

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

JONATHAS LUIZ SILVA

**A AUTONOMIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM CONFLITO COM OS
DIREITOS DE PERSONALIDADE**

RECIFE
2016

JONATHAS LUIZ SLVA

**A AUTONOMIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM CONFLITO COM OS
DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

RECIFE
2016

Silva, Jonathas Luiz.

A autonomia da liberdade de expressão em conflito com os direitos de personalidade.
/ Jonathas Luiz Silva. – Recife: O Autor, 2016.

50 f.

Orientador(a): Prof^ª. Dra. Renata Cristina Othon de Andrade.

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho
de conclusão de curso, 2016.

Inclui bibliografia.

1. Liberdade de expressão. 2. Direitos de personalidade. 3. Tolerância. I. Título.

34 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)

Faculdade Damas
TCC 2016-440

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO
CURSO DE DIREITO

JONATHAS LUIZ SLVA

A AUTONOMIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM CONFLITO COM OS
DIREITOS DA PERSONALIDADE

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Orientador (a)

RESUMO: Atualmente, intensos debates sobre o limite da liberdade de expressão, opinião e pensamento estão sendo travados. Os meios de comunicação revolucionaram de modo que as pessoas passaram de simplórios receptores de informação à fornecedores de informação, nos levando a questionar como direito visa o limite da autonomia da liberdade de expressão e pensamento na proteção do direito da personalidade?

Através do método explicativo argumentativo busca-se identificar os fatores que ocasionaram esse fenômeno, tendo por justificativa o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o discurso de ódio, ressaltando os limites de liberdades de expressão, opinião e pensamento, e refletindo sobre a necessidade de diferenciar a tolerância do descenso, a examinar a impossibilidade de tolerar a intolerância.

Diante disso o presente trabalho tem por objetivo demonstrar que por mais tênue que seja há um paradigma para a resolução deste conflito entre a liberdade de expressão e o direito da personalidade, trazendo uma caracterização do que seria liberdade de expressão e o direito a personalidade do indivíduo, também analisaremos o conceito de discriminação e demonstraremos como o nosso ordenamento tenta evitar essa prática e por fim demonstraremos o fenômeno epistemológico jurídico, sob uma ótica inter-relacionada com a ideia de “minoridade e maioria”, constituindo um paradigma do limite da autonomia da liberdade de expressão em detrimento do direito da personalidade.

Palavra Chave: Liberdade de Expressão. Direitos da Personalidade. Tolerância.

SUMMARY: Currently, some intense discussions are happening about the limits of the freedom of expression, opinion, and thoughts. The media caused such a revolution, that people went from simple "receivers" to "Suppliers", as far as Information is concerned, taking us to question one thing: How does the law aim the limit of the freedom of expression's autonomy on the protection of the personality rights?

By the explanatory-argumentative method, we seek to identify the factors that caused this phenomenon, having by justification the current positioning of the Supremo Tribunal Federal (Brazilian's Supreme Court) about the hatred speech, pointing up the limits of the freedom of expression, opinion, and thoughts, and reflecting about the necessity of make some difference between the tolerance and the lack of common-sense, to examine the impossibility of support the intolerance.

On the face of these facts, the current work has a purpose of demonstrate that, as thin as it seems, there is a paradigm for the resolution of this conflict between the freedom of expression, and the personality rights, bringing some definition about the concepts of freedom of expression, and the personality rights of a person.; we also are going to analyze the concept of discrimination and show how our planning tries to avoid this practice, and to conclude, we will show the epistemologic legal phenomenon, through a inter-related minority-majority's idea, as a part of a paradigm of the limit of the freedom of expression's autonomy, in face of the personality rights.

Keyword: Freedom of Expression. Personality Rights. Tolerance.

SÚMARIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 DO RECONHECIMENTO DA LIBERDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL	11
2.1 LIBERDADE.....	13
2.2 DISTINÇÕES ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO, PENSAMENTO E INFORMAÇÃO.....	14
2.2.1 LIBERDADE DE INFORMAÇÃO.....	14
2.2.2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	16
2.2.3 LIBERDADE DE PENSAMENTO E OPINIÃO	17
2.3 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	19
2.3.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE: DA VIDA PRIVADA E DA INTIMIDADE...21	
2.3.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE E A HONRA.....	22
2.3.3 DIREITO A PERSONALIDADE E A IMAGEM.....	23
2.3.4 ANÁLISE DA ADI 4815.....	24
3 DISCRIMINAÇÃO	26
3.1 A PROIBIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO.....	27
3.2 DISCRIMINAÇÃO FORMAL E SUBSTANCIAL.....	28
3.2.1 DISCRIMINAÇÃO E DESIGUALDADE.....	29
3.2.2 DISTINÇÃO ENTRE PRECONCEITO E RACISMO.....	30
3.2.2.1 PRECONCEITOS.....	30
3.2.2.2 RACISMO.....	31
4 DOS CONFLITOS ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE	34
4.1. DISCURSO DE ÓDIO.....	38
4.2 DA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS INERENTES DA LIBERDADE E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	39

4.2.1 MÉTODO DE PONDERAÇÃO.....	40
5. CONCLUSÃO.....	43
6 REFERÊNCIAS.....	47

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, intensos debates sobre o limite da liberdade de expressão, opinião e pensamento estão sendo travados. Os meios de comunicação revolucionaram de modo que as pessoas passaram de simplórios receptores de informação à fornecedores de informação, e suas referidas aplicações trouxeram duas principais vertentes: A primeira, que consiste em um falso senso de impunidade, onde se fala o que bem entende, violando assim os direitos da honra e dignidade da pessoa.

A segunda denota uma uniformidade de pensamento, de modo que qualquer coisa contrária a um determinado tema faz de seu orador um preconceituoso, ou seja, essas duas vertentes denotam um conflito entre os direitos da personalidade das pessoas ofendidas e o limite da liberdade de expressão, uma vez que a falsa sensação de impunidade e a uniformidade de pensamento nos leva a questionar: Como o direito visa o limite da autonomia da liberdade de expressão e pensamento na proteção do direito da personalidade?

Pensar é o que nos diferencia dos demais seres, sendo fundamental para sua realização e servindo de estrutura para uma sociedade justa como o filósofo John Milton (1644) versou: "deem-me acima de todas as liberdades, a liberdade de saber, de falar e de discutir livremente, de acordo com a minha consciência", ressaltando a importância da liberdade na formação do ser.

Essas liberdades figuram entre os direitos fundamentais correntes de instrumentos internacionais como a declaração dos direitos humanos que versam. Todo homem tem direito a liberdade de opinião e expressão, este direito inclui a liberdade sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transferir informações e ideais por quaisquer meios independentes de fronteiras e pátrios como afirma o art. 5, inciso VI "É livre a manifestação do pensamento, sendo vetado o anonimato". Assim como a constituinte protege as prerrogativas individuais inerentes à intimidade das pessoas, em seu art. 5, X expressa: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

A justificativa nasce de um fenômeno jurisdicional jurídico, sobre a excessiva pretensão de dogmatização das relações cotidianas, também sobre o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do discurso de ódio, o qual levou a

questionamento a respeito dos problemas e limites de liberdades de expressão, opinião e pensamento, obrigando por assim, refletir sobre a necessidade de diferenciar a tolerância do descenso, a examinar a impossibilidade de tolerar a intolerância. Assim também sobre o posicionamento do próprio STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815 declarando nos moldes dos artigos 20 e 21 na consonância na liberdade de expressão na atividade artística, intelectual, científica e de comunicação. Independentemente de censura ou licença do bibliografado no tocante a criação de obras biográficas literárias ou audiovisuais, declarando improcedente a autorização prévia para a publicação de biografias, ou seja, torna-se evidente o conflito entre o direito de personalidade e a liberdade de expressão.

Sobre essas desigualdades, Rousseau as divide em duas: Uma física ou natural, pois é estabelecida pela natureza; E outra moral ou política, tendo essa, relação na espécie de convenção, sendo assim estabelecida pelo consentimento dos homens.

Afirmando assim que independente das relações que se instaure a desigualdade, ela sempre existirá.

Diante dessa complexidade o presente trabalho tem por objetivo demonstrar que por mais tênue que seja há um paradigma para a resolução deste conflito entre a liberdade de expressão e o direito da personalidade inerente a todo a cidadão, para que a sociedade seja mais consciente dos limites de sua liberdade de expressão e entendendo que não é porque alguém se posiciona diferente, que isto se constitui na violação de direitos e garantias da honra e da individualidade do ser.

Alguns fatores limitam essas liberdades tais como: A impossibilidade do contraditório, entendido que, diante uma sociedade com diversidade de consciência e de grupos societários, instituir um único parâmetro moral e lógico universal torna-se uma utopia, de forma que, o que é certo para mim não é para o outro e vice-versa, tendo em vista que o indivíduo respeite as liberdades do outro.

O ilustríssimo Mendes ao falar sobre essa uniformidade de pensamento traz um reflexão de modo que fazemos parte de uma sociedade multicultural e complexa, e tentamos ainda compreender a real dimensão das manifestações racistas, que representam graus de ameaça a liberdade e a igualdade. Neste contexto, a tolerância das sociedades multiculturais é o cerne das questões a que este século nos convidou a enfrentar em tema de liberdade e pensamento.

O conflito de textos normativos, traz a sociedade a uma violação da quebra de direitos, quando a mesma não houve; a exemplo do art. V, inciso VI o qual adversa o seguinte trecho “é livre a manifestação, sendo vetado a anonimato”, com o do inciso IV do mesmo artigo onde "são invioláveis a intimidade a vida privativa, a honra e a imagem das pessoas [...]”. Então, se o pensamento infringir o exposto acima, mesmo que não seja anônimo, é proibido.

Dessa forma busca-se entender que as divergências de pensamentos sempre houveram, porém nunca chegaram a essa atual conjuntura de intolerância, ocasionada pela fragilidade de ideais aos quais as pessoas se acomodam.

Neste sentido, vislumbram-se os aspectos especiais do tema apresentado: No primeiro capítulo traremos uma caracterização do que seria liberdade de expressão e o direito a personalidade do indivíduo; Como forma de entender este conflito instaurado, teremos como parâmetro a análise do STF sobre a autorização prévia de obras de biografias de seus bibliografados, uma vez que tal inferência denota de fato, tal conflito.

No segundo capítulo, traremos o conceito de discriminação e demonstraremos como o nosso ordenamento tenta evitar essa prática, uma vez que na contemporaneidade essa ideia manifesta-se com cunho pejorativo sobre determinados grupos, decorrendo assim de desvantagens e sendo tal conduta totalmente contrária ao princípio da igualdade tão defendida nestes tempos atuais.

No terceiro capítulo, Demonstraremos o fenômeno epistemológico jurídico, sob uma ótica inter-relacionada com a ideia de “minoría e maioria”, de forma a priorizar até que ponto na busca de um direito ou na sua permanência haja uma real democracia, na busca de novos direitos e no fortalecimento de preceitos antigos. Analisaremos também o paradigma do limite da autonomia da liberdade de expressão em detrimento do direito da personalidade, versando se dentro dos moldes constitucionais, tanto um quanto outro – no tocante aos respectivos direitos fundamentais – são passíveis de harmonia.

2 DO RECONHECIMENTO DA LIBERDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Vivemos a era das constituições principiológicas, sendo inegável a importância dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico vigente (embora que nenhum direito seja absoluto), por mais teor fundamental que possua, inferindo então que todo o direito corresponde a um dever, de acordo com renomado Miranda:

Os direitos fundamentais, ou pelo menos os imediatamente conexos com a dignidade da pessoa humana, radicam no Direito natural. Isto posto, os direitos fundamentais têm relações diretas ou indiretas com os direitos humanos à medida que são constituídos em decorrência daqueles. São consequências no plano jurídico, principalmente no constitucional, do desenvolvimento histórico, político e social dos direitos humanos, buscando aplicabilidade e proteção legal dos mesmos (MIRANDA, 2000. p. 53).

Os Direitos Fundamentais são resultados da relação histórica entre o homem e o estado, decorrente de um processo lento. Com o estado liberal do século XIX, surgem os direitos fundamentais, porém, sua trajetória evolucionista ocorreu muito tempo antes: Os direitos obtidos – tais como: A liberdade de expressão, opinião e pensamento, possuem eficácia plena, de forma que, se há um limite para a liberdade de expressão, ele decorre da constituinte no tocante a imagem, assim como direitos a honra, éticos, sociais, entre outros. O STF colocou seu posicionamento sobre a fundamentação da matéria:

Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica (A IGUALDADE, O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO E AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, À LUZ DA TEORIA CRÍTICA, 2008).

Ao citar que um tema possui características de fundamento, nota-se que o mesmo possui concepções jus naturalista, afirmando serem esses direitos inatos, absolutos, invioláveis e imprescritíveis, nas palavras de Afonso da Silva, que por sua

vez, complementa relatando que esses direitos são baseados na historicidade, inalienabilidade, imprescrição e irrenunciabilidade.

Há o que chamamos de uma progressividade, que caracteriza-se por serem dogmatizadas como as cláusulas pétreas do art. 60 § 4 da constituição, não podendo as mesmas serem objetos de deliberação de reforma constitucional no sentido de abolir, porém podendo ser aplicadas quando a matéria for ser atualizada. Nisto, Lopes relata essa progressividade da seguinte forma:

Os direitos da primeira geração possuem aplicabilidade imediata, os da segunda e terceira gerações estão sujeitos a uma progressividade, traduzida em normas programáticas cuja aplicação concreta encontra-se condicionada ao desenvolvimento de políticas legislativas posteriores, que lhes darão viabilidade material (LOPES, 2001, p. 180).

Um regime geral de direitos fundamentais salienta, segundo o renomado Canhotinho um caráter intemporal e universal destes direitos, ou seja, esses direitos são garantidos a qualquer tempo e serve para todos os povos. Este renomado autor traz uma perspectiva interessante a esses direitos no tocante as suas funções desde direitos fundamentais, afirmando que:

Primeiramente, a função de defesa ou de liberdade, proibindo o poder público de ingerir na vida jurídica individual do cidadão e de proporcionar positivamente os direitos fundamentais. Em segundo, a função de prestação social, isto é, o Estado deve proporcionar ao particular saúde, educação e segurança, em sentido estrito. A terceira se dá pela função de proteção do indivíduo perante terceiros, como o asilo inviolável e o direito à vida que deve ser protegido em face de eventuais agressões de outros indivíduos. E finalmente, a função de não discriminação, que nasce do princípio da isonomia, ou seja, o Estado deve tratar igualmente seus cidadãos (CANHOTINHO, 1997, p. 359).

Salientamos que os direitos fundamentais são estabelecidos antes da própria constituição do estado, e sua violação constitui um deterioramento dos moldes da constituinte, sendo a liberdade de expressão, opinião e pensamento, um preceito para a própria dignidade da pessoa humana.

Porém, como será discutida, anteriormente deve haver um limite, devido a certos conflitos de normas constitucionais, pois de igual forma, o direito a essas liberdades constitui fundamento à honra da pessoa.

2.1 Liberdade

A liberdade é inerente ao ser humano, sendo essencial a vida, servindo como base garantidora de direitos, positivada em quase todos os países por possuir alcance universal na esfera ética e moral comum a todos, sendo esse direito apresentado de forma muito abrangente, ou seja, que pertença a todos e que não admita distinções em relação a cor, sexo, raça, religião, opinião, nacionalidade, língua, status financeiro, dentre outros.

A distribuição de informação e ideias é um direito inerente a todos, permitindo assim dizer a outros o que se tem em mente, através de uma análise particular de certo tema ou através do que os meios de comunicação nos forneçam, constituindo uma reafirmação dos direitos garantidos pela constituinte em seu Art. 5º, IV, V, VI, IX, XIV, sendo assim a liberdade em caráter amplo, uma ferramenta que permite a qualquer indivíduo o acesso a informação sobre diferentes pontos de vista. Assim como o artigo 220 da Constituinte, descreve que "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", a liberdade tornou-se uma expressão elevada pela constituinte à hierarquia de uma cláusula pétrea internacional, sendo tal garantia devidamente assegurada e jamais retirada da constituinte.

A Comissão dos direitos humanos da ONU definiu o termo "Expressão" como qualquer ideia ou opinião que possa ser comunicada, sendo este generalizado e não limitado, indo desde temas de níveis artísticos, políticos e culturais a expressões falsas e controversas; Assim, poderíamos dizer que o fato de uma ideia causar controvérsia ou ser tida como incorreta não justifica a sua censura.

Nestes termos, os ilustríssimos Mendes, Coelho e Branco afirmaram:

A par disso tudo, a restrição ao direito de se expressar livremente representa um exercício de violência, por parte de quem promove a censura, seja o Estado ou o próximo, na medida em que viola a abrangência totalizante da dignidade da pessoa humana, visto que a liberdade propugna pela auto realização da pessoa humana (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 359).

O direito a liberdade de expressão impõe ao estado uma obrigação normativa de que os obstáculos a essa liberdade sejam removidos, garantindo o direito das vozes de uma minoria, bem como o direito da pessoa discordar dessas vozes. No

entanto, a busca por certas liberdades de interesses coletivos serve como instrumento adequador do fato e do direito, gerando assim uma positivação atualizada da realidade dos novos tempos.

2.2 Distinções Entre a Liberdade de Expressão, Pensamento e de Informação.

Para um estado democrático de direito, um dos aspectos fundamentais para a garantia da nação é a liberdade de expressão, opinião e pensamento. Pois não há que se falar em democracia sem que se obtenha a plena liberdade de se expressar e pensar, e dos mecanismos necessários para obter essa informação; contudo, embora o tema possua determinada sintonia, faz-se necessária a distinção dessas liberdades.

2.2.1 Liberdade de Informação

A atividade imprescindível para a formalização de um estado democrático de direito é a participação popular, esta só é possível no momento em que o indivíduo tem conhecimentos de fatos e notícias. Uma das características da constituinte de 1988 é a sua publicidade, através dela todos sem qualquer distinção tem acesso a carta magna, tendo o indivíduo plena capacidade de saber seus direitos e compartilhar com outros, assim também os meios de comunicação introduzem em nós bombardeiros de informações acerca de vários temas, como: esporte, política, cultura, economia, lazer, saúde entre outros; Podendo o indivíduo livremente informar a outros criando uma opinião pública.

A informação deve ser entendida como o comportamento de todos aqueles fatos e notícias, que geram a opinião pública e se utilizar de todos os meios possíveis, de forma livre para a estruturação de uma informação sem fraudes ou manipulações. Podemos então falar, que existem vários tipos de informação. A primeira é a individual, relativa às pessoas do seu cotidiano, a segunda é a estatal, aquela produzida pelo estado, e a terceira, a informação massiva, que está vinculada aos meios de comunicação em massa.

Atualmente através dos meios de comunicação e dos avanços tecnológicos, sociais e econômicos, a liberdade de informação absorveu um caráter coletivo, de modo que toda a sociedade requer acesso a essas informações, para a construção de um Estado Democrático de Direitos e Garantias, ao contrário do que acontecia nos movimentos revolucionários do século XVIII, onde a liberdade estava manifestada através de uma noção de individualismo.

Sobre o acesso a informação coletiva, o renomado Afonso José diz que:

Nesse sentido, a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência da censura, respondendo cada um pelos abusos que cometerem (SILVA, 1988, p.249)

Percebemos então que, na própria liberdade encontra-se a ideia de que o direito a informação não é pessoal, mas coletivo, pois constitui-se em um direito do povo ser bem informado, constituindo assim duas esferas: Uma é o liberdade de informar e a outra é o direito de ser informado. Sobre a primeira esfera, Jonatas Machado traz uma excelente explanação:

Relativamente ao direito de informar, o mesmo encontra-se intimamente relacionado com a liberdade de imprensa e de comunicação social e com os direitos dos jornalistas. No entanto, importante salientar que, particularmente no domínio da autodeterminação político-democrática da comunidade, as ideias de verdade e objetividade, a despeito de suas limitações, assumem centralidade como instrumentos de salvaguarda de bens jurídicos de natureza individual e coletiva. Isso se traduz na existência de uma obrigação de rigor e objetividade por parte das empresas jornalísticas e noticiosas para além de uma obrigação de separação, sob reserva do epistemologicamente possível, entre afirmações de facto e juízos de valor, informações e comentários (MACHADO, 2002, p. 474-475).

A segunda esfera compreende o direito coletivo de acesso à informação. De igual forma, o autor supracitado, assim versa:

Através deletem-se procurado ampliar a autonomia individual nos processos de formação de preferências e opiniões e reforçar a posição dos cidadãos em face dos meios de comunicação social, servindo o mesmo de justificação para a existência de um serviço público de rádio e de televisão, ou, pelo menos, de uma criteriosa regulamentação das atividades jornalística, de radio fusão e de radiotelevisão, no sentido de garantir um serviço informativo e formativo de qualidade (MACHADO, 2002, p.476).

As informações constituem-se em um poder, podendo tanto influenciar como mudar a sociedade, trazendo consigo uma relação de caráter coletivo. Além do poder

de informar e ser informado, há doutrinadores que trazem uma terceira esfera, que compreende o direito do indivíduo buscar essa informação. Nestes termos o ilustríssimo, Vidal Serrano Nunes Junior, discorre:

O direito de se informar traduz igualmente uma limitação estatal diante da esfera individual. O indivíduo tem a permissão constitucional de pesquisar, de buscar informações, sem sofrer interferências do Poder Público, salvo as matérias sigilosas, nos termos do art. 5º, XXXIII, parte final (NUNES, 2008,p.245).

Sobre essa mesma temática, Farias e Adilson afirmam que:

Se a liberdade de expressão e de informação, nos seus primórdios, estava ligada à dimensão individualista da manifestação livre do pensamento e da opinião, viabilizando a crítica política contra o *ancien regime*, a evolução daquela liberdade operada pelo direito/dever à informação, especialmente com o reconhecimento do direito ao público de estar suficientemente e corretamente informado; àquela dimensão individualista-liberal foi acrescida uma outra dimensão de natureza coletiva: a de que a liberdade de expressão e informação contribui para a formação da opinião pública pluralista – esta cada vez mais essencial para o funcionamento dos regimes democráticos, a despeito dos anátemas eventualmente dirigidos contra a manipulação da opinião pública (FARIAS,ADILSON,2000,p.166-1667).

Através do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é que se decorre a liberdade de informação, como denota a constituinte de 88; No entanto podemos ressaltar que a difusão e o acesso à informação, são fundamentais para o desenvolvimento do ser. Além do que, encontra-se enaltecido em seu artigo 5º, inciso IV, a liberdade de manifestação de pensamento, e em seus incisos XIV e XXXIII, o direito coletivo à informação.

2.2.2 Liberdade de Pensamento e Opinião.

Pensar é o que nos faz humanos e diferencia-nos das demais espécies. Nos torna seres únicos, racionais, capazes de escolher aquilo que bem quisermos, abrangendo toda a forma de sentimento do homem, desde dizer que escolhemos qual religião seguir, qual área se profissionalizar, indo até qual estilo usar, qual comida é mais saborosa, ou seja, é o lugar onde o indivíduo encontrará sua consciência e seus valores.

Na nossa consciência surge o pensamento. Enquanto ele não é externado, diz respeito apenas ao indivíduo, ou seja, sua particularidade. Esta liberdade encontra seu colarinho lógico na liberdade de consciência, em escolher qual segmento da vida o indivíduo pode tomar, na sua particularidade, não trazendo nenhuma relevância para a sociedade. Pelo fato do homem possuir característica social, é natural que o mesmo tenha o interesse de propagar seu pensamento, e nisto entra a liberdade de pensamento como forma de garantir o direito de propagar suas opiniões, sob forma de valores ideológicos do particular ao coletivo.

Podemos ver de fato essa liberdade de pensamento e opinião, quando é permitida através de textos normativos a possibilidade de o indivíduo externar seu pensamento. Nestes termos, o renomado Pedro Frederico Caldas versa que “(...) que a forma de manifestação de pensamento, resume a própria liberdade de pensamento, encarada, aqui, como manifestação do fenômeno social.”

A constituinte em seu Art. 5, inciso IV que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato, no inciso VI versa sobre a liberdade de cultos religiosos e a liberdade de consciência, assim como no caput do seu artigo 1º, que se assegura a liberdade de pensamento, nota-se que a constituinte fez questão de deixar expressa a importância da liberdade de pensamento e opinião na formação do indivíduo na sociedade.

2.2.3 Liberdade de Expressão

Como aplicabilidade da liberdade anteriormente descrita, a liberdade de expressão consagra a liberdade de opinião e pensamento na Carta Magna de 88. Se partimos da prerrogativa de que o indivíduo tem o direito de pensar e ter opinião sobre determinado tema, nada mais justo que o mesmo possua o direito de expressar esse pensamento e opinião. Sobre isso, os renomados Araújo, Luiz, Nunes, na sua obra de Curso de Direito Constitucional, atribuem que “(...) pode manifestar-se por meio de juízos de valor ou da sublimação das formas em si, sem se preocupar com o eventual conteúdo valorativo destas”, Ou seja, se pelo texto constitucional consagrou-se a liberdade de pensamento, o legislador garantiu a liberdade de expressão.

Nuno e Souza trazem uma análise sobre a liberdade de expressão de forma magistral, afirmando que:

A liberdade de expressão consiste no direito à livre comunicação espiritual, no direito de fazer conhecer aos outros o próprio. Não se trata de proteger o homem isolado, mas as relações interindividuais. Abrange-se todas as expressões que influenciam a formação de opiniões: não só a própria opinião, de caráter mais ou menos crítico, referida ou não a aspectos de verdade, mas também a comunicação de factos. (A IGUALDADE, O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO E AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, À LUZ DA TEORIA CRÍTICA, 2008).

Observa-se uma tendência de generalização, em qualquer forma de opinião, comentário, julgamento sobre qualquer assunto ou pessoa, envolvendo o interesse público ou não, garantindo assim que qualquer forma de censura seja considerada inconstitucional e uma forte violação a esses preceitos de garantia fundamental, mas aqui paramos e questionamos sobre os limites da liberdade de expressão de forma que há determinadas opiniões e pensamentos que ferem o princípio da dignidade da pessoa humana, tema esse que será debatido e analisado nos tópicos que seguem.

A liberdade de expressão é propagada por todos os meios possíveis, não se limitando apenas a palavra escrita e falada, mas toda e qualquer manifestação de pensamento, sejam estes por gestos, gravuras, pinturas, no silêncio, dentre outros; Diante disso observamos uma dupla dimensão, que é relatada por Jonathas Machado, afirmando que:

Nesse sentido, deve-se sublinhar a dupla dimensão deste direito. A dimensão substantiva compreende a atividade de pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la. A dimensão instrumental, traduz a possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento (MACHADO, 2000, p. 251).

Dentro da liberdade de expressão devemos reconhecer um aspecto negativo, que é a liberdade de não se expressar. Neste sentido, podemos inferir que essa garantia não se estende apenas à liberdade de expressão, mas também a liberdade de não exprimir-se o seu pensamento.

2.3 Dos Direitos de Personalidade

Os direitos que envolvem a personalidade são essenciais para o ser humano em todas as suas implicações, das quais origina-se o respeito próprio do ser humano em si. Ricardo Amaral (2008, p. 283) caracteriza o direito de personalidade como sendo um direito subjetivo que têm por objetivo os bens e os valores essenciais à pessoa no seu aspecto físico, moral e intelectual, ou seja, decorre das íntimas relações do ser humano, cuja observância está intrinsecamente abarcada à imagem, a honra, ao nome, ao uso do próprio corpo, ao segredo, a identidade e o direito a vida.

Com base no exposto até aqui, constata-se com frequência que no tocante à liberdade de expressão no aspecto de sua condicionalidade encontram-se enaltecidos os direitos da personalidade;

Assim José de Oliveira Ascensão (2000, p. 72), demonstra que se deve representar o 'mínimo', no qual se crie um espaço onde cada homem possa desenvolver a própria personalidade, entretanto deve-se também representar o máximo, pelas tutelas as quais recebem, ou seja, deve-se haver um espaço para que o indivíduo possa desenvolver sua individualidade, e ao mesmo tempo institutos que tutelem esse desenvolvimento.

Neomi Ferrigolo (2005. p. 136) demonstra que não havendo os direitos de personalidade, não haveria por conseguinte, razão de ser ou sentido próprio em todo o resto, porque ninguém viveria o resto da vida; sem identidade; sem honra e sem o mínimo de privacidade.

Sem esses direitos restaria uma completa irrealização pessoal, tornando os outros direitos subjetivos sem interesse. Conclui-se então, que estes direitos, são direitos inatos ou naturais ao homem, em sua essência.

Os direitos da personalidade denotam um dos temas mais intrigantes da atualidade no sistema jurídico, devido a sua dimensão axiológica, incorrendo em uma das relações mais notórias da humanidade no mundo jurídico.

No plano constitucional do século XXI observamos um relevante aumento da preocupação com os direitos fundamentais no tocante a personalidade, sendo isto fundamentado pelas novas questões decorrentes desta sociedade contemporânea na fundamentação da tutela dos direitos da personalidade, de acordo com o alto crescimento do acesso de informação que atenuam as relações e os conflitos desta personalidade.

O artigo 11 do código civil de 2002 denota que os direitos da personalidade apresentam como características a indisponibilidade, a irrenunciabilidade e a

intransmissibilidade comuns nos direitos fundamentais, embora não haja uma equiparação absoluta, devido ao direito fundamental desaguar na esfera constitucional, e os direitos da personalidade, na esfera do direito privado. No entanto, alguns direitos, devido à sua matéria fática, elevam-se ao patamar constitucional, passando a serem arrolados como direitos fundamentais, vale, contudo, enaltecer que desta forma, nem todos os direitos de personalidade são tidos como direitos fundamentais. Neste sentido, Barroso demonstra que:

No ordenamento contemporâneo, ao menos em tese, vê-se uma ordem de direito que se mostra cada vez mais valorativa e menos descritiva. Uma possibilidade de releitura que deve muito ao movimento neoconstitucionalista, que propõe um diálogo entre o Direito Natural e Positivo (BARROSO, 2002, p.201).

Diante disso, não há o que se tergiversar acerca de um direito geral de personalidade, não se limitando todavia, às situações específicas enumeradas pelo legislador, ou seja, estes direitos devido a sua elasticidade, formam um mecanismo de proteção para atos atípicos. Nesse sentido, Perlingieri relata:

Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações (PERLINGIERI, 1999, p. 156).

Diante disto, podemos entender que a lei tenta de toda forma proteger os direitos de personalidade, contra quaisquer ofensas ou ameaças contra os mesmos. Destarte que estes direitos são tidos como absolutos pelo fato de possuir efeitos *erga omnes*, sendo aplicado tanto aos particulares quanto ao estado.

Os direitos da personalidade possuem caráter universal de modo que todo indivíduo é titular, reconhecendo-se sua autonomia na preservação da dignidade da pessoa humana, constituindo-se os mesmos como atributos fundamentais para o ser humano. Dessa forma, Perlingieri afirma:

O direito da personalidade nasce imediatamente e contextualmente com a pessoa. Está-se diante do princípio da igualdade: todos nascem com a mesma titularidade e com as mesmas situações jurídicas subjetivas (...). A personalidade comporta imediata titularidade de relações personalíssimas (PERLINGIERI, 2001, p. 42).

Há o reconhecimento de que tais direitos são apresentados a todo ser humano, sendo indispensáveis para toda a coletividade as quais são enaltecidas pelos textos constitucionais, além disso, nem toda violação dos direitos de personalidade gera repercussões econômicas, ensejando-se em diversas formas de reparação deste, desde o direito de resposta como enaltecido no Art. 5, inciso V da CF\88 até a publicação de desmentidos para a reparação de danos morais no X inciso do mesmo artigo.

A constituinte de 88 traz o direito de personalidade protegido em dois grupos, o primeiro versa sobre direito a integridade física, no qual enquadra-se a proteção do direito a vida e o direito ao corpo; Já o segundo, denota a integridade moral, a imagem, a personalidade, os direitos a honra, a intimidade, dentre outros. Nesta análise, como parâmetro para discurso do tema proposto, interessam a nós diretamente, alguns do segundo grupo, a saber, os direitos à intimidade, à honra, à vida privada e à imagem.

2.3.1 Direitos da Personalidade: Da Vida Privada e da Intimidade

A vida privada e a intimidade são direitos que protegem a individualidade do ser humano e remetem ao direito de estar só; Deles decorrem o reconhecimento que na vida de uma pessoa há a necessidade de um espaço no qual a mesma possa desenvolver sua privacidade preservada de terceiros, pois aqui figura-se de maneira ativa o modo de ser de cada pessoa e sua respectiva curiosidade. Vale salientar que aqui, o indivíduo desenvolve seus hábitos, relações afetivas, vida familiar e escolhas que ache relevantes à sua vida, atitudes, dentre outros. Assim, Edilson Pereira de Farias mostra que:

A intimidade corresponde a um círculo mais restrito de fatos relacionados exclusivamente ao indivíduo, ao passo que a vida privada identifica um espaço mais amplo de suas relações sociais. A proteção de uma e outra, portanto, varia de intensidade (FARIAS, 2000, p. 140).

Estes fatos ordinários à priori não constituem interesse público no sentido de ter acesso a essa informação, porém nada impede que o estado crie artifícios legislativos para que o indivíduo tenha sua vida privada e intimidade assegurada, assim como já o fez a constituinte.

2.3.2 Direito de Personalidade e a Honra

A honra constitui direito de personalidade, onde através de previsões legais procura-se proteger a dignidade pessoal do indivíduo, num parâmetro tanto social quanto de si mesmo, no qual o indivíduo está inserido. A honra pessoal de forma simples pode ser entendida como a valoração de certas características desenvolvidas na sua privacidade, das quais sua violação torna-se uma afronta a particularidade do indivíduo. No entanto, o direito a honra é limitado se o fato vinculado a ele for verdadeiro, pois a honra não se opõe a verdade. Em caráter excepcional, Edilson Farias (2000, p. 136) traz o segredo da desonra, que seria o impedimento de divulgação de fatos – mesmo que verdadeiros – que ferem a honra por não terem relevância social, quando suas implicações possuam caráter puramente privado e não havendo em caso, qualquer interesse público na divulgação.

No tocante a honra em conflitos com divulgações de procedimentos criminais, tem sido entendido que há interesse do ente público na divulgação de tais fatos... Sendo assim, neste caso a violação a honra não se caracteriza. Sobre isso, Pablo Salvador Coderch ilustra:

Só se pode afastar a exceção da verdade no caso de imputação de fato relativo exclusivamente à intimidade. Não é o que ocorre, por óbvio, em relação à prática de um crime, que não se inclui sequer na vida privada, sendo um acontecimento de repercussão social por natureza (PABLO, 1990, p. 166-7).

Neste mesmo sentido, Claus Roxin caracteriza três elementos que configuram a impossibilidade de oposição do acusado de um ato criminal à honra, dos quais são:

I - a circunstância de os fatos criminosos divulgados serem verdadeiros e a informação acerca deles haverem sido obtidas licitamente afasta por si só a alegação de ofensa à honra; II - não se aplica a exceção do “segredo da desonra” porque fatos criminosos, por sua própria natureza, repercutem sobre terceiros, e tanto não dizem respeito exclusivamente à esfera íntima da pessoa que são considerados criminosos; III - ademais, há o interesse público específico na prevenção geral própria do Direito Penal, isto é, a divulgação de que a lei penal está sendo aplicada tem a função de servir de desestímulo aos potenciais infratores (ROXIN, 1990, p 90).

Diante disso podemos auferir que no tocante a fatos criminosos e fatos que geram interesses sociais não há configuração comprovada de lesão ao direito a honra; Ademais, nos demais casos, o direito a honra deverá ser protegido.

2.3.3 Direito a Personalidade e à Imagem

A imagem configura a representação do corpo humano, suas partes e características pelos quais determinada pessoa possa ser reconhecida. Monica Neves (2002, p.17) demonstra que não é só o conceito, não apenas o semblante do indivíduo, mas partes distintas de seu próprio corpo como a voz, a cor dos olhos, características físicas que se sobressaiam sobre as demais, ou seja, em suma, qualquer sinal físico pelo qual a pessoa possa ser reconhecida.

O direito de imagem é autônomo, embora seu conceito esteja atrelado em face de uma violação à honra e a vida privada e sua intimidade. A reprodução da imagem em tese depende da autorização do titular, embora se a circunstância apresentar relevância em determinado meio social, afasta-se a violação do direito de imagem bem como do direito a honra e a privacidade.

2.3.4 Análise da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4815

No dia 5 de junho de 2012, foi ajuizada por cautelar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil (lei 10406\2002), nos quais os autores alegaram que o legislador tem o pretense dever de proteger a intimidade e a vida privada das pessoas, que o que consta nos artigos 20 e 21 do CC, não impõe limites para as obras bibliográficas, que as pessoas que denotam atividades que tomam dimensões públicas, gozam de uma privacidade e intimidade ínfima, que por muito passa a ser confundida com sua vida pública e com seu respectivo interesse, requerendo assim que haja uma prévia autorização do biografado ou de seus familiares (caso esteja morta), configurando-se isto como uma espécie de censura - prévia privada da liberdade de expressão dos artistas, autores, historiadores e dentre outros. Está Ação foi proposta pela Associação Nacional dos Editores de livros (Anel) com intuito da autorização prévia do biografado e da inconstitucionalidade parcial dos textos do seu artigo 20 e 21 do CC.

O Supremo Tribunal Federal julgou por unanimidade a improcedência de autorização prévia do biografado ou de seus legitimados para a produção e publicação

de obra biográfica. A discussão ficou direcionada na idéia dos direitos da personalidade no sentido da privacidade e intimidade, em contrapartida com os direitos da liberdade de expressão. Diante desse conflito, prevaleceu o direito coletivo da liberdade de expressão sendo vetada qualquer espécie de censura prévia ou posterior. Nestes termos a Relatora do processo e ministra Carmem Lucia, arguiu:

A censura é, com frequência, lembrada em relação ao ilegítimo e perverso atua ilegítimo do Estado. Prática comum em regimes autoritários ou totalitários, não é, contudo, exclusividade do Estado. Mas a censura permeia as relações sociais, propaga-se nas circunstâncias próprias da vida. A censura recorta a história, reinventa o experimentado, pessoal ou coletivamente, omite fatos que poderiam explicitar a vida de pessoa ou de povo em diferentes momentos e locais. Censura é repressão e opressão. Restringe a informação, limita o acesso ao conhecimento, obstrui o livre expressar o pensado e o sentido (CÁRMEM LUCIA, ADI4815, 2015).

Ficou evidente que o Supremo declara que não há um estabelecimento de uma posição hierárquica no tocante a direitos fundamentais, e sim que em um juízo de ponderação no tocante a biografias o direito de informação possui preferência sobre a dignidade fundamental. Confirmando a posição política que o Supremo Tribunal Federal mostrou ao longo dos anos sobre a impossibilidade de censura no país, estão posicionamentos já vistos em outros julgados, como Reclamação 11292, 15243, 18638 e seus respectivos relatores os ministros Joaquim Barbosa, Celso de Melo e Luís Roberto Barroso. Essa prevalência do direito à liberdade com animus coletivo em detrimento do direito individual da privacidade e individualidade, nota-se devido ao fato de que a informação possui personalidade pública, cuja matéria denota interesse social.

Assim, a Ministra Carmem Lúcia relata:

Não se alegue estar-se diante de circunstâncias que respeitam sempre a quem exerce cargo do povo, pelo que este deve dele saber, não se podendo escusar de deixar que a plena luz entre sobre todos os setores de sua vida. Primeiro, porque há sempre um espaço de indevassabilidade e segredo que compõe o íntimo de uma pessoa e que é de parco ou nenhum conhecimento dos outros. Segundo, porque quem faz a sua vida e profissão na praça pública, com a presença e a confiança do povo e angaria o prestígio que o qualifica e enaltece não há de pretender esquivar-se deste mesmo público segundo o seu voluntarismo, como se a praça fosse um mecanismo virtual, com botão de liga/desliga ao sabor do capricho daquele que buscou e fez-se notório (CÁRMEM LUCIA, ADI4815, 2015).

No direito civil, o direito de imagem está interligado de forma intrínseca com os direitos da propriedade, de modo que qualquer situação que a imagem esteja vinculada tenta-se buscar um valor monetário.

Esse argumento tem sido afastado pelo STF no caso em questão, referente ao uso do nome comercial e a história do biografado; Pois por este assunto estar intrinsecamente ligado a liberdade de expressão com relevância social, o argumento sobrepõe essa exploração comercial do nome do biografado, ou seja, podemos entender que esta necessidade de consentimento prévio está voltado para um caráter mais econômico do que a efetiva proteção do direito da imagem do biografado.

Sobre a biografia autorizada, a ministra Carmem Lúcia bem disse:

“A biografia autorizada é uma possibilidade que não exaure a possibilidade de conhecimento das pessoas, comunidades, costumes, histórias. E entre a história de todos e a narrativa de um, opta-se pelo interesse de todos” (CÁRMEM LUCIA, ADI4815,2015).

No tocante a violação da honra e violação da imagem, somente existirá possibilidade de reparo se o propósito pretendido pela obra for divergente em termos do direito da liberdade de informação compreendido pelo texto constitucional; Nos demais casos de interesse público, devem ser tolerados os excessos legítimos, sustentados pelo interesse dos textos relatados e veracidade dos fatos apresentados. Desta forma, tal como o Ministro Barroso na ADIN 4815 versou que a liberdade de expressão não constitui uma garantia sobre a verdade e justiça, e sim uma garantia de democracia, desse modo torna-se quase que mandatório a formulação do seguinte pensamento: De que a liberdade de expressão pode sim significar conviver com a injustiça e a inverdade.

3 DISCRIMINAÇÃO

Em um estado democrático de direito o desenvolvimento do conceito de igualdade entre todos os povos deste ordenamento, equipara ao patamar de direito fundamental, Rodrigo da Cunha Pereira trás um posicionamento interessante em aludir que a sociedade grita por igualdade em suas palavras “o grande grito da contemporaneidade é o da igualdade”, uma igualdade entre todos de homem e da mulher, das raças, dos estrangeiros, de todas as classes sociais. Quando paramos para analisar nossa constituinte observamos em seu art. 5, caput, que “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”. Nisto podemos aferir que o direito a igualdade constitui estrutura lógica para a construção de um estado democrático.

Em seu artigo sobre ação afirmativa, o ilustríssimo Joaquim B. Barbosa Gomes versou:

A noção de igualdade, como categoria jurídica de primeira grandeza, teve sua emergência como princípio jurídico incontornável nos documentos constitucionais promulgados imediatamente após as revoluções do final do século XVIII. Com efeito, foi a partir das experiências revolucionárias pioneiras dos EUA e da França que se edificou o conceito de igualdade perante a lei, uma construção jurídico-formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais. (BARBOSA, 2001, p. 2)

Trazer à tona a importância da igualdade serve como contraponto para o conceito de discriminação uma vez que etimologicamente, a discriminação pode ser entendida como diferenciar, distinguir, discernir, apresentar aceção no tratamento desigual e injusto, baseado em uma ordem relacionado a religião, étnico, sexual, classes social, político, dentre outros, ou seja, discriminar traz consigo uma ideia contrária ao princípio da igualdade, refere-se a manifestação de cunho pejorativo, realizado sobre determinado grupo de pessoas, possibilitando assim desvantagens.

3.1 A Proibição da Discriminação

A carta magna ao declarar que todos são iguais perante a lei, impossibilitou a figura da discriminação, embora que nem toda discriminação seja negativa como veremos nos tópicos a seguir, desta forma a constituinte cria como objetivos a promoção do bem de todos, independentemente de cor, sexo, raça, origem, idade e qualquer outras formas de discriminação que possa ocorrer.

Firmino Alves sobre o princípio da proibição da discriminação versou:

Sempre foi considerada uma vertente negativa do princípio da igualdade, pelo que são formuladas regras constitucionais e legais proibindo atos discriminatórios (...). No entanto, a proibição da discriminação não implica somente na proibição de atitudes discriminatórias, porém também para promover outras atitudes discriminatórias de cunho positivo, como objetivo de se atingir a igualdade real. Ou seja, proibiu-se a data de igualdade, ou a última é procurada, mediante a geração de desigualdades em sentido inverso ao ato discriminatório, desiguando-se desiguais até se tornarem efetivamente iguais (ALVES, 2008, p. 45).

Neste sentido a Carta Política traz princípios gerais que possibilitam a proibição da discriminação, tais como a abertura do texto constitucional para a incorporação de normas advindas de tratados internacionais com o mesmo peso de norma nacional, a intensa proibição de discriminação de grupos que sofreram historicamente devido a alguma condição desde sua cor a classe social, a título de exemplo a mulher, a cor da pele e o deficiente, na proibição da discriminação do ambiente de trabalho. Nisto assegura que a constituinte tem como objetivo combater a discriminação.

Segundo o renomado JOAQUIM B. BARBOSA:

Concebida para o fim específico de abolir os privilégios típicos do “ancien régime” e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, no “rang”, na rígida e imutável hierarquização social por classes (“classement par ordre”), essa clássica concepção de igualdade jurídica, meramente formal, firmou-se como idéiachave do constitucionalismo que floresceu no século XIX e prosseguiu sua trajetória triunfante por boa parte do século XX”⁶. E, arremata esclarecendo que por definição “o princípio da igualdade perante a lei consistiria na simples criação de um espaço neutro, onde as virtudes e as capacidades dos indivíduos livremente se poderiam desenvolver; os privilégios, em sentido inverso, representavam nesta perspectiva a criação pelo homem de espaços e de zonas delimitadas, susceptíveis de criarem desigualdades artificiais e nessa medida intoleráveis. Em suma, segundo esse conceito de igualdade que veio a dar sustentação jurídica ao Estado liberal burguês, a lei deve ser igual para todos, sem distinções de qualquer espécie (BARBOSA, 2001, p. 5).

O conceito de liberdade hodiernamente ultrapassa o limite estipulado por normas jurídicas ou regras jurídicas, neste sentido o simples fato de dogmatizar uma conduta como discriminatória e proclamar que o princípio da igualdade foi alcançado é a priori uma ingenuidade alarmante, por muito os fatos que geram ou que possam gerar a discriminação de determinados grupos estão intrínsecos dentro da nossa própria sociedade, ou seja, na essência de sua própria cultura. Assim a dogmatização por si só é insuficiente para erratificação da desigualdade.

3.2 A Discriminação e Igualdade Formal e Substancial

Em todo o tempo o homem se preocupa com os problemas inerentes a estrutura social sobre suas desigualdades, neste contexto surgem vários conceitos de igualdade, observaremos dois conceitos o primeiro de igualdade substancial e o segundo de igualdade formal.

O primeiro de acordo com o renomado professor Celso Ribeiro Bastos consiste no tratamento uniforme de todos os homens. “Não se cuida como se vê, de um tratamento igual e perante o direito, mais de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida” (BASTOS, 2001, p. 5).

Notamos que tal igualdade substancial não configura-se, pois devido ao homem possuir seus próprios ideias impediria que todos fossem iguais. O segundo consiste “no direito de todo cidadão de não ser designado pela lei senão em consonância com os critérios albergados, ou ao menos não vedados, pelo ordenamento constitucional.” (BASTOS, 2001, p.7). Observamos que aquilo que não está dogmatizado não pode ser considerado como discriminador.

Neste sentido Fernando Basto Ferraz versa:

Entre ambas, há uma enorme diferença. (...) O conceito de igualdade material ou substancial recomenda ‘que se levem na devida conta as desigualdades concretas existentes na sociedade, devendo as situações ser tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade (FERRAZ, 2005, p.1199).

Assim também o ilustríssimo Joaquim B. Barbosa aludiu:

Produto do Estado Social de Direito, a igualdade substancial ou material propugna redobrada atenção por parte do legislador e dos aplicadores do Direito à variedade das situações individuais e de grupo, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas (BARBOSA, 2001, p. 20)

Diante disto percebemos que a verdadeira igualdade vem através das desigualdades, como nas palavras de Aristóteles, ratificadas por Rui Barbosa “ A igualdade consiste em tratar igualmente iguais como iguais e desiguais como desiguais na exata medida de suas desigualdades”. Para entendermos é preciso analisarmos que as desigualdades não possui caráter universal e uniforme, devido as multiformes relações sociais que apresentam-se em diversos grupos coletivos sobre uma maior ou menor forma de discriminar.

Boaventura De Souza Santos sobre a questão do tratamento igual ou desigual versou:

Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza desigualdades.(SANTOS, 2003, p.56)

Assim, a desigualdade ocorre de forma dinâmica e continuada, possuindo também o fato quantitativo, ou seja, os diversos grupos não sofrem a mesma desigualdade, uma vez de certos grupos menos favorecidos sofrem mais desigualdades comparados com os mesmo grupos de outras classes, no entanto mesmo com essas dificuldades conquistam condições de obterem bens materiais e imateriais para uma vida digna.

3.2.1 Discriminação e Desigualdade

Um grande problema quando misturamos conceitos principalmente no âmbito jurídico e tratamos coisas totalmente diferentes como sinônimas, como é o caso da discriminação e a desigualdade. Como já dito a discriminação segundo o renomado Firmino Alves Lima é a distinção desfavorável fundada em determinado motivo, desprovida de razoabilidade e racionalidade e, portanto, antijurídica, ou seja, é motivada por alguma característica social deste a credos religiosos à ideologias de

gêneros. O mesmo autor traz o que seria a desigualdade, em suas palavras “a desigualdade viola o tratamento igualitário, pois deixa de tratar esses antes com a devida obrigação de igualdade, quando os distingue, seja no trato igual de pessoas ou grupos desiguais.” Assim podemos entender que quando atribuo vantagem a um grupo em detrimento de outro gero desigualdade.

Na realidade podemos entender que a ausência de um tratamento desigual para desiguais ou ausência da própria desigualdade acarreta a discriminação, mais nunca ocorreria com a desigualdade. Haverá discriminação toda vez que a utilização de um elemento discriminador for abusiva, imoral. No entanto em outras situações poderá não se configurar a discriminação e sim a desigualdade.

3.2.2 Distinção de Preconceito e Racismo

Vivemos em uma sociedade ampla, de vários contextos e realidades sociais que detonam uma complexidade extraordinária, os meios de comunicação principalmente a televisão e as redes sociais têm sido em sua maioria disciplinador de conceitos sobre conflitos inerentes a esta sociedade. O que por muito ocorre é a desvirtuamento do real significado de determinadas palavras, onde por possuir um contexto de fatos parecidos traz uma embarralhamento e por muito se confundem, no caso de conceitos que denotam uma violação da dignidade da pessoa humana como preconceito e racismo seus conceitos devem está bem discriminado com o intuito de que essa prática seja extinta.

3.2.2.1 Preconceito

O preconceito possui cunho negativo dirigido contra um indivíduo ou grupo de indivíduos, segundo o dicionário Aurélio Buarque de Holanda Ferreira este termo significa:

1. Conceito ou opinião formados antecipadamente, sem maior ponderação ou conhecimento dos fatos; ideia preconcebida; 2. Por extensão: suspeita, intolerância, ódio irracional ou aversão a outras raças, credos, religiões 3. Julgamento ou opinião formada sem se levar em conta o fato que os conteste; prejuízo; 3. Superstição, crença, prejuízo; 4., etc (AURÉLIO, 2009, p. 1380).

Diante disso, podemos dizer que o preconceito é quando o indivíduo testifica em si opiniões antecipadas, em muitos vezes sem ao menos possuir conhecimento sobre fatos, emitindo assim sua opinião sem ao menos levar em conta o prejuízo que aquele fato pode gerar como intolerância, ódio irracional dentre outros. Nesse sentido Christiano Jorge Santos define o mesmo como:

Uma ideia estática, abstrata, pré-concebida, traduzindo opinião carregada de intolerância, alicerçada em pontos vedados na legislação repressiva, com intuito de denegrir, ofender e ridicularizar outrem (CRISTIANO, 2001, p.39).

Diante disso para o mundo do direito tal conduta, assim como qualquer outra quando for externalizada, pois a simples elaboração do preconceito não presume crime, não cabendo assim nenhuma ação na esfera penal ou cível.

3.2.2.2 Racismo

A questão do racismo envolve uma relação de superioridade sobre certas raças, o dicionário Aurélio Buarque de Holanda Ferreira o conceitua como “a doutrina que sustenta a superioridade de certas raças”. Para Noberto Bobbio, Gianfranco Pasquino E Nicola Matteucci (1983 ,p. 380) o termo é definido como:

Com o termo Racismo se entende, não a descrição da diversidade das raças ou dos grupos étnicos humanos, realizada pela antropologia física ou pela biologia, mas a referência do comportamento do indivíduo à raça a que pertence, e, principalmente, o uso político de alguns resultados aparentemente científicos, para levar à crença da superioridade de uma raça sobre as demais. Este uso visa a justificar e consentir atitudes de discriminação e perseguição contra as raças que se consideram inferiores.

Trata-se de um dogma baseado na superioridade, ou seja, o indivíduo tem a ideia de que faz parte de uma raça superior à outra, gerando assim um segregação de raças uma em detrimento de outra. O art. 2 da DRPR (Declaração sobre Raça e os Preconceitos Raciais) define o racismo como:

Art. 2º, item 2: O racismo engloba as ideologias racistas, as atitudes fundadas em preconceitos raciais, os comportamentos discriminatórios, as disposições estruturais e as práticas institucionalizadas que provocam a desigualdade

racial, assim como a idéia falaz de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificáveis; manifesta-se por meio de disposições legislativas ou regulamentares, e de práticas discriminatórias, assim como por meio de crenças e atos anti-sociais; obstaculiza o desenvolvimento de suas vítimas, perverte aqueles que o praticam, divide as nações em seu próprio seio, constitui um obstáculo para a cooperação internacional e cria tensões políticas entre os povos; é contrário aos princípios fundamentais do direito internacional e, por conseguinte, perturba gravemente a paz e a segurança internacionais.

Assim como o preconceito o racismo só é punido quando externalizado, no entanto tornaria totalmente possível uma relação o racismo seria a espécie e o preconceito o gênero, o primeiro abrangeria um preconceito a raça e a cor das pessoas, e o segundo seria além desta as demais formas de prejulgamento e humilhação na coletividade.

Para complementar o real conceito de racismo traremos a definição de Hédio Silva Jr que conclui que:

(...) podemos inferir que a expressão “prática do racismo”, por evidente, não exige que o agente possua destreza ou domínio científico ou retórico dos teoremas raciais, muito menos filiação de longa data ou engajamento político-ideológico às teorias raciais, tampouco que produza uma ação movida por ódio racial e que esta seja dirigida ao grupo racial no seu todo bastando que tal “prática” reflita o conteúdo nuclear da “ideologia”: uma prática baseada em critério racial, que tenha como finalidade ou efeito a violação de direitos.(HEDIO, 2002. p.17)

Termo vulgarmente usado para definir dentre os seres humanos racionais que apresentam características distintas, observando assim que só o emprego desta palavra no meio social gera preconceito, nos seres humanos não possuímos raças, somos um com características diferentes, Fabiano Martins Silveira traz um conceito aceitável no âmbito jurídico quando diz que:

(...) a partícula raça cumpre a função de detectar os grupos aos quais se aplicam os conectores preconceito e discriminação. Tem-se, com efeito, “preconceito de raça” e “discriminação de raça”. Vale dizer, preconceito e discriminação que recaem sobre determinadas parcelas pelo fato de serem apontadas como racialmente inferiores (ou simplesmente como raças, O essencial, portanto, para caracterizar o racismo (e a raça como sua ideia principal), memos do que as diferenças físicas e/ou culturais eventualmente existentes entre agrupamentos humanos, é a presença de um discurso racializante superficial, verificável do ponto de vista político-histórico e dotado de razoável repercussão social. Esse discurso, calçado no preconceito, é que grava grupos como raças, podendo ser reproduzido por falsas teorias, crenças, narrações místicas, propagandas (SILVEIRA, 2007, p. 83-84).

Atribuindo assim o termo raça ao racismo, devido o motivo que gerou o preconceito foi a cor da pele e não a variação da aparência. No Brasil devido a sua grande miscigenação a cor da pele é considerada critério para a origem racial das pessoas, neste sentido DARCY RIBEIRO traz um conceito interessante sobre esse tema:

(...) a característica distintiva do racismo brasileiro é que ele não incide sobre a origem racial as pessoas, mas sobre a açaor de sua pele. Nessa escala, negro é o negro retinto, o mulato já é o pardo e com tal meio branco, e se a pele é um pouco mais clara, já passa a incorporar a comunidade branca (RIBEIRO, 2006, p.225).

Neste sentido a graduação do tom de pele determina o grau de preconceito que o indivíduo sofrera, dessa forma Fabiano Augusto Martins Silveira, analisa que da mesma forma que a o preconceito com a raça ocorre com o cor, em suas palavras:

A partícula cor exerce, do ponto de vista legal, como elemento normativo dos crimes de racismo, a mesma função da raça, isto é, particularizar aqueles agrupamentos humanos corados pelo preconceito e discriminação (as pessoas de cor), ligando-se aos referidos conectores. Há, entre raça e cor, uma relação de especialidade, um plus, revelando que o legislador preferiu a abundância à escassez. O máximo que se pode afirmar é que a expressão “preconceito de cor” é utilizada, no senso comum, mais especificamente, para designar o preconceito dirigido à população afrodescendente, ou seja, como elemento caracterizador de uma manifestação particular do racismo, ainda que a expressão “preconceito de raça” seja potencialmente mais abrangente (SILVEIRA, 2007, p. 88).

O ordenamento jurídico brasileiro colocou esse preconceito na modalidade de crimes hediondos, que possuem natureza inafiançável, tentando assim inviabilizar a prática desta deplorável conduta, garantindo assim a integridade, a igualdade, a dignidade da pessoa humana e a isonomia.

4 DOS CONFLITOS ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Os meios de comunicação trouxeram mudanças para a organização social e para as relações interpessoais, trazendo uma facilidade maior de acesso a informação; de modo que qualquer um possa produzir informação, obter visões e analisar vários posicionamentos sobre o mesmo tema. No entanto, as pessoas através da Internet ponderam de forma errônea um ideal de que ali é constituído um mundo sem lei e regras, ocasionando principalmente embates entre o direito da personalidade e o direito da liberdade de expressão no tocante à honra e a imagem das pessoas.

Essa liberdade de expressão denota um posicionamento crítico sobre diversos temas, tanto na solidificação de preceitos já estabelecidos, como na luta por ideais que não foram alcançados, está presente na política, nos órgãos públicos, no meio social. Nesse sentido, o artigo 140 do código penal, traz a ideia de que o alvo costuma ser a honra, onde simultaneamente percebe-se a falta da respeitabilidade, gerando-se assim a incriminação pela injúria.

Dessa forma, ocorre que esses preceitos debatidos nos meios de comunicação passam para a vida em coletividade, gerando dois grupos principais: Aqueles que usam os meios sem limites, expondo suas ideias de maneira despreocupada com a honra alheia e aqueles que tentam uniformizar o pensamento, entendendo que qualquer ideal contrário, constitui-se na violação de um direito.

Para entendermos este fenômeno epistemológico jurídico trataremos relações cotidianas que enquadram esses dois principais grupos. Primeiramente, analisaremos o grupo que consiste num falso senso de liberdade de expressão. No dia 19.08.2013 no seu blog no jornal virtual "O GLOBO", o colunista Ricardo Noblat publicou um texto intitulado "Joaquim Barbosa fora do eixo", no qual questionava a atuação do ministro presidente do Supremo Tribunal Federal no processo de grande repercussão do mensalão. No seu texto, Noblat versa que o ex-ministro Joaquim Barbosa só estaria no cargo por ser negro, e que havia negros que padecem do complexo de inferioridade, conteúdo totalmente racista. A liberdade de Expressão é um requisito essencial para a manifestação de opinião nos meios de comunicação, contudo, há limites quanto à dignidade da pessoa humana.

Pelo fato de ocupar um cargo público de presidência do Supremo Tribunal Federal, seria totalmente aceitável que o mesmo recebesse críticas contundentes no seu exercício. Por outro lado, este princípio importantíssimo da liberdade de expressão deve possuir limites, sendo um deles a prática do racismo. Nesse mesmo sentido, o STF julgou um Habeas Corpus 82424 do editor de livros Siegfried Ellwanger que questionava a existência do holocausto com conteúdo antissemita, o qual foi julgado pelo Tribunal Federal do Rio Grande do Sul, e sentenciado a dois anos de prisão, convertidos em serviços de teor comunitário. O STF manteve a pena, porém um dos ministros que julgou o pedido, Celso de Mello, aferiu que só existe uma única raça e essa raça é a raça humana, aquele que denigre a dignidade humana movido por cunho racista, ofende a dignidade de todos e a dignidade de cada um.

Analisaremos outro caso de um vídeo postado no YouTube com o título “Legalize o Pornô Infantil”, publicado no dia 7 de abril de 2016, por Mallonne Morais. No vídeo, ele introduz o tema dizendo que “(...) A pornografia infantil é uma coisa admirada pela minoria e detestada pela maioria, infelizmente; Sendo assim uma coisa que não possui meio termo (...)”. Ele relata que obter e guardar no seu aparelho vídeos de pornografia infantil é crime, entretanto na construção de seu argumento é reconhecido por ele o fato de que o indivíduo por não estar fazendo mal a ninguém, teria o total direito de ter cenas de sexo explícitos de crianças. O mesmo expressa também que quando vê uma “novinha” de 11 anos pelada, ele fica “doido”, relatando que esse desejo veio em 2015 quando viu vídeos da funkeira Mc Melody dançando de forma sensual. Ele também adverte que quem consome esse material são homens de bem, que esse tabu tem que ser quebrado e que todo homem que vê pornografia pela primeira vez, muda de opinião.

Neste caso, observa-se a liberdade de expressão sendo usada como parâmetro de apologia à pedofilia. Deve-se elucidar aqui, que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seu art. 247 denota que enviar, trocar fotos de crianças nuas constitui crime; O Art. 171 do código penal versa que quem praticar ato sexual, cúpula, introdução vaginal de objetos, coito anal, com criança igual ou menor de 14 anos, será preso com pena de 3 a 10 anos, sendo neste caso, até sua mera tentativa punível. Porém, o que também traz preocupação é fato do desejo dele ter sido aflorado por uma dança sensual. O que se vê hoje em dia, é o fato recorrente de que nossas crianças tem sido apresentadas cada vez mais cedo para uma sexualidade desenfreada, que começa com gestos e movimentos e depois acabam na prática

sexual. Assim, nos casos em que a liberdade de expressão constituir apologia a crime e influenciar a sexualidade em nossas crianças, devem prevalecer o direito a dignidade humana na proteção e na construção da vida das crianças.

Analisaremos agora a questão da pretensão de uniformização do pensamento, da qual se impossibilita o contraditório. No dia 9 de maio de 2016 por volta das duas e meia da tarde, o estudante Jorge Fontenele gerou tumulto na Universidade Federal do Ceará (UFC) no centro de Humanidades I, por vestir uma camisa em apoio a Jair Bolsonaro, Deputado Federal pelo PSC, mesmo não tendo feito provocações verbais ou físicas. O estudante Jorge estava no campus da universidade conversando com colegas, entre eles alunos homossexuais, quando de repente um grupo começou a se formar e começaram a chamá-lo de torturador, estuprador, terrorista, racista, homofóbico, sexista, fundamentalista. Os estudantes queriam que ele retirasse a camisa para ser rasgada; Como o mesmo se recusou a fazê-lo, veio a ser agredido com um tapa na cara e dois socos. Teve que ter uma escolta policial para sair da faculdade, e foi ao 34º Distrito Policial (DP) registrar ocorrência de injúria grave.

Temos instaurada aqui, uma violação da liberdade de expressão contida no uso de uma camisa que transmitia um ideal de direita, de uma figura política que é contra certas propostas de lei de minorias, em um campus de uma instituição superior federal de ensino, em sua maioria composta por adeptos da ideologia característica de esquerda. O artigo 5º, incisos VI, IX, X e XI da constituinte, atribui que é livre a manifestação de pensamento, a produção artística, cultural, social, dentre outras. O que traz espanto é o fato de que a esquerda composta majoritariamente por grupos segmentados sociais, descritos como “minorias”, que batem na porta do estado reivindicando direitos e garantias fundamentais, reage com tamanha intolerância ao contraditório, de forma a agredir com vários adjetivos pejorativos e ações por vezes espúrias, denegrindo a dignidade daqueles que pensam diferente.

O que acontece aqui é algo interessante, a minoria monopoliza a estruturação de um pensamento e impõe seu ideal a todos baseados numa verdade plena e universal, transformando todos que pensam diferentes em homofóbicos, racistas, fascistas, sexistas, dentre outras. A intolerância fecha as portas dos debates, fazendo daqueles que a praticam, ditadores de opinião e informação, gerando conseguinte a isto, previsivelmente, uma cadeia de eventos culminantes na inversão do quadro

descritivo de indivíduos outrora tidos como “reivindicadores de direitos”, a agora “impositores de ideais”.

Tendo isso em vista, conclui-se que a liberdade não deverá ser abafada jamais diante uma tentativa grotesca de imposição de ideais, sejam eles quais forem.

Outro exemplo da tentativa da uniformização de pensamento, encontra-se no fato de você discordar em parte daquilo que está sendo pretendido por uma minoria e ser criminalizado por isso. A PL122/2006, projeto de lei apresentado a câmara conhecido como a “Lei Anti-homofobia”, visa criminalizar a homofobia como crime no país; Sendo isto totalmente aceitável, uma vez que existem casos nos quais pelo fato de um indivíduo ter uma orientação sexual diferente, o mesmo tenha vindo por vezes a ser morto.

Porém, não se questiona a tipificação da conduta ou sua violação, e sim a tentativa de violação de direitos e garantias já adquiridas embutidas no projeto. Nisto, observemos o art. 16, § 5 do projeto de lei PL122\06 que versa: “O disposto neste artigo envolve a prática de qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória, de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica”.

Neste sentido, qualquer material que atribui uma visão diferente sobre a sexualidade, iria gerar um constrangimento ao homossexual que o leu, a exemplo da Bíblia Sagrada, que em alguns capítulos condena a prática homossexual; Fato este observado em trechos como Levítico 18:22, 20:13 e 1Coríntios 6:9-10. Com isso, aquele que detém designação sexual diferente, que por consequência viesse a adentrar em um local de culto cristão por vontade própria, e por consequência, viesse a escutar em um culto a leitura dessas passagens, poderia sentir-se constrangido e procurar uma delegacia; Podendo então o preletor do culto ser preso sob a acusação de transmitir um dogma cristão.

No Brasil, 90% das pessoas se denominam cristãos. O que se percebe através desse projeto é um “amordaçamento” destes cristãos, ou seja, uma imposição de uma minoria sobre uma maioria. O artigo 5º da constituinte assegura a liberdade de expressão e religião, então pelo fato de os cristãos considerarem este livro como sagrado, não poderão retirar certas passagens que possam constranger alguém, sendo a retirada e a alteração das referidas passagens, estabelecida na própria Bíblia como ato condenável aos olhos do próprio Deus. O que se pode concluir, tendo em vista os referidos argumentos, é que este projeto, quase que forçosamente, configura-

se como uma forma expressa de criminalização a todos aqueles que venham a ser contrários a prática sexual adotada pelos requerentes.

4.1 Discursos de Ódio

O tema em questão leva ao questionamento dos limites da liberdade de expressão, nos obrigando a refletir sobre a diferença na tolerância do dissenso e de não permitir a tolerância da intolerância, devido ao potencial das sociedades democráticas em disseminar o ódio. Neste sentido, Gilmar Mendes em seu artigo “A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade”, versa que:

Tal indagação assume relevo ímpar, especialmente quando se considera que a liberdade de expressão, em todas as suas formas, constitui pedra angular do próprio sistema democrático. (...) Para não falar que se constitui, igualmente, em elemento essencial da própria formação da consciência e da vontade popular (MENDES, 2008, p. 03).

Essa ampla defesa nos permite expressar nossos juízos de valor, emoções, ideais que podem conterem seus conceitos, concepções pejorativas e discriminatórias sobre determinados grupos religiosos, políticos étnicos, dentre outros; Ficando assim esses ataques conhecidos como “Discurso de ódio”. Neste sentido, Silva expõe que:

Esse discurso se instaura a partir do momento em que é proferido, detendo nesse instante a capacidade de atingir um indivíduo ou grupos violando os direitos fundamentais. Assim, somente a partir do momento em que é externalizado, é que se dá a sua real existência, pois permite que outro indivíduo conheça tal sentimento ou opinião que são capazes de discriminar, inferiorizar (SILVA, 2011, p. 447).

É certo que a liberdade de expressão não se configura na constituinte como absoluta, encontrando limites no tocante a conteúdo racista e discriminatório, tratando-se da presunção de igualdade e de tolerância destes diversos grupos societários, exigidas pelo próprio sistema democrático de direito.

Sobre o assunto, de forma simples Mendes denota que:

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal do Brasil considerou que, diante dos objetivos da preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana e do ônus imposto à liberdade de expressão,

essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, uma vez que inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional restariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta e intangível à liberdade de expressão (MENDES, 2008, p. 04).

Tem sido observado que o discurso de ódio tem aumentado, devido aos meios de comunicação terem trazido novas formas de ver as relações sociais, nas quais, características que antes eram vistas como essências perderam sentido, criando a possibilidade de implementação de novas características tidas como essenciais. Assim, para que haja uma verdadeira democracia devemos agir dentro dos limites prescritos, para que determinados atos possam ser objetos de controle.

4.2 Da Solução dos Conflitos Inerentes a Liberdade e dos Direitos de Personalidade

No ordenamento jurídico brasileiro o método para a aplicação do direito é a subsunção dos fatos, que consiste em, diante de uma situação fática identificar-se qual norma rege determinada hipótese na lei; Após, cria-se um raciocínio lógico-jurídico-silogístico, entre a norma tida como premissa maior e os fatos tidos como premissa menor, e a conclusão é o enquadramento dos fatos à norma. Destarte que, o intérprete não faz suas próprias escolhas, apenas revela o que tem na norma, desempenhando assim uma função técnica. Observa-se o seguinte disto, por fim: Totalmente relevante, porém nem sempre, suficiente.

Assim relata o ilustríssimo Luiz Roberto Barrozo:

O Direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico 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 anterior – e o da especialização – 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 (LUIZ, 2003, p.32).

Assim, analisaremos um método que possa servir para a aplicação do direito nos casos de conflito de direitos fundamentais em consonância ao caso analisado

neste trabalho, que é a liberdade de expressão e em conflito com os direitos da personalidade, que seria o método de ponderação.

4.2.1 Método da Ponderação

Observamos que o marco teórico de fundamentação desta linha ora analisada, tem como pano de fundo, as construções doutrinárias acerca das teorias da argumentação jurídica, além das visualizações correspondentes às novas tendências de interpretação jurídica, as delimitações dispostas por Robert Alexy e Ronald Dworkin, acerca da construção da teoria dos princípios, como para para a compreensão, enquanto normas jurídicas de pensamento e formalizadoras do processo de ponderação diante de colisões principiológicas. Os princípios quando ganham a titularidade de mandados de otimização, admitem um cumprimento gradual de acordo com o caso concreto. Sendo assim, seria uma razão que se inclina em diversos caminhos, fazendo surgir variadas sugestões para a resolução de algum problema que porventura possa surgir no mundo jurídico. Nesse sentido leciona Robert Alexy que os princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Assim também Ronald Dworkin versa que quando dois princípios entram em colisão um dos dois tem que ceder frente ao outro, porquanto um limita a possibilidade jurídica do outro. O que não implica que o princípio desprezado seja inválido, pois a colisão de princípios se dá apenas entre princípios válidos. A dogmática jurídica utilizou por muito tempo só o método de subsunção para a aplicabilidade do direito, no entanto, observou que este método possuía limites no tocante a conflitos entre princípios, como demonstra Marmorstein (2008, p. 286), que existem técnicas da interpretação tradicionais que não são suficientes para representar e solucionar conflitos dos direitos fundamentais e os liames aos quais representam. Visando solucionar estes conflitos, deve-se utilizar o método da ponderação, tal como versa Barroso (2009, p. 334), ao afirmar que este método é um técnica utilizada em casos difíceis nos quais a subsunção se tornou insuficiente.

Este método é operacionalizado pelo princípio da proporcionalidade que tem como essência a preservação de direitos fundamentais. Como já foi analisado neste material, os direitos fundamentais não são absolutos, podendo os mesmos serem limitados para a preservação de outro valor constitucional. Dessa forma, funciona como aferidor da legitimidade das leis e dos atos administrativos.

Neste sentido, Afirma Marmelstein:

O princípio da proporcionalidade não é útil apenas para verificar a validade material de atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que limitem direitos fundamentais, mas também para, reflexivamente, verificar a própria legitimidade da decisão judicial, servindo, nesse ponto, como verdadeiro limite da atividade jurisdicional. O juiz, ao concretizar um direito fundamental, também deve estar ciente de que sua ordem deve ser adequada, necessária (não excessiva e suficiente) e proporcional em sentido estrito (MARMELSTEIN, 2008.p. 385).

No momento que for constatado a colisão de direitos fundamentais, sendo estes de mesma hierarquia deverá se utilizar do método de ponderação como parâmetro de harmonização dos direitos que os conflitos representam. Nesta perspectiva, Morais demonstra sua visão no sentido de que:

Quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios) sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua (MORAIS, 2003, p.61).

É possível descrever a ponderação num processo constituído em três etapas: A primeira etapa consiste em diante um conflito, detectar neste imenso sistema de normas a solução do caso; Os diversos agrupamentos de textos normativos em função da solução dos conflitos, e identificar os limites imanentes de cada direito, que segundo Sarmiento (2002, p. 100), representa a fronteira externa dos direitos fundamentais. Vale salientar que a observação dos limites é uma tarefa árdua, pois é extremamente difícil delimitar um princípio.

A segunda etapa consiste em examinar os fatos para a interação dos elementos normativos. Destarte a importância de se analisar um caso concreto, esses anunciados normativos que possuem autonomia entram em situações concretas e encontrarão real sentido, mostrando que o exame dos fatos e do texto normativo

ponderado na primeira fase, poderá apontar com mais clareza a extensão e a influência do papel de cada um.

E por último, a terceira fase; Que constitui a fase decisória, onde estes diferentes grupos normativos e a análise dos fatos serão analisados de forma conjunta para equiparar os pesos, sobre isso Sarmiento afirma que:

O nível de restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso que representar e que as restrições devem ser arbitradas mediante o emprego do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão-adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (SARMENTO, 2002, p. 104).

Com isso, é necessário delimitar em que grau esses grupos de normas devem prevalecer em detrimento de outras, surgindo assim, a argumentação jurídica definindo os contrapontos, para enfim, chegar-se na solução dos conflitos envolvendo direitos fundamentais e aproximando a racionalidade do controle das decisões jurídicas. Após consiste em examinar os fatos para a interação dos elementos normativos que possuem autonomia, das quais situações concretas encontram real sentido, mostrando que o exame dos fatos e do texto normativo, poderá apontar com mais clareza a extensão e a influência do papel de cada um.

CONCLUSÃO

Assim, constatamos que os meios de comunicação trouxeram notórias mudanças para a organização social e nas relações interpessoais, levando uma maior liberdade na circulação dos meios de acesso a informação. Possibilitando que qualquer cidadão se torne um fornecedor de informação, obtendo visões e analisando vários posicionamentos sobre o mesmo tema, no entanto, essa liberdade sem limites ocasiona embate entre os direitos da personalidade no tocante a honra e à imagem das pessoas.

Vivemos a era das constituições principiológicas, sendo inegável a importância dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico vigente (embora que nenhum direito seja absoluto), por mais teor fundamental que possua, inferindo então que todo o direito corresponde a um dever, afirmando serem esses direitos inatos, relativamente absolutos, invioláveis e imprescritíveis. Diante disso, ténue que seja há um paradigma para a resolução deste conflito entre a liberdade de expressão e o direito da personalidade.

Percebemos então que, na própria liberdade encontra-se a ideia de que o direito a informação não é pessoal, mas coletivo, pois constitui-se em um direito do povo ser bem informado, constituindo assim duas esferas: Uma é o liberdade de informar e a outra é o direito de ser informado. Após de obtermos essa informação surge em nossa consciência o pensamento. Enquanto ele não é externado, diz respeito apenas ao indivíduo, ou seja, sua particularidade.

Devido o homem ter caráter, é natural que o mesmo tenha o interesse de propagar seu pensamento, e nisto entra a liberdade de pensamento como forma de garantir o direito de propagar suas opiniões, sob forma de valores ideológicos do particular ao coletivo. Tendo em vista que o indivíduo tem o direito de pensar e ter opinião sobre determinado tema, nada mais justo que o mesmo possua o direito de expressar, consistindo na livre comunicação, e no direito de se fazer conhecer aos outros, influenciando na formação de opiniões e na comunicação dos fatos. Sendo assim a liberdade em geral constitui na construção da individualização do ser na sociedade e estimula a democracia tanto pela busca, quanto pela preservação de direitos.

Os direitos que envolvem a personalidade são essenciais para o ser humano em todas as suas implicações, das quais origina-se o respeito próprio do ser humano em si, diante disso é importante que haja um espaço onde cada homem possa desenvolver a própria personalidade preservada de terceiros. Podemos entender que a lei tenta de toda forma proteger os direitos de personalidade, contra quaisquer ofensas ou ameaças contra os mesmos.

Trazendo seu caráter indispensável para toda a coletividade a quais é enaltecida pelos textos constitucionais, além disso, nem toda violação dos direito de personalidade gera repercussões econômicas e dano a honra e a imagem. A honra pessoal de forma simples pode ser entendida como a valoração de certas características desenvolvidas na sua privacidade, das quais sua violação torna-se uma afronta à particularidade do indivíduo. No entanto, o direito a honra é limitado se o fato vinculado a ele for verdadeiro, pois a honra não se opõe a verdade.

O direito de imagem é autônomo, embora seu conceito esteja atrelado em face de uma violação à honra e a vida privada e sua intimidade. A reprodução da imagem em tese depende da autorização do titular, embora se a circunstância apresentar relevância em determinado meio social, afasta-se a violação do direito de imagem bem como do direito a honra e a privacidade.

O Supremo Tribunal Federal julgou por unanimidade a improcedência de autorização prévia do biografado ou de seus legitimados para a produção e publicação de obra biográfica. A discussão ficou direcionada na ideia dos direitos da personalidade no sentido da privacidade e intimidade, em contrapartida com os direitos da liberdade de expressão. Diante desse conflito, prevaleceu o direito coletivo da liberdade de expressão sendo vetada qualquer espécie de censura prévia ou posterior.

Tendo em mente as argumentações sobre os direitos da liberdade e os da personalidade nos tona a importância da igualdade, servindo como contraponto para o conceito de discriminação uma vez que etimologicamente, a discriminação pode ser entendida como diferenciar, distinguir, discernir, apresentar aceção no tratamento desigual e injusto, baseado em uma ordem.

A constituição por trazer princípios gerais que possibilitam a proibição da discriminação, tais como a abertura do texto constitucional para a incorporação de normas advindas de tratados internacionais com o mesmo peso de norma nacional, a intensa proibição de discriminação de grupos que sofreram historicamente

Na realidade podemos entender que a ausência de um tratamento desigual para desiguais ou ausência da própria desigualdade acarreta a discriminação, mais nunca ocorreria com a desigualdade. Haverá discriminação toda vez que a utilização de um elemento discriminador for abusiva, imoral.

A importância da igualdade serve como contraponto para o conceito de discriminação traz consigo uma ideia contrária ao princípio da igualdade, pois, refere-se à manifestação de cunho pejorativo, realizado sobre determinado grupo de pessoas, possibilitando assim desvantagens.

Assim os meios de comunicação principalmente a Internet, fazem com que as pessoas ponderam de forma errônea um ideal de que ali é constituído um mundo sem lei e regras, ocasionando principalmente embates entre o direito da personalidade e o direito da liberdade de expressão no tocante à honra e a imagem das pessoas.

A liberdade de Expressão é um requisito essencial para a manifestação de opinião nos meios de comunicação, contudo, há limites quanto à dignidade da pessoa humana, sendo um deles a prática do racismo. Também, nos casos em que a liberdade de expressão constituir apologia a crime e influenciar a sexualidade em nossas crianças, devem prevalecer o direito a dignidade humana na proteção e na construção da vida das crianças. E por fim, analisa-se que intolerância fecha as portas dos debates, fazendo daqueles que a praticam, ditadores de opinião e informação, gerando conseguinte a isto, previsivelmente, uma cadeia de eventos culminantes na inversão do quadro descritivo de indivíduos outrora tidos como “reivindicadores de direitos”, a agora “impositores de ideais”. Tendo isso em vista, conclui-se que a liberdade não deverá ser abafada jamais diante uma tentativa grotesca de imposição de ideais, sejam eles quais forem.

Neste contexto podemos dizer que o discurso de ódio tem aumentado, devido aos meios de comunicação terem trazido novas formas de ver as relações sociais, nas quais, características que antes eram vistas como essências perderam sentido, criando a possibilidade de implementação de novas características tidas como essenciais. Assim, para que haja uma verdadeira democracia devemos agir dentro dos limites prescritos, para que determinados atos possam ser objetos de controle.

Observamos que diante um conflito no Brasil para qualquer matéria inclusive os conflitos dos direitos que envolvem princípios fundamentais, o método para a aplicação do direito é a subsunção dos fatos, que consiste em, diante de uma situação fática identificar-se qual norma rege determinada hipótese na lei, entre a norma tida

como premissa maior e os fatos tidos como premissa menor, e a conclusão é o enquadramento dos fatos à norma mostrando-se ineficiente em diversos casos.

Trazemos assim como método mais eficaz na solução desses conflitos o método da ponderação. Do qual diante um conflito de premissas fundamentais, detecta, neste imenso sistema de normas a solução do caso, identificando limites imanentes de cada direito. E por ultimo, constituindo a fase decisória, onde estes diferentes grupos normativos e a análise dos fatos serão analisados de forma conjunta para equiparar os pesos, de forma que os danos ao outro principio seja o mínimo possível.

Esse método não seria a total solução para os conflitos que envolvam direitos fundamentais, porem, nessa linha tênue apresenta como uma introdução do paradigma para a resolução destes conflitos entre a liberdade de expressão e o direito da personalidade inerente a todo a cidadão.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES, Júnior, VIDAL, Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 143.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BOBBIO, Norberto, PASQUINO, Gianfranco, MATTEUCCI, Nicola. **Dicionário de Política**, 11. ed. Brasília: UnB, 1983.
- CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo, 1997, p. 59.
- CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Editora: Renovar, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 359.
- CHEVALIER, Jean Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Trad. Lydia Cristina. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos – a honra, a intimidade e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação**, 2000.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2008.
- LEITE, Flamarion Tavares. **Manual de Filosofia Geral e Jurídica: das origens a Kant**. 3ª. ed. Rio de Janeiro. Forense: 2011.
- MACHADO, Jônatas E. M.. **Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. 2002.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. tomo. IV. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 53.
- PERLINGIERI, Pietro. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. Temas de direito civil, 2001.
- SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **Da criminalização do Racismo – Aspectos Jurídicos e Sociocriminológicos**, 1º ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2006.
- SILVA JR., Hédio. **DIREITO DE IGUALDADE RACIAL**, 1º ed., São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002.

ALBUQUERQUE, R. A. **Definição dos termos normativos: raça, cor, preconceito, discriminação, racismo**. Webartigos. 2013. Disponível em: <<http://regial.jusbrasil.com.br/artigos/111968110/definicao-dos-termos-normativos-raca-cor-preconceito-discriminacao-racismo>>. Acesso 22 mai. 2016.

Barbosa, Joaquim B. Gomes. **A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro**. 2001. Disponível em: <<http://adami.adv.br/artigos/19.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

DHNET. **Liberdade de expressão**. 2011. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/5/liberdade.html>>. Acesso em: 01 out. 2015.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos – a honra, a intimidade e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação**, 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2195/democracia-censura-e-liberdade-de-expressao-e-informacao-na-constituicao-federal-de-1988/2>>. Acesso 20 mai. 2016.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. . Disponível em:<<https://linaadv.files.wordpress.com/2015/09/direitos-fundamentais-george-marmelstein.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2016.

MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. 2005. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2016.

MENDES, Gilmar. **A Jurisdição Constitucional no Brasil e seu Significado para a Liberdade e a Igualdade**[versão em português da palestra na abertura do fórum jurídico "Igualdade e Liberdade no Direito", realizado na Faculdade de Direito da Wilhelms-Universität — Universidade Guilherme —, em Münster, Alemanha]. Novembro/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em 03 out. 2015.

MINHA OPINIÃO sobre o CP. Em favor da discriminação da pornografia infantil. 2016. Disponível em:<<https://www.youtube.com/watch?v=zLMSqDDt6ds>>. Acesso em: 22 mai. 2016

NOBLAT, Ricardo. **Joaquim Barbosa: Fora do eixo**. O Globo, 2013. Disponível em:<<http://noblato.globo.com/noticias/noticia/2013/08/joaquim-barbosa-fora-do-eixo-por-ricardo-noblato-507449.html>>. Acesso em 15 de mai. 2016.

TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia. **A Igualdade, O Princípio da Proibição da Discriminação e as Ações Afirmativas como Promoção dos Direitos Humanos, À Luz da Teoria Crítica**. 2008. Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/109_igualdade_acoes_afirmativas.pdf>. Acesso: 22 mai.2016.

LEXY, Robert. ***Teoria dos Direitos Fundamentais***. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.90.

DWORKIN, Ronald. ***Levando os Direitos a Sério***. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.80.