

A COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS DA PERSONALIDADE: ANÁLISE DO ACÓRDÃO Nº 694.260 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

A COLLISION BETWEEN RIGHTS AND FREEDOM OF EXPRESSION OF PERSONALITY: ANALYSIS OF JUDGMENT Nº 694.260 OF THE COURT DISTRICT OF FEDERAL AND TERRITORIES

Jovina D'Avila Bordoni*

RESUMO

Análise do Acórdão nº 694.260, proferido pela 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no recurso de apelação interposto pela Associação Civil Greenpeace contra a sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais, ajuizada pela Senadora Kátia Regina de Abreu. Trata da colisão dos direitos fundamentais, da liberdade de expressão e de pensamento ante o direito da personalidade, honra e imagem, constantes da decisão em exame. Menciona a restrição do direito da personalidade das pessoas públicas em face do interesse público. Ressalta a importância da hermenêutica constitucional. Estuda os direitos fundamentais em colisão e a ponderação como solução do caso em concreto.

Palavras-chave: direitos da personalidade; liberdade de pensamento; colisão; ponderação; hermenêutica.

ABSTRACT

Analysis of the judgment under nº 694.260, of the 2nd Class Civil Appeals of Court of Justice of the Federal District and Territories, in the appeal filed by the Civil Association Greenpeace against the judgment rendered in indemnity lawsuit for moral damages filed by the Senator Katia Abreu Regina. Treats of the collision of fundamental rights, freedom of expression and thought versus the right personality, honor and image, in the decision under review. Mentions the restriction of the right of personality of public people in the face of public interest. Underscores the importance of constitutional hermeneutics. Studies the fundamental rights in the collision and balancyng as the solution of the case.

Keywords: *personality rights, freedom of thought; collision; balancyng; hermeneutics.*

INTRODUÇÃO

O trabalho apresenta uma análise do Acórdão nº 694.260, proferido pela 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no recurso de apelação inter-

* graduação em direito pela Universidade de Fortaleza (1995) e graduação em ciências econômicas pela Universidade de Fortaleza (1987). Atualmente é juíza de direito - Tribunal de Justiça do Ceará; jovinadavila@yahoo.com.br

posto pela Associação Civil Greenpeace contra a sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais, ajuizada pela Senadora Kátia Regina de Abreu, enfatizando a importância da interpretação constitucional.

O referido acórdão trata da colisão dos direitos fundamentais da liberdade de pensamento em face do direito da personalidade – honra e imagem. Os fatos trazidos na apelação informam que a Associação Civil Greenpeace em 02/06/2009 promoveu uma manifestação no Congresso Nacional contra a votação da Medida Provisória 458/2009, conhecida como “MP da Amazônia”. Esta de relatoria da Senadora da República Kátia Regina de Abreu, na qual três ativistas, um deles com uma máscara reproduzindo a face da autora levava no peito uma faixa com as inscrições “miss desmatamento” e nas mãos um machado de brinquedo, enquanto os outros dois, representando os assessores da Senadora, portavam motosserras e faixas que associavam o nome dela ao desmatamento ilegal na Amazônia.

São inevitáveis as colisões entre direitos fundamentais, pois a cada dia se tornam mais complexas as relações sociais, havendo necessidade da utilização da ponderação, para, no caso concreto, ser decidido, entre os valores protegidos constitucionalmente, qual deverá prevalecer.

Tomou-se por base a decisão proferida pela 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em que se procurou estudar qual a técnica indicada para a solução de colisão entre os direitos fundamentais, da liberdade de expressão e de pensamento ante o direito da personalidade em seu viés honra e imagem, levando-se em consideração que ambos possuem proteção constitucional, embora com características próprias.

Assim, inicialmente, apresenta-se um resumo do caso em análise. Após, verificou-se a imprescindibilidade de conhecer os direitos fundamentais em conflito, bem como a aplicação do direito da personalidade voltado às pessoas públicas.

Em seguida, enfoca-se na hermenêutica constitucional e o seu papel relevante na interpretação dos princípios constitucionais, mencionando a colisão de princípios no caso em análise, e como ponderação, que é a técnica pela qual se busca a conciliação de princípios em tensão, contribui para a justiça no caso concreto.

No final, são analisados os argumentos que fundamentaram o acórdão, que concluiu pela inexistência de exercício abusivo da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão na conduta da Associação Civil Greenpeace.

Assim, com o presente estudo, busca-se contribuir para maior visibilidade do tema, sem, contudo, ter a pretensão de esgotá-lo. Entretanto, objetiva-se demonstrar uma situação, em que o Poder Judiciário é chamado a manifestar-se diante de colisão de bens jurídicos protegidos constitucionalmente, tendo que interpretar o direito a ser aplicado ao caso concreto, contribuindo, em última análise, para a construção do Estado Democrático de Direito.

1 RESUMO DO CASO

Trata-se de Acórdão n° 694.260, proferido pela 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no recurso de apelação interposto pela Associação Civil Greenpeace contra a sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais, ajuizada pela Senadora Kátia Regina de Abreu, que condenou a referida Associação ao pagamento de R\$ 10.000,00, custas processuais e honorários advocatícios.

A Associação Civil Greenpeace em 02/06/2009 promoveu uma manifestação no Congresso Nacional contra a votação da Medida Provisória n° 458, que dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal, altera as Leis n° 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.383, de 7 de dezembro 1976, e 6.925, de 29 de junho de 1981, de relatoria da Senadora da República Kátia Regina de Abreu, na qual, três ativistas, um deles com a máscara reproduzindo a face da autora levava no peito uma faixa com as inscrições “miss desmatamento” e nas mãos um machado de brinquedo, enquanto os outros dois, representando os assessores da Senadora, portavam motosserras e faixas que associavam o nome dela ao desmatamento ilegal na Amazônia.

Alegou a Senadora que a manifestação foi acompanhada de grande quantidade de jornalistas e a Associação veiculou em seu *blog* acusações como grilagem de terras e desmatamento. Asseverou não se tratar de debates de ideias, mas de ataque a sua pessoa, visando atingir, por meio de deboche e calúnia, sua honra e promover sua identificação com atividades ilícitas ao meio ambiente. Defendeu a prevalência dos direitos à inviolabilidade de sua honra e imagem, conforme art. 5º, X da Constituição Federal de 1998.

O Greenpeace asseverou que a manifestação não imputou à Senadora fato ilícito ou desonroso, uma vez que ela reconheceu, em reportagem jornalística, a prática de desmatamento, inclusive, com aplicação de multa. Afirmou que as notícias veiculadas em seu *site* objetivavam informar que a Senadora havia assumido a relatoria da MP n° 458 ou que fazia parte da bancada ruralista, não fazendo alusão ofensiva. Pugnou pela preservação de seu direito à liberdade de manifestação do pensamento e defesa do meio ambiente, nos termos do art. 5º, IV, 220 e 225 da Constituição Federal de 1998.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CASO EM EXAME

Constituem os direitos fundamentais normas principiológicas positivadas em determinado ordenamento jurídico, construídos através da história, que concretizam a dignidade humana, assegurando ao homem a digna convivência e a atuação do Estado.

Na definição de Luño (2004, p.45), direitos fundamentais são:

[...] aquellos derechos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, em la mayor parte de los casos em su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada. Se trata siempre, por tanto, de derechos humanos <<positivados>>, cuya denominación evoca su papel *fundamentador* del sistema jurídico político de los Estados de Derecho.

Quando se fala em direitos fundamentais “estamos refiriéndonos, al mismo tiempo a una pretención moral justificada y a su recepción en el Derecho positivo”. (MARTÍNEZ, 2004, p.29).

Dá-se a positivação dos direitos fundamentais quando os direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” são incorporados à Constituição, sendo a positivação fundamental, pois do contrário os direitos do homem seriam apenas uma esperança e, até mesmo, mera retórica política (CANOTILHO, 2003, p.377).

Os direitos fundamentais são aqueles previstos na Constituição de um país e decorrem de valores considerados essenciais ao ser humano, como a dignidade da pessoa humana.

Conforme Lopes (2001b, p.37), os direitos fundamentais possuem características como: função dignificadora, que objetiva resguardar a dignidade humana; natureza principiológica; funcionam como elementos legitimadores, pois fundamentam o sistema jurídico e o próprio Estado; são normas constitucionais por estarem positivados em determinado ordenamento jurídico e possuem historicidade.

Assim, os direitos fundamentais tanto limitam os poderes do Estado ante a liberdade dos indivíduos, como formam a estrutura do ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais não são absolutos, uma vez que encontram limites nos demais direitos reconhecidos pela Constituição Federal.

2.1 DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE PENSAMENTO

A liberdade de pensamento, baluarte do Estado Democrático de Direito, está consagrada na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso IV, como direito fundamental e cláusula pétrea, pois o artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, proíbe qualquer deliberação de emenda constitucional que pretenda abolir esse direito fundamental. Configura um dos atributos da liberdade de expressão. Nesse sentido:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Portanto, a liberdade de pensar é livre, devendo a expressão do pensamento, de forma escrita, falada ou por qualquer outro meio de difusão, ser controlada pelo indivíduo que exterioriza o pensamento, pois o direito impõe limites, como a vedação ao anonimato e o direito de resposta. Pode, inclusive, ser passível de exame judicial, com a responsabilização civil que leva ao pagamento de indenização pelos danos morais e materiais, sofridos no caso de violações de imagem, honra, intimidade ou privacidade, além de responsabilização criminal.

As manifestações do pensamento devem ser protegidas, mas da mesma forma devem ser impedidas de causar prejuízos à sociedade. (FERREIRA FILHO, 2002, p.290).

Cumprir registrar que a liberdade de expressão não é igual para todos, pois em razão da profissão ou do momento de sua emissão algumas pessoas sofrem restrições em sua liberdade (MEYER-PFLUG, 2009, p.71). Tal restrição pode ocorrer, por exemplo, com as pessoas que ocupam cargos públicos.

2.2 DA PERSONALIDADE: HONRA E IMAGEM

Os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa humana, do qual todo indivíduo é titular, oponíveis à coletividade e ao Estado. Abrangem o direito à integridade física, como à vida, o direito ao corpo e ao próprio cadáver e a integridade moral, como aqueles relacionados à vida privada, à honra, à imagem, à intimidade e ao nome.

Dessa forma, os direitos da personalidade têm como base fundamental a dignidade da pessoa humana, instituído no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. A Constituição de 1988 trouxe dispositivos expressos à tutela da personalidade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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;

[...]

XXVIII – São assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades esportivas.

A honra é um direito da personalidade amparado constitucionalmente, podendo ser considerado como direito objetivo que compreende a reputação do indivíduo na sociedade e, como direito subjetivo, que corresponde à dignidade da pessoa no meio social no qual está inserido, nas palavras de Nelson Rosendal e Cristiano Farias (2008, p.149), “é a soma dos conceitos positivos que cada pessoa goza na vida em sociedade”.

O direito à imagem, por seu turno, “é a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias, etc.) ou moral (aura, fama, reputação, etc.) do indivíduo (homens, mulheres, crianças ou bebês) no mundo exterior”. (DURVAL, 1988, p.105).

Com a Constituição Federal de 1988, o direito à imagem passou a ser visto como direito fundamental, autônomo, desvinculado do direito à intimidade e à honra, embora sua violação possa estar associada a esses direitos.

Em realidade, o direito à própria imagem, sem desvestir-se do caráter de exclusividade que lhe é inerente como direito da personalidade, mas em função da multiplicidade de formas como pode ser molestado em seus plúrimos aspectos, pode merecer proteção autônoma contra a simples utilização não consentida da simples imagem, como igualmente pode encontrar-se atrelada a outros valores como a reputação ou honrabilidade do retratado. (CAHALI, 2000, p.549).

O direito à imagem começa com o nascimento e termina com a morte, mas Jabur (2003, p. 15) ressalva que pode “se perpetuar com e entre os sucessores, como o direito à imagem retrato (eternizada pela memória mecânica) ou à imagem atributo (mantida pela natural preservação dos característicos pessoais amealhados em vida)”.

O direito à imagem sofreu maior projeção, em face do avanço tecnológico dos meios de comunicação, uma vez que proporcionou a facilidade na captação de imagens e sua reprodução. Em regra, a reprodução da imagem depende de autorização de seu titular e as lesões a esse direito impõe obrigação de reparação pelos danos sofridos.

2.3 PESSOAS PÚBLICAS E O DIREITO DA PERSONALIDADE

Considera-se pessoa pública as que ocupam cargos públicos e aquelas que por sua atividade profissional ganharam notoriedade, nacional ou internacional, como políticos, atores, músicos, entre outros. Tais pessoas recebem a proteção jurídica de sua honra e imagem, entretanto quando a divulgação da imagem ocorrer por motivo relacionado ao exercício profissional e atender ao interesse público, não restará configurada a lesão aos referidos direitos.

As pessoas célebres, em face do interesse que despertam na sociedade, sofrem restrição no seu direito à imagem. Admite-se que elas tacitamente consentem na propagação de sua imagem como uma consequência natural da própria notoriedade que desfrutam. Todavia, considera-se que a notoriedade não provém apenas da fortuna

ou mérito da pessoa, alcançada por meio da arte, ciência, desporto ou política, mas podendo surgir independentemente da vontade pessoal, notadamente naquelas situações em que as pessoas são envolvidas como vítima de desgraças, de destinos anormais, de delitos. (FARIAS, 1996, p.124)

Dessa forma, as pessoas públicas têm os direitos da personalidade restringidos pelo interesse público legítimo, não se questionando o exercício da liberdade de expressão. Deve-se, entretanto, observar eventual excesso, pois, como frisa Bulos (2009, p.462), “ofensas desproporcionais e inescrupulosas devem ser reparadas”, para que referida liberdade não seja exercida desprovida de relevância social.

3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

O Estado de Direito, teve origem no século XVIII e caracterizou-se por ter como princípio basilar o princípio da legalidade, isto é, nasceu sob o império da lei, imposta tanto ao Estado quanto aos particulares. Com fundamento nestas ideias originou-se na França a Escola da Exegese, que aplicava o direito com base na subsunção dos fatos à norma.

A partir do século XX surge o Estado Democrático de Direito, sucedendo ao Estado Liberal, promovendo os direitos e garantias fundamentais com o reconhecimento da constitucionalização dos princípios. Bonavides (2005, p.424) afirma “se o velho Estado de Direito do liberalismo fazia o culto da lei, no novo Estado de Direito do nosso tempo faz o culto da Constituição”.

As constituições assumiram posição de supremacia no Estado Democrático de Direito e não tratam somente de normas sobre a declaração de direitos individuais e organização dos Poderes do Estado, como outrora, mas são redigidas de forma principiológica, vinculando as regras aos princípios fundamentais, de forma que foi necessário o surgimento de uma nova hermenêutica.

A hermenêutica constitucional é parte da hermenêutica jurídica e tem como proposta a busca do sentido das normas constitucionais.

Interpretação constitucional é a atividade que consiste em fixar o sentido das normas da lei fundamental – sejam essas normas regras ou princípios -, tendo em vista resolver problemas práticos, se e quando a simples leitura dos textos não permitir, de plano, a compreensão do seu significado e alcance. (MENDES, COELHO e BRANCO, 2010, p.155).

Os mecanismos da hermenêutica constitucional devem ser aplicados aos casos em que haja contradição de valores ou de princípios no ordenamento jurídico. Portanto, não basta que os direitos fundamentais estejam positivados na Constituição, pois devem ser concretizados na realidade social. Hesse (1991, p.14) menciona que “a norma constitucional

não tem existência autônoma em face da realidade". Por meio de uma hermenêutica valorativa, torna-se viável através do direito a concretização da justiça.

A Constituição Federal prevê em seu art. 5º, XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Trata-se do princípio da inafastabilidade da jurisdição, determinando ao Judiciário a busca de solução para as demandas que são propostas.

Cabe ao Poder Judiciário, através da hermenêutica constitucional, diante dos interesses conflitantes, transformar os preceitos constitucionais abstratos em direitos concretos, ou seja, assumir um verdadeiro papel de Hércules construindo "um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas." (DWORKIN, 2010, p.182).

A liberdade de interpretação, entretanto, deve ser adequada, justa e de acordo com os anseios sociais e com as finalidades do direito, bem assim, sujeita ao controle das partes e da sociedade. Pois, como lembra Streck (2009, p.363), há "uma umbilical relação entre a exigência de fundamentação e o direito fundamental que cada cidadão tem a uma resposta correta (adequada à Constituição)".

Portanto, a atuação do Poder judiciário e também das cortes constitucionais somente se legitima quando se apoiar, consoante Dias (2006, p.177):

[...] em parâmetros jurídicos do Estado Constitucional e não como alternativa política ao legislador, não viola a repartição constitucional de competências, mas deve se manifestar como controle dos limites e requisitos que a própria Constituição impõe ao legislador.

Na aplicação da lei ao caso concreto, deve o julgador motivar a decisão apresentando os fundamentos utilizados na interpretação dos fatos, ou seja, o juiz não é mais um mero aplicador da lei, mas um intérprete do ordenamento jurídico, como diz Tarufo (1988, p. 43), a tarefa do juiz:

non è mai qualcosa di meccanico e di oggettivamente determinato, ed è invece il risultato di un insieme complesso di scelte e di valutazioni. Ma se il giudice non si limita a dedurre passivamente la decisione, ed invece, la crea scegliendo l'interpretazione della legge che ritiene più giusta.

Assim, o julgador tem o dever de fundamentar suas decisões de acordo com a análise dos elementos e demais provas existentes nos autos, de forma a satisfazer a exigência prevista no art. 93. IX da Constituição Federal. A fundamentação das decisões judiciais é uma imposição do Estado Democrático de Direito.

3.1 COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A constituição é um sistema normativo composto de princípios e regras que se inter-relacionam. Segundo Alexy (2008, p.90-91), os princípios encerram “mandamentos de otimização”, por poderem ser satisfeitos em diferentes graus e a medida de sua satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas, enquanto que as regras são “mandados definitivos”, são sempre satisfeitas ou não satisfeitas ou, como afirma Dworkin (2010, p.39), “as regras são aplicáveis a maneira do tudo-ou nada”.

Bonavides (2005, p.288-289) acrescenta como valores fundamentais os princípios, pois “governam a Constituição, o régimen, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência”. E continua afirmando que “os princípios se medem normativamente, ou seja, tem alcance de norma e se traduzem por uma dimensão valorativa, maior ou menor, que a doutrina reconhece e a experiência consagra”. De acordo com Vale (2009, p.129), “o forte conteúdo axiológico das normas de direitos fundamentais e sua elevada posição hierárquica no ordenamento jurídico fazem com que, na maioria das vezes, elas sejam interpretadas como princípios”.

Os direitos fundamentais, enquanto princípios, caracterizam-se pela sua relatividade, ou seja, não se revestem de caráter absoluto. Conforme Sarmiento (2006, p.293), embora os direitos fundamentais tenham relevância para a ordem jurídica democrática, não são absolutos de forma que podem ser restringidos, em caso de necessidade de proteção de outros bens jurídicos, também revestidos de envergadura constitucional.

O principal traço distintivo entre os princípios e as regras são os direitos que tais normas garantem, como explica Silva (2011, p.45), tanto as regras, como os princípios garantem direitos ou impõem deveres definitivos, mas a regra o faz em definitivo e o princípio, *prima facie*.

Os critérios tradicionais que levam a resolução de conflitos normativos, como, o hierárquico, o cronológico e o de especialidade, não são satisfatórios para a solução de colisões entre normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais, pois são direcionados a soluções sobre ótica e plano deontológico, ou seja, no plano normativo. Nesse sentido, Barroso (2003, p.32) assevera que:

Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento se serve de três critérios tradicionais: o da *hierarquia* – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior – o *cronológico* – onde a lei posterior prevalece sobre a inferior – e o da *especialidade* – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral. Estes critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, especialmente entre princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais.

Portanto, o conflito entre regras resolve-se pela validade, mediante subsunção, ocasionando a exclusão de uma regra considerada inválida, no caso concreto, enquanto o conflito entre princípios soluciona-se com a determinação de graus de dimensões valorativas, aplicando-se a técnica da ponderação, onde não é declarada a invalidade de nenhum dos princípios em colisão, pois não são incompatíveis entre si, mas concorrentes. Conforme Sarmiento (2004, p.55):

O equacionamento das tensões principiológicas só pode ser empreendido à luz das variáveis fáticas do caso, as quais indicarão ao intérprete o peso específico que deve ser atribuído a cada cânone constitucional em confronto. E a técnica de decisão que, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, atribui especial relevância às suas dimensões fáticas, é o método de ponderação de bens.

Nesse sentido, quando o caso concreto admitir aplicação de vários princípios de mesmo nível hierárquico é imprescindível à conjugação destes, e da ponderação de princípios emergirá a regra a ser aplicada ao caso em julgamento.

3.2 PONDERAÇÃO

A ponderação intitulada pelos norte-americanos de *balancing* consiste, conforme Barroso (2013, p.154), “em 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”.

Barcellos (2005, p.116) complementa afirmando que a ponderação depende das peculiaridades do caso concreto, sendo necessário o exame das circunstâncias e suas repercussões em relação aos elementos normativos.

Assim, a ponderação leva a uma restrição em um princípio em razão de outro, podendo ocasionar, inclusive, o afastamento total de um deles. Desse modo, “a capacidade de ponderação implica, pois, a capacidade de restrição e de afastamento de um princípio em razão de outro” (ÁVILA, p.131).

De acordo com Barcellos (2005, p.91), é possível descrever a estrutura da ponderação como um processo de três etapas: a primeira, aquela em que são identificados os comandos normativos ou normas de caráter relevantes em conflito; a segunda fase detém-se no exame das circunstâncias concretas do caso e suas particularidades, e a última, a terceira, é a fase da decisão.

O intérprete analisa qual o bem jurídico deve prevalecer perante o outro, buscando priorizar o interesse mais condizente para regular o caso concreto.

4 SOLUÇÃO DA PONDERAÇÃO NO ACÓRDÃO EM ESTUDO

Passa-se a análise da solução a que chegaram os desembargadores da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no Acórdão nº 694.260, em que restou decidido que não houve exercício abusivo da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão, concluindo pela falta de ilicitude na conduta da Associação Civil Greenpeace, de forma a não existir responsabilização civil desta.

No processo de ponderação levado a efeito para solucionar o conflito dos direitos da personalidade – honra e imagem e liberdade de expressão – os desembargadores levaram em consideração que a Senadora possui atuação na defesa dos agropecuaristas e do agronegócio, conforme documentos juntados aos autos, demonstra o pronunciamento no Senado Federal em que assim se manifesta: “foi substituindo cobertura nativa, cobertura florestal por arroz, feijão, soja, milho, trigo, carne, que conseguimos fazer com este País deixasse de ser subdesenvolvido pra ser um grande país emergente”.

A senadora também declarou em artigo publicado, um dia após a manifestação, em 3/06/2009, o seguinte:

Um estatuto ambiental equilibrado, eficiente e prático é indispensável à segurança jurídica à atividade agropecuária e à sua própria responsabilização perante a sociedade. Tal segurança e responsabilização, porém, tornam-se inviáveis se mantida a legislação vigente, impossível de ser cumprida, pois impede a produção de alimentos em 71% do território nacional, isso num país onde, infelizmente, 23 milhões de pessoas ainda passam fome, segundo dados da ONU.

E no sítio eletrônico do Canal do Produtor, a Senadora que também era Presidente da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil, afirmou que: “Apostamos no desmatamento zero da Amazônia, mas não podemos abrir mão da atual área de produção de alimentos do País que ocupa hoje 44% do território nacional, sendo os 56% restantes destinados à preservação das matas”.

Dessa forma, é evidente que a postura da Senadora, em defesa do agronegócio, muito mais que em relação à defesa do meio ambiente, especificamente da preservação da Amazônia, como ressaltou o próprio acórdão, denota que sua atuação política contraria os interesses e o ponto de vista dos ambientalistas, tornando-a alvo de críticas legítimas.

Por outro lado, segundo a decisão trazida no acórdão, os ambientalistas do Greenpeace defenderam o não desmatamento da Amazônia e o emprego de expressões como “miss desmatamento” e “rainha do desmatamento”, trazidas na faixa de um dos manifestantes, estão de acordo com o posicionamento político da Senadora, além do que não existiu nos dizeres do *blog* da Associação qualquer indicação de ofensa à honra da Senadora.

Ressalta o acórdão que a utilização de palavras sarcásticas ou humorísticas tem o objetivo de captar a atenção da sociedade e não a de denegrir a honra da Senadora.

A decisão parece correta, pois não seria razoável interpretar a manifestação dos ambientalistas que com humor e irreverência criticaram o posicionamento da Senadora em relação ao desmatamento na Amazônia. Muitas vezes, a fiscalização dos atos públicos passa pela manifestação crítica levada a efeito através do humor¹.

O acórdão também chamou atenção para o fato de ser Kátia Regina de Abreu, ocupante de cargo público, e os acontecimentos serem inerentes à atividade política e à vida pública, de forma a não poderem ser equiparados à exposição da vida privada daqueles que não desempenham referida atividade, bem como os fatos possuem interesse social, de maneira que a restrição à liberdade de pensamento afetaria também a sociedade que não receberia informações e não poderia debater as ideias propostas pelas partes.

Com razão, a pessoa que opta pela vida pública, como a Senadora, que exerce cargo eletivo, não possui o mesmo nível de privacidade de outra que dela não participa, caracterizando-se como ônus da representação popular. No caso, em exame, os fatos noticiados estavam diretamente relacionados ao interesse público, desmatamento da Amazônia. Desse modo, a crítica era proveniente de fato verdadeiro, que embora desagradável aos olhos da Senadora, não ensejam indenização, como concluiu o acórdão, especialmente por trazerem nota de interesse público.

A rigor, o ressarcimento do direito à honra só ocorre quando o direito à expressão do pensamento ultrapassa os limites da vida privada do indivíduo, o que não se verificou. A Min. Nancy Andrighi, sobre possível abuso do direito de informação, assim se manifestou: “A honra e a imagem dos cidadãos não são violados quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas a seu respeito e que, além disso, são do interesse público”.²

Como se observa, a escolha de quais valores constitucionalmente protegidos deve prevalecer, quando ocorre a colisão, é uma tarefa difícil. Existe na decisão de prevalência entre bens, uma margem irreduzível e muitas vezes determinante que depende daquele que julga, o que pode levar a diferentes interpretações, uma vez que este decide de acordo com seu senso normativo de justiça e sua percepção de direito (NOVAIS, 2010, p.639). Assim, o intérprete pode fazer da hermenêutica uma forma de aplicação de posições ideológicas, de cunho subjetivo.

Barroso e Barcellos (2003, p.101) estabelecem parâmetros, buscando dar objetividade na escolha, a serem observados pelo intérprete, diante da situação concreta, na ponderação entre a liberdade de expressão e informação em face dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, como:

A veracidade do fato, a licitude do meio empregado na obtenção da informação, a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia, o local

¹ Nesse sentido decisão STF, Tribunal Pleno, ADI 4451 MC-REF/DF, Rel.: Min. Ayres Britto, j. 02.09.10.

² STJ, 3ª T., REsp 984803/ES, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.05.2009, DJU 19/08/2009.

do fato, a natureza do fato, a existência de interesse público na divulgação, especialmente quando o fato decorra da atuação de órgãos ou entidades públicas, e a preferência por medidas que não envolvam a proibição prévia da divulgação. Tais parâmetros servem de guia para o intérprete no exame das circunstâncias do caso concreto e permitem certa objetividade às suas escolhas.

Assim, levando-se em consideração os parâmetros acima mencionados, vê-se que a decisão, em comento, buscou pautar-se, por critérios objetivos, evitando-se a discricionariedade, ao estabelecer peso diferente à liberdade de expressão em detrimento dos direitos da personalidade, honra e imagem, quando levou em consideração a veracidade dos fatos trazidos na manifestação do Greenpeace, a atuação e posicionamento da Senadora enquanto pessoa pública e o interesse público na divulgação dos fatos envolvendo a matéria tratada na Medida Provisória nº 458/2009, conhecida como “MP da Amazônia”, de relatoria da Senadora.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, pode-se dizer que os direitos fundamentais são construções normativas constitucionais, que possuem natureza de princípio e, uma vez que não são absolutos, comumente colidem. Cabe ao Poder Judiciário, através da hermenêutica constitucional, diante dos interesses conflitantes, transformar os preceitos constitucionais abstratos em direitos concretos.

Os métodos tradicionais de interpretação como o hierárquico, cronológico e da especialização, utilizados para dirimir os conflitos de leis, não são suficientes para resolverem os problemas de interpretação das constituições contemporâneas, dos conflitos entre princípios, sendo necessária a utilização da ponderação de valores ou interesses, à vista do caso prático, para estabelecer qual dos princípios contrapostos irá preponderar.

Assim, os conflitos entre direitos fundamentais devem ser resolvidos mediante a aplicação da hermenêutica constitucional, dentro de um juízo de ponderação. A interpretação constitucional ganha, atualmente, maior importância, diante dos desafios trazidos ao intérprete em razão da complexidade das relações sociais. A hermenêutica tem por objetivo levar o aplicador do direito, mediante uma visão crítica, a interpretar a norma, a ser aplicada no caso concreto, de forma justa e de acordo com os anseios sociais e com as finalidades do direito.

No caso em apreciação, o Acórdão nº 694.260, proferido pela 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, foi possível inferir que o conflito entre liberdade de expressão e dos direitos da personalidade, honra e imagem, é passível de solução através da aplicação da ponderação devido ao caráter relativo das citadas normas constitucionais, é bem assim que a liberdade de expressão, exercida dentro dos limites da

lei, trazendo informações verdadeiras e de interesse público, não pode ser restringida em face dos direitos da personalidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no brasil*. Belo Horizonte: Forum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *RTDC*, v.16, out./dez., 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DIAS, Eduardo Rocha. *Os limites às restrições de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988*. In.: Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Org. Martônio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

DURVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo. 3. ed. Martins Fontes, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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*. 29. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição: Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- JABUR, Gilberto Haddad. *Limitações ao direito à própria imagem no novo código civil. Questões controvertidas no novo código civil*. Coord.: DELGADO, Mário Luiz; e ALVES, Jones Figueiredo. São Paulo: Método, 2003.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. São Paulo: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dickinson, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.
- SARMENTO, Daniel. *Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- TARUFFO Michele. *Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione*. In.: Participação e Processo. Coord. Ada Pellegrini Grinover ...[et al.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009.

