

PARÂMETROS PARA A PONDERAÇÃO NA COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO EM CONTRAPOSIÇÃO COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

PARAMETERS FOR THE BALANCING IN COLLISION BETWEEN FREEDOM OF EXPRESSION AND INFORMATION IN OPPOSITION TO PERSONALITY RIGHTS

Luciano Tonet*

RESUMO

Nas colisões entre a liberdade de expressão e informação, em contraposição com os direitos da personalidade, é necessária a aplicação de parâmetros que assegurem uma decisão mais justa e previsível. Embora não haja previsão na legislação para a solução da colisão, a jurisprudência os tem fixado. A pesquisa analisa os direitos fundamentais, a colisão e os mecanismos de solução para propor a consolidação de parâmetros que vêm sendo utilizados nas decisões das Cortes superiores. A análise será feita a partir de decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, estendendo-se à legislação nacional e estrangeira, bem como de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sugere-se uma maior propagação da aplicação de parâmetros na argumentação jurídica, tornando as sentenças mais justas e consistentes, reduzindo os subjetivismos judiciais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Liberdade de informação e expressão. Direitos da personalidade; colisão de direitos fundamentais; parâmetros.

ABSTRACT

Analysis in collisions between freedom of expression and information in opposition to personality rights, is necessary the application of parameters that assure a more equitable and expected decision. Although there is not forecast in the legislation for the solution of the collision, the jurisprudence has established. The research analyzes the fundamental rights, the collision mechanisms to propose the consolidation of parameters that have been used in the decisions of higher courts. The analysis will be taken from a decision of the Court of Justice of Rio Grande do Sul extending to national and foreign legislation, as well as judgments of the Inter-American Court of Human Rights. It is suggested the further spread of application parameters in the legal argumentation, rendering the decisions more just and consistent, reducing the judicial subjectivism.

Keywords: Fundamental rights. Freedom of speech and expression. Privacy rights. Collision of fundamental rights; parameters.

* Mestrando da Universidade de Fortaleza - Unifor. Direito Constitucional Público. Possui graduação em bacharelado em direito pela Universidade Paranaense (1999), especialização em Direito Empresarial com ênfase em direito tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2004) e especialização em Direito Constitucional e Processual Constitucional pela Universidade Estadual do Ceará (2007). Atualmente é Promotor de Justiça da Procuradoria Geral de Justiça do Ceará; lucianotonet@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O trabalho tem por objeto analisar o Acórdão nº 70031443591, de 04.11.2010, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, da 6ª Câmara Cível¹, que trata da colisão entre os direitos fundamentais da liberdade de informação com o direito da personalidade, e busca averiguar os parâmetros da decisão e a possibilidade de classificar algum destes direitos como preferencial.

Assim, referido acórdão, que teve como relatora a Desa. Liége Puricelli Pires, trata da colisão entre os direitos fundamentais da liberdade de imprensa em face do direito da personalidade, em seu viés honra e intimidade. Refere-se à divulgação, no jornal “O Sul”, em 2006, do resultado da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, envolvendo um funcionário público como indiciado.

A CPI concluiu seus trabalhos e encaminhou o relatório ao Ministério Público, que promoveu o seu arquivamento, por insuficiência de provas. Diante disto, o autor – José Vitor Pita dos Santos, assessor de Secretário de Estado – ingressou com ação de indenização por danos morais contra a Empresa Jornalística Pampa Ltda., editora do jornal. Na decisão, confirmada pelo acórdão, há tratamento diferenciado quanto à questão de foro absolutamente íntimo. Há, ainda, a ressalva de que a esfera privada pode ser mitigada no caso de pessoas públicas, cujo comportamento possa interessar à opinião pública – políticos e artistas. (fls. 7).

A pesquisa funda-se na necessidade de identificar possíveis parâmetros a serem aplicados na ponderação, excluindo ou minorando, ao máximo, os subjetivismos e decisionismos, com base igualmente na racionalidade da decisão. Analisar-se-á o acórdão, conforme os direitos fundamentais acima mencionados; estudar-se-á a técnica da ponderação, como mecanismo de solução da colisão de direitos fundamentais e como garantia fundamental.

Como objetivo, espera-se contribuir para uma maior discussão, fixação e utilização de parâmetros para as soluções das colisões dos direitos fundamentais, em especial da liberdade de imprensa e dos direitos da personalidade. A relevância do tema está na afirmação de ser a ponderação o mecanismo correto de solução da colisão entre direitos fundamentais nas relações horizontais, privadas, que deve ser usada, mas com contornos predefinidos. Busca-se uma ampliação dos conhecimentos jurídicos, na discussão e no aprofundamento do estudo na área acadêmica e judicial. A metodologia utilizada é bibliográfica e documental.

1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CASO SOB EXAME

O acórdão trata da liberdade de expressão e informação da imprensa, em colisão com os direitos da personalidade, como a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

¹ <http://www.tjrs.jus.br>

1.1 DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

As normas de direitos fundamentais podem vir expressas em mais de um dispositivo constitucional ou implicitamente. A liberdade de imprensa está prevista no art. 5º, inc. IX, bem como em seu art. 220, § 1º, da Constituição Federal².

O direito à livre manifestação do pensamento é essencial à existência da democracia. A liberdade de expressão está imbricada à ideia de democracia, alcançando diversos sistemas jurídicos de todo o mundo. Lopes (2007, p. 9) cita o exemplo canadense no qual liberdade de expressão possui “papel essencial em uma sociedade democrática”, sendo que a Suprema Corte daquele país reconheceu que qualquer atividade humana, mesmo que não física, que transmita algum significado, trata-se de manifestação da liberdade de expressão.

Quanto a este ponto, Sarmento (2007, p. 26) complementa que o ser humano possui necessidade vital de interagir com seus semelhantes e por isto expressa “ideais e opiniões”, bem como ouve as expostas pelos outros, o que “representa uma dimensão essencial da dignidade humana”.

Desta forma, a liberdade de expressão é um direito subjetivo, atrelado à democracia. Por este motivo, o Estado deve promover e defender contra interesses particulares contrários, sem assumir postura absenteísta, porque não é essencialmente Liberal.

Assim, necessário à democratização da liberdade de expressão, pressupondo certo controle do Estado, como previsto na Constituição Federal, no art. 220 e com limites fixados pela jurisprudência³.

1.2 DA PERSONALIDADE: VIDA PRIVADA, HONRA, INTIMIDADE E IMAGEM

Alguns autores, como Ana Maria D’Avila Lopes, entendem que a intimidade é gênero do qual a vida privada, honra e imagem fazem parte. Outros, como Uadi Lâmega Bulos, diferenciam cada uma destas especificações constitucionais.

Farias (1996, p. 155) expõe que os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem são direitos subjetivos que foram forjados de forma paulatina, com eficácia prevalente no âmbito privado para, mais tarde, alcançar a estrutura constitucional, e define a hon-

² “Art. 5. [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Enquanto o art. 220 dispõe “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.

³ No julgamento do recurso especial n. 439.584, pelo Superior Tribunal de Justiça, ficou consignado que a verdade do que é publicado é condição indispensável para a configuração do interesse público da informação, evitando a responsabilização civil de quem divulga a matéria. A Terceira Turma ao julgar o recurso especial n. 984.803, pela ministra Nancy Andrighi ficou consignado que após a declaração de inconstitucionalidade da Lei de Imprensa estar-se-ia criando precedente para nortear os próximos julgamentos. A ministra alertou que a divulgação pela imprensa de fatos, somente após o pleno conhecimento de que são verdadeiros, tornaria inviável o exercício da sua liberdade, alargando o parâmetro anterior, em face da necessidade de celeridade e eficiência. Ainda, que a divulgação de notícias deveria satisfazer o interesse público, com base em fontes fidedignas, o que não é sinônimo da mais absoluta verdade.

ra como: “[...] a dignidade pessoal reflectida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa[...]”, fundamentando-a na dignidade da pessoa humana (FARIAS, p. 108-9).

Quanto à intimidade, Farias (1996, p. 156) escreve que consiste em “determinadas situações o indivíduo seja deixado em paz”, controlando a indiscrição alheia nos assuntos privados (FARIAS, 1996, p. 156). Um dos fundamentos deste direito, para Farias (1996), está no princípio da exclusividade, formulado por Hanna Arendt, tendo por base Kant, e que visa à proteção da pessoa, das pressões sociais e do poder político, com três exigências: a solidão, o segredo e a autonomia - decisões sobre si mesmo. (FARIAS, 1996, p. 113).

Farias (1996, p. 155) distingue a intimidade e vida privada, destacando que esta encontra-se em sentido mais amplo que aquela, que abrange o segredo. Ademais, a vida privada poderia, em algumas situações, comunicar-se a terceiros, por exemplo, a aquisição de um imóvel ou a escolha do regime de bens do casamento.⁴

O direito à própria imagem diz respeito à possibilidade da pessoa autorizar ou não a captação e difusão de sua aparência. Nesta hipótese, a republicação de foto não se confunde com a intimidade, já invadida na primeira publicação. Bulos (2009, p. 461) diz que a intimidade e a privacidade são inerentes à pessoa física, sendo que a honra pertence também à pessoa jurídica⁵. Lembra que “os direitos a vida privada, intimidade, honra e imagem funcionam como limites às intromissões abusivas e ilícitas da imprensa escrita e falada.”

A pessoa é um ser fundamentalmente social, possui certa individualidade que deve ser preservada. O contrato social, nos moldes de Rousseau (2012), encontra limites na intimidade, proibindo a intromissão no livre desenvolvimento físico e espiritual.

A Constituição Federal explicita que todas as pessoas têm o direito subjetivo da preservação de sua intimidade⁶, sua privacidade, honra e imagem, não podendo dele ser despojado, ao menos em parte, sem motivo de ordem pública que o justifique. Observa-se que, em face da pluralidade da sociedade, alguns estarão mais à mercê da suposta invasão de privacidade ou intimidade que outros e, em razão disso, a proteção deverá ocorrer em níveis diferentes. A intimidade, também, deve ser tratada de acordo com a posição ocupada por seus titulares, devendo haver certa flexibilização quando se referirem a pessoas públicas⁷.

Desse modo, as pessoas públicas podem ver mitigados seus direitos à intimidade e honra, como consta no acórdão, no entanto, não significando destituição de amparo contra a

⁴ Neste ponto Farias (1996, p. 119) refere-se a Tércio Sampaio Ferraz Junior, que defende que a vida privada traz “situações de opção pessoal” que podem requerer a comunicação a terceiros, e cita os exemplos mencionados acima.

⁵ No sentido objetivo, devendo provar que seu bom nome, crédito foi obstaculizado por alguma conduta ilícita. O Superior Tribunal de Justiça sumulou a matéria no seguinte sentido: “Súmula: 227. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”

⁶ O direito à intimidade também foi tratado por Ferreira (1989, p. 79) que expôs que tal “preceito não existia no direito constitucional anterior, porém, a ampla publicidade, devassando a vida privada e a intimidade motivou [...] sua inclusão no texto”.

⁷ A primeira demanda, na qual o direito à intimidade é expressamente reconhecido, ocorreu em 1892, quando um juiz de Nova York, apreciando o caso Schuyler v. Curtis fez uso das idéias expostas por Arren e Brandeis no artigo publicado dois anos antes: the right to privacy. Nesse precedente, estabelece-se já uma importante distinção: a proteção da intimidade difere quando se trata de pessoas públicas e quando se trata de pessoas privadas. (FARIAS, 1996, p. 115)

violação, pois como escreve Bulos (2009, p. 462) “ofensas desproporcionais e inescrupulosas devem ser reparadas”.

Interessa, portanto, a este estudo, o direito à personalidade, no que se refere à intimidade e vida privada, e o direito à liberdade de informação, constantes do acórdão em análise.

Desse modo, da posição do indivíduo na sociedade e perante o Estado, surgiu a noção de personalidade, tendo Jellinek desenvolvido a teoria do *status*, qualificando a relação do indivíduo com o Estado⁸ (LOPES, 2001b, p. 38 e LUÑO, 2011, p. 20).

Neste ponto, Lopes (2001b, p. 39) exemplifica, na teoria do *status*, o livre desenvolvimento da personalidade, essencial ao desenvolvimento deste trabalho, porque distingue as seguintes esferas: íntima, núcleo do direito fundamental, sem interferência estatal; privada, que admite certas interferências e limitações para regulação, em favor do interesse geral e, por fim, social, que é constituída por ações não incluídas nas esferas íntima e privada.

Assim, o acórdão tratou dos direitos fundamentais da liberdade de expressão e direitos da personalidade, positivados na Constituição Federal de 1988, com natureza principiológica, portanto. A positivação de tais direitos os fazem instrumentos de controle social.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são normas principiológicas positivadas constitucionalmente, que asseguram a dignidade humana e legitimam a atuação das pessoas e do Estado. Surgiram com o Estado Constitucional, no século XIX, como consequência da evolução da humanidade. Possuem a historicidade como característica essencial e passaram pelas fases dos antecedentes, declarações, positivação, generalização, universalização e especificação. (LOPES, 2001b, p. 46).

Segundo Lopes (2001b, p. 35), os direitos fundamentais são “princípios jurídica e positivamente vigentes em uma ordem Constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal”. Neste mesmo sentido é o pensamento de Luño (2010).

A referida autora ainda diz serem os direitos fundamentais “semântica e estruturalmente abertos” exigindo uma concretização por normas infraconstitucionais. (LOPES, 2004, p. 7). Neste sentido também Luño (2004, p. 45) que entende os direitos fundamentais como garantidos pelo ordenamento jurídico, gozando de tutela reforçada, acrescentando que se tratam de direitos humanos positivados. Por isso, interessante a lembrança de Hobbes para quem os direitos somente adquirem força quando positivados (Leviatã – II, p. 214).

⁸ Desta teoria decorrem as pretensões jurídicas ou direitos públicos subjetivos que seguiram quatro fases: no primeiro momento o destinatário da norma se sujeita as mesmas passivamente; depois, surge na norma um âmbito de liberdade (*status libertatis*) para o destinatário, sem intervenção por parte do Estado (*status negativus*); em seguida, os destinatários passam a exigir determinadas prestações do Estado (*status civitas*), no que se refere as necessidades básicas, sendo que o ente público deverá agir (*status positivus*); por fim, o cidadão passa a participar ativamente da vida política, agindo na formação da vontade geral (*status activus civitas*).

Diante disto, os direitos fundamentais são entendidos como a positivação de normas jurídicas decorrentes dos valores mais caros para uma sociedade, como a noção de dignidade humana; fundamentam todo o sistema jurídico, gozam de uma tutela reforçada e orientam a interpretação das demais normas jurídicas.

Nestes termos, a positivação é essencial à conceituação de direitos fundamentais, caso contrário, seriam meras declarações, bandeiras, ineficazes como “mecanismo de controle social”. (LOPES, 2001b, p. 56).

Ademais, os direitos fundamentais possuem como características: função dignificadora, com o objetivo de resguardar a dignidade humana; natureza principiológica, pois são normas de otimização; são elementos legitimadores, pois fundamentam o sistema jurídico e o próprio Estado; são normas constitucionais positivadas com dimensão fundamental; possuem historicidade, refletindo a noção de dignidade humana em determinadas épocas, o que descarta o caráter absoluto, imutável e universal (características jusnaturalistas). (LOPES, 2001b, p. 37).

3 ANÁLISE DO ACÓRDÃO

O acórdão reconheceu que a questão da colisão dos direitos fundamentais da liberdade de informação *versus* intimidade, vida privada é objeto de debate no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF), e que a jurisprudência tem optado pela aplicação da técnica da ponderação, pautada no princípio da proporcionalidade.

José Vitor dos Santos ingressou com ação de indenização contra a empresa Jornalística Pampa Ltda., editora do jornal “O Sul”, alegando que o jornal publicou o resultado da CPI envolvendo seu nome, na qualidade de assessor do Secretário de Habitação, Dep. Alceu Moreira. As práticas a ele atribuídas seriam crimes, como de sonegação fiscal, entre outros. Consta do relatório que o periódico noticiou o envolvimento do autor da ação em duas oportunidades. A primeira em 12 de janeiro de 2006, a segunda em 21 de março.

Posteriormente, concluída a CPI com o relatório final, este foi encaminhado ao Ministério Público. O agente ministerial requereu o arquivamento, por insuficiência de provas. A sentença de primeiro grau foi improcedente e confirmada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Importante frisar a posição da publicação da notícia pela imprensa. O jornal, ao divulgar o procedimento administrativo da Assembleia Legislativa, fez prevalecer o interesse público. Também, a qualidade de pessoa pública do envolvido reforça a necessidade da divulgação da matéria. Na publicação não consta qualquer juízo de valor quanto às investigações, ao contrário, há informações fidedignas quanto à CPI e entrevistas com deputados, de forma que restou reconhecido que o jornal agiu no exercício regular do direito de imprensa, “sem desbordar do aspecto jornalístico”. Acrescente-se que a relatora frisou que

o autor da ação não buscou, pela via extrajudicial, a complementação da informação de seu interesse, tampouco o direito de resposta. Aplicou a teoria do dever de mitigar as perdas. No acórdão, ainda, consta referência ao julgamento da ADPF (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 130, que declarou a Lei de Imprensa (Lei nº. 5250/67) como não recepcionada pela Constituição Federal.

3.1 DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Barcellos (2006), o fenômeno do neoconstitucionalismo elevou as normas constitucionais a um caráter efetivamente normativo, central e superior - características metodológicas-formais.

A colisão de direitos fundamentais é um conflito decorrente do exercício de direitos individuais que se chocam por titulares diferentes. Pode ocorrer entre direitos individuais de um titular com os bens jurídicos da comunidade (MENDES, 2003, p. 185).

A colisão aparente não reflete uma verdadeira colisão, mas uma antinomia, e é observada quando um dos pretensos titulares de um direito fundamental, colidente com outro direito fundamental de outro titular, extrapola sua pretensão ao direito que o Estado efetivamente protege. Nisto o acórdão foi equivocadamente quando fez constar, inclusive na ementa⁹, que a colisão se tratava de aparente, quando de fato se trata de uma autêntica colisão entre direitos fundamentais, a qual ocorre quando um direito individual afeta o âmbito de proteção de outro direito individual, cabendo ao legislador traçar os limites adequados para assegurar o exercício pacífico de faculdades eventualmente conflitantes (MENDES, 2003, p. 185).

Mendes (2003), Farias (1996) e Pereira (2006) classificam a colisão de direitos fundamentais em colisão em sentido estrito e em sentido amplo. As colisões em sentido estrito se subdividem em: de direitos individuais idênticos e de direitos individuais diferentes. As colisões de direitos fundamentais idênticos ocorrem entre direitos liberais de defesa¹⁰; entre direito de defesa e de proteção¹¹. Ainda, entre o caráter negativo de um direito e positivo de outro¹² ou entre um direito em seu aspecto jurídico e outro em seu aspecto fático¹³. (MENDES, 2003). Há ainda a colisão entre direitos fundamentais diversos¹⁴, sendo estes os tratados no acórdão analisado. A liberdade de imprensa de um lado e o direito à honra, à privacidade e à intimidade, de outro. (MENDES, 2003)

⁹ “Nessas situações em que *os direitos fundamentais aparentam situação de colisão*, a doutrina e jurisprudência têm apontado *a técnica da ponderação para a solução do conflito, aplicando-se o princípio da proporcionalidade*, como forma de não recair em hipótese em que uma garantia fundamental seja completamente subjugada por outra da mesma hierarquia forma e conteúdo valorativo”. (Grifamos)

¹⁰ Por exemplo, dois grupos que pretendem se reunir em praça pública.

¹¹ Exemplo, atirar no sequestrador para proteger a vida do refém - caráter coletivo preventivo

¹² Como a liberdade religiosa e a colocação de crucifixos em sala de aula

¹³ Exemplo: princípio da igualdade e o auxílio aos hipossuficientes.

¹⁴ Há outros exemplos como a água *versus* meio ambiente e liberdade individual *versus* segurança interna. MENDES (2003).

3.2 DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS DA PROPORCIONALIDADE E PONDERAÇÃO. A IMPORTÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL

Guerra Filho (2009, p. 85) diz que no Estado Democrático de Direito somente direitos fundamentais podem estar implícitos. Vincula o princípio da proporcionalidade à cláusula do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV), portanto como uma garantia do devido processo legal, que é irradiada sobre todo o ordenamento constitucional. O princípio da proporcionalidade¹⁵ é implícito, fundamentado no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal¹⁶ (GUERRA FILHO, 2009, p. 91; GUERRA, 2003, p. 94 e BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 362).

Na exposição de Guerra Filho (2009, p. 86-87), observa-se porque o princípio da proporcionalidade é uma garantia, não sendo absoluto, pois, “[...]é ‘auto-aplicável’ [...] para viabilizar a aplicação de outros princípios, como as normas de direitos fundamentais [...]”. Guerra Filho (2009, p. 95) acrescenta que os princípios da isonomia e proporcionalidade possuem uma dimensão objetiva que os tornam indispensáveis para preservar os direitos fundamentais, equiparando-os às garantias fundamentais.

Guerra (2003, p. 92), quando trata da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação, expõe que esta predispõe de uma “avaliação global da situação”, correspondendo juridicamente meios e fins, isto é, com a qual se sopesará os bens jurídicos envolvidos no julgamento.

A ponderação considera o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, qual seja a dignidade humana. Assim, na colisão entre dois direitos fundamentais deve prevalecer o que melhor atenda à dignidade humana, sem a limitação total do outro. No acórdão prevaleceu o direito da liberdade de informação, no entanto, sem ofender a dignidade humana, contida nos direitos da personalidade. Foi, desta forma, preservado o núcleo essencial de ambos os direitos colidentes.

3.3 DOS MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE COLISÕES

Serão analisados dois mecanismos: a proporcionalidade e a ponderação.

3.3.1 Da proporcionalidade

A proporcionalidade será aplicada quando colidirem bens jurídicos fundamentais de um indivíduo com algum ato do Poder Público, do Poder Legislativo ou do Judiciário. Cuida-se, portanto, de uma relação de hierarquia ou relação vertical, entre o poder público ou Estado e o particular.

¹⁵ O “princípio dos princípios”, nas palavras de Guerra Filho (2009, p. 91) ou máxima da proporcionalidade, consoante tradução de Virgílio Afonso da Silva (ALEXY, 2008), ordena todo o direito.

¹⁶ Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Barroso e Barcellos (2003, p. 363) defendem que o princípio da proporcionalidade é um instrumento que protege os direitos fundamentais e o interesse público por “permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela imbuído ou decorrente do sistema.”

O Ministro Gilmar Mendes, neste ponto, fez constar em seu voto, no julgamento do *Habeas Corpus* 82.424/RS (caso Elwanger): “Registre-se, por oportuno, que o princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o legislador, a administração e o judiciário, tal como lembra Canotilho [...]”.

Tal princípio possui três subprincípios, sendo: 1) adequação, no qual se verificará a idoneidade do ato; 2) necessidade, quando se analisará se não existe outra forma menos onerosa e 3) proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação, fase do balanceamento entre os benefícios e malefícios do ato, isto é, se sopesará.

Para determinar a proporcionalidade de um ato, obrigatoriamente, passa-se pelas três fases mencionadas e na ordem exposta. Caso o ato não seja adequado, sequer se analisará se é necessário, será de plano desproporcional. Ao passar pela adequação será verificada a necessidade; não sendo necessário o meio utilizado, o ato será desproporcional e não se passará à próxima fase que seria a da proporcionalidade, em sentido estrito, ou ponderação. Todavia, sendo o ato necessário, haverá a ponderação entre o ato público e o direito fundamental, para determinar se é proporcional.

3.3.2 Da ponderação

A ponderação é uma “técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas.” (BARROSO e BARCELOS, 2003, p. 345-346).

Pereira, também, conceitua (2006, p. 261) a ponderação como uma “operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentem em conflito em situações concretas, a fim de determinar [...] em que medida cada um deles deverá ceder” ao outro.

O conflito entre princípios ocorre na dimensão do peso e, em face disto, deverá haver a ponderação. Ademais, os princípios não se aplicam integral e plenamente, mas são considerados como mandados de otimização, sendo que a importância da satisfação do princípio aplicado é inversamente proporcional à do outro, que não prevaleceu (GALUPPO, 1999, p. 194). Embora determinado princípio não prevaleça, deve ter seu conteúdo essencial preservado.

Esta teoria nega a eficácia direta dos direitos fundamentais. Segundo seus defensores, assim deve ser para não se extirpar a autonomia da vontade. (SARMENTO, 2011, p. 293). A ponderação de bens constitucionalmente protegidos possui seu âmbito de aplicação nas relações privadas, eficácia horizontal dos direitos fundamentais¹⁷.

A tradicional eficácia dos direitos fundamentais surgiu da relação entre o Estado e os indivíduos. No entanto, a relação entre os particulares fez surgir quatro teorias, quanto a esta eficácia (SARMENTO, 2011), que são: a da negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, segundo a qual os direitos fundamentais impõem limitações apenas aos Poderes Públicos; a teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais na esfera privada, segundo a qual os direitos fundamentais não ingressam no direito privado como direitos subjetivos; a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, cujo fundamento é o de que os perigos que ameaçam os direitos fundamentais provêm do Estado, de poderes sociais e de terceiros; por fim, a teoria dos deveres de proteção e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, segundo a qual há uma dupla função do Estado, qual seja, a de não intervir nas relações privadas; como também tutelá-las¹⁸, em caso de violação de um particular nos direitos fundamentais de outro.

No Brasil prevalece a eficácia horizontal direta ou imediata dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2011, p. 300). Neste sentido, os adeptos desta teoria “não negam a existência de especificidades nesta incidência, nem a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso.” (SARMENTO, 2011, p. 299).

Vê-se que a ponderação aplica-se nas relações entre particulares, nas ocorrências de colisões entre direitos fundamentais, portanto decorrente da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A proporcionalidade é somente usada, quando o é, como modelo, por isto “pautada na proporcionalidade”, como consta da citação supra. Neste sentido, Barroso e Barcellos (2003, p. 348) dizem que o processo intelectual da ponderação tem como “fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade”.

A ponderação, como técnica que determinará qual direito fundamental prevalecerá, está dividida em três fases (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 346-347). Trata-se de colisão entre o direito fundamental à liberdade de imprensa, tendo o jornal “O Sul” como titular, *versus* a intimidade ou vida privada, sendo o autor da ação seu titular. Assim, vejamos: no primeiro passo, devem-se identificar as normas em conflito, no caso, estão em conflito o art. 5º, inc. IX c/c o art. 220, § 1º e o art. 5º, inc. X, ambos da Constituição Federal. Ambos direitos fundamentais de primeira geração.

¹⁷ Neste sentido, Luño (2011, p. 18) expõe que na sociedade neocapitalista a igualdade formal dos seres humanos não supõe a igualdade material, motivo pelo qual os direitos fundamentais antes instrumentos de defesa perante o Estado, são ameaçados na esfera privada, tratando-se de uma extensão dos direitos fundamentais a todos os setores do ordenamento jurídico e as relações entre particulares.

¹⁸ Neste sentido, da administração não somente não violar direitos fundamentais, como também implementá-los, Facchini Neto (2003, p. 43)

No segundo passo, identificam-se as circunstâncias do caso concreto. Aqui, observa-se que a liberdade de informação tem como titular um jornal, que divulgou o relatório final de uma CPI, realizada pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, que indiciou o autor da ação. A matéria jornalística se absteve aos fatos, sem valorá-los. Não houve excesso. Há dois parâmetros a serem observados: o interesse público da divulgação da notícia, inquestionável no acórdão, a característica de funcionário público e da matéria jornalística estar relacionada a este fato. Some-se a natureza da informação jornalística, fundamentada na democracia e na autonomia individual (SARMENTO, 2007, p. 3).

No terceiro passo, realiza-se o balanceamento, no qual se sopesará qual dos bens jurídicos merece maior proteção. Deve-se escolher o que melhor proteja a dignidade humana, vista como o conteúdo essencial, sem, no entanto, desprezar o conteúdo essencial do direito que não prevalecer, otimização.

No acórdão, observou-se que o direito à liberdade de imprensa deveria prevalecer, depois de considerados o caráter de interesse público da informação e a qualidade de funcionário público do agente envolvido na notícia. Observa-se uma tendência dos “*preferred rights*” do direito norte-americano, isto é, tratando-se a liberdade de imprensa como um direito preferencial, por estar diretamente vinculada ao princípio democrático.

Há muitas objeções ao subjetivismo da ponderação (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 350), por isto se faz importante a fixação de parâmetros ou critérios que norteiam a decisão judicial (COSTA, 2013, p. 42). Alexy (2011) procura superar esta objeção do subjetivismo com a argumentação jurídica¹⁹.

Por fim, para demonstrar a importância da consciência da sociedade pluralista e da necessidade de decisões não mais pautadas nas clássicas interpretações, Luño (2012, p. 55) doutrina que no Estado constitucional, “de sociedades pluralistas, complexas e pluricentrais” a coerência do ordenamento é algo a ser alcançado, deve-se saber que há heterogeneidade de circunstâncias influenciadoras do direito. No Estado atual a sociedade é aberta e o comportamento e a interpretação dos juristas devem ser igualmente abertos, em substituição ao rigor da metodologia.

É necessário fixar parâmetros a serem observados, com a análise das circunstâncias e a decisão baseada em uma teoria da argumentação jurídica²⁰. Com a proposta de Alexy (2011), visualiza-se maior segurança jurídica, com menos arbitrariedades e subjetivismos, privilegiando-se o pluralismo metódico, com um processo hermenêutico crítico aberto.

¹⁹ Sobre o assunto escreve Luño (2012, p. 87): “[...] Especial atenção merece o empenho de Robert Alexy em sugerir regras e procedimentos tendentes a garantir a racionalidade da argumentação jurídica, oferecendo uma via mediadora entre as posturas até aqui resenhadas. Alexy pretende evitar, deste modo, que incluíveis valorações do juiz degenerem em juízos de valor subjetivos e arbitrários. [...] Talvez o mérito principal das investigações de Alexy resida no esforço por estabelecer uma aproximação entre a argumentação jurídica a partir da racionalidade prática e a análise lógica e linguística do raciocínio judicial.[...]” (LUÑO, 2012, p. 87).

²⁰ É uma forma de efetivamente proteger os direitos do homem (BOBBIO, 1992 p. 24).

4 CRITÉRIOS DE PONDERAÇÃO UTILIZADOS NAS DECISÕES NACIONAIS E INTERNACIONAIS

Em face da colisão entre o direito à liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, o legislador infraconstitucional e a jurisprudência traçaram alguns parâmetros.

4.1 DA LEGISLAÇÃO

No Brasil, a Lei de Imprensa, Lei nº. 5.250 de 09 de fevereiro de 1967²¹, quando em vigor, estabelecia a responsabilidade civil por calúnia e difamação, ainda que, de fato, verdadeiro, quando a divulgação não fosse motivada em interesse público, o qual justificava a divulgação, fazendo prevalecer o interesse da liberdade de imprensa.

4.2 DA JURISPRUDÊNCIA

Conforme ensinamento de Farias (1996, p. 141), os tribunais constitucionais têm adotado o critério formulado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, do *preferred position*, em abstrato, da liberdade de expressão e informação, quando em conflito com os direitos da personalidade. Com isto pressupõe-se que a liberdade de expressão e informação é “indispensável a formação de uma sociedade aberta”. No entanto, na análise concreta dos casos de colisão, restou estabelecido como critérios: primeiro, se os assuntos são públicos ou possuem interesse público e a qualidade dos sujeitos envolvidos na divulgação; a função social da liberdade de expressão e informação na sociedade democrática – “opinião pública livre e pluralista” e, por fim, examina-se o limite interno da verdade e a diligência do comunicador no sentido de “produzir a notícia correta e honesta”.

O Tribunal Constitucional alemão, por exemplo, seguiu este caminho. Estabeleceu a preferência da liberdade de expressão e informação (FARIAS, 1996, p. 143). No julgamento do caso Lüth, foi reconhecida a eficácia horizontal mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, tendo condicionado a publicação de notícia ou fato verdadeiro ao interesse público, devendo servir à opinião pública.

Na Itália, o Tribunal Constitucional definiu como parâmetros para a análise da colisão entre a liberdade de expressão e a de informação: o interesse público, a verdade objetiva (não a verossimilhança) e a suficiente exposição. (FARIAS, 1996, p. 144).

Na Espanha, para a fixação de parâmetros, parte-se da prevalência dos direitos da personalidade, quando colidentes com a liberdade de expressão e de informação. Em seguida, faz-se a ponderação. Neste momento, afasta-se eventuais equívocos quanto à prevalência dos direitos da personalidade. Consigna-se que o direito à honra não é um limite

²¹ A Lei de Imprensa foi declarada não recepcionada pela Constituição Federal de 1988, consoante julgamento da Ação Declaratória de Preceito Fundamental nº. 130 (ADPF, nº.130).

à liberdade de expressão e informação, mas um direito fundamental autônomo, consoante à Constituição (art. 18.1). No entanto, a liberdade de expressão e informação é tratada, não simplesmente, como um direito fundamental, mas como “instituição indispensável ao funcionamento da democracia, por influir na orientação da opinião pública.” Por fim, o Tribunal Constitucional Espanhol importa o *balancing* do sistema jurídico norte-americano. Inverte o regime de exclusão e estabelece um regime de concorrência normativa. Neste, a liberdade de expressão e informação tem preferência, em contraposição aos direitos da honra, intimidade e imagem. (FARIAS, 1996, p. 144-5).

Com os estudos de Farias (1996, p. 145-6), em relação à jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, observa-se o afastamento da liberdade de expressão e informação das opiniões injuriosas e falsas, sendo que o informador deve comprovar a veracidade, com sua diligência. Ademais, analisa-se o caráter público da pessoa afetada, de modo a se verificar o interesse da informação para a opinião pública. Também, deve ser analisado o meio pelo qual a divulgação ou notícia se deu, privilegiando-se os meios de comunicação sociais e jornalísticos. Ao final, faz-se o *balancing* da lesão aos conteúdos essenciais dos dois direitos fundamentais.

4.3 ALGUNS JULGAMENTOS DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH)

Na Corte Européia de Direitos Humanos observam-se alguns julgados quanto ao direito à privacidade *versus* liberdade de imprensa. O caso de Axel Springer, por exemplo, envolvendo a editora que publica o tabloide alemão Bild *versus* Germany, questionou-se a publicação de artigos referentes à condenação de ator famoso, preso pela acusação de posse de drogas. O tribunal alemão decidiu que o direito à privacidade do ator prevalecia sobre o interesse público. Contudo, a Corte Europeia decidiu que a interferência estatal sobre a liberdade de imprensa era fundamental para uma sociedade democrática e que, no caso, havia interesse público na divulgação.

No caso Von Hannover v. Germany, a princesa Caroline de Mônaco ingressou com ação de indenização, pelo fato da revista *Frau im Spiegel* ter publicado suas fotos com o marido, em 2002, na Alemanha. Neste país, a princesa não obteve decisão favorável do Tribunal Constitucional e recorreu à Corte Europeia de Direitos Humanos que foi favorável ao direito de privacidade da princesa. Constou na decisão que os tribunais alemães adotaram critérios insuficientes para o julgamento, que as fotos não tinham interesse público ou para a formação de opinião pública, havendo mero interesse comercial das revistas.

Por fim, o caso Albert de Mônaco *versus* Sunday Times, jornal inglês, que não chegou a Corte Europeia, o jornal foi condenado a pagar indenização, em face do artigo publicado em julho de 2011. A publicação referia-se a fatos da intimidade do príncipe com a esposa, afirmando que o casamento era de conveniência.

CONCLUSÃO

Nos sistemas jurídicos atuais, especialmente após o advento do neoconstitucionalismo, a Constituição passa a ser a norma norteadora de todo o sistema, estando composta de direitos fundamentais. Estes se caracterizam por serem normas abertas, principiológicas e que não raramente se chocam com outros princípios ou valores de titulares diversos. Estas colisões devem ser resolvidas de forma a assegurar Justiça, com a preservação da unidade do ordenamento constitucional.

No regime democrático de direito, a democracia exige diversos posicionamentos coerentes por parte do Poder Judiciário, como em casos similares ao do acórdão analisado, em que o direito à liberdade de imprensa se contrapôs aos direitos da personalidade.

A fim de se evitar o subjetivismo das decisões judiciais, observa-se uma tendência por parte dos tribunais, nacionais e estrangeiros, em fixar parâmetros para aplicação da técnica da ponderação na solução dos conflitos entre os direitos tratados no acórdão, preservando-se o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais colidentes.

A partir disto, observa-se, nas decisões judiciais, certo privilégio ao interesse público da informação para a sociedade, o que os americanos classificam de direito preferencial. Parte-se do pressuposto de ser o direito à liberdade de expressão e informação, a representação da própria proteção do regime democrático de direito.

Ademais, o ofendido deve possuir um comportamento proativo de proteção de seu direito, exigindo, quando for o caso, o direito de resposta ou apresentando sua defesa de modo a minorar a ofensa sofrida - teoria do *duty of mitigate*. Por fim, quando a pessoa supostamente lesada por determinada informação for notoriamente conhecida - uma pessoa pública - ou quando for um agente público, o privilégio da informação gozará de maior força.

No Sistema Jurídico brasileiro, o princípio ou garantia da ponderação é a melhor forma de solucionar a colisão entre o direito à liberdade de informação e os direitos da personalidade - intimidade, vida privada, imagem e honra. Contudo, são necessárias a fixação e a observância de parâmetros nas decisões judiciais. Ademais, com a decisão baseada em uma teoria da argumentação jurídica, tal qual a proposta por Alexy (2011), estar-se-á mais próximo da justiça, como efetivamente ocorreu no acórdão. Para isto, deve prevalecer o pluralismo metódico²², em um processo hermenêutico crítico aberto.

Por fim, espera-se ter contribuído para o incentivo da observação de parâmetros na aplicação do princípio da ponderação, como no caso da liberdade de expressão, quando colidente com os direitos da personalidade.

²² A ponderação pautada na proporcionalidade, utilizando-se da razoabilidade. Por fim, os tradicionais métodos como a subsunção na aplicação da norma mais conveniente e constantes em determinados dispositivos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (orgs). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao prof. Ricardo Lobo Torres*. RJ: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 19. Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas-Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime Imprescritível. Conceituação. Abrangência Constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Acórdão em Recurso de Habeas-Corpus. HC 82.424/RS. Siegfried Ellwanger e Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Moreira Alves.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível. Acórdão em ação de indenização n. 70031443591-RS. José Vitor Pita dos Santos e Empresa Jornalística Pampa Ltda. Relatora: Desembargadora Liége Puricelli Pires. DJ, 30 nov. 2010.
- COSTA, Alexandre Araújo. Judiciário e interpretação: entre Direito e Política. *Revista Pensar*, Fortaleza, v.1, n. 18, p.9-46, jan./abr. 2013. Quadrimestral.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização de direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários a Constituição Brasileira*. art.1º a 21, São Paulo: Saraiva, 1989.v.1.
- GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o seu modo de aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal. Ano 36, n. 143, p. 191-209, jul./set. 1999.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 6. ed. São Paulo: SRS Editora, 2009.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar*. São Paulo: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001b.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 164, out./dez. 2004.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A carta canadense de direitos e liberdades. *Revista Pensar*, Fortaleza, Edição Especial, p. 7-16, abr. 2007. Quadrimestral.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez; DÍAZ, Ramon Luis Soriano; TORRES, Carmelo José Gómez. *Diccionario jurídico: Filosofía y teoría Del derecho e informática jurídica*. Granada: Comares, 2004.

LUÑO, Antonio Henrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

LUÑO, Antonio Henrique Pérez. *Los Derechos Fundamentales*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2011.

LUÑO, Antonio Henrique Pérez. *Perspectivas e Tendências atuais do Estado Constitucional*. Tradução José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Repertório de Jurisprudência IOB. Vol 1. Tributário, constitucional e administrativo. 1a quinzena de março de 2003. N. 5, p. 178-185, São Paulo: IOB.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du Contrat social*. Paris: Gallimard, 2012.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n.16, mai./ago. 2007, p. 1-39.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo, Wolfgang; CARBONELL, Miguel (org.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodvm, 2011.

MALMESBURRY, Thomas Hobbes de. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997.