concreto, Alexy também leva em conta a confiabilidade das premissas empíricas nas quais se baseiam as medidas restritivas de direitos.

Com isso, o teórico alemão desenvolveu a chamada *fórmula da ponderação*, que consiste na seguinte equação, na qual $P_{i,j}$ é o peso concreto; I é a intensidade da interferência no princípio; P é o peso abstrato do princípio; e C é a confiabilidade das premissas empíricas¹⁰⁴:

$$P_{i,j} = \frac{I_i \times P_i \times C_i}{I_j \times P_j \times C_j}$$

¹⁰¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 519 p.

¹⁰² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 520 p.

¹⁰³ ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 156.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption: a Structural Comparison. *Ratio Juris*. V. 16, n. 4, *apud* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 520 p., NR 82.

Assim, buscou-se atribuir mais segurança jurídica e previsibilidade ao método da ponderação, mas, na prática, ainda há muito espaço para casuísmos. Em razão disso, muitos teóricos se insurgem contra esse modelo particularista de aplicação do direito, formulando as críticas já mencionadas no item 2.2 deste trabalho.

Tais críticas, conforme já exposto, merecem atenção. Com o intuito de mitigar algumas das inconsistências decorrentes da adoção de um método dão flexível de aplicação do Direito, como é o caso da ponderação, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento apresentam, em breve síntese, três propostas¹⁰⁵: (i) a fixação de parâmetros de ponderação passíveis de universalização¹⁰⁶; (ii) o incremento do ônus argumentativo no momento de justificação das escolhas feitas pelo intérprete; e (iii) a adoção de uma posição de auto-contenção por parte do Judiciário quando do controle de decisões ponderativas tomadas por outros poderes.

Vê-se, portanto, que são inúmeras as tentativas de conferir maior segurança jurídica e previsibilidade à solução de colisões entre princípios constitucionais por meio da técnica da ponderação, que é um dos mais importantes instrumentos da hermenêutica contemporânea. Porém, a utilização de conceitos muito amplos somada à falta de técnica e ao assoberbamento do Poder Judiciário, faz com que ainda haja muito espaço para subjetivismos dos intérpretes do direito, que resultam em uma falta de coerência entre decisões jurídicas, como pretende demonstrar o presente trabalho.

¹⁰⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 523-524 p.

¹⁰⁶ Nesse ponto, inclusive, os autores citam como exemplo a primazia da liberdade de imprensa sobre o direito à honra em casos de veiculação de informações de interesse público sobre pessoas públicas.

2.4. A perspectiva civil-constitucional

Em decorrência, não apenas do reconhecimento, como também da valorização da força normativa do texto constitucional, ocorre igualmente o fenômeno da *constitucionalização do direito*, que consiste na “releitura dos conceitos e institutos existentes nos mais variados ramos do ordenamento” à luz dos preceitos e valores constitucionais¹⁰⁷.

Especificamente no que concerne aos princípios constitucionais, diz-se que a sua função argumentativa quando da interpretação de normas infraconstitucionais é mais relevante do que aquela desempenhada pelas regras. Isso porque os princípios definem os fins a serem perseguidos no ramo do ordenamento sobre o qual são aplicáveis, de modo que produzem *efeitos irradiantes* por todo o ordenamento jurídico¹⁰⁸.

Tendo em vista o objeto do presente trabalho, possui especial relevância o estudo do Direito Civil Constitucional. No Brasil, a corrente doutrinária se concretizou na edição do Código Civil de 2002, que positivou a supremacia da pessoa humana sobre o até então predominante viés patrimonialista do Direito Privado.

A mudança de paradigma, porém, não se esgota na aplicação do novo Código. Caso assim o fosse, estar-se-ia retrocedendo à época em que se tinha no Código Civil o ápice do ordenamento jurídico em matéria de Direito Privado. Diferentemente disso, deve-se realizar uma constante interpretação dos institutos do Direito Civil à luz dos preceitos constitucionais, inclusive porque a plasticidade dos princípios permite que a

¹⁰⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 43 p.

¹⁰⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. 382 p.

interpretação a eles conferida acompanhe a evolução da consciência social e do ideário ético da sociedade no qual se está inserido¹⁰⁹.

Dentre os muitos princípios aplicáveis aos problemas jurídicos em matéria de Direito Civil, possuem relevância para o presente trabalho, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/1988¹¹⁰); os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X, CRFB/1988¹¹¹); o direito à liberdade de expressão (art. 5º, IX, CRFB/1988¹¹²); o princípio democrático e o princípio do pluralismo (art. 1º, *caput* e IV, CRFB/1988¹¹³). Os institutos de Direito Civil a serem interpretados, por sua vez, são, principalmente, a proteção aos direitos da personalidade conferida pelos já mencionados arts. 20 e 21 do Código Civil, além da responsabilidade civil por dano moral (art. 186, Código Civil¹¹⁴).

Poder-se-ia dedicar todo um trabalho apenas para explicar a disciplina que se dá ao princípio da dignidade da pessoa humana sob a ótica do Direito Civil Constitucional. Para o presente trabalho, porém, basta que se faça uma breve explanação do que compreende cada um dos direitos da personalidade mencionados. As dimensões da liberdade de expressão e sua

¹⁰⁹ TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; LEWICKI, Bruno. O Código Civil e o Direito Civil Constitucional. Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil, n. 13. Rio de Janeiro: Padma, jan./mar. 2003. Disponível também em <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/RTDC.Editorial.v.013.pdf>>. Acesso em 24 mai. 2015.

¹¹⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

¹¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

¹¹² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

¹¹³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) V - o pluralismo político.

¹¹⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

influência sobre a realização dos princípios insculpidos no art. 1º da Constituição serão abordados no próximo capítulo.

Pois bem. O direito à intimidade e à vida privada são desdobramentos do conceito mais amplo de direito à privacidade. Conforme preceitua Luís Roberto Barroso, “[d]ele decorre o reconhecimento da existência, na vida das pessoas, de espaços que devem ser preservados da curiosidade alheia, por envolverem o modo de ser de cada um, as suas particularidades”¹¹⁵. O direito à honra, por sua vez, “procura proteger a dignidade pessoal do indivíduo, sua reputação diante de si próprio e do meio social no qual está inserido”¹¹⁶. O direito à imagem, por fim, “protege a representação física do corpo humano ou de qualquer de suas partes, ou ainda de traços característicos da pessoa pelos quais ela possa ser reconhecida”¹¹⁷.

Ademais, cabe ressaltar que aqueles que defendem uma primazia dos direitos da personalidade sobre o princípio da liberdade de expressão sugerem parâmetros de interpretação para a referida colisão que não se diferem em muito daqueles propostos por defensores da primazia *prima facie* da liberdade de expressão.

Maria Celina Bodin de Moraes, ao analisar a jurisprudência do STJ em matéria de colisão entre o direito à honra e a liberdade de expressão, na dimensão do direito à informação – jurisprudência “coerente e consistente”, no entender da autora –, conclui que o Tribunal adota os seguintes parâmetros de interpretação: (i) o interesse público à notícia; (ii) a veracidade ou verossimilhança da notícia; (iii) sua atualidade; (iv) a

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.*

¹¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.*

¹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.*

continência e a pertinência do fato noticiado; (v) a notoriedade do afetado; (vi) a ausência de intenção de ofender; e (vii) a ausência de abuso do direito de informar¹¹⁸.

Daniel Sarmento, por sua vez, ao comentar as limitações ao direito à liberdade de expressão pelos direitos à honra e à privacidade, sugere que sejam levados em conta os seguintes critérios: (i) a notoriedade do afetado; (ii) a veracidade da informação; (iii) o tom empregado na manifestação; (iv) o interesse público na informação; e (v) o meio empregado para a obtenção das informações¹¹⁹.

Já Luís Roberto Barroso, propõe que sejam considerados (i) a veracidade do fato; (ii) a licitude do meio empregado na obtenção da informação; (iii) a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia; (iv) o local do fato; (v) a natureza do fato; (vi) a existência de interesse público na divulgação, especialmente quando o fato decorra da atuação de órgãos ou entidades públicas; e (vii) a preferência por medidas que não envolvam a proibição prévia da divulgação.

O critério da atualidade proposto pelo STJ dá ensejo à aplicação do chamado *direito ao esquecimento*, muito criticado pelos defensores da liberdade de expressão. Já os critérios da ausência de intenção de ofender e da ausência de abuso no direito de informar adicionam dois exames a mais para a aferição da solução correta para a colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Ainda assim, não se pode dizer que há diferenças gritantes entre as propostas civilista e constitucionalista.

¹¹⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Honra, liberdade de expressão e ponderação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/honraliberdade-de-expressao-e-ponderacao/>>. Acesso em 24 mai. 2015.

¹¹⁹ SARMENTO, Daniel. Comentário ao art. 5º, IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 252-259.

Com efeito, a maior distinção recai sobre os valores entendidos como preferenciais para cada uma das propostas. Enquanto a proposta constitucionalista reconhece a primazia *prima facie* do princípio da liberdade de expressão sobre os direitos da personalidade, a proposta civilista entende que se extrai da primazia do princípio da dignidade da pessoa humana a prevalência dos direitos da personalidade.

Nesse sentido, assim entendeu Maria Celina Bodin de Moraes, ao analisar o parecer lavrado pela Procuradoria Geral da República a respeito da ADI nº 4.815, que versa sobre a questão das biografias não autorizadas:

A Procuradoria reconhece – e ainda bem – que “não há proteção absoluta da liberdade de expressão em face dos direitos da personalidade”, mas sustenta que haveria, sim, no Brasil uma “proteção *ultra reforçada* da liberdade de expressão”. Não vêm ao caso aqui os argumentos usados para defender tal assertiva porque é fato indubitado que a proteção constitucional superlativa – que se poderia dizer (na linha da exagerada derivação prefixal) “*mega-hiper-ultra reforçada*” – é, na verdade, a da dignidade da pessoa humana, com base no art. 1º, III, da CF, que a indica como um dos fundamentos da República.¹²⁰

A autora conclui, assim, em sentido diverso daquele sustentado pelos defensores da liberdade de expressão e defende que se reconheça a necessidade de autorização para a publicação de obras biográficas enquanto durar a vida das pessoas biografadas. Após a sua morte, seus familiares poderiam pleitear, em nome próprio, a indenização em caso de danos reflexos, mas não poderiam impedir a veiculação da obra¹²¹.

Além disso, os conceitos como “interesse público”, “notoriedade da vítima” e “verossimilhança da informação” são extremamente vagos. Assim, a depender da perspectiva que se adota – da primazia da liberdade de expressão ou dos direitos da personalidade –, diferentes serão as

¹²⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Biografias não autorizadas: conflito entre a liberdade de expressão e a privacidade das pessoas humanas? Editorial. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/biografias-nao-autorizadas/>>. Acesso em 24 mai. 2015.

¹²¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Biografias não autorizadas.

conclusões da ponderação realizada com base em um mesmo critério de interpretação.

Ocorre que, como será visto no capítulo seguinte, muitas das decisões que acabam por preterir a liberdade de expressão em relação aos direitos da personalidade reconhecem, em sua fundamentação, a posição de preferência daquela em relação a esses. Nesses casos, seria exigido do intérprete um maior ônus argumentativo para explicar o porquê da prevalência dos direitos da personalidade no caso concreto.

Ademais, em um cômputo global, seria de se esperar que houvesse um número de julgamentos favoráveis à liberdade de expressão superior àqueles que privilegiam os direitos da personalidade, demonstrando concretamente, que a limitação à liberdade de expressão é excepcional. Não é isso, porém, que ocorre na prática, resultando na falta de coerência objeto do presente estudo.

3. O direito fundamental à Liberdade de Expressão e sua concretização na jurisprudência brasileira

Ante ao exposto, pode-se perceber que os conflitos entre normas constitucionais instituidoras de direitos fundamentais – tais como a liberdade de expressão e os direitos da personalidade –, em razão da sua abertura semântica e de seu conteúdo axiológico, demandam a utilização de métodos abertos de interpretação, capazes de extrair do texto normativo as condutas necessárias à realização da vontade constitucional. Tais métodos devem levar em consideração (i) as normas aplicáveis à espécie; (ii) os fatos e circunstâncias concretas de cada caso; e (iii) a interação das particularidades do caso concreto com os elementos normativos de modo a determinar os pesos conferidos a cada bem jurídico em disputa¹²².

No caso de interpretações abstratas, isto é, desvinculadas de uma situação concreta específica, não se tem em conta qualquer arcabouço fático, de modo que se faz uma análise em tese da colisão de princípios e direitos em questão. Por isso mesmo, interpretações em tese podem, evidentemente, chegar a conclusões sobre conflitos normativos diversas daquelas resultantes da ponderação em um caso concreto. Daí porque o seu objetivo não é esgotar todos os efeitos possíveis da aplicação de determinada norma. Ao contrário, a interpretação de normas em tese busca reduzir o ônus argumentativo do intérprete, bem como conferir maior segurança jurídica aos casos de colisão entre direitos fundamentais, ambos por meio do reconhecimento da primazia *prima facie* de certos direitos sobre outros.

¹²² BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.*

Assim, neste capítulo, será desenvolvido, primeiramente, o marco teórico da colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, tanto do ponto de vista da doutrina, quanto da jurisprudência. Na sequência, será analisada a concretização dos referidos direitos na jurisprudência brasileira em casos concretos.

3.1. Marco teórico da Liberdade de Expressão

A Constituição de 1988 instituiu um robusto sistema de tutela da liberdade de expressão que se estrutura em torno de três eixos de liberdades: (i) a liberdade de expressão *stricto sensu* (art. 5º, IV e IX¹²³); (ii) a liberdade de imprensa (art. 220, §1º¹²⁴); e (iii) a liberdade de informação (art. 5º, XIV¹²⁵). Assegura, igualmente, o pleno exercício de tais liberdades independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX, parte final; e art. 220, §2º¹²⁶).

Assim, neste item, será, primeiramente, abordado o alcance do direito fundamental à liberdade de expressão. Posteriormente, analisar-se-á a teoria da posição preferencial, segundo a qual a liberdade de expressão possui primazia *prima facie* frente a outros direitos constitucionalmente tutelados.

¹²³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

¹²⁴ 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.

¹²⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

¹²⁶ 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. (...) § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Por fim, serão tratados alguns critérios de ponderação propostos pela doutrina para casos de colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade.

3.1.1. O alcance do direito fundamental à liberdade de expressão

A começar pela liberdade de expressão em sentido estrito, tem-se que tal liberdade corresponde ao direito que cada ser humano possui de tornar pública a sua visão subjetiva a respeito dos acontecimentos da vida. Engloba, portanto, “o direito individual de manifestação do pensamento, opiniões, ideias, sentimentos, pontos de vista, gostos artísticos etc. Trata-se da liberdade que cada indivíduo tem de se posicionar em relação ao mundo que o cerca e externar seu ponto de vista aos seus concidadãos” ¹²⁷.

A liberdade de informação, por sua vez, consubstancia-se tanto no direito individual de comunicar fatos objetivamente considerados (direito de informar), quanto no direito subjetivo de receber informações verdadeiras, do qual todo cidadão é titular, numa dinâmica de construção de um ambiente deliberativo bem informado (direito de ser informado) ¹²⁸. Nesse sentido, conforme preceitua José Afonso da Silva, “a *liberdade de informação* compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer” ¹²⁹.

¹²⁷ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. “As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF”. No mesmo sentido, confira-se: BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*.

¹²⁸ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. “As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF”. BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa.

¹²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. 246 p.

Já a liberdade de imprensa aponta para o direito-dever dos meios de comunicação de divulgarem fatos e opiniões¹³⁰. Não se limita, assim, a veículos impressos de comunicação, como o termo “liberdade de *imprensa*” poderia sugerir. Ao contrário, “alcança qualquer forma de difusão de notícias, comentários e opiniões por qualquer veículo de comunicação social”¹³¹. Engloba, ainda, a liberdade dos meios de comunicação de escolherem o conteúdo por eles veiculado.

Quanto ao seu teor, a liberdade de expressão (aqui se tratando da liberdade de expressão em sentido amplo) abrange todo e qualquer conteúdo – inclusive e principalmente os discursos desagradáveis¹³². Afinal, caso a liberdade de expressão protegesse apenas os discursos de agrado, não seria necessária a tutela da liberdade de expressão.

Em relação à forma de comunicação, tem-se que qualquer forma de comunicação não-violenta pode ser objeto da proteção da liberdade de expressão, incluindo-se, aqui, a faculdade de não se comunicar¹³³. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco preconizam que “[n]o direito de expressão cabe, segundo a visão generalizada, toda mensagem, tudo o que se pode comunicar (...). A liberdade de expressão, contudo, não abrange a violência. Toda manifestação de opinião tende a exercer algum impacto sobre a audiência – esse impacto porém, há de ser espiritual, não abrangendo a coação física”¹³⁴. Concluem, por fim, que “[a] liberdade em estudo congloba não

¹³⁰ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. “As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF”.

¹³¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 246 p.

¹³² KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. “As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF”.

¹³³ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. “As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF”.

¹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 299-300 p.

apenas o direito de se exprimir, como também o de não se expressar, de se calar e de não se informar”¹³⁵.

Por fim, em relação aos sujeitos do direito à liberdade de expressão, tem-se que, do lado dos seus titulares, estão todas as pessoas, físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras. Seu destinatário, por outro lado, será precipuamente o Estado, ainda que em situações excepcionais o referido direito possa ser aplicado em relações entre particulares¹³⁶⁻¹³⁷.

3.1.2. Posição de preferência ocupada pelo direito fundamental à liberdade de expressão em relação a outros direitos constitucionalmente tutelados

Tamanha é a importância da liberdade de expressão para a ordem constitucional democrática, que foi consolidado o entendimento de que se trata de um direito que ocupa *posição preferencial* face a outros direitos constitucionalmente assegurados. Em outras palavras, entende-se que, *a priori*, em casos de colisão entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais – dentre eles, os direitos da personalidade –, a prevalência recairá sobre a primeira¹³⁸.

¹³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 300 p.

¹³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 300 p. KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. “As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF”.

¹³⁷ Neste ponto, é importante ressaltar que, no caso da colisão entre direitos objeto do presente trabalho, se está diante da oponibilidade do direito à liberdade de expressão face ao Estado. Isso porque, a despeito de a colisão ocorrer entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade de um particular, é dada ao Poder Judiciário a ponderação entre as normas em conflito, de modo que o Estado é o responsável pela imposição de medidas cerceadoras da liberdade de expressão. Não cabe, portanto, a digressão quanto à eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

¹³⁸ Nesse sentido, veja-se, na doutrina: BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. SARMENTO, Daniel. Comentário ao art. 5º, IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 252-259. CHEQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie*, 2011. KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. “As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF”.

A doutrina da posição preferencial da liberdade de expressão surgiu nos Estados Unidos, em 1943, por ocasião do julgamento do caso *Murdock v. Commonwealth of Pennsylvania* (319 U.S. 105 (1943)), quando a Suprema Corte Norte Americana consignou que “*freedom of press, freedom of speech, freedom of religion are in a preferred position*”.

No Brasil, o reconhecimento da posição preferencial decorre da dupla dimensão da liberdade de expressão: a dimensão *substantiva* e a dimensão *instrumental*¹³⁹. Sob o prisma substantivo, vê-se que

a liberdade de expressão é uma emanção do princípio da dignidade da pessoa humana, que reconhece que a realização individual de cada um depende, em grande medida, do intercâmbio de impressões e experiências para o que a liberdade é fundamental. A perspectiva *substantiva* exige o reconhecimento de que não há vida digna sem liberdade de expressão, porque um dos valores mais marcantes da condição humana é a capacidade que os indivíduos têm de se verem e de se entenderem enquanto seres pensantes.¹⁴⁰

Assim, não se está diante de um direito secundário em relação à dignidade humana, como insistem os defensores da primazia dos direitos da personalidade sobre a liberdade de expressão. Bem ao contrário, a liberdade de expressão deve ser entendida como um pressuposto básico à realização do princípio da dignidade da pessoa humana inscrito no art. 1º, III, da

¹³⁹ Sobre a natureza dúplici da liberdade de expressão, Konrad Hesse preceitua que “o alcance completo dessas garantias abre-se, também aqui, somente com vista ao seu caráter duplo: elas são, por um lado, direitos subjetivos, e, precisamente, tanto no sentido de direitos de defesa como no de direitos de cooperação política; por outro, elas são prescrições de competência negativa e elementos constitutivos da ordem objetiva democrática e estatal-jurídica. Sem a liberdade de manifestação da opinião e liberdade de informação, sem a liberdade dos meios de comunicação de massa modernos, imprensa, rádio e filme, opinião pública não pode nascer, o desenvolvimento de iniciativas e alternativas pluralistas, assim como ‘formação preliminar da vontade política’ não são possíveis, publicidade da vida política não pode haver, a oportunidade igual das minorias não está assegurada com eficácia e vida política em um processo livre e aberto não se pode desenvolver. Liberdade de opinião é, por causa disso, para a ordem democrática da Lei Fundamental, ‘simplesmente constitutiva’.” HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, 1998, p. 302-3, *apud* BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As Liberdades de Expressão e de Imprensa nos Estados Unidos e no Brasil.

¹⁴⁰ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. “As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF”.

Constituição, uma vez que se trata de um direito verdadeiramente essencial ao desenvolvimento individual de cada um.

De outro lado, pela ótica instrumental, reconhece-se a liberdade de expressão como um meio de promoção de outros valores constitucionais, tais como a democracia¹⁴¹. Nesse sentido, Daniel Sarmento preceitua que “[o] ideário democrático norteia-se pela busca do autogoverno popular, que ocorre quando os cidadãos podem participar com liberdade e igualdade na formação da vontade coletiva. (...) Por isso, a realização da democracia pressupõe um espaço público aberto, plural e dinâmico, onde haja o livre confronto de ideias, o que só é possível mediante a garantia da liberdade de expressão”¹⁴².

O entendimento também encontra respaldo na jurisprudência do STF. O Min. Carlos Ayres Britto, ao julgar a ADPF nº 130, que reconheceu a não-recepção da Lei de Imprensa pela Constituição de 1988, reconheceu que “a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão lato senso”¹⁴³⁻¹⁴⁴.

Em sentido semelhante, por ocasião do julgamento da ADPF nº 187, referente à Marcha da Maconha, o Min. Luiz Fux declarou que “a liberdade de expressão (...) merece proteção qualificada, de modo que, quando da ponderação com outros princípios constitucionais, possua uma dimensão de peso *prima facie* maior”¹⁴⁵.

¹⁴¹ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. “As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF”.

¹⁴² SARMENTO, Daniel. Comentário ao art. 5º, IV.

¹⁴³ SARMENTO, Daniel. *Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. Parecer não publicado. Rio de Janeiro, 22 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. Acesso em 03 jun. 2015.

¹⁴⁴ STF. ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 06 nov. 2009.

¹⁴⁵ STF. ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 29 mai. 2014.

No mesmo sentido, o Min. Marco Aurélio de Mello, em voto proferido do RE nº 685.493, consignou que “é forçoso reconhecer a prevalência da liberdade de expressão quando em confronto com outros direitos fundamentais, raciocínio que encontra diversos e cumulativos fundamentos. (...) A liberdade de expressão é uma garantia preferencial em razão da estreita relação com outros princípios e valores fundantes, como a democracia, a dignidade da pessoa humana, a igualdade”¹⁴⁶.

Assim, vê-se que a liberdade de expressão é essencial também à realização do princípio do pluralismo político, inscrito no art. 1º, V, da Constituição de 1988. Afinal, não se pode cogitar de pluralismo político sem que toda a universalidade de agentes que compõem o espaço público possa emitir livremente opiniões, críticas, ideais e afins.

Parece inevitável, portanto, o reconhecimento da posição preferencial *a priori* da liberdade de expressão sobre os direitos da personalidade. Diante disso, a doutrina vem desenvolvendo parâmetros de ponderação para casos de colisão entre os referidos direitos. Com isso, busca-se adequar, aos casos concretos, a primazia *prima facie* reconhecida em abstrato, conforme será visto no próximo item.

3.1.3. A colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade e critérios de ponderação

Luís Roberto Barroso, depois de reconhecer a posição preferencial ocupada pela liberdade de expressão, elenca os parâmetros constitucionais a serem levados em conta na hipótese de colisão¹⁴⁷. Admite, ainda, que cada um desses parâmetros assume diferentes conotações a

¹⁴⁶ STF. RE 685.493, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, Brasília, julgamento iniciado em 20 nov. 2014 e interrompido em razão do pedido de vista do Min. Luiz Fux.

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.*

depender da liberdade que está em exercício – liberdade de expressão em sentido estrito, liberdade de imprensa e liberdade de informação.

O primeiro parâmetro apontado pelo Ministro é a *veracidade do fato*, ou seja, para gozar de proteção constitucional, o conteúdo transmitido deve ser verdadeiro. Barroso ressalta, ainda, “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”¹⁴⁸⁻¹⁴⁹. Ademais, o constitucionalista afasta a aplicação do requisito da veracidade em casos de exercício da liberdade de expressão *stricto sensu*, uma vez que se estará diante de opiniões e, portanto, não se pode aferir a correção ou o erro das mesmas.

Em segundo lugar, tem-se o critério da *licitude do meio empregado na obtenção da informação*, isto é, a informação que se pretende divulgar deve ter sido obtida pelos meios admitidos pelo Direito. Isso porque se entende que “a informação estar disponível em arquivos públicos ou poder ser obtida por meios regulares e lícitos torna-a pública e, portanto, presume-se que a divulgação desse tipo de informação não afeta a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem dos envolvidos”¹⁵⁰.

Deve-se levar em conta, ainda, a *personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia*. Com isso, o Ministro ratifica o entendimento segundo o qual o círculo de proteção dos direitos da

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.*

¹⁴⁹ Em sentido contrário, a Suprema Corte Norte-Americana, no caso *New York Times v. Sullivan*, de 1964, assentou que deve ser verificada a explícita má-fé (“*actual malice*”) para que um meio de comunicação seja condenado pela veiculação de uma mensagem falsa, não sendo suficiente, portanto, a mera negligência.

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.*

personalidade de pessoas públicas é inversamente proporcional à sua notoriedade¹⁵¹⁻¹⁵².

O *local do fato* também deve ser utilizado como critério para a aferição do grau de proteção a ser conferido à liberdade de expressão. Com efeito, conforme preceitua o Ministro Barroso, “fatos ocorridos em local reservado têm proteção mais ampla do que os acontecidos em locais públicos”¹⁵³.

Da mesma maneira, a *natureza do fato* deve ser apurada, uma vez que “[h]á fatos que são notícia, independentemente dos personagens envolvidos. Acontecimentos da natureza (...), acidentes (...), assim como crimes em geral, são passíveis de divulgação por seu evidente interesse jornalístico, ainda quando exponham a intimidade, a honra ou a imagem de pessoas neles envolvidos”¹⁵⁴.

A *existência de interesse público na divulgação em tese* é outro critério extremamente importante na ponderação entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Isso porque, em razão da potencial distorção de valores decorrente da aplicação do critério do interesse público pura e simplesmente, deve-se compreender, como regra geral, que é presumido o interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro. Diante disso, “[c]aberá ao interessado na não divulgação demonstrar que, em determinada hipótese, existe um interesse privado excepcional que

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.*

¹⁵² Nesse mesmo sentido, decidiu a Corte Europeia de Direitos Humanos, por ocasião do julgamento do caso *Lopes Gomes da Silva vs. Portugal*, que deve haver um maior grau de tolerância na interferência na esfera privada de uma pessoa pública em relação a um particular.

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.*

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.*

sobrepuja o interesse público residente na própria liberdade de expressão e de informação”¹⁵⁵.

Por fim, Luís Roberto Barroso coloca como critério a *preferência por sanções a posteriori, que não envolvam a proibição prévia da divulgação*. É dizer: em casos de abuso no exercício do direito à liberdade de expressão, a reparação deve se dar, preferencialmente, por meio da retificação, da retratação, do direito de resposta ou da responsabilização civil ou penal. Evita-se, com isso, a proibição e suspensão da divulgação da informação¹⁵⁶⁻¹⁵⁷.

Na mesma linha sugerida por Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmento reconhece a posição preferencial ocupada pela liberdade de expressão e, portanto, sugere que apenas em casos absolutamente excepcionais sejam admitidas restrições prévias ao exercício de tal direito¹⁵⁸. Além disso, ao estabelecer critérios de ponderação para as hipóteses de conflitos entre direitos da personalidade e liberdade de expressão, o constitucionalista faz uma distinção entre a colisão com o direito à honra e a colisão com o direito à privacidade.

No primeiro caso, deve-se levar em consideração que a tutela da honra de *pessoas públicas* se dá em menor intensidade do que aquela que se

¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*.

¹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*.

¹⁵⁷ Conforme será visto mais adiante, as indenizações a título de danos morais por ofensa aos direitos da personalidade, no Brasil, atingem valores estratosféricos. Além disso, as consequências de uma condenação penal são extremamente gravosas. Desse modo, a proliferação de decisões responsabilizando civil ou criminalmente eventuais abusos de direito pode resultar no chamado *chilling effect*, ou seja, na inibição do exercício do direito à liberdade de expressão por seus titulares pelo justo receio de que lhes sejam aplicadas sanções judiciais graves. Parece mais adequado, portanto, que seja preterida igualmente a responsabilidade civil e penal, cedendo espaço às medidas que tutelem os direitos da personalidade ao mesmo tempo em que estimulam a liberdade de expressão, como é o caso do direito de resposta.

¹⁵⁸ SARMENTO, Daniel. Comentário ao art. 5º, IV.

confere aos cidadãos comuns. Além disso, Daniel Sarmento ressalta a importância do critério da *verdade* quando a mensagem divulgada tratar de fatos, e não de opiniões ou ideias. Por fim, o *tom empregado na manifestação* também deve ser levado em conta. O constitucionalista salienta, porém, que manifestações agressivas ou irônicas também são objeto de proteção da liberdade de expressão, mas que, por causarem um dano maior, nem sempre será constitucionalmente justificável o tom empregado.

Já nas hipóteses de colisão entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade, também se deve considerar que o âmbito de proteção de *pessoas públicas* é mais reduzido do que aquele de cidadãos comuns. Igualmente, a existência de *interesse público* no conhecimento das informações deve ser verificada para fins de ponderação. Ademais, a *veracidade dos fatos* se reveste de uma leitura peculiar: para Sarmento, a falsidade dos fatos reportados certamente pode ensejar a restrição da liberdade de expressão. A veracidade, porém, não é suficiente para garantir a proteção do discurso, uma vez que o titular do direito à privacidade pode igualmente não querer que sejam revelados aspectos verdadeiros da sua vida. Finalmente, a *forma pela qual foram obtidas as informações* também deve ser utilizada como critério já que “a liberdade de expressão não constitui licença para a prática de atos ilícitos que objetivem a colheita dessas informações”¹⁵⁹.

Vê-se, portanto, que tanto a doutrina constitucionalista, quanto a jurisprudência do STF, vem fazendo uma leitura teórica muito favorável à concretização do direito fundamental à liberdade de expressão. Porém, conforme será analisado no próximo item, o desfecho de casos concretos não vem seguindo tal tendência, e são ignorados, não apenas os critérios

¹⁵⁹ SARMENTO, Daniel. Comentário ao art. 5º, IV.

fixados pela doutrina, como também a primazia *prima facie* que reveste o direito à liberdade de expressão.

3.2. Jurisprudência

Neste tópico, será analisada a pesquisa “*Liberdade de expressão e direitos da personalidade na jurisprudência do STJ*”, desenvolvida por Paula Chueke Rabacov, aluna da graduação do curso de Direito da PUC-Rio, sob orientação do professor Fábio Carvalho Leite, para o Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) 2011/2012¹⁶⁰.

A referida pesquisa tinha por objetivo, em um primeiro momento, fazer o levantamento de dados estatísticos sobre o tratamento conferido pelo Superior Tribunal de Justiça à colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Posteriormente, analisaram-se os casos nos quais era cabível o direito de resposta como forma de reparação a eventuais danos aos direitos da personalidade, segundo critérios elaborados pelos pesquisadores. Por fim, abordou-se também a concepção do STJ sobre o direito a uma opinião ofensiva. Neste capítulo, abordar-se-á apenas as dias primeiras partes do referido trabalho, porquanto relevante para o tema do presente estudo.

Pois bem. Por meio da utilização do mecanismo de pesquisa de jurisprudência do site do Superior Tribunal de Justiça, foram encontrados 58 acórdãos, entre os anos de 2002 e 2010, que atendiam a qualquer das seguintes palavras-chave: *liberdade de expressão; liberdade de imprensa; liberdade de informação; direitos da personalidade; direito à honra; direito à imagem; direito à privacidade; direito à intimidade; injúria; autocensura; censura prévia; e real malícia*.

¹⁶⁰ Disponível em <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2012/rel_ccs_jur.html>. Acesso em 09 mar. 2015.

Como o objeto da pesquisa era o tratamento civil conferido ao referido conflito normativo – tal como é o presente trabalho –, foram excluídos os precedentes em matéria de Direito Penal e Processual Penal que versassem sobre os crimes de calúnia, injúria e difamação. Foram encontrados, então, os seguintes acórdãos:

- REsp 439584/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, 15 out. 2002;
- Resp 403639/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, 06 dez. 2002;
- REsp 613374/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 17 mai. 2002;
- REsp 552008/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Brasília, 22 set. 2004;
- REsp 1025047/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 26 jun. 2008;
- REsp 706769/RN, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, 14 abr. 2009;
- REsp 957343/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Brasília, 18 mar. 2008;
- REsp 1065397/MT, Rel. Min. Massami Uyeda, Brasília, 04 jun. 2010;
- REsp 997479/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 28 set. 2010;
- REsp 959330/ES, Rel. Min. Sidnei Beneti, Brasília, 09 mar. 2010;
- REsp 1193886/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, 09 nov. 2010;
- REsp 984803/ES, Nancy Andrighi, Brasília, 26 mai. 2008;
- Resp 818764/ES, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Brasília, 15 fev. 2007;
- REsp 801249/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 09 ago. 2007;
- REsp 680794/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, 17 jun. 2010;
- REsp 655357/SP, Min. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, 20 mar. 2007;
- REsp 744537/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 26 jun. 2008;
- REsp 1127546/SP, Rel. Min. Castro Meira, Brasília, 20 nov. 2009;
- REsp 783139/ES, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, Brasília, 11 dez. 2007;
- REsp 401358/PB, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Brasília, 05 mar. 2009;
- REsp 355392/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 26 mar. 2002;
- REsp 771377/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Brasília, 26 set. 2006;
- REsp 348388/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Brasília, 07 out. 2004;
- REsp 253058/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Brasília, 04 fev. 2010;
- REsp 713202/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, 01 out. 2009;
- REsp 649674/RJ, Rel. Min. Castro Filho, Brasília, 06 jun. 2006;
- REsp 1021688/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, Brasília, 23 jun. 2009;
- REsp 727118/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 15 mai. 2006;
- REsp 575696/PR, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Brasília, 12 abr. 2005;
- REsp 771266/DF, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, 28 mar. 2006;
- REsp 969831/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Brasília, 22 jun. 2010;
- REsp 513057/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Texeira, Brasília, 18 set. 2003;
- REsp 502536/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, 05 mai. 2009;
- REsp 1063304/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, Brasília, 26 ago. 2008;
- REsp 1082878/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 14 out. 2008;

- REsp 595600/SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Brasília, 18 mar. 2004;
- REsp 719592/AL, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Brasília, 12 dez. 2005;
- REsp 1053534/RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Brasília, 23 set. 2008;
- REsp 296391/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, 19 mar. 2009;
- REsp 1005278/SE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, 04 nov. 2010;
- REsp 521697/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Brasília, 16 fev. 2006;
- REsp 264580/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pergendler, DJ 04.04.2006;
- REsp 448604/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Brasília, 06 jun. 2003;
- REsp 541682/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, Brasília, 23 ago. 2005;
- REsp 755212/RS, Rel. Min. Honildo Amaral De Mello Castro, Brasília, 12 jun. 2007;
- REsp 188692/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Brasília, 05 jun. 2002;
- REsp 188692/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Brasília, 05 nov. 2002;
- REsp 488921/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Brasília, 05 jun. 2003;
- REsp 1001923/PB, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, 13 mar. 2012;
- REsp 1191875/SE, Rel. Min. Sidnei Beneti, Brasília, 06 dez. 2011,
- REsp 896635/MT, Rel. Min. Nancy Andrichi, Brasília, 26 fev. 2008;
- REsp 687787/RJ, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Brasília, 19 jun. 2007;
- REsp 1268233/DF, Rel. Min. Massami Uyeda, Brasília, 15 mar. 2012;
- REsp 854452/ RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Brasília, 26 jun. 2008;
- REsp 210961/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, Brasília, 21 set. 2006;
- REsp 846189/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Brasília, 12 set. 2006;
- REsp 736015/RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, Brasília, 16 jun. 2005;
- REsp 326151/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Brasília, 05.09 set. 2002.

Ao analisar as decisões que antecederam os mencionados acórdãos, constatou-se que, em primeira instância, três sentenças extinguiram o processo sem a resolução do mérito; 12 foram favoráveis à liberdade de expressão; e 43 foram favoráveis aos direitos da personalidade. Em termos percentuais, menos de 22% dos casos foram favoráveis à liberdade de expressão.

Em segunda instância, do total de 58 acórdãos, um deles extinguiu o processo sem julgamento de mérito; um condenou o réu ao pagamento de danos materiais em razão da publicação de uma biografia não autorizada; 12 foram favoráveis à liberdade de expressão; e 44 deles foram favoráveis aos direitos da personalidade. Novamente, em termos percentuais, a pesquisa conclui que menos de 22% dos casos foram favoráveis à liberdade de expressão.

Por fim, com relação aos acórdãos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça, de um universo de 58 acórdãos, apenas 46 se pronunciaram sobre o mérito – os outros 12 ou bem não conheceram dos recursos; ou reconheceram a ilegitimidade passiva de um dos réus; ou alteraram o valor da condenação (o que, independentemente de ter sido para majorá-la ou minorá-la, importa o sacrifício da liberdade de expressão). Desses 46, 14 foram favoráveis à liberdade de expressão e 32 foram favoráveis aos direitos da personalidade. A pesquisa concluiu, portanto, que apenas 30% dos casos enfrentados pelo STJ em matéria de colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade na esfera civil foram favoráveis à primeira – uma parcela ínfima, tendo-se em vista a posição preferencial que ocupa, em tese, o direito à liberdade de expressão.

A pesquisa ora em comento vai além e demonstra, ainda, que em alguns dos casos nos quais restou sacrificada a liberdade de expressão, fez-se uma construção teórica exaltando o valor desse direito à democracia. Veja-se, nesse sentido, a seguinte passagem: “[a]nte a tamanha importância do direito de informação, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, qualquer limitação a esse direito deve ser tomada como exceção, que são claras em nosso ordenamento jurídico”¹⁶¹.

No que tange ao direito de resposta, a pesquisa separa os 58 acórdãos, primeiramente, em dois grandes grupos: o grupo dos casos nos quais caberia o pedido de direito de resposta e o grupo dos casos nos quais o arcabouço fático não é compatível com esse tipo de reparação.

Dos 58 casos, três não possuíam um relatório suficientemente detalhado de modo que se pudesse aferir a possibilidade, ou não, do exercício do direito de resposta, restando, portanto, 55 casos. Desses 55, em 33 deles se considerou cabível o direito de resposta, mas em apenas sete casos foi

¹⁶¹ STJ. REsp 713202/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, 01 out. 2009.

formulado pedido nesse sentido. Nesses sete, o direito de resposta figurava como pedido subsidiário à condenação pecuniária. Vê-se, portanto, que mesmo entre as partes que litigam em causas de conflitos entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, há uma preferência pouco salutar por reparações pecuniárias.

Por fim, é importante ressaltar que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar a jurisprudência dos tribunais pátrios em matéria de liberdade de expressão, empreitada essa que demandaria um estudo bastante mais longo e profundo.

Ainda assim, merece nota o fato de que, de 2010 até o presente, não se verificou uma mudança de rumos na jurisprudência do STJ tão significativa ao ponto de reverter os dados numéricos aqui apresentados. Bem ao contrário, o Tribunal vem, inclusive, criando novos precedentes temerários à tutela da liberdade de expressão, como é o caso do reconhecimento do *direito ao esquecimento*¹⁶²⁻¹⁶³. Desse modo, ainda que não se tenham dados estatísticos atualizados sobre a proporção de decisões favoráveis à liberdade de expressão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, ao que tudo indica, não houve uma alteração numérica expressiva desde a realização da pesquisa em comento.

Além disso, segundo o art. 103, III, *a*, da Constituição, compete ao STJ julgar recursos especiais em que a decisão recorrida contrarie ou negue vigência a lei federal. O Código Civil de 2002, por sua vez, é a lei federal que positivou a proteção aos direitos da personalidade sob a ótica do Direito Civil Constitucional, como já exposto. Justifica-se, portanto, a escolha do

¹⁶² STJ. REsp 1334097/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, 10 set. 2013 (“caso Chacina da Candelária”); e STJ. REsp 1335153/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, 10 set. 2013 (“caso Aída Curi”).

¹⁶³ Sobre a inconstitucionalidade do direito ao esquecimento, veja-se: SARMENTO, Daniel. *Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. Parecer não publicado.

referido Tribunal como indicador do tratamento que se confere em concreto à liberdade de expressão quando em confronto com os direitos da personalidade.

De mais a mais, a pesquisa indica, ainda, que, no âmbito dos tribunais inferiores, a proteção da liberdade de expressão ainda é mais restrita – tutela-se a liberdade de expressão em 22% dos casos, contra 30% no STJ. Assim, uma pesquisa mais detalhada no âmbito dos tribunais de justiça, ao que parece, resultaria em números ainda mais alarmantes, tendo-se em vista a proteção constitucional à liberdade de expressão.

3.3. Os efeitos sistêmicos de decisões concretas

Diante dos dados estatísticos apresentados no item anterior, vê-se que, não apenas há um número significativamente mais elevado de decisões concretas que privilegiam os direitos da personalidade em detrimento da liberdade de expressão, como também há uma grande preferência pela condenação pecuniária como forma de reparação.

Nesse ponto, é importante trazer ao debate os dados levantados pela organização não governamental Artigo 19. Segundo estudos da ONG, dentre os Estados-membros da OEA, o Brasil é o país em que (i) mais são ajuizadas ações por agentes públicos em razão de supostas violações ao seu direito à honra; e (ii) no qual as condenações alcançam patamares mais desproporcionais¹⁶⁴. Além disso, apurou-se que, em 2003, a média das indenizações pagas a título de reparação civil por danos aos direitos da personalidade gravitava em torno de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Em 2007, esse valor havia saltado para R\$80.000,00 (oitenta mil reais)¹⁶⁵. Os

¹⁶⁴ Dados retirados da palestra *Direito a uma opinião ofensiva*, ministrada pelo professor Fábio Carvalho Leite, no TEDx PUC-Rio. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=v5aXAQVX6So>>. Acesso em 04 jun. 2015.

¹⁶⁵ Informação disponível em <<http://artigo19.org/blog/educacao/>>. Acesso em 04 jun. 2015.

magistrados, por sua vez, nem sempre esclarecem objetivamente os critérios utilizados para o arbitramento de tais valores¹⁶⁶.

Verifica-se, portanto, que (i) a jurisprudência dos tribunais brasileiros tendem, em concreto, a dar prevalência aos direitos da personalidade; (ii) que a forma de reparação mais adotada é a condenação ao pagamento de indenização pecuniária; e (iii) que a falta de parâmetros claros e precisos para a estipulação dos valores a serem pagos a título de reparação faz com que sejam fixados valores absolutamente desproporcionais.

Diante disso, não se pode olvidar que a responsabilidade civil pode “também *ex post facto* onerar desproporcionalmente a liberdade de expressão, colocando problemas de inconstitucionalidade não menos importantes”¹⁶⁷. Nesse mesmo sentido já decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição contenciosa foi reconhecida pelo Brasil por meio do Decreto nº 4.463/02:

El temor a la sanción civil, ante la pretensión (...) de una reparación civil sumamente elevada, puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitor para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia a un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público.¹⁶⁸

Já o Ministro Gilmar Mendes, por ocasião o julgamento da ADPF nº 130, consignou que “[n]ós podemos ter sanções pecuniárias que podem representar, aí sim, uma ameaça à liberdade de imprensa. Elas podem vir a

¹⁶⁶ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. “As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF”.

¹⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E. M.; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. 73-74 p.

¹⁶⁸ Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193. Par. 129.

sucumbir pela opressão financeira a partir de uma sistemática condenação"¹⁶⁹.

Por esses mesmos motivos, a ONG Artigo 19, em seu Relatório Anual de Violações à Liberdade de Expressão de 2014, aponta que "processos judiciais também funcionam como uma maneira de censura e intimidação para muitos comunicadores que cobrem temas políticos e figuras públicas"¹⁷⁰. Já a ONG Repórteres sem Fronteiras elabora um ranking anual sobre a situação da liberdade de imprensa em todo mundo, sendo *ambiente e autocensura* ("*environment and self-censorship*") um dos critérios de aferição. No ano de 2015, o Brasil figurou no 99º lugar¹⁷¹.

Conclui-se, portanto, que condenações vultosas pela violação aos direitos da personalidade, com nítido caráter silenciador e distorcivo, podem importar uma limitação à liberdade de expressão não menos gravosa do que a censura prévia ou a condenação penal¹⁷². Isso porque a proliferação de decisões nesse sentido constitui um desestímulo para os meios de comunicação, que deixarão de divulgar informações temendo condenações judiciais.

Portanto, de nada adianta uma construção teórica doutrinária e jurisprudencial extremamente protetora da liberdade de expressão quando, em concreto, juízes e tribunais vêm fazendo mal uso das prerrogativas que lhes foram conferidas pelo constitucionalismo contemporâneo, limitando sistematicamente a liberdade de expressão em função dos direitos da personalidade.

¹⁶⁹ STF, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 30 abr. 2009. STF, ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 15 jun. 2011.

¹⁷⁰ Artigo 19. *Violações à liberdade de expressão: Relatório anual 2014*. 61 p. Disponível em <http://violacoes.artigo19.org/vw/1IEvAMDM_MDA_bfbd5_/a19_R_violacoes_2015_web_final.pdf>. Acesso em 04 jun. 2015.

¹⁷¹ Reporters without Borders. *2015 world press freedom index*. Disponível em <<http://index.rsff.org/#/>>. Acesso em 02 jun. 2015.

¹⁷² KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. "As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF".

Ante ao exposto, duas medidas deveriam ser estudadas para ao menos mitigar os efeitos práticos da dissonância entre as interpretações concreta e abstrata conferidas à colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade¹⁷³. São elas: (i) o estabelecimento, por meio de lei, de limites ao valor da indenização por dano moral em casos de eventuais excessos no exercício do direito à liberdade de expressão; e (ii) a regulamentação do direito de resposta, por meio do estabelecimento de critérios e de formas de exercício do direito.

Quanto à primeira proposta, deve-se dizer que a ampla reparação do dano moral tal como prevista na Constituição não impede que seja fixado um teto para o mesmo, uma vez que inexistem direitos absolutos na ordem constitucional vigente. Além disso, a ponderação entre bens jurídicos em conflito também pode ser realizada pelo legislador – o que não afasta, evidentemente, a sua apreciação pelo Poder Judiciário. Os valores arbitrados, por sua vez, poderiam ser atualizados monetariamente por meio do emprego de índices oficiais, de modo que não sofreriam uma defasagem¹⁷⁴.

No que tange ao direito de resposta, por sua vez, deve-se frisar que, à exceção da disciplina no Direito Eleitoral, há uma lacuna na regulamentação do instituto desde o julgamento da ADPF nº 130, que reconheceu a não recepção da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67). Muito embora a ausência de norma regulamentadora não impeça o exercício imediato do referido direito, a edição de lei prevendo hipóteses de cabimento e formas de exercício conferiria maior segurança jurídica ao instituto, que hoje depende da atuação do Poder Judiciário para que seja

¹⁷³ Não se tem por objetivo, aqui, esgotar a matéria acerca das proposições, mas tão somente suscitar a reflexão sobre o tema para, talvez em um próximo trabalho, aprofundar a análise da questão.

¹⁷⁴ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. “As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF”.

viabilizado em cada caso concreto¹⁷⁵. Além disso, estimularia o requerimento – e, por consequência, a concessão – do direito de resposta como forma de reparação de eventuais danos aos direitos da personalidade.

Com isso, poder-se-ia aventar, ainda, a reformulação do último parâmetro sugerido por Luís Roberto Barroso para a ponderação de colisões entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Com efeito, para que se confira maior proteção à liberdade de expressão, deve-se dar *preferência por sanções a posteriori que não envolvam a proibição prévia da divulgação ou a responsabilização civil e penal*¹⁷⁶.

Por fim, deve-se frisar que tais propostas não têm o condão de aproximar a interpretação concreta que se confere à liberdade de expressão do seu ideal cunhado em abstrato. Para tanto, devem ser estudadas as propostas da doutrina para conferir maior racionalidade e previsibilidade às decisões judiciais – propostas essas que não são objeto do presente trabalho. Não obstante, ambas as proposições – quais sejam: a fixação de patamares para as indenizações pagas a título de danos morais e a regulamentação do exercício do direito de resposta – têm potencial para ao menos mitigar os efeitos sistêmicos nefastos decorrentes do sistemático cerceamento da liberdade de expressão pelos tribunais brasileiros.

¹⁷⁵ SARMENTO, Daniel. Comentário ao art. 5º, V.

¹⁷⁶ O presente trabalho não abordou a tutela penal dos direitos da personalidade, mas, neste ponto, não se poderia deixar de afastar a responsabilização penal como forma de punição por eventuais excessos no exercício da liberdade de expressão. Isso porque “o direito penal, como acentua a própria doutrina penalista, é uma *ultima ratio*, não devendo ele próprio converter-se num meio de violação do direito à liberdade de expressão” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E. M.; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. 73 p.).

4. Conclusão

O presente trabalho buscou analisar a antinomia entre as interpretações concreta e abstrata sobre a colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Para tanto, em um primeiro momento, foram estudadas as características do constitucionalismo contemporâneo e a sua contribuição para a falta de coerência entre decisões judiciais.

Concluiu-se, com isso, que mesmo o estabelecimento de critérios para a ponderação de bens jurídicos conflitantes não é suficiente para conferir uma previsibilidade satisfatória à nova hermenêutica jurídica. Isso porque o reconhecimento da aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais, somado à utilização de métodos abertos de aplicação do direito, resultam em um elevado grau de discricionariedade dos magistrados. Os mencionados parâmetros de ponderação, por sua vez, ou bem se utilizam de termos vagos, ou bem são ignorados pelo Poder Judiciário, de modo a perpetuar um ambiente de grande insegurança jurídica.

No que tange especificamente ao princípio da liberdade de expressão, viu-se que, em abstrato, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, conferem ao mencionado direito uma tutela amplamente favorável. Com efeito, entende-se que o direito à liberdade de expressão ocupa uma *posição de preferência* no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que as limitações a ele devem ocorrer em caráter excepcional e devem impor ao intérprete um ônus argumentativo substancialmente mais elevado.

Tal primazia *prima facie* conferida à liberdade de expressão decorre da sua dupla dimensão: por um lado, a liberdade de expressão assegura o direito que todos têm de expressar livremente suas opiniões e ideias sobre fatos da vida (*dimensão substantiva*); de outro, a salvaguarda do direito à

livre expressão também é condição fundamental para a plena realização de outros valores extremamente caros à nossa ordem constitucional, tais como o princípio democrático e o princípio do pluralismo político.

Ocorre que a proteção à liberdade de expressão não se dá em mesmo grau quando são analisadas as decisões proferidas em casos concretos que versem sobre a colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Conforme foi demonstrado, há um número expressivamente maior de acórdãos proferidos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça privilegiando os direitos da personalidade em detrimento da liberdade de expressão. Além disso, pôde-se demonstrar que há uma grande preferência por indenizações pecuniárias como forma de reparação de danos aos direitos da personalidade decorrentes do abuso no exercício da liberdade de expressão. Tais indenizações, porém, tendem a atingir patamares absolutamente desproporcionais e irrazoáveis em razão da ausência de parâmetros claros e racionais para a aferição do valor a ser pago.

A combinação desses três fatores – *(i)* a prevalência aos direitos da personalidade sobre a liberdade de expressão; *(ii)* a preferência por indenizações pecuniárias como forma de reparação; e *(iii)* o elevado valor fixado a título de indenização – fazem com que os atores do cenário político, social e cultural do país limitem de sobremaneira os seus discursos em razão do justo receio de sofrerem condenações judiciais. Causam-se, com isso, efeitos catastróficos à ordem democrática brasileira.

Assim, ao final, foram suscitadas duas medidas que poderiam ao menos mitigar os efeitos deletérios da interpretação concreta que vem sendo realizada pelos tribunais pátrios sobre o direito à liberdade de expressão. São elas: *(i)* a fixação, em lei, de valores máximos a serem pagos a título de indenização por dano moral decorrente do exercício da liberdade de

expressão; e (ii) a edição de lei para regulamentar as hipóteses de cabimento e as formas de exercício do direito de resposta.

Concluiu-se, assim, com a formulação de um possível novo *standard* para a interpretação de colisões entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, qual seja: sempre que possível, deve-se evitar a proibição prévia da divulgação da informação ou a responsabilização civil e penal do emissor.

Com isso, ainda que não seja solucionada a dissonância entre as interpretações abstrata e concreta em matéria de liberdade de expressão, é possível mitigar os efeitos sistêmicos de decisões concretas, aproximando, ao menos um pouco, a tutela jurisdicional da vontade constitucional tal como concebida em abstrato. Desse modo, pode-se dar continuidade à paulatina caminhada iniciada na Constituinte de 1987-88 em direção a uma sociedade livre, participativa e informada.

5. Bibliografia

ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

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

Artigo 19. *Violações à liberdade de expressão: Relatório anual 2014*. <http://violacoes.artigo19.org/vw/1IEvAMDM_MDA_bfbd5_/a19_R_violacoes_2015_web_final.pdf>.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As Liberdades de Expressão e de Imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 5, fev/mar/abr de 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Honra, liberdade de expressão e ponderação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/honraliberdade-de-expressao-e-ponderacao/>>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E. M.; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CHEQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193. Par. 129.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1977.

FASSÒ, Guido. “Jusnaturalismo”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de Política*. Vol. 1. 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. “As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF”. In: SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 391-447.

LEITE, Fábio Carvalho. *Direito a uma opinião ofensiva*. Palestra proferida no TEDx PUC-Rio. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=v5aXAQVX6So>>.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RABACOV, Paula Chueke. *Liberdade de expressão e direitos da personalidade na jurisprudência do STJ*. Relatório elaborado para o Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) 2011/2012 do departamento de Direito da PUC-Rio sob orientação do professor Fábio Carvalho Leite. Disponível em <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2012/rel_ccs_jur.html>.

SARMENTO, Daniel. Comentário ao art. 5º, IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 252-259.

_____. Comentário ao art. 5º, V. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.).

Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 259-264.

_____. *Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. Parecer não publicado. Rio de Janeiro, 22 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>.

_____. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

SGARBI, Adrian. *Introdução à teoria do direito*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STF, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 30 abr. 2009.

STF, ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 15 jun. 2011.

STF. ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, 30 abr. 2013.

STF. ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, Brasília, 14 out. 2011.

STF. ADPF 309 MC. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, 01 dez. 2014.

STF. ADO 22, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Brasília, 22 abr. 2015.

STF. RE 349703, Rel. Min. Carlos Britto, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, Brasília, 05 jun. 2009.

STF. ADI 1158 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 26 mai. 1995.

STF. RE 685.493, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, Brasília, julgamento iniciado em 20 nov.

STJ. REsp 713202/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, 01 out. 2009.

STJ. REsp 1334097/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, 10 set. 2013.

STJ. REsp 1335153/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, 10 set. 2013.

STRUCHINER, Noel. Algumas “Proposições Fulcrais” acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 399-415.

_____. O direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e; BARBOSA, Samuel

Rodrigues (org.). *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 103-127.

TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; LEWICKI, Bruno. O Código Civil e o Direito Civil Constitucional. Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil, n. 13. Rio de Janeiro: Padma, jan./mar. 2003. Disponível também em <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/RTDC.Editorial.v.013.pdf>>.