

LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO E TUTELA DA VIDA PRIVADA: UMA QUESTÃO DE RESPONSABILIDADE SOCIAL

Fernando Gustavo Knoerr¹

Miguel Kfourri Neto²

Resumo: O presente artigo visa analisar a liberdade de comunicação e a tutela da vida privada sob a ótica da responsabilidade social. Os direitos da personalidade serão abordados diante das liberdades de comunicação social amplamente consideradas e dos agravos que o exercício dessas liberdades pode causar à dignidade pessoal, ficando assim excluído, desde logo, o aspecto econômico-financeiro eventualmente envolvido no conceito. Para tanto serão elencados o direito à reserva da intimidade, o direito à inviolabilidade domiciliar, o direito à imagem, analisando o abuso do direito de expressão.

Palavras-chave: Liberdade de comunicação; Tutela Jurídica; Responsabilidade Social; Direitos da Personalidade.

FREEDOM OF COMMUNICATION AND PROTECTION OF PRIVACY: AN ISSUE OF SOCIAL RESPONSIBILITY

Abstract: This article aims to analyze the freedom of communication and the protection of privacy from the perspective of social responsibility. Personality rights will be addressed in the face of media freedoms and injuries widely considered that the exercise of these freedoms can cause personal dignity, would thus be excluded from the outset, the economic-financial aspect possibly involved in the concept. To do so will be listed to the right of the privacy, the right to inviolability of the home, the right to the image, analyzing the abuse of freedom of expression.

Keywords: Freedom of communication; Tutela Legal; Social Responsibility; Personality Rights.

¹ Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. É Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA e Professor de Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Paraná e da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná.

² Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Licenciado em Letras-Português pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Oficial da Polícia Militar do Paraná pela Academia Policial Militar do Guatupê. Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA

1 INTRODUÇÃO

Deve-se, já de princípio, esclarecer o interesse em causa na presente análise, buscando apartá-lo de alguns outros que eventualmente — e por vezes indesejavelmente — possam ser colocados sob o manto de “direitos da personalidade”.

Ainda nesse esclarecimento teleológico, situando o tema deste trabalho, os direitos da personalidade, na vertente da tutela da imagem, serão abordados diante das liberdades de comunicação social amplamente consideradas e dos agravos que o exercício dessas liberdades pode causar à dignidade pessoal, ficando assim excluído, desde logo, o aspecto econômico-financeiro eventualmente envolvido no conceito. Por tais razões, alguns autores referem essa amplitude de tutela dos direitos da personalidade como tutela da dignidade³.

Fala-se em direitos da personalidade, nesse sentido, como referencial da proteção jurídica dispensada, no todo⁴, à moral humana, englobando, como parcelas dessa tutela, o direito à honra, à privacidade ou à intimidade⁵, reconhecido até mesmo após a morte (nos casos, por exemplo, de divulgação de aspectos íntimos da pessoa falecida, atingindo a herança moral de seus sucessores).

Embora sejam até frequentes os casos de transgressão à honra objetiva da pessoa jurídica, não nos parece possível falar-se em intimidade da pessoa jurídica — ao menos não com o conceito que se aplica às pessoas físicas — pois eventuais segredos da pessoa jurídica serão sempre aqueles revestidos de valor patrimonial, o que raramente se verifica nos casos de ofensas à dignidade, excluindo-os, portanto, da tutela idêntica à dispensada à pessoa física. Essa abordagem será portanto lateralizada neste trabalho.

³ Com esse conceito abrangente de direito à dignidade concorda Carlos Alberto da Mota PINTO (**Teoria geral do direito civil**, 1985, p. 42), ao afirmar: “A organização estadual, disciplinada pelo direito público, proporciona ao particular, mediante a outorga de direitos subjetivos públicos ou de faculdades, meios eficazes e indispensáveis para o pleno desenvolvimento da sua personalidade ou para a defesa da sua dignidade humana e, quanto ao exercício desses meios, o particular encontra-se em situação de plena autonomia. Pense-se na faculdade ou no direito subjetivo público (em face do estado) de obter tratamento hospitalar, freqüentar as escolas, utilizar a máquina judiciária, etc.)”.

⁴ No sistema jurídico brasileiro, a base constitucional dos direitos da personalidade, entendido nesse sentido amplo, encontra-se no art. 5º, que vai complementado por todo o rol de direitos fundamentais exemplificativamente consagrados no Direito brasileiro, ao prever: “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”.

⁵ Nos Estados Unidos, BLOUSTEIN (*Privacy as an aspect of human dignitys : an answer to deach prosser*. **New York University Law Review**, 1964) foi um dos que primeiro pretendeu unificar a *privacy* sob o mote da dignidade humana. Também na Alemanha, para se tutelar a esfera íntima ou privada, são invocados os arts. 1º e 2º da *Grundgesetz*. Em Portugal, na medida em que a utilização de informação relativa às pessoas e às famílias pode ser contrária à dignidade humana, esse é também o entendimento do legislador constitucional português - v. art. 26º, n. 2.

Em suma, fala-se em direitos da personalidade como direito-condição, pois “sendo um direito em si, constitui também condição para o exercício de outras liberdades: de manifestação de pensamento, de expressão, de convicção filosófica, religiosa, crença científica e política, e de locomoção.”

Sob o manto da tutela dos direitos da personalidade são tratados em conjunto os que se destinam à proteção da esfera individual, que servem à proteção da personalidade individual dentro da vida pública, e os que se voltam à proteção da vida privada, nos quais “cogita-se da inviolabilidade da personalidade dentro de seu retiro, necessário ao seu desenvolvimento e evolução, em seu mundo particular, à margem da vida exterior.”

No decorrer do estudo, sem deixar de lado a visão de conjunto de todos os demais direitos materialmente fundamentais, até mesmo por pressupor uma análise sistêmica, faz-se referência mais freqüente à tutela dos direitos da personalidade através dos direitos consagrados no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República, que prevê: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Ao destacar os conceitos de “intimidade” e “vida privada”,⁶ de “honra” e “imagem”, o constituinte partiu do suposto de que a tutela constitucional da dignidade compreende dois aspectos: um interior e outro exterior. Este, atinente ao relacionamento do indivíduo no compartilhamento da vida social, ao grau de consideração do indivíduo perante a sociedade; e aquele respeitante à própria pessoa, ao relacionamento fechado baseado em laços familiares e de amizade.

Passa-se assim à análise individualizada, e sempre exemplificativa (até mesmo pela impossibilidade ontológica em fazê-la de forma fechada), de cada um dos direitos fundamentais singulares englobados na tutela da dignidade humana, nos lindes deste trabalho.

⁶ O direito italiano opera ainda diferenciação entre o *diritto alla segretezza*, que assinala o direito de impedir que a atividade de terceiro venha a conhecer as particularidades da vida alheia, e o *diritto alla riservatezza* (ou o *diritto al rispetto della vitta privata*), que consiste em defender a pessoa da divulgação de notícias particulares, mas legitimamente conhecidas pelo legislador. Sob pena de comprometer a sistematização terminológica do presente estudo, não adotaremos esta distinção.

2 O DIREITO À RESERVA DA INTIMIDADE

Como alerta Mota Pinto (1985, p. 505),

Definir com rigor privacidade é uma tarefa que parece raiar os limites do impossível. Há mesmo quem diga que este é um conceito ‘vazio’ ou ‘obscuro’, que, por tudo abranger, acaba por não ter conteúdo, um conceito ao qual se não deveriam abrir as portas do mundo jurídico.

De fato, a chamada “miséria da *privacy*” (Ibid, p. 506) resulta dessa dificuldade de precisar o conteúdo de um conceito que, de tão elástico, parece tudo abranger, correndo o risco de anular sua praticidade.

Não obstante a dificuldade em conceituá-la, certo é que a intimidade deve ser configurada como aquele âmbito de liberdade necessário para o pleno desenvolvimento da personalidade, que deve ser preservado de ingerências ilegítimas, e que constitui o pressuposto necessário para o exercício de outros direitos e para a participação do indivíduo em sociedade.

Com a proteção da intimidade, quer-se preservar, em suma, o direito, reconhecido a cada indivíduo, de impedir a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de obstar-lhes o acesso a informações sobre a privacidade individual, impedindo também que sejam divulgadas, sem autorização, as informações obtidas com esta intromissão (BASTOS; MARTINS, 1989, p. 63).

Na medida em que avançam os meios tecnológicos que permitem com facilidade cada vez maior o isolamento físico, e com dificuldade diretamente proporcional a independência moral e intelectual, o direito à reserva da intimidade passa a ser uma das mais relevantes facetas da tutela da intimidade, pois resguarda os momentos de encontro individual, do indivíduo consigo mesmo, o que, como assinalou Petrarca (1995, p. 300), “não significa ódio aos homens, aos quais, por fundamento, devemos pelo contrário amar como a nós mesmos; mas significa luta contra a corrupção e as misérias do mundo, contra os pecados próprios e os dos outros.”

A possibilidade de total isolamento constitui-se em fundamento da própria vida em sociedade, pois, se numa dada comunidade o homem é privado da liberdade de se isolar, “tal sociedade é uma prisão: não é sociedade; pois toda a sociedade se organiza unicamente para ampliar a liberdade dos sócios, a fim de que as suas faculdades tenham um campo maior onde possam livremente e utilmente exercitar-se.” (ROSMINI, 1948, p. 57)

Se, por um lado, é verdade que o homem é sociável por natureza, não se pode, por outro, afirmar que a sociabilidade seja o único motor do espírito humano, esgotando, por assim dizer, sua natureza. A sociabilidade procede antes da individualidade, e nela tem sua base. (DEL VECCHIO, 1961).

Portanto, o direito à intimidade abrange o interesse na subtração à atenção dos outros (anonimato num sentido *lato*) e o interesse em excluir o acesso físico dos outros a si mesmo (*solitude*). Reveste-se, portanto, de natureza física e material.

É curial, contudo, que pessoas que se encontram profissionalmente ligadas ao público, tais como políticos, artistas, não possam reclamar a proteção da imagem com rigidez idêntica à daqueles cuja vida profissional não se alimenta da publicidade, do mesmo modo que não pode reclamar idêntica tutela à reserva da intimidade aquele que se põe em local onde o caráter de espetáculo sobressai, como ocorre com desfiles de escolas de samba. Essa possibilidade de restrição à tutela da reserva da intimidade encontra fundamento na própria possibilidade de renúncia parcial (e jamais total), à tutela dos direitos fundamentais.

A intimidade é o direito em virtude do qual se excluem todas ou determinadas pessoas de nossa consciência, de nossos pensamentos, sentimentos, sensações e emoções. É o direito de viver em solidão aquela parte da vida que não se quer compartilhar com os demais, com a sociedade circundante em qualquer grau. (COLOMA, apud GÓMEZ PAVÓN, 1987).

Seguindo Ruth Gavison (1980, p. 436) na detalhada análise que faz do conceito de *privacy*, chega-se à conclusão de que dificilmente seriam levados em conta aspectos fundamentais da tutela da dignidade se restritos apenas à informação pessoal.

Busca-se, com a tutela da intimidade, a preservação da intangibilidade do mundo particular de cada um, com seus segredos lícitos e ilícitos, daquele “pequeno mundo do qual cada um é rei e senhor” (GIORGIANNI, 1970, p. 22) e que, por assim ser, cria o contexto necessário para atividades essenciais ao Homem, tais como a autoavaliação individual, o desenvolvimento de comunicações limitadas e protegidas, a promoção autônoma de sua liberdade.

O problema da tutela da reserva da intimidade foi primeiramente sentido com intensidade, por força de um jornalismo mais agressivo, com o surgimento dos chamados “mercadores de escândalos”, aliado ao salto tecnológico sensivelmente maior em relação a outros países, nos Estados Unidos, onde a consagração do *right to be let alone* enquadrou-o na tutela da dignidade

humana, culminando, em 1974, na edição do *Privacy Act*, voltado à proteção da privacidade contra atos do poder público.

Exemplo dessa consagração vem da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, no caso *Breard v. City of Alexandria* (1951), no qual, para resguardo do isolamento físico, se condenou a venda de assinaturas de periódicos por meio de vendedores que correm de porta em porta. Na oportunidade, afirmou o *justice* Reed: “As pessoas interessadas em realizar a assinatura podem fazê-lo por meios distintos desse oferecimento de cada em casa, que soem resultar muito desagradáveis”. Creemos que as comunidades que consideram como ofensivos esses métodos de venda, podem controlá-los por meio de regulamentações próprias. Creemos que seria abusar das grandes liberdades de imprensa e de palavra se as empregarmos para forçar uma comunidade a admitir as visitas reiteradas dos agentes de periódicos, contra a vontade das donas de casa e somente para favorecer a maior comercialização de ditos periódicos. Não consideramos, pois, que a condenação em questão signifique uma violação dos princípios da Primeira Emenda (KONVITZ, 1959).

Também na Europa se fez sentir a relevância dessa tutela, impondo-se na jurisprudência Italiana, a partir de 1950, o reconhecimento do *diritto alla riservatezza*, e na Francesa, mediante a expressão de ROYER-COLLARD, segundo a qual *la vie privée doit être murée*.

A criação jurisprudencial desses países influenciou diretamente o reconhecimento da reserva da vida privada em instrumentos internacionais, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁷ e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁸.

A forma pela qual foi prevista a tutela nesses instrumentos deixa entrever a necessidade de estruturá-la sobre outros direitos fundamentais paralelos, tais como a inviolabilidade de domicílio, o sigilo postal e telefônico, o direito ao nome, à honra, à reputação e ao esquecimento.⁹

⁷ Art. 12: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques” (CF).

⁸ Art. 8º: “I - Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência” (CF).

⁹ Ao comentar sobre um diploma internacional que viesse a suceder a Declaração Internacional dos Direitos do Homem da ONU, René BRUNET (**La garantie internationale des droits de l’homme: d’après la Charte de San Francisco**. Genebra : CH Grasset Editeur, 1947. p. 216) assinala que “Como corolários da liberdade individual serão reconhecidos a inviolabilidade do domicílio e a proibição de toda censura postal (salvo em tempos de guerra)”.

3. O DIREITO À INVIOABILIDADE DOMICILIAR

Encontra-se previsto no artigo 5º, inciso XI da Constituição brasileira¹⁰, como a tutela de um dos poucos lugares em que a sociedade moderna ainda permite, de ordinário, a segurança da intimidade, autorizando o ofendido a excluir de sua casa aqueles que nela tenham adentrado ou nela se encontrem sem seu consentimento. A tutela do dispositivo constitucional é potencializada pela proteção penal através da tipificação do crime de invasão de domicílio.

O domicílio é o lugar isolado do ambiente externo, destinado voluntariamente ao uso doméstico, à habitação e ao estudo profissional, de temporária permanência. É, em suma, “o elemento espacial em que mais vezes se concretiza o valor da intimidade.” (ABBAMNTE, 1954, p. 73).

Cumpra considerar que, em se tratando do interesse indígena, o domicílio reveste-se de importância singularmente maior, pois é demarcado pelo lugar necessário para a prática de atividades de subsistência, e não pelos limites formais definidos pelo homem branco.

No interior da esfera privada está o círculo concêntrico de menor raio dentre aqueles em que se desdobra a intimidade: o círculo do segredo, que reclama a proteção mais efetiva contra a indiscrição.

Frise-se que o direito ao segredo da privacidade não coincide necessariamente com o da inviolabilidade do lar, pois embora normalmente a violação do domicílio constitua uma forma de violação da privacidade, o contrário nem sempre se verifica, ou seja, nem sempre a ofensa à *privacy* ocorre mediante a violação de domicílio.

Para exemplificar o valor que o sistema jurídico de alguns países atribui à tutela de inviolabilidade domiciliar, Paulo José da Costa Júnior (1995) relata caso ocorrido nos Estados Unidos, na década de 70, segundo o qual vizinhos de determinada pessoa, residente na Califórnia, ao revolverem sua lata de lixo, suspeitaram de que lá houvesse vestígios de tóxicos, pelo que solicitaram a intervenção da polícia. De fato, após o exame dos detritos, verificou-se que se tratava de substância entorpecente de consumo ilícito. Com base na prova colhida e na lei, o juiz criminal condenou os acusados. A Suprema Corte da Califórnia, porém, entendendo que a lata do

¹⁰ Art. 5º, XI: “... a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (CF).

lixo constitui um apêndice da economia doméstica, reformou a sentença condenatória, pois a prova que a lastreava havia ofendido a *privacy* alheia.

O exemplo de COSTA JÚNIOR demonstra que a tutela da intimidade não se restringe à área reservada do domicílio, mas alastra-se para além de suas fronteiras, fazendo-se presente até mesmo nas vias públicas, na barraca de *camping*, no interior dos automóveis, ou seja, em todos os locais em que seja possível, presumir a busca do isolamento, individual ou familiar (SERPA, 1994).

A tutela da inviolabilidade de domicílio é complementada pela chamada liberdade de domicílio, que é a faculdade de determinar, segundo padrões estritamente individuais, o local do domicílio. Esse direito lança bases, em última *ratio*, na liberdade de locomoção.¹¹

4. O DIREITO À IMAGEM

Com a proteção da imagem o que se pretende repelir é a veiculação pública, não consentida, de imagens individualmente gravosas, na linha em que é tutelada com surpreendente clareza pelo Código Civil português, quando prevê:

- Art. 79: 1 - O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela, depois da morte da pessoa retratada, a autorização compete às pessoas designadas no nº 2 do art. 71 segundo a ordem nele indicada.
- 2 - Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justificarem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça ou culturais ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos ou na de fatos de interesse público ou que hajam ocorrido publicamente.
- 3 - O retrato não pode porém ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio se do fato resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada.

Para SANTORO-PASSARELLI, o direito à imagem é uma das facetas da inviolabilidade moral, tutelada pela lei de modo autônomo, que permite sua exposição fora dos casos admitidos em seu seio. “Todo indivíduo tem um direito sobre a sua imagem, parte da sua pessoa, no que

¹¹ As restrições à mobilidade dos trabalhadores eram comuns nos Estados Unidos da América após a depressão dos anos 30. Para combater a entrada, em solo norte-americano, de qualquer indivíduo que não dispusesse de bens próprios, e que assim se enquadraria no conceito de indigente. O juiz Byrnes, falando em nome de cinco Juízes, sustentou que a lei representava uma interferência inconstitucional no comércio interestatal. Assim, as pessoas que foram “despojadas de suas propriedades, que não contam com recursos para fazer frente às necessidades da vida, e que não têm parentes ou amigos capazes e desejosos de mantê-los”, podem entrar em um estado sem que se lhe oponham obstáculos. (Edwards X Califórnia. 314 US 160 1941) (KONVITZ, p. 403).

concerne ao respeito pela não utilização indevida da mesma, que é independente do seu direito à intimidade.” (MONREAL, 1974, p. 176)

Como marco histórico do reconhecimento judicial do direito à imagem, Costa Júnior (1995, p. 13) cita um julgado francês, do Tribunal Civil do Sena, de 16 de junho de 1858, que determinou a apreensão de um desenho em que se retratava a irmã de um famoso artista em seu leito de morte.

A apreensão do desenho foi justificada pela desmedida divulgação pública que dele se fizera, mediante o fundamento de que “por maior que seja um artista, por histórico que seja um grande homem, tem sua vida privada distinta da pública, seu lar separado da cena e do fórum. Podem desejar morrer na obscuridade, quando ou porque viveram no triunfo.”

A imagem, contudo, não se resume à figura da pessoa, ao seu aspecto visual exprimido pela pintura, escultura, desenho, fotografia, caricatura ou outra forma de comunicação visual, mas refere também a reprodução sonora da voz, os gestos e outras expressões dinâmicas da personalidade, compreendendo até mesmo as partes destacadas do corpo, desde que se possa identificar o indivíduo.

Embora o direito à imagem seja dos que mais tem se aproximado da tutela da intimidade da vida privada, e embora se possa inclusive falar de identidade entre a ofensa à imagem e ofensa à privacidade, deve-se entendê-los como categorias distintas e autônomas, pois nem sempre o agravo oriundo de transgressão ao direito à imagem será resultante de invasão de privacidade.

A confusão se deve, em certa medida, pela própria dificuldade de se definir privacidade, já antes demonstrada, em que incorre a Constituição brasileira ao prever no mesmo inciso, como categorias ao menos correlatas (é o que indica essa forma de sistematização do texto constitucional) o artigo 5º, inciso X.

5 O ABUSO DO DIREITO DE EXPRESSÃO

O aprimoramento incessante das técnicas de escuta e visualização a longa distância, potencializadas pelo avanço da informática, permitem aos mais variados meios de comunicação invadir, sem cerimônia, o espaço reservado à intimidade pessoal, trazendo a público detalhes que deveriam permanecer sob o manto da privacidade. Some-se a isso o papel cada vez mais

agressivo da imprensa na investigação da vida particular de políticos e demais frequentadores da *mídia*, como forma de fortalecer-se na concorrência dos meios de comunicação, ou como meio de persuadir, sem apelo racional, mas através das mais apuradas técnicas de propaganda, um público que é cada vez maior.

Não é difícil, a partir da realidade assim desenhada, fazer ideia da frequência com que se avolumam as afrontas aos direitos individuais, advindas do exercício de um direito fundamental à preservação da vida democrática: o direito de expressão, como categoria abrangente do direito de expressão de ideias e do direito de informação¹².

Já observou a Suprema Corte de Justiça Argentina que, “embora se deva evitar a obstrução da imprensa livre e suas funções essenciais, não se pode considerar com isso que a exigência de seu exercício resulte incompatível com o resguardo da dignidade individual dos cidadãos” (CSN, 1986). Em linha idêntica à que seguiu o Tribunal norte-americano do estado da Geórgia, quando decidiu:

Os que têm garantido o direito de expressão, oral, escrita e de imprensa, não devem abusar de tal direito. Nem aquele que detém o direito à intimidade deve abusar dele. A lei não permitirá o abuso nem de um nem de outro. A liberdade de expressão e de imprensa tem sido um instrumento útil para manter o indivíduo dentro dos limites de sua conduta legal, decente e adequada. E o direito à intimidade pode ser utilizado convenientemente dentro de seus limites para manter os que falam, escrevem e editam dentro dos limites legítimos das garantias constitucionais de tais direitos. Pode-se usar de um deles para moderar o outro; mas nenhum dos dois pode ser legalmente usado para destruir o outro. (COSTA JUNIOR, 1995, p. 70)

Também a 2ª Sala do Tribunal Supremo espanhol decidiu, em 3 de maio de 1986, que,

O direito à livre expressão de idéias e opiniões, com seus matizes (exercício do direito de comunicar livremente a informação, liberdade de crítica política e liberdade de difusão ideológica), tem seu limite nos direitos constitucionalmente reconhecidos, especialmente no direito à honra e, com expressividade, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ao que se remete ao artigo 10.2 da Constituição Espanhola, no sentido amplo expressado, a deveres e responsabilidades especiais, ‘para assegurar o respeito aos direitos e reputação dos demais’; trata-se, em definitivo, de um problema de limites ou de harmonização de liberdades e direitos... (LUIZ VADILLO, 1986, p. 233)

O próprio Constituinte brasileiro de 1988 foi clarividente ao prever que “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em

¹² Para Jean PRADEL, a afirmação dos direitos da imprensa deve ser conciliada com o respeito à vida privada, mediante a incriminação de certas condutas realizada com aparelhos sofisticados cujas informações serão, em seguida, publicadas.

qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. É dizer: o direito de comunicação será tutelado desde que não viole, a par de outros direitos fundamentais, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (inciso X).¹³

Embora a previsão constitucional diga respeito apenas à atividade de imprensa, no exercício do direito à informação, a coerência do sistema de tutela dos direitos fundamentais está a pedir idêntica disciplina ao direito de expressão, em sua generalidade, pois não seria coerente que o exercício do direito de expressão, se considerado como direito de expressão de ideias, por exemplo, pudesse ofender a honra pessoal, ao passo que, se considerado como direito à informação, esbarrasse nesse dispositivo constitucional.

A disciplina do artigo 220, § 1º, da Constituição brasileira, portanto, está a enformar o direito de expressão como um todo, e não apenas enquanto direito de informação que fundamenta a liberdade de imprensa.

Não se conclua, contudo, que o direito de livre expressão e direito à dignidade são contrapostos, sob pena de se comprometer a ideia de harmonia que deve permear a própria noção de sistema de direitos fundamentais, já que a massa das normas jurídicas não é um conjunto desordenado de preceitos avulsos, desprovidos de conexão uns com os outros (MOTA PINTO, 1985). Tais direitos são, em verdade, harmonicamente complementares. Ao invés de limitar a liberdade de expressão, a intimidade, a honra e todos os demais direitos englobados na noção de dignidade humana traçam os contornos em que aquele direito pode ser legitimamente exercido. Como leciona Guido Zanobini (1968, p. 12) “a ideia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado.”

O posicionamento dos limites à esfera de liberdade individual não constitui, portanto, uma compressão, uma limitação em sentido próprio, do direito à liberdade, mas sim como a definição do que são os limites necessários à esfera da liberdade tutelada, indispensável ao alcance de uma convivência social harmônica. (ALESSI, 1989). É com a adoção dessa ideia que o direito de expressão tem sua moldura gizada pelos outros direitos fundamentais que o limitam, e apenas dentro dessa moldura será direito.

¹³ O substitutivo à nova Lei de Imprensa, apresentado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara pelo deputado Vilmar Rocha, em 30 de abril de 1997, adota o entendimento de que “os conflitos entre a liberdade de informação e os direitos de personalidade, entre os relativos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, serão resolvidos em favor do interesse público visado pela informação” (artigo 26).

Dáí dizer Perraud-Charmantier que atualmente, a natureza jurídica de cada direito não é absoluta, pois todo o direito tem o seu limite, uma vez que seu exercício se encontra necessariamente imobilizado num ponto dado, quando se defronta com o direito de outrem. Se os direitos são concorrentes, são também iguais.

Em suma, nenhum direito tem uma formulação tão ampla a ponto de impedir que o direito de outros nele se complemente.

Desrespeitados esses direitos relativos à dignidade humana, a liberdade de expressão passa a ser utilizada não mais de forma legítima, mas abusivamente. De um direito juridicamente tutelado, passará a ser abuso de direito, merecedor de pronta repressão.

Fala-se assim em abuso de direito na linha em que o conceitua Antunes Varella (1991, p. 536), para quem este se mostra:

Sempre que o titular o exerce com manifesto excesso dos limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes, ou pelo fim econômico ou social desse direito. Não é necessária a consciência, por parte do agente, de se excederem os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito; basta que, objetivamente, se excedam tais limites.

É necessária, em suma, “a existência de uma contradição entre o modo ou o fim com que o titular exerce o direito e o interesse ou interesses a que o poder nele consubstanciado se encontra adstrito”, levando Champion (1932, p. 36) a afirmar que há abuso de direito quando aquele que o titulariza o usa de tal forma que a toda a vida em sociedade, ou a cada um individualmente, seria impossível utilizá-lo de forma idêntica.

As situações de abuso de direito serão configuradas, portanto, sempre que se verificar o extrapolamento dos limites impostos a esse direito pelos demais direitos sistemicamente considerados.

Esse choque do exercício do direito com os contornos que lhe são precisados pelo sistema jurídico ocasiona o que se qualifica, com Canotilho (1991, p. 657), como colisão de direitos, ocorrida “quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”. Não há aqui um cruzamento ou acumulação de direito (como na concorrência de direitos), mas um “choque”, um autêntico conflito de direitos.

Partindo da proposta metodológica de Canotilho (1991, p. 657) conclui-se que o choque entre os direitos que informam a dignidade humana e o direito de expressão configura uma colisão de direitos entre vários titulares de direitos fundamentais, e não uma “colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado”. Esta se verifica, por exemplo, nos tombamentos de imóveis, quando o resguardo da propriedade privada é suplantado pelo interesse cultural, impondo ao proprietário do bem tombado uma limitação ao seu tradicional direito de usar, fruir e dispor de seu bem (*ius fruendi, utendi et abutendi*).

A própria teoria do abuso de direito como vertente das colisões entre direitos faz ver que esses choques não ocorrem no âmbito da previsão legal, onde o conflito é meramente aparente, pois “o Direito nunca é duvidoso, a prova é que pode não oferecer uma conclusão” (MACHADO, 1987, p. 59). O conflito sempre se verifica no nível dos fatos.

Não é por outra razão que Antoine Bardesco (1913) ressalta que as verdadeiras medidas dos direitos individuais apenas serão encontradas em função de seu fim econômico e social. Para cada direito, será necessário colocá-los na balança para identificar se seu exercício é legítimo ou abusivo.

A identidade hierárquica de amparo normativo reconhecida ao direito à dignidade e ao direito à informação, em caso de colisão, faz necessário adotar a ideia de interesse preponderante, mediante o sopesamento do interesse coletivo na informação, e o interesse individual representado pela honra e pelos demais direitos concorrentes à tutela de dignidade, como a intimidade pessoal e familiar e a própria imagem.

Além de ser ingênua a tentativa de prever, num sistema fechado de direitos fundamentais, todos os limites ao exercício de determinado direito — pois esbarraria em obstáculo idêntico ao da lei que pretende prever todas as nuances do comportamento humano, engessando sua aplicação até a exclusão, ao máximo, de qualquer esforço exegético — não há como negar a inutilidade desse esforço, pois, como assinala García-Pablos De Molina (1985, p. 216), o problema de qualquer direito não é seu reconhecimento legal, mas sua “vivência efetiva”, pois o problema dos direitos e liberdades é o problema de seus limites. A tradicional postura de afirmar a existência de limites naturais peca pelo idealismo, já que se trata de limites naturais, logicamente são admitidos por todos, logo o excesso é patológico; oferecem assim uma visão idealizada da sociedade, e legitimam o exercício do *jus puniendi* como direito repressivo e restritivo. De outra parte, o conhecido princípio “teu direito termina onde começa o dos demais”

é, no fundo, vazio de conteúdo; é tanto como dizer: “meu direito começa onde acaba o teu”, o que também não soluciona nada (MOLINA, 1985, p. 216).

Se a colisão se origina nos fatos, sendo consenso a inutilidade da rigidez decorrente da limitação legal exacerbada, a solução, em suma, deve ser adotada à vista do sopesamento dos interesses em conflito. Os eventuais conflitos entre o direito à dignidade e o direito de livre expressão deverá resolver-se mediante a ponderação dos interesses em jogo. Quando o interesse à informação seja prioritário à proteção outorgada à intimidade, esta deve ceder em benefício do direito à informação. Nesses casos, deve ficar comprovado que no caso concreto, as circunstâncias em que se deu a intromissão na intimidade estavam a justificá-la. (GOMÉZ PAVÓN, 1989, p. 80).

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional da Espanha, em 17 de julho de 1986, decidiu que no confronto entre o direito à honra e o direito à informação “é necessária uma ponderação casuística entre um e outro, cabendo aos órgãos judiciais realizar a interpretação mais favorável ao direito fundamental e a seus efeitos sobre as normas penais que o limitam” (VADILLO, 1986, p. 235).

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais, considerados direitos *prima facie* enquanto pertencentes apenas ao domínio normativo, passam a ser direitos definitivos apenas após a ponderação feita em face de circunstâncias concretas (CANOTILHO, 1991). “O *Tatbestand* (o domínio normativo) de um direito é também sempre, em primeiro lugar, um domínio potencial, só se tornando um domínio actual, depois da averiguação das condições concretamente existentes” (1991, p. 660).

Exemplo maior desse sopesamento de direitos diante da concretude dos fatos é o colhido da jurisprudência norte-americana mediante o emprego da fórmula do *clear and present danger* que, por ser assim genérica, constitui instrumento aplicável em todos os casos em que seja levantado o abuso do direito de expressão. Relembre-se o que foi afirmado pelo juiz Holmes no caso *Schenck v. United States*:

A mais severa proteção à liberdade de palavra não protegeria um homem, num teatro, de um alarme de falso fogo que viesse a causar pânico. Nem mesmo protege o homem de um mandado contra palavras pronunciadas que possam ter todos os efeitos de força... A questão, em cada caso, é se as palavras são usadas em tais circunstâncias e se são de tal natureza que criam um claro e iminente perigo sobre os males substantivos que o Congresso tem o direito de impedir. É uma questão de proximidade e de grau.

A regra do *clear and present danger* é exemplo da consequência da aplicação da teoria do abuso do direito, pois é “nascida da observação dos casos concretos, fixando o que há de estável na sua variabilidade, para consubstanciar-se na lei, formando, por assim dizer, um direito-tipo, ao qual, em cada caso, procuram ajustar-se os direitos-hipóteses” (AMERICANO, 1932, p. 28)¹⁴.

A sistematização dos direitos tem de construir-se com base na harmonização de direitos, e, em sendo necessária a prevalência de um bem em relação ao outro, a preponderância de um ou outro direito somente poderá ser afirmada em face de circunstâncias concretas.

O fato de a ponderação ocorrer frente às circunstâncias concretas não exclui a possibilidade de esse juízo ser estabelecido, não totalmente, mas em certa medida, em nível legislativo (à vista dos casos mais frequentes), sem exclusão da função criadora da jurisprudência (CANOTILHO, 1991), sob pena (i) de se pôr em risco a integridade do exercício desse direito individual; (ii) de se criar profunda instabilidade em sua regulamentação, retirando do cidadão o controle da repercussão jurídica (até mesmo por ausência de previsibilidade) de seu ato¹⁵.

¹⁴ Nesse sentido, fazendo uma resenha da legislação espanhola, traça lista exemplificativa das condutas que podem ser consideradas legítimas e das que podem ser tidas por ilegítimas, no choque entre direito à dignidade e direito de expressão. Seriam legítimas: “a) as autorizadas ou acordadas pela autoridade competente de acordo com a lei; b) quando exista um interesse histórico, científico ou cultural relevante que predomine sobre a intromissão; c) a reprodução ou publicação de imagens captadas durante um ato público ou em lugares abertos ao público; d) a captação, reprodução ou publicação, por qualquer meio, da imagem de pessoas que exerçam um cargo público ou uma profissão de notoriedade ou projeção pública; e) a utilização da caricatura de ditas pessoas, de acordo com o uso social; f) a informação gráfica sobre um acontecimento público, quando a imagem de uma pessoa apareça como meramente acessória”. Por outro lado, consideram-se ilegítimas as seguintes condutas: “a) a divulgação de fatos relativos à vida privada de uma pessoa ou família, que afetem sua reputação ou bom nome, assim como a revelação ou publicação do conteúdo de cartas, memórias ou outros escritos de caráter íntimo; b) a captação, reprodução ou publicação, por fotografia, filme ou qualquer outro procedimento, da imagem de uma pessoa em lugares ou momento de sua vida privada ou fora dela; c) a utilização do nome, da voz ou imagem de uma pessoa para fins publicitários, comerciais ou de natureza análoga; d) a divulgação de expressões ou fatos concernentes a uma pessoa quando a difame ou a desmereça perante a consideração alheia”.

¹⁵ Nesse sentido, ao comentar substitutivo de sua autoria ao anteprojeto da nova lei brasileira de imprensa, assinala o Deputado Vilmar Rocha: “No momento em que a informação é um dos maiores bens de apreciação econômica e de significação social, é muito importante deixar presente que não existe supremacia da liberdade de imprensa sobre a honra dos cidadãos. É preciso que haja previsibilidade dos limites de veiculação da notícia. E não se pode esperar que os abusos sejam contidos apenas pela autoconsciência dos valores éticos que norteiam a atividade jornalística” (LIBERDADE de imprensa e cidadania. **Folha de São Paulo**, 8 maio 1997, p. 1-3. Tendências/Debates).

REFERÊNCIAS

ABBAMONTE, Giuseppe. **Libertà e convivenza**. Napoli: Casa Editrice Dott, Eugenio Jovene, 1954.

AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1932.

BARDESCO, Antoine. **L'abus du droit**. Paris: V. Giard & Brière, 1913.

_____. Retirado do *arrêt* de 8 de maio de 1876 da Corte de Cassação francesa.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. 2 v.

BRUNET, René. **La garantie internationale des droits de l'homme**: d'après la Charte de San Francisco. Genebra: CH Grasset Editeur, 1947.

COLOMA, Romero. Derecho a la intimidad, a la infirmación y processo penal., 1987. Citado por GÓMEZ PAVÓN, Pilar. **La intimidad como objeto de protección penal**. Madrid : Akal/Iure, 1989.

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

DEL VECCHIO, Giorgio. Direito, sociedade e solidão. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. 1961. 37 v.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. Derecho al honor y libertad de expresión. In: **LIBERTAD de expresión y derecho penal**. Madrid: Edersa, 1985.

GAVISON, Ruth. **Privacy and the limits of law**. Yale: L.J., 1980.

GIORGIANNI, Michelle. **La tutela della riservatezza**. RTDPC, 1970.

KONVITZ, Milton. **La libertad en la declaración de derechos en los Estados Unidos**. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1959.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**. Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

MONREAL, Eduardo Novoa. La 'vida privada' como bien jurídicamente protegido. Nuevo pensamiento penal. **Revista de Derecho y Ciencias Penales**, Buenos Aires, 1974.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo; OLIVEIRA, Nancy M. M. Nicolas. Valor e valoração na relação entre função social do direito de propriedade imobiliário e o trabalho. In: I Congresso Internacional de Direito e Marxismo, 2011, Caxias do Sul. **I Congresso Internacional de Direito e Marxismo**. Caixas do Sul: Editora Plenum, 2011.

PETRARCA, Francesco. **De vitta solitaria in prose**. Ricciardi: Milão, 1955.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Editora Coimbra, 1985.

ROSMINI, Antonio. **Ragionamento sul comunismo e socialismo**. Pádua: B. Brunello, 1948.

SÉLLOS, Viviane. **O Problema Da Dignidade Humana e os Projetos Para Erradicação Da Exploração Do Trabalho Infantil**. In: Anais do CONPEDI. Florianópolis: Boiteux, 2006. <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/trabalho_justica_viviane_gondim.pdf> Acesso em: 05 abr. 2017.

_____. **Da interpretação constitucional: regras adequadas à atualidade** (por uma nova hermenêutica). 2. ed. Rio de Janeiro: Clássica, 2008.

SERPA, José. **Direito à imagem, à vida e à privacidade**. Belém: CEJUP, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. Malheiros. 2007.

VARELLA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991. 1 v.

ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**. v. 4. Milão: Giuffré Editore, 1968.

José Afonso da SILVA. **Direito constitucional positivo**. Malheiros. 2007. p. 40.

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