

## Colisão entre a liberdade de expressão e a proteção à honra no Direito Brasileiro

*Fabrcio Lopes Paula*

**Resumo:** A liberdade de expressão, direito fundamental previsto no texto constitucional brasileiro, garante ao indivíduo a possibilidade de manifestar-se à sociedade, bem como emitir e receber informações de qualquer natureza. Contudo, o exercício dessa liberdade pode desencadear conflitos de natureza jurídica quando colidem com direito de terceiro. Em que pese o interesse da livre manifestação, que privilegia a democracia e a pluralidade de idéias, cabe analisar o alcance dessa liberdade e suas possíveis limitações.

**Palavras-chave:** Liberdade de expressão; Colisão de direitos; Direitos fundamentais

A relevância atribuída ao exercício da liberdade de expressão, quando exercida através dos meios de comunicação social, facilitadores da divulgação de ideias, privilegia a existência e a manutenção de uma sociedade plural, ainda que esses instrumentos possam difundir, igualmente, mensagens preconceituosas e discriminatórias. Essa análise reflete sobre os possíveis limites à plena expressão do indivíduo e a compreensão do modo como sua divulgação influencia a salutar e harmoniosa vida em sociedade

A liberdade de expressão como manifestação do pensamento, é exteriorizada não apenas para exprimir convicção ou crença, mas também para um indivíduo dirigir-se a outro, comunicando-se intencionalmente. Essa manifestação dá-se de forma sigilosa ou pública e é na palavra falada a materialização notória da manifestação do pensamento. A liberdade de expressão, portanto, está inserida na liberdade de pensamento, fazendo par à liberdade de consciência. Conforme Manoel Gonçalves, a liberdade de consciência, de foro íntimo, é inviolável e ninguém pode obrigar o outro a pensar deste ou daquele modo, sendo pacífico na doutrina jurídico-filosófica que a liberdade de expressão é “uma das mais principais de todas as liberdades humanas por ser a palavra uma das características fundamentais do homem, o meio que ele transmite e recebe as lições da civilização”<sup>1</sup>.

Como define Philip Pettit, a pessoa, que comanda racionalmente suas ações, tem o absoluto controle sobre o seu próprio comportamento e é exatamente isso que significa ser livre, no entanto, é possível encontrar ações livres oriundas de atitudes não racionais, como aquelas evadas de patologia, compulsão, obsessão, paranoia, entre outras<sup>2</sup>. Cabe ressaltar que a abordagem dada a este trabalho trata da teoria da liberdade condicionada ao ser livre capaz de controlar racionalmente seus atos.

<sup>1</sup> Cf. Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO - *Curso de Direito Constitucional*, 30.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 295.

<sup>2</sup> Cf. Philip PETTIT - *Teoria da Liberdade*, trad. port. Renato Sérgio Pupo Maciel, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 59.

Esse entendimento encontra sentido quando pensado na liberdade de ação baseada num ser livre – *self* livre<sup>3</sup> – racional. Uma sociedade livre que dispõe de um ambiente aberto à discussão fortalece o chamado *marketplace of ideas*, ou livre mercado de ideias, favorável ao refute e contestação da verdade. Até mesmo os discursos minoritários e eivados de falsos argumentos devem ter veiculação livre, pois somente através da contraposição de argumentações chega-se à construção da verdade e à estabilidade política de um regime democrático, que sujeita ao debate público os questionamentos, insatisfações e críticas dos cidadãos.

Quando a liberdade de consciência, que se relaciona com crer, ter convicção filosófica ou moral, conceber ideias, pensamentos ou opiniões, se manifesta através de atitudes, gestos ou outros meios de afirmação, nem sempre intencionais, ocorre uma exposição de valores e conceitos à sociedade. A palavra escrita e oral é a forma habitual de manifestar ideias a alguém específico ou a pessoas indeterminadas, podendo se realizar por meio da divulgação da informação através dos meios de comunicação social - rádios, jornais, revistas e internet. Devido a sua importância para a manutenção da sociedade, esse tipo de manifestação deve ser protegido; porém, também pode ser impedido, caso tenha poder de destruir ou prejudicar o meio coletivo<sup>4</sup>. Ainda que existam limitações, como afirma Freitas Nobre, a sociedade atual não pode sobreviver sem o exercício da liberdade de expressão, motivo pelo qual deve ser resguardada não somente no âmbito constitucional, mas também pela legislação ordinária<sup>5</sup>. Contudo, ainda que não seja garantida legalmente, os homens devem exercê-la, a exemplo das revoluções do século XVIII ocorridas na Europa e América no Norte.

Niklas Luhmann, ao dispor sobre a importância da comunicação entre os indivíduos, entende que o sistema social é autônomo, pois é operacionalmente fechado, ou seja, mutável pelos seus próprios elementos e mecanismos, fenômeno denominado de *autopoiesis*. Considerando que esse sistema social autônomo proposto por Luhmann está inserido em um outro, ainda maior, o que abarca todo o mundo, percebe-se a existência de uma matriz sistêmica mais complexa<sup>6</sup>. Essa complexidade do mundo, de toda a humanidade, carece de medidas de enfrentamento a fim de amortizá-la, o que é possível através da livre manifestação dos indivíduos, pois demonstra as diversas alternativas de atuação relacionadas às expectativas dos mesmos.

O que Luhmann propõe é que as inúmeras possibilidades e alternativas de experimentação, ação e representação apresentadas ao indivíduo corroboram para o avanço da complexidade do sistema em que este está inserido. Aproveitando-se de uma sensibilidade

<sup>3</sup> *Self* livre está relacionado à pessoa livre capaz de agir livremente. Pettit aborda essa questão fazendo uma crítica quanto ao fato de existir a possibilidade de um *self* livre não ter capacidade racional de agir livremente, logo, quando age, não o faz de maneira racional. Essa crítica quanto ao uso da razão não é relevante para o trabalho, que visa tão somente uma abordagem da ação racional do *self* livre. Cf. Philip PETTIT - *Teoria da Liberdade*, trad. port. Renato Sérgio Pubo Maciel, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 61.

<sup>4</sup> As limitações jurídicas do exercício da liberdade de expressão serão tratadas no segundo e terceiro capítulos deste trabalho.

<sup>5</sup> Cf. Freitas NOBRE - *Imprensa e Liberdade: Os Princípios Constitucionais e a Nova Legislação*, São Paulo, Summus, 1988, p. 31.

<sup>6</sup> “Como complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar”. É igualmente entendida como o conjunto dos possíveis estados e acontecimentos de um sistema. Cf. Niklas LUHMANN - *Sociologia do Direito I*, trad. port. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983, p. 45.

momentânea, de um impulso, excitação, ou não, esse indivíduo escolhe a forma de atuação e desempenho na sociedade conforme as oportunidades apresentam-se a ele. A tese de Luhmann afirma que a liberdade de comportamento de um indivíduo pode levá-lo a consequências não programadas, ocasionando um maior risco e complexidade no âmbito das expectativas. No entanto, se ocorrer frequentes expectativas de expectativas<sup>7</sup>, estas poderão amortecer a complexidade e a contingência do sistema, pois aquele que tem expectativa em relação à expectativa do outro pode antever e avaliar situações, livrando-se de decepções dispensáveis.

Mas em que ponto essa teoria encontra sentido na liberdade de expressão nos meios de comunicação social? É fundamental para o entendimento da teoria de Luhmann a compreensão da importância da liberdade de expressão, pois a livre e diversificada comunicação de ideias e pensamentos proporciona o desenvolvimento de expectativas e de ações a serem observados pelos indivíduos, resultando no progresso da sociedade e na racional tomada de decisão dos seus integrantes. Num sistema onde as pessoas têm diversas possibilidades de atuação, a livre crítica e a capacidade de intercâmbio social justifica o exercício irrestrito das mais diversas formas de expressão, incluindo-se, com relevante importância, os meios de comunicação social, fundamental para a evolução da sociedade.

Em contrapartida à tese de Luhmann, que confere importância à diversidade de comunicação na sociedade, a teoria de Michel Wieviorka atribui à livre comunicação o desencadeamento de problemas sociais relacionados à discriminação e ao estabelecimento de critérios diferenciadores entre indivíduos e grupos sociais. Para Wieviorka, a sobrevalorização de um segmento social ou cultural, em relação a outro, que os meios de comunicação podem proporcionar, aliada à falta de divulgação e conscientização da pluralidade da raça humana, são erros que podem gerar uma desordem social e uma crise estrutural coletiva<sup>8</sup>. A liberdade de expressão nos meios de comunicação, nessa abordagem, deve ser exercida apenas quando contribuir para a harmonização da sociedade, seja no aspecto coletivo ou individual. O fracasso do indivíduo, quando relacionado à impossibilidade de exercer sua autonomia devido à opressão externa que ataca o seu direito subjetivo de agir conforme suas escolhas pessoais, pode, nesse sentido, proporcionar uma desestruturação complexa da sociedade, atingindo, até mesmo, a identidade coletiva.

Wieviorka ilustra essa diferenciação causada pela intolerância e discriminação analisando três vértices: a “identidade coletiva”, como um sistema de valores que define a unidade, o “indivíduo moderno”, que está sujeito às influências da modernidade, mas que compreende a existência dos direitos à liberdade e à igualdade, e o “sujeito”, que busca encontrar o seu próprio lugar dentro da coletividade. Cada uma dessas pontas, ou vértices, enfatiza Wieviorka, possuem fraquezas, dificuldades e ameaças externas e internas. Situações de conflito ocorrem quando um desses grupos sofre um ataque externo, incluindo aquele

---

<sup>7</sup> Por expectativas de expectativas entende que “sob as condições da dupla contingência, portanto, todo experimentar e todo agir social possui uma dupla relevância: uma ao nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no desapontamento daquilo que se espera do outro; a outra em termos de avaliação do significado do comportamento próprio em relação à expectativa do outro”. Cf. Niklas LUHMANN - *Sociologia do Direito I*, trad. port. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983, p. 48.

<sup>8</sup> Cf. Michel WIEVIORKA - *O Racismo*, trad. port. Miguel Serras Pereira, Lisboa, Fendas, 2002, p. 73.

proveniente dos meios de comunicação, que agride o emocional ou o moral de alguém, discriminando-o ou contribuindo para uma autocrítica ancorada nos padrões dos grupos opressores.

O desenvolvimento da democracia trouxe consigo a ampliação dos modos de comunicação e, conseqüentemente, o aperfeiçoamento da liberdade de expressão pela disseminação do processo de comunicação. Segundo Fischer, esse paralelo ascendente entre democracia e comunicação pode ser resultado do crescimento da ciência e tecnologia, da descentralização do processo de comunicação - o que torna o poder de informar acessível -, e da percepção da interdependência dos indivíduos e culturas no mundo globalizado<sup>9</sup>. Nas palavras de Sidney Guerra, insere-se neste contexto a televisão, o rádio, a informática, as revistas, os jornais e todos os meios possíveis de permitir a difusão da informação<sup>10</sup>.

Novos mecanismos de divulgação de pensamentos e ideias são responsáveis pela transformação do modo como as pessoas pensam e se relacionam umas com as outras, garantindo ao cidadão comum não ser apenas o sujeito receptor da informação, mas, também, sujeito emissor de ideias e opiniões próprias. Certamente o mais acessível e universal meio de comunicação, a internet possibilitou ao homem comum a faculdade de se expressar livremente através de *sites* pessoais, blogues, redes de contatos, *chats* e alguns *sites* específicos de divulgação de imagens e vídeos de forma anônima, possibilita a propagação conteúdos diversos lançados a um número incontável de usuários sem qualquer controle ou apreciação fiscalizadora. Esses fatos dão ao tema uma relevância inquestionável e obriga os estudiosos a uma crítica urgente e cada vez mais acentuada, visto a celeridade e a contínua atualização desses meios de comunicação.

O adequado exercício da comunicação, nesse sentido, favorece a multiplicidade de informações, característica da atual sociedade ocidental, que valoriza as diferenças culturais mantendo o primado do individualismo liberal. Contudo, percebe-se que os atuais problemas que envolvem a liberdade de expressão relacionam-se à ameaça da privacidade dos indivíduos. Recursos tecnológicos que permitem essa rápida e fácil divulgação de ideias e pensamentos, no entanto, conforme Daniele Bourcier, ameaçam a sociedade e os indivíduos pelas formas com que são utilizadas e pela vulgarização das ferramentas de comunicação que causam conflitos<sup>11</sup>.

Nota-se que o direito à liberdade de expressão, formalmente constitucionalizado, figura como uma das importantes essências nucleares dos direitos fundamentais no Brasil. Segundo Gomes Canotilho, a primeira função de um direito fundamental é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante o Estado, que tem o dever de adotar medidas

<sup>9</sup> Cf. Desmond FISCHER - *O Direito de Comunicar: Expressão, informação e liberdade*, trad. port. Luiz Roberto S. Seabra Malta, São Paulo, Brasiliense, 1984, p. 19.

<sup>10</sup> Cf. Sidney Cesar Silva GUERRA - *A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*, 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 85.

<sup>11</sup> “Avant l'ère des communications, l'individu maîtrisait relativement facilement les informations qui pouvaient être divulguées sur sa vie privée. Aujourd'hui, il est habituel de dire que le développement des technologies constitue des menaces pour la vie privée. Mais plus que les révolutions techniques, ce sont les modes d'utilisation et la banalisation de l'outil qui son à l'origine de nouveaux problèmes”. Cf. Daniele BOURCIER - *Les effets de l'informatique sur le droit à la vie privée*, org. Guido Gerin, Padova, Antonio Milani, 1990, p. 79.

positivas destinadas a proteger o seu exercício perante atividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticados por terceiros<sup>12</sup>. Outra função dos direitos fundamentais reside na não discriminação, que pressupõe, pelo princípio da igualdade, que o Estado trate todos os seus cidadãos como fundamentalmente iguais, como, por exemplo, a não discriminação em virtude de religião, de pensamento ou ideias.

A atuação do Estado, ainda que a favor do indivíduo, deve ser limitada à estrita necessidade de garantir ao cidadão o gozo dos seus direitos. Essa limitação resguarda a liberdade, que, conforme Jorge Miranda, consiste na possibilidade de ter tantas mais ou melhores condições de exercício quanto menos intervier o poder político<sup>13</sup>. Contudo, é dever do Estado intervir quando for necessário prevenir ou reprimir violações, ou ameaças de violação, por parte do indivíduo ou, até mesmo, do próprio Estado. Deste modo, o ordenamento jurídico deve garantir o livre exercício da liberdade de expressão, mas também prever limitações quando este livre exercício afetar o direito de um terceiro. A compreensão de que esse direito, à livre expressão, é inerente ao ser humano e garantido a todos, resulta na aceitação de legítimas limitações de natureza normativa, que são adotadas quando o Estado impede o seu exercício quando este suprimir ou agredir o direito de outro.

A vida em sociedade, entendida já em um novo modelo político “pós ultraliberalíssimo”, segundo Savonitti Miranda, carece de normas que regulem as ações dos indivíduos por meio de mandamentos direcionados à restrição das liberdades humanas em prol da coletividade<sup>14</sup>. Caso contrário, estabelecer-se-ia uma situação de caos social pela ausência de restrições pré-estabelecidas que direcionem os comportamentos dos indivíduos na sociedade. Conforme Jean Morange, nas relações entre indivíduos e Estado e nas relações entre as pessoas, um único limite deve ser aplicado a essa manifestação, que ela não prejudique a ordem pública estabelecida pela lei, como ocorre nos discursos de incitamento à violência e à desordem coletiva<sup>15</sup>. Desse modo, o exercício dessa liberdade não é isento de regras limitadoras e de responsabilização pelos abusos cometidos, sendo, portanto, necessária a existência de algumas formas de controle e orientação dos atos autônomos dos cidadãos por parte do Estado, que cria mecanismos de promoção e manutenção da segurança, da ordem pública e constitucional e da legalidade democrática, pressupostos do Estado Democrático de Direito. Há que ser considerada a validade dessas limitações, pois a concessão de liberdade absoluta aos indivíduos, como afirma Fernando de Almeida, prejudica o direito à liberdade dos demais indivíduos<sup>16</sup> e o desenvolvimento das instituições democráticas.

<sup>12</sup> Cf. J.J. Gomes CANOTILHO - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 409.

<sup>13</sup> Cf. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 285.

<sup>14</sup> Cf. Henrique Savonitti MIRANDA - *Curso de Direitos Constitucional*, 3.ª ed., Brasília, Senado Federal, 2005, p. 52.

<sup>15</sup> Cf. Jean MORANGE - *Direitos Humanos e Liberdades Públicas*, trad. port. Eveline Bouteiller, Barueri, Manole, 2004, p. 215.

<sup>16</sup> Cf. Fernando Barcellos de ALMEIDA – *Teoria Geral dos Direitos Humanos*, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 1996, p. 35.

No entendimento de Arael da Costa, o sentido da “liberdade de expressão” incorre em três atividades que estão relacionadas ao jornalismo: buscar, receber e difundir a informação, desde que sem o cometimento de abusos ou danos morais ou materiais a quem quer que seja<sup>17</sup>. Costa descreve duas maneiras para enfrentar os problemas decorrentes do abuso ou dano causados no estágio fim da expressão, que é sua divulgação. O primeiro é a censura prévia e a segunda é a responsabilização penal do agente. Essas medidas buscam controlar a atuação dos indivíduos na sociedade, de modo a coibir possíveis excessos contra os direitos de terceiros ou da própria sociedade como um todo. A primeira solução proposta por Costa é inconciliável com o atual ordenamento nacional, que veda expressamente a censura prévia. A segunda medida, responsabilização penal do agente, é a que mais se enquadra no sistema brasileiro, que prevê o controle repressivo da ofensa e não preventivo.

Conforme Pinto Ferreira, citado por Alexandre de Moraes, o Estado Democrático tem o dever de proteger a substância essencial do exercício da liberdade, que é assegurado tanto sob o aspecto positivo, que protege a manifestação da opinião e do pensamento, quanto sob o aspecto negativo, referente à proibição de censura e de obstáculos que impeçam a livre expressão do cidadão<sup>18</sup>. Por isso, segundo Alexandre de Moraes, os abusos e danos cometidos no exercício dessa liberdade devem ser criteriosamente analisados pelo poder judiciário com a adequada responsabilização dos seus agentes. Contudo, a responsabilização penal pode, às vezes, ser demasiadamente desproporcional à gravidade do ato cometido. No caso de dano cometido sob a prerrogativa de livre expressão, parece ser mais plausível a responsabilização civil do infrator, analisada sob o aspecto subjetivo da sua culpa, ao invés de uma responsabilização penal.

A atuação legislativa, quando dispõe acerca da liberdade de expressão, deve observar a proporcionalidade e a razoabilidade da norma entre a gravidade do ato ilícito e o bem que se pretende tutelar, a fim de que o direito à liberdade de expressão não seja mitigado. O artigo 5.º da Constituição, ressaltando a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, define os limites à livre manifestação dos indivíduos ao assegurar ao ofendido o direito de resposta, proporcional ao agravo, e a indenização por danos materiais, morais ou à imagem da vítima quando ofendida.

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

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;

<sup>17</sup> Cf. Arael Menexes da COSTA - *Liberdade de Expressão e controle da informação*, João Pessoa, Univ/UFPb, 1979, p. 19.

<sup>18</sup> Cf. Alexandre de MORAES - *Direito Constitucional*, 23.ª ed., São Paulo, Atlas, 2008, p. 45.

Essas disposições asseguram que a liberdade de expressão não é revestida de um “manto de absolutismo”, tese compartilhada por Marco Aurélio Mello, ministro do Supremo Tribunal Federal, que, questionado sobre a liberdade de expressão e as manifestações odiosas contra grupos minoritários, afirmou não haver direitos absolutos na Constituição e que “a liberdade de expressão não pode chegar ao ponto de menosprezar a dignidade, gerando cidadãos de segunda classe”<sup>19</sup>. Essa proteção constitucional à dignidade condicionou o Código Civil, adotado em 2002, a manter a posição que considera os direitos da personalidade intransmissíveis e irrenunciáveis, sendo legalmente possível a exigência para que “cesse a ameaça, ou a lesão, a direito de personalidade”, bem como a indenização de perdas e danos<sup>20</sup>. A proteção contra o desprezo público e a mácula da honra, da boa fama e da respeitabilidade, é igualmente prevista pelo Código Civil, que prevê o impedimento, se requerido, da divulgação de escritos e discursos abusivos<sup>21</sup>.

No plano constitucional, os inúmeros direitos fundamentais previstos estão susceptíveis a conflitarem entre si. Segundo José Canotilho, existe uma colisão de direitos fundamentais “quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”<sup>22</sup>. Não há nessa colisão uma cumulação de direitos, mas sim um choque em que um deles será elevado a um patamar superior de proteção. Para Canotilho trata-se de um autêntico conflito de direitos. Em relação ao exercício da liberdade de expressão, se um indivíduo expõe sua opinião em relação a outra pessoa, mas ofende a reputação desta, ocorre uma colisão de direitos, o de expressar livremente e o de ter a sua honra protegida.

É interessante destacar que na ementa da ADPF nº. 130, já citada, o STF observou a calibração de princípios esclarecendo que a Constituição assegura “o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a ‘livre’ e ‘plena’ manifestação do pensamento, da criação e da informação”, sendo que, somente depois do exercício da manifestação sobrevém a responsabilização por eventuais desrespeitos a direitos alheios, como a proteção da honra. Essa linha de entendimento aponta sobre a impossibilidade de haver qualquer tipo de censura prévia e restrição à liberdade de expressão.

A preeminência dos direitos fundamentais em relação às demais disposições normativas é clara num sistema normativo hierárquico, mas entre os direitos fundamentais há uma

<sup>19</sup> O texto de Uirá MACHADO - “Ato em São Paulo defende lei contra homofobia” in *UOL*, de 22 de dezembro de 2010, encontra-se disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/849458-ato-em-sao-paulo-defende-lei-contr-homofobia.shtml> acesso em 12 de janeiro de 2012.

<sup>20</sup> “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. 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”. O Código Civil, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, encontra-se disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm) acesso em 16 de julho de 2012.

<sup>21</sup> “Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. 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”.

<sup>22</sup> Cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO - *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 643.

análise ponderada a ser feita. Segundo Simone Schreiber, nesses casos constata-se a observância da teoria da posição preferencial da liberdade de expressão em justificativa à imposição de rígidos limites restritivos<sup>23</sup>. Essa análise originou-se por debates levantados por juízes norte americanos desde o início do século passado, quando manifestações polêmicas, envolvendo a participação dos Estados Unidos da América na Primeira Guerra Mundial, tornaram-se frequentes<sup>24</sup>. Nesse contexto, juízes liberais e conservadores debatiam sobre a posição preferencial ou não da liberdade de expressão levando em conta o livre mercado de ideias e se deveriam estabelecer critérios rígidos na limitação do teor da manifestação dos indivíduos. Por outro lado, também se considerava a existência de diferentes possibilidades de manifestação em relação à natureza do conteúdo do discurso.

Ao analisar o conteúdo divulgado, nos casos que versem sobre assuntos públicos ou de interesse público, deve ser reconhecida a posição preferencial, abordagem que também justifica a prevalência da liberdade de expressão em casos que envolvam direitos de personalidade de figuras públicas e que influenciam diretamente a formação a opinião pública pluralista, por serem relevantes ao interesse popular. Entretanto, Simone Schreiber ressalta que essa perspectiva de controle favorece a solução discricionária de conflitos caso a caso, sem explicitar objetivamente os critérios gerais que poderiam ser utilizados em julgados futuros<sup>25</sup>. Nota-se que em nenhuma das hipóteses de justificação da teoria da posição preferencial existe prevalência absoluta da liberdade de expressão sobre outros direitos fundamentais.

Edilsom de Farias afirma que essa colisão pode ocorrer de duas formas. A primeira ocorre quando direitos fundamentais colidem entre si, a segunda quando o exercício de um direito fundamental colide com a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do Estado<sup>26</sup>. Quando ocorre a colisão entre os próprios direitos fundamentais, idênticos ou não, o pressuposto fático de um direito intercepta o pressuposto de fato de outro. A liberdade de expressão, dessa forma, exercida pela imprensa ou pelo cidadão comum, pode conflitar com a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem de uma pessoa. A solução para esse conflito parte da constatação da existência do conflito entre duas normas, que pode ser resolvido analisando alguns critérios básicos, como sua cronologia, seu nível hierárquico e especialidade.

<sup>23</sup> Cf. Simone SHREIBER - *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, org. Luis Roberto Barroso, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 236.

<sup>24</sup> Alguns casos clássicos julgados pela Suprema Corte Americana em que se debatia a liberdade de expressão em discursos contrários às decisões políticas do governo foram determinantes para o debate acerca da liberdade de expressão no século XX. O Caso *Abrams v. United States* (250 U.S. 616 – 1919), trata da condenação de alguns manifestantes socialistas que distribuíram 5 mil panfletos em Nova York discordando da participação bélica de tropas norte americanas na Rússia. A Corte manteve a condenação, ainda que tenha havido voto dissidente sustentando que a ideia divergente e a divulgação daqueles folhetos não traziam qualquer risco à segurança nacional. Cf. Martin SHAPIRO - *Freedom of speech: the Supreme Court and judicial review*, New Jersey, Prentice-Hall, 1966, p. 48.

<sup>25</sup> Cf. Simone SHREIBER - *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, org. Luis Roberto Barroso, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 244.

<sup>26</sup> Cf. Edilsom Pereira de FARIAS - *Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 93.

Entretanto, ressalte-se que a emblemática colisão ocorre na esfera de direitos fundamentais, onde, em regra, há uma visível horizontalidade temporal, hierárquica e de valor jurídico. Assim, é necessário debruçar sobre o fato que aponta para um possível conflito, a fim de, numa análise criteriosa, seja verificada a intensidade da afronta e a proporcionalidade da validade da supremacia de um direito em detrimento de outro. Há, portanto, além da adequação do fato à norma, o balanceamento da prevalência de um direito em relação a outro pela sua proporcionalidade. Esse balanceamento, conforme Ioannis Dimitrakopoulos, deve ser executado levando em consideração que quanto maior o nível de insatisfação de um princípio, maior será a aplicação de outro<sup>27</sup>. Conforme tece Davor Susnjar, a decisão de um conflito entre direitos e direitos fundamentais pressupõe a prevalência e não a invalidade de um em relação ao outro, como pode ocorrer em conflitos de normas<sup>28</sup>. Dessa forma, não há prejuízo à validade e ao conteúdo do direito fundamental preterido, pois a preferência, declarada em casos específicos, não é absoluta, mas condicional.

O Supremo Tribunal Federal, no caso *Siegfried Ellwanger contra Werner Cantalício João Becker*, de 2004<sup>29</sup>, aponta para a tese de proteção absoluta contra o discurso ofensivo que, inclusive, propaga o incitamento ao ódio. O caso ganhou repercussão nacional, pois foram debatidos os limites constitucionais da liberdade de expressão quando o seu exercício acarreta em ofensa a grupos minoritários. Os ministros analisaram a publicação de um livro com alegado conteúdo antissemita ponderando que a Constituição, mesmo declarando ser a liberdade de expressão um direito basilar do Estado Democrático de Direito, permite a restrição de direitos quando estes se mostram díspares à sua base principiológica e normativa<sup>30</sup>. Nesse interim, a Ementa do Acórdão dispõe que:

<sup>27</sup> “This mode of justification is described by the Law of Balancing, which runs as follows: The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other”. Cf. Ioannis G. DIMITRAKOPOULOS - *Individual Rights and Liberties Under the U.S. Constitution: the case law of the U.S. Supreme Court*, Leiden, Boston, 2007, p. 526.

<sup>28</sup> “Rather, the weight of a principle and the concrete circumstances of a case together determine that one principle shall take precedence over another without impairing its validity or content (by adding an exception clause). Because the preference that is described by these conditions is not absolute, the preference relation is called [conditional]”. Cf. Davor SUSNJAR - *Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Power*, Leiden, Boston, 2010, p. 71, (interpolação nossa).

<sup>29</sup> O processo digitalizado encontra-se disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882424%2E%2E+OU+82424%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos> acesso em 11 de julho de 2012.

<sup>30</sup> Um caso envolvendo a mesma temática, ocorrido na Alemanha na década de 50, teve como decisão o entendimento aparentemente contrário à corte brasileira. O caso Lüth, julgado em 1958 pelo Tribunal Constitucional Alemão tratou de uma publicação, cujo remetente era o então presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, que incitava a população a boicotar um filme que teria ligação com o regime nazista. Inicialmente, o judiciário proibiu o referido boicote, decisão reformada pelo Tribunal Constitucional sob o argumento de que a liberdade de expressão, principalmente quando envolve questões de interesse público, deve prevalecer sobre eventuais interesses privados. Em relação ao caso brasileiro, houve a clara e objetiva restrição à manifestação do pensamento por meio da publicação do livro. Para o judiciário, a liberdade de expressão deveria ser limitada por configurar um atentado à sensível história de um grupo, os judeus. Ainda que as partes estejam invertidas, pois no caso alemão a liberdade de expressão foi resguardada para o discurso que privilegia o boicote ao conteúdo antissemita, percebe-se que o tribunal brasileiro adota uma postura de clara relativização desse direito, ainda que envolva questões de interesse e opinião pública. Cf. Simone SHREIBER - *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, org. Luis Roberto Barroso, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 252.

Escrever, editar, divulgar e comercializar livros fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII) (...) O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra.

Contudo, por ser um assunto de inegável relevância e importância histórica, é necessário considerar que a limitação à liberdade de expressão, nesse caso, pode desencadear uma notória insegurança jurídica em relação à garantia das liberdades constitucionais. Assuntos de natureza política e histórica não devem ter seu conteúdo rechaçado ou exacerbadamente protegido pelo poder público, muito ao contrário, esses temas devem ser amplamente discutidos para que não se tornem eivados preconceitos partidários e interpretações restritivas. As sociedades democráticas necessitam de debates públicos abertos e livres sobre as mais variadas questões e pensamentos, ainda que repreensíveis por alguns ou inaplicáveis.

Apesar de anteriormente garantida, a atenção legal à honra ficou em evidência após a nova consciência jurídica advinda com a Constituição, de 1988. Integrante do rol dos direitos fundamentais constitucionais, a proteção à honra é um direito da personalidade, essencial e inerente à pessoa humana. Conforme Sônia Vieira, os mecanismos de proteção à honra devem reprimir as falsas imputações no campo pessoal, no caráter ou na vida profissional de alguém, pois, ainda que autônomos, a honra relaciona-se estreitamente com o direito à intimidade e ao interesse à não exposição pública ao desprestígio social<sup>31</sup>.

A honra é qualificada em espécies, como a honra objetiva e subjetiva, além da dignidade, decoro, honra comum e profissional. Como colaciona José Cretela Neto, o direito à honra não engloba somente o sentimento pessoal de autoestima do indivíduo, o que define a honra subjetiva, mas também engloba, de forma objetiva, a reputação e o conceito que a pessoa tem perante a sociedade<sup>32</sup>. Fernando Capez conceitua a honra subjetiva com a que se refere aos atributos físicos, intelectuais e morais que o indivíduo tem de si mesmo em decorrência de uma ofensa, como ocorre no crime de injúria. Por outro lado, a honra objetiva é aquela que "diz respeito à opinião de terceiros no tocante aos atributos físicos, intelectuais, morais de alguém"<sup>33</sup>, ou seja, tem relação direta com a reputação de uma pessoa perante a sociedade e é maculada quando do cometimento dos crimes de calúnia a difamação, que atingem o valor social do indivíduo.

Segundo os artigos 186.º, 187.º e 927.º do Código Civil, a teoria da responsabilidade civil indica que o indivíduo que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência,

<sup>31</sup> Cf. Sônia Aguiar do Amaral VIEIRA - *Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002, p. 61.

<sup>32</sup> Cf. José Cretela NETO - *Comentários à Lei de Imprensa*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 247.

<sup>33</sup> Cf. Fernando CAPEZ - *Curso de Direito Penal*, vol. 2, 11.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 272.

causar dano a outro indivíduo ou violar o seu direito, ou, ainda, quando exceder o exercício de um direito em relação aos “limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”<sup>34</sup>, comete ato ilícito e é obrigado a reparar o dano causado<sup>35</sup>. Contudo, mesmo sendo propensa a estabelecer a paz e harmonia sociais, a norma ordinária, hierarquicamente inferior aos mandamentos constitucionais, deve observar os preceitos fundamentais, não podendo restringir direitos e garantias protegidos pela Constituição Federal, como a liberdade de expressão.

Conforme salienta Jorge Miranda, a reação legal deve ser proporcional à ação das pessoas, observando para isso o princípio da proporcionalidade, que se decompõem em três subprincípios, quais sejam: da adequação, da necessidade e da racionalidade<sup>36</sup>. O primeiro diz respeito à intervenção adequada e idônea de uma medida perante um bem juridicamente protegido, ou seja, trata da finalidade da norma. O subprincípio da necessidade é aquele que satisfaz a realização desse fim, constituindo-se do meio, da providência adotada concretamente para a consecução do direito. Por último, segundo Miranda, o subprincípio da racionalidade tem em conta a justa medida aplicada para a correta providência “de tal forma que ela não fique além ou aquém do que importa para se alcançar o resultado devido”<sup>37</sup>.

### Conclusão

Ao consagrar a liberdade de manifestação do pensamento como direito humano fundamental, a Constituição Federal de 1988 impossibilitou qualquer legislação de contrariá-la. É entendida como direito de transmitir ideias e pensamentos e igualmente o direito de receber informações de toda natureza, constituindo-se como a síntese da condição racional e social do homem, que é se comunicar.

Quando desencadeia conflitos de natureza social e sentimentos negativo trazidos pelos discursos desrespeitosos que incitam o ódio, *hate speech*, em especial atenção na prolação negativa quanto à raça, gênero, etnia, religião, orientação sexual, idade ou qualquer outra característica de um ou grupo de indivíduos, o emissor do discurso deve ser responsabilizado. Contudo, por se tratar de direito intrínseco à manutenção da ordem democrática, também é necessário que seja considerado o interesse público da manifestação de ideias e pensamentos dos indivíduos, bem como os dispositivos constitucionais que elencam liberdades.

O Estado deve intervir minimamente na vida dos indivíduos, a fim de que estes possam ter tantas mais ou melhores condições de exercício dessa liberdade. Reconhecendo o dever de preservar a ordem pública e o respeito aos direitos dos indivíduos, o Estado, através do seu

<sup>34</sup> “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. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

<sup>35</sup> “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

<sup>36</sup> Cf. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 284.

<sup>37</sup> Cf. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 285.

ordenamento jurídico, deve estipular punições, porém mínimas, quando o exercício dessa liberdade afetar o direito de um terceiro. É a restrição legítima da liberdade em prol da coletividade, pois o direito individual se encerra quando atinge o direito alheio, caso contrário, estabelecer-se-ia o caos social decorrente da ausência de restrições pré-estabelecidas que direcionem os comportamentos dos indivíduos na sociedade.

Essa liberdade, conforme abordado neste trabalho, não é absoluta, pois se limita naturalmente quando atenta contra direito de terceiro. Tal limitação, contudo, somente pode ser verificada quando violar gravemente direito alheio. Dessa forma, as normas penais e cíveis brasileiras que imputam ilicitude às práticas que supostamente violem a honra devem ser analisadas rigorosamente, caso a caso, a fim de que possam ser legitimadas por sua proporcionalidade e funcionalidade teleológica em relação ao bem jurídico tutelado e às normas constitucionais.

Desse modo, um limite deve ser sobreposto a essa livre manifestação, que ela não prejudique a ordem pública estabelecida pela lei, como ocorre nos discursos de incitamento ao ódio e à violência ou à desordem coletiva. Nos casos em que o discurso do indivíduo aponte para uma preleção política, científica e, até mesmo, religiosa, desde que não perturbe gravemente a honra de terceiro, é inviável qualquer modo de restrição, pois essa manifestação contribui para o desenvolvimento da democracia e da livre troca de ideias e pensamentos. Quanto menor a interferência do Estado na vida do cidadão, maior a possibilidade de realização e concretização das suas liberdades.

### Referências

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996.

BOURCIER, Daniele. *Les effets de l'informatique sur le droit à la vie privée*, org. Guido Gerin, Padova: Antonio Milani, 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, vol. 2, 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Arael Menexes da. *Liberdade de Expressão e controle da informação*. João Pessoa: Univ/UFPb, 1979.

DIMITRAKOPOULOS, Ioannis G. *Individual Rights and Liberties Under the U.S. Constitution: the case law of the U.S. Supreme Court*. Boston: Leiden, 2007.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 30.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FISCHER, Desmond. *O Direito de Comunicar: Expressão, informação e liberdade*, trad. port. Luiz Roberto S. Seabra Malta. São Paulo: Brasiliense, 1984.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*, 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*, trad. port. Anna Maria Capovilla, 5.<sup>o</sup> ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, trad. port. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de Direitos Constitucional*, 3.<sup>a</sup> ed., Brasília: Senado Federal, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 23.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORANGE, Jean. *Direitos Humanos e Liberdades Públicas*, trad. port. Eveline Bouteiller. Barueri: Manole, 2004.

NETO, José Cretela. *Comentários à Lei de Imprensa*, 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NOBRE, Freitas. *Imprensa e Liberdade: Os Princípios Constitucionais e a Nova Legislação*. São Paulo: Summus, 1988.

PETTIT, Philip. *Teoria da Liberdade*, trad. port. Renato Sérgio Pupo Maciel. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ROBERT, Jacques. *Libertes Publiques*. Paris: Editions Montchrestien, 1971.

SHAPIRO Martin. *Freedom of speech: the Supreme Court and judicial review*. New Jersey: Prentice-Hall, 1966.

SHREIBER, Simone. *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, org. Luis Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SUSNJAR, Davor. *Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Power*. Boston: Leiden, 2010.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "As relações do Poder Judiciário com a Imprensa" in *Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários*, Brasília, vol. 12, 1997.

VICENTE, Maximiliano Martin. *História e comunicação na ordem internacional*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. *Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

WIEVIORKA, Michel. *O Racismo*, trad. port. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Fendas, 2002.