**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**MESTRADO EM DIREITO**

**ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA**

**“LUÍS DE CAMÕES”**

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO: LIMITES INTRÍSECOS E COLISÕES**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: José Airton de Aguiar Portela

Orientador: Professor Doutor Alex Sander Xavier Pires

Número do candidato: 20151565

**Outubro de 2019**

**Lisboa**

**RESUMO**

Neste estudo, examina-se os conflitos ou colisões entre esses direitos fundamentais, suas possibilidades de exercício, escopo, critérios de aplicação, limites de ação e, em particular, examina-se os "limites dos limites" à restrição de direitos ao propósito de viabilizar sua coexistência. Tais conflitos e debates, inerentes a regimes plurais, nas conclusões da presente investigação jurídica, são indispensáveis ​​à integridade do sistema democrático. Tais restrições reclamam, contudo, a fixação de critérios seguros para sua aplicação para que se tenha sua máxima eficácia em um regime de coexistência harmonioso, no qual tais direitos sejam complementados e não excluídos.

O direito à liberdade de expressão (informar, ser informado e de imprensa), neste esforço, é contrastado com os direitos da personalidade, nomeadamente os direitos à privacidade, tomando em consideração as concepções e interesses de cada indivíduo detentor de direitos, posições e avaliações endossadas por legisladores e aplicadores de direitos fundamentais, disso emergindo oportunidade de escrutinar-se o que mais se aproxima ou mais se distancia de “justo equilíbrio” entre os direitos em conflito.

Em passo seguinte, busca-se identificar critérios para aferição de proporcionalidade e desproporcionalidade em aplicações e intervenções nos direitos à liberdade de expressão, em limitações intrínsecas ou quando oposto ao direito à privacidade, ocasião em que se consideram circunstâncias e interesses explícitos ou subjacentes. Neste ponto, o princípio da proporcionalidade é trazido ao debate como instrumento indispensável à preservação e desenvolvimento dos direitos fundamentais e de resolução de problemas relacionados a colisões entre tais direitos, bem como às críticas e respostas aos sopesamentos aplicados.

Também traz à tona diferentes concepções de liberdade de expressão e direito à privacidade nos dois principais campos de debate: a Europa e os Estados Unidos.

Por fim, apresentamos critérios e soluções para equilibrar os conflitos entre o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade, estabelecidos pela doutrina, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e pelos tribunais constitucionais nacionais, bem como suas hipóteses e limites, para que se possa restringir o exercício do direito à liberdade de expressão e, ao mesmo tempo garantir-se o respeito ao núcleo essencial, considerando teorias absolutas e relativas de sua aplicação.

Palavras-chave: proporcionalidade; liberdade de expressão; privacidade.

**ABSTRACT**

In this paper, is examined the conflicts or collisions between these fundamental rights, their possibilities from exercise, scope, application criteria, limits of action, and in particular exam the "limit from limits" to the restriction of rights to the purpose of enabling their coexistence. Such conflicts and debates inherent in plural regimes in the conclusions of this legal investigation are indispensable to the integrity of the democratic system. However, such restrictions call for the establishment of safe criteria for their application to be most effective under a harmonious coexistence regime, in which such rights are complemented and not excluded.

The right to freedom of expression (inform, be informed and press) in this endeavor is contrasted with the rights of personality, namely the rights to privacy, considering the views and interests of each holding rights, positions and evaluations endorsed by legislators and enforcers of fundamental rights, and this gives rise to an opportunity to scrutinize what is closest to or farthest from the “fair balance” between conflicting rights.

The next step seeks to identify criteria for measuring proportionality and disproportionality in applications and interventions in the rights to freedom of expression, in intrinsic limitations or when opposed to the right to privacy, when explicit circumstances and interests are considered underlying. At this point, the principle of proportionality is brought to the debate as an indispensable instrument for the preservation and development of fundamental rights and the resolution of problems related to the collisions between such rights, as well as the criticism and responses to the applied arguments.

It also brings to light different conceptions of freedom of expression and the right to privacy in the two main fields of debate, in Europe and the United States.

Finally, we present criteria and solutions for balancing the conflicts between the right to freedom of expression and the right to privacy, established by the doctrine, the European Court of Human Rights and the national constitutional courts, as well as their hypotheses and limits, so that may restrict the exercise of the right to freedom of expression and, at the same time ensure respect for the essential core, considering absolute and relative theories of its application.

**Keyword**: Proportionality; Freedom of expression; Privacy.

**SUMARIO**

[Introdução 7](#_Toc34991991)

[1. Direitos Fundamentais: evolução, definições, modalidades e propósitos. 13](#_Toc34991992)

[1.1 Evolução dos direitos fundamentais. 13](#_Toc34991993)

[1.1.1. Rudimentos dos direitos fundamentais como tentativas de contenção do poder absoluto. 14](#_Toc34991994)

[1.1.2. Os direitos fundamentais e o processo de independência dos Estados Unidos. 15](#_Toc34991995)

[1.1.3. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. 15](#_Toc34991996)

[1.1.4. Evolução dos direitos fundamentais na Alemanha. 16](#_Toc34991997)

[1.1.5. Antecedentes históricos do direito à liberdade de expressão. 17](#_Toc34991998)

[1.1.6. Antecedentes históricos do direito à privacidade. 19](#_Toc34991999)

[1.1.7. Os antecedentes jusfilosóficos do direito à privacidade e da liberdade de expressão. 21](#_Toc34992000)

[1.1.8. Origem do Right to Be alone (privacy) 23](#_Toc34992001)

[1.2. Os direitos fundamentais e as liberdades públicas. 23](#_Toc34992002)

[1.3. Direitos fundamentais e suas funções. 26](#_Toc34992003)

[1.4. O caráter duplo dos direitos fundamentais. 26](#_Toc34992004)

[1.5. Conceito de liberdade de expressão. 27](#_Toc34992005)

[1.5.1. O duplo caráter dos direitos fundamentais e a liberdade de expressão. 28](#_Toc34992006)

[2. Colisões e aferição de proporcionalidade e desproporcionalidade da liberdade de expressão com outros direitos fundamentais 32](#_Toc34992007)

[2.1. A busca pelo justo equilíbrio pela aferição da proporcionalidade. 32](#_Toc34992008)

[2.2. Os direitos fundamentais, interesses e as circunstâncias como elemento das técnicas de resolução de conflitos. 33](#_Toc34992009)

[2.3. Mesmos direitos em colisão, distintas circunstâncias, julgamento com resultado diferente. 37](#_Toc34992010)

[2.4. O princípio da proporcionalidade como instrumento de preservação e desenvolvimento dos direitos fundamentais. 38](#_Toc34992011)

[2.5. As colisões de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade. 42](#_Toc34992012)

[2.5.1. Críticas ao sopesamento de direitos em colisão pela técnica de ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito. 43](#_Toc34992013)

[2.5.2. Respostas de Alexy as críticas à ponderação da técnica de balanceamento. 44](#_Toc34992014)

[2.6. Mais importantes campos de debates acerca da relação do direito à liberdade de expressão e da privacidade. Estados Unidos e Europa. 45](#_Toc34992015)

[2.6.1. Liberdade de expressão e sua relação com o direito à privacidade nos Estados Unidos e na Europa. 50](#_Toc34992016)

[2.6.2. Os critérios para aplicação do direito à privacidade segundo a jurisprudência nos Estados Unidos. 52](#_Toc34992017)

[2.6.2.1. Razoável expectativa de privacidade. 57](#_Toc34992018)

[2.6.2.2. Teste da *Actual Malice.* 57](#_Toc34992019)

[2.6.3. Os primeiros grandes debates acerca da liberdade de expressão nos Estados Unidos. 58](#_Toc34992020)

[2.6.3.1. Holmes e Brandeis e a liberdade de expressão em colisão com outros direitos. 58](#_Toc34992021)

[2.6.4. A liberdade de expressão e sua relação com os direitos da personalidade na Europa. 62](#_Toc34992022)

[2.7. Liberdade de expressão frente o direito à privacidade em Portugal. 62](#_Toc34992023)

[2.7.1. O direito à liberdade de expressão frente aos direitos da personalidade em relação a "figuras públicas" em Portugal. 64](#_Toc34992024)

[2.8. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos e os critérios para limitação ou restrição à liberdade de expressão frente a outros direitos da personalidade. 68](#_Toc34992025)

[2.8.1.Outros critérios estabelecidos pelo TEDH para restrição ou limitação à liberdade de expressão. 71](#_Toc34992026)

[2.9. O direito à liberdade de expressão na Alemanha. 73](#_Toc34992027)

[2.9.1. A liberdade de expressão e os juízos de valor depreciativos. 75](#_Toc34992028)

[2.9.2. A liberdade de expressão e a incitação aos crimes de ódio na visão do Tribunal Europeu de Direitos do Homem - TEDH. 76](#_Toc34992029)

[2.10. As modalidades do direito à liberdade expressão, suas repercussões e limites. 78](#_Toc34992030)

[2.10.1. Liberdade de Expressão. Considerações sobre seus limites. 79](#_Toc34992031)

[2.10.2. Liberdade de expressão na Espanha: limites internos e externos. 81](#_Toc34992032)

[2.10.3. Posição preferente do direito à liberdade de expressão em relação ao direito à privacidade na Espanha. 83](#_Toc34992033)

[2.10.4. A liberdade de expressão no Brasil. 85](#_Toc34992034)

[2.10.4.1. A liberdade de expressão e o direito à privacidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil. 86](#_Toc34992035)

[3. Critérios e soluções para resolução de conflitos entre o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade. 88](#_Toc34992036)

[3.1. Conflitos entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade. 88](#_Toc34992037)

[3.2. Deveres de Proteção. Proibição de proteção insuficiente e imperativos de tutela. 92](#_Toc34992038)

[3.2.1. Imperativo de tutela aplicado em caso clássico. 94](#_Toc34992039)

[3.3. Colisões entre direitos fundamentais e os critérios de equilíbrio entre o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade e os novos direitos. 96](#_Toc34992040)

[3.3.1. Os critérios de equilíbrio fixados pelo Tribunal Europeu de Direitos do Humanos no caso *Axel Springer v Alemanha.* 98](#_Toc34992041)

[3.4. A proteção de dados e a liberdade de expressão nos novos regulamentos. 105](#_Toc34992042)

[3.4.1. O Regulamento Geral para Tratamento e Livre Circulação de Dados da União Europeia e a liberdade de expressão. 106](#_Toc34992043)

[3.4.2. A positivação dos direitos fundamentais em âmbito internacional, comunitário, europeu e nacionais, no tocante à proteção de dados, à privacidade e à liberdade de expressão. 109](#_Toc34992044)

[3.5. Limites ao exercício da liberdade de expressão. 110](#_Toc34992045)

[3.6. Conteúdo essencial (ou núcleo essencial) dos direitos fundamentais. 113](#_Toc34992046)

[3.6.1. Valor e alcance do princípio da garantia do núcleo essencial. 115](#_Toc34992047)

[CONCLUSÃO 119](#_Toc34992048)

[REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 129](#_Toc34992049)

# Introdução

A sociedade contemporânea, especialmente em relação as comunicações, tem experimentado uma verdadeira revolução tecnológica. Vive-se o tempo da designada “sociedade da informação”, e assim as complexas relações que dela emergem desafiam e põem à prova a capacidade do direito em lidar com essa nova realidade. Hoje, muito mais que ontem, a relação entre os direitos à liberdade de expressão e o direito à privacidade tem se tornado mais complexa e conflituosa. Por conseguinte, muito mais passou-se a debater acerca dos conflitos ou colisões entre tais direitos fundamentais, suas possibilidades de exercício, alcance, critérios de aplicação, limites de atuação e, nomeadamente, dos "limites dos limites" à restrição de direitos ao escopo de permitir sua convivência.

Não se desconhece e nem se nega que os conflitos e debates são próprios dos regimes plurais e isso é indispensável para a higidez do sistema democrático. Contudo, o desenvolvimento de um sistema sustentado em direitos fundamentais reclama o estabelecimento de critérios para a máxima eficácia de tais direitos em um regime harmônico de convivência em que se completem em lugar de se excluírem.

O direito à liberdade de expressão (de informar, de ser informado e de imprensa) tem sido contrastado com os direitos da personalidade, designadamente os direitos à privacidade (para a posição que ora adota-se, gênero do qual são espécie os direitos à vida privada ou privacidade em sentido estrito à intimidade, ao nome, a honra e a imagem) e, diante das inquietações que daí se manifestam, das concepções e interesses de cada indivíduo titular de direitos, das posições e valorações perfilhadas por legisladores e aplicadores de direitos fundamentais, aflui ocasião para proceder-se a um escrutínio sobre o que se aproxima, tanto mais quanto possível, de um “justo equilíbrio” que, concomitantemente, assegure existência, validade e eficácia a tais direitos fundamentais sem violações que os obliterem ou os desfigurem quando objeto de intervenções. Somente assim, afiança-se, pode-se conservar e fortalecer tais pilares essenciais das sociedades livres e de seu regime democrático, garante e fiador das liberdades individuais, máxime, da dignidade do ser humano.

Por certo que, ordinariamente, as soluções oferecidas não têm sido suficientes à cessação do estado de incerteza quanto à suficiência da tutela proporcionada pelas legislações internas, comunitárias e internacionais, abstratamente consideradas ou aplicadas pelos órgãos de justiça, não bastará, pois, que se identifique de que modo e por quais razões determinada sociedade optou por conferir valoração superior ao direito à privacidade ou a liberdade de expressão quando em recíproca intervenção. Soleva-se indispensável a identificação dos critérios, instrumentos jurídicos e valores considerados na solução de conflitos dessa natureza. Impõe-se a investigação de sua eficiência e sua idoneidade à preservação do conteúdo essencial de tais direitos fundamentais, neste caso, tendo presente, como referencial de aferição, a noção de que ao mesmo tempo em que se afirma um direito não se pode permitir a completa negação do conteúdo essencial do direito contraposto.

Portanto, seja dos limites intrínsecos ou dos antagonismos que emergem da norma abstratamente considerada ou aplicada ao caso concreto (nisso compreendidas as resoluções, perplexidades, opções, acertos e os erros), nesta proposta, em relação aos aludidos direitos fundamentais, busca-se investigar a proporcionalidade ou a razoabilidade ou equilíbrio entre o campo de tutela ou de atuação do direito à liberdade de expressão em relação aos direitos da personalidade e os demais valores constitucionais que aquele se relacionam.

Posto isso, em que pese alguns argumentos a defender intangibilidade plena do direito de não ser submetido à tortura e da dignidade da pessoa humana (por seu aspecto de regra e não de princípio), há consenso na doutrina e jurisprudência, no sentido de que não existem direitos ilimitados. Tal entendimento, cediço, foi construído tomando-se em consideração que os diversos direitos necessitam articular-se entre si a fim de que possam ser exercitados, o que, claro, não seria possível se alguns deles fossem absolutos, pois a afirmação de um direito, necessariamente, implicaria na negação de outros.

O direito à liberdade de expressão, por exemplo, embora seja considerado preferente em países como Espanha e Estados Unidos e que, por isso, quando sopesado com outro direito recebe grau mais elevado de consideração, nem por tal pode ser tido como absoluto. Se é fato que a lógica de criação e validade dos direitos fundamentais exige a conservação de todos os direitos, se por hipótese o direito à liberdade de expressão fosse assim percebido, os direitos à privacidade em suas espécies intimidade, honra, nome e imagem restariam obliterados *prima facie.*

Considerando-se ainda que, acordes doutrina e jurisprudência no sentido de não existência de hierarquia entre direitos fundamentais, tem-se por pressuposto que, principalmente no caso concreto, colidem e, diante disso, submetem-se a balanceamentos por sopesamentos. Daí faz-se uso da verificação por meio do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios. Contudo, o foco da presente investigação não será o estudo da colisão entre direitos fundamentais, mas análise e aferição dos limites internos de exercício de cada direito e em relação a outros direitos nos casos em que venham a manter uma relação em que um direito intervém ou interfere no outro. Mais exatamente, busca-se investigar o alcance e desenvolvimento do direito à liberdade de expressão, não só como liberdade fundamental individual, mas principalmente na sua compleição institucional como instrumento indispensável à formação da opinião pública e para a sustentação dos regimes democráticos e sua relação com outros direitos.

Nesta proposta examina-se a aplicação e desenvolvimento da liberdade de expressão e o quanto intervém e recebe intervenções de outros direitos fundamentais, máxime do direito à privacidade, deitando-se olhar, principalmente, sobre as situações de Portugal, Espanha, Alemanha, Estados Unidos e Brasil e direito comunitário europeu, assim registrando-se e analisando-se as respostas que nossa investigação encontrará na produção legislativa, jurisprudencial e doutrinária, contrastando-as entre si e com as concepções que reputadas mais adequadas.

Como meta principal desta investigação buscar-se-á respostas para a seguinte indagação: quais os limites das intervenções necessárias, intrínsecas e recíprocas, nos direitos à liberdade de expressão e no direito à privacidade (ou à vida privada) sem que se incorra em desproporcionalidade e consequente ilegitimidade?

Parte-se então da premissa, já referida, de que a lógica de existência e eficácia dos direitos fundamentais implica na sua necessária ou compulsória coexistência e isso redundará, inevitavelmente, em conflitos, designadamente, entre o direito à liberdade de expressão com outros direitos. Desse modo, nesta empreitada propõe-se a análise dos resultados obtidos após a aplicação das técnicas e critérios para resolução de conflitos.

Assim, por exemplo, jurisprudência do Tribunal Europeu de Diretos Humanos-TEDH tem cuidado de sensíveis questões relacionadas a aplicação de critérios de proporcionalidade para equilibrar o direito nacional dos Estados que integram a União Europeia com as convenções que cuidam de direitos fundamentais e humanos. De tais posicionamentos do TEDH, extrai-se que, em relação a alguns elementos autorizativos para restrição de direitos fundamentais, os Estados têm maior margem interpretativa, caso do conceito de moralidade que, segundo este Tribunal, não pode ter sentido uniforme nos Estados europeus vinculados à CEDH, dado que o seu conceito varia no tempo e no espaço, com rápida mudança de concepções, conforme mantenha contato e assim receba influência da sociedade de cada país. No entanto, em relação a outras hipóteses, o TEDH fixou rígidos critérios para interferências ou intervenções por parte dos Estados nos direitos fundamentais, principalmente em relação à liberdade de expressão.

Primeiro exige que a possibilidade de restrição esteja prevista em lei e que os interessados tenham ciência deste regramento para que assim antevejam as consequências para seus atos; segundo, que a interferência tenha seu propósito contemplado em alguma das hipóteses indicados no artigo 10.2 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a saber: segurança nacional, integridade territorial ou segurança pública, defesa da ordem e prevenção do crime, proteção da saúde ou da moral, proteção da reputação ou direitos de terceiros, para impedir a divulgação de informações confidenciais ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do Judiciário; terceiro, que a ingerência possa ser considerada uma medida necessária numa sociedade democrática; quarto, em se tratando do direito à liberdade de expressão, quanto às possibilidades de sua limitação, a interpretação deve ser restritiva. Neste particular, mantém sempre presente a noção de que "a liberdade de expressão representa um dos pilares essenciais de uma sociedade democrática e que se caracteriza pelo pluralismo, pela tolerância e pelo espírito de abertura", destacando ainda este Tribunal Comunitário que a liberdade de expressão deve proteger tanto as ideias e informações agradáveis quanto aquelas reputadas inofensivas quanto aquelas que incomodam, perturbam, ofendem ou provocam, sendo que esta liberdade poderá ser exercida com maior alcance nos debates políticos e quando se cuidam de "figuras públicas".

Dado que os maiores debates acerca das colisões entre o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade (ou vida privada) tenham se desenvolvido nos Estados Unidos, examina-se a jurisprudência da Suprema Corte deste País nos casos mais representativos e indispensáveis para a definição da estrutura, alcance e compleição de tais direitos.

Considerando-se a inestimável contribuição da Alemanha para o desenvolvimento dos direitos fundamentais, principalmente por intermédio da interpretação conferida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão à sua Lei Fundamental, e o quanto influenciou o direito de outros Estados, principalmente europeus, nesta assentada também examina-se os casos mais importantes de sua jurisprudência no tocante ao exercício do direito à liberdade de expressão e sua relação com os direitos à privacidade.

As concepções espanholas acerca do direito à liberdade e à privacidade e sua grande produção jurisprudencial e doutrinária também merecerão destacada consideração.

De Portugal, a contribuição de seus grandes constitucionalistas e a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça serão analisadas, principalmente, quando deste nota-se sinais de mudança de entendimento quanto à consideração da relação entre o direito à liberdade de expressão e o direito ao respeito à vida privada, honra e ao bom nome.

Por fim, do Brasil, põe-se à luz a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e apontamentos doutrinários sobre o tema.

Ao primeiro capítulo dedica-se uma visão geral acerca dos direitos fundamentais, cujos primeiros rudimentos representaram tentativas de contenção poder absoluto dos monarcas por parlamentos, passando pelo processo de Independência dos Estados Unidos e da Revolução Francesa, que ao proclamar o rompimento com o "velho regime" e afirmado os interesses da burguesia, a nova classe social que emergia, produziu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Feito isso, registra-se os antecedentes históricos e jusfilosóficos do direito à liberdade de expressão e do direito com quem mais recorrentemente antagoniza: o direto à privacidade.

No mesmo capítulo, cuida-se de estabelecer noções gerais sobre as liberdades públicas e direitos fundamentais, de suas funções e características, designadamente do seu caráter duplo, quando ao mesmo tempo é jurídico-subjetivo e jurídico-objetivo, neste último caso, com importante repercussão no exercício da liberdade de expressão, além de dedicar-se ponto aos novos regulamentos instituídos no âmbito comunitário, nos Estados que compõem a União Europeia e sua repercussão quanto ao exercício da liberdade de expressão.

No segundo capítulo, passa-se a tratar da identificação do "justo equilíbrio" como critério para a aferição da proporcionalidade e da desproporcionalidade nas aplicações e intervenções nos direitos à liberdade de expressão e no direito à privacidade, assim considerando circunstâncias e interesses que explícitas ou subjacentes. Neste capítulo ainda traz-se ao debate o princípio da proporcionalidade, como indispensável instrumento de preservação e desenvolvimento dos direitos fundamentais e de problemas relacionados às colisões entre direitos fundamentais, bem como as críticas e respostas ao sopesamento realizado com o uso do princípio da proporcionalidade em sentido estrito e por métodos mais tradicionais, tais como já mencionados, os princípios da unidade da Constituição e da concordância prática.

Também traz-se à luz as diferentes concepções acerca da liberdade de expressão e do direito à privacidade nos dois principais campos de debate, a saber, a Europa e Estados Unidos. Neste ponto examina-se os entendimentos de suas respectivas doutrina e jurisprudência dos Tribunais comunitários e nacionais acerca da aplicação e relação recíproca entre tais direitos fundamentais. Designadamente, destacam-se ainda os julgamentos mais relevantes realizados pelos tribunais superiores e constitucionais de Portugal, Espanha e Alemanha.

No terceiro capítulo apresenta-se critérios e soluções de equilíbrio nos conflitos entre o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade, fixados pela doutrina, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e pelos tribunais constitucionais nacionais, e ainda cuida-se dos limites ou hipóteses de restrição do exercício do direito à liberdade de expressão e garantia de respeito ao núcleo essencial, com a consideração das teorias absoluta e relativa de sua aplicação.

# 1. Direitos Fundamentais: evolução, definições, modalidades e propósitos.

1.1 Evolução dos direitos fundamentais.

Breve bosquejo histórico e passagem em revista pela jurisprudência faz-se a reclamar para que se entenda as razões das diferenças de concepções acerca do direito à liberdade de expressão com outras liberdades, nomeadamente o direito à privacidade, conceito em que se incluem alguns direitos da personalidade, caso do direito à intimidade, à honra, à imagem, ao nome, entre outros.

Embora os direitos fundamentais – eventualmente, possam confundir-se no que respeita aos seus conteúdos, bens jurídicos e interesses que tutelam –, são identificados e lastreados em uma Constituição (ou em seu equivalente), podendo restringir-se a uma só nação ou a um conjunto de nações (neste caso, por exemplo, a União Europeia).

Os direitos fundamentais, como se exporá nas linhas subsequentes, muito em razão dos fatos e impulsos históricos que estão na sua origem, não possuem concepções unívocas. Assim, sua formação e desenvolvimento, a partir das declarações de direitos, nos Estados Unidos, ou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, inevitavelmente, guardam as marcas das condições e circunstâncias presentes naquele dado período histórico.

Tais catálogos de direitos fundamentais pioneiros, tendo por móvel e justificativa o pensamento e as motivações advindas do pensamento reinante naquele recorte temporal, com ou sem a necessidade de positivação em sede constitucional, tiveram desenvolvimento e evolução de acordo com os novos valores que foram incorporados pelas sociedades a quem se destinam, se mostraram razoavelmente exitosos quanto ao efetivo alcance de seus propósitos. Contudo, em muitos Estados com regimes democráticos consolidados "tardiamente", possivelmente para prevenir o retorno de regimes que obliteram direitos, houve ", no dizer de Paulo Mota Pinto e Diogo Leite de Campos, um "excessivo alargamento da categoria de direitos fundamentais", e o resultado indesejável disso, segundo estes mesmo autores, é a possibilidade que tais direitos se ressintam de falta de efetividade e tenham limitada força normativa (Pinto e Campos, 2004, p.543).

Posta tal noção, passa-se ao exame do processo histórico que redundou no surgimento dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo já indicando suas características e elementos que contribuíram para seu surgimento e as concepções e valores que os aproximam ou os distanciam segundo os valores de cada sociedade.

1.1.1. Rudimentos dos direitos fundamentais como tentativas de contenção do poder absoluto.

Em sua origem mais remota, os direitos fundamentais não surgiram como garantia de todo cidadão-indivíduo. Por exemplo, do primeiro documento em que os direitos fundamentais deitam suas raízes, a Carta Magna, de 1215, dispôs que na Grã-Bretanha o rei asseguraria interesses de barões e clérigos, permitindo que, em caso de litígios, juízes aplicassem o chamado *Law of the Land*. Contudo, anos mais tarde os juízes (especialmente Sir James Coke) cuidaram de alargar o alcance de tais diplomas normativos e, com isso, no contexto do *common law*, sobrepuseram princípios do direito natural até mesmo ao rei e ao parlamento (Helmholz, 2009, p.331-344).

A Carta Magna, apesar de longe de abrigar universalmente os cidadãos ingleses daquele tempo, por conter “fundamentalmente direitos estamentais, já fornecia ‘aberturas’ para a transformação dos direitos corporativos em direitos do homem” (Canotilho, 2007, p.352). Trouxe, pois, em seu bojo a estrutura primária do princípio do devido processo legal (*due processo of law*), limitação ao poder de tributação por parte do Estado e a positivação de uma noção rudimentar do direito de propriedade.

Em novas tentativas de conter o poder absoluto do rei, o Parlamento impôs a Carlos I, em 1628, a *Petition of Rights*, documento que exigia autorização parlamentar para que se cuidasse de diversos temas, dentre os quais, tributos, julgamentos e temas relacionados à guerra. No mesmo caminhar, em 1679, o Parlamento inglês impôs a Carlos II o *Habeas Corpus Act*; em 1688, como consequência da Revolução Gloriosa, sob Guilherme de Orange, o Parlamento instituiu o *Bill of Rights*, importante documento limitador do poder absoluto.

1.1.2. Os direitos fundamentais e o processo de independência dos Estados Unidos.

Durante o processo de independência dos Estados Unidos, três documentos foram precursores dos direitos fundamentais que viriam a surgir neste País.

Em junho de 1776, a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, com forte influência das ideias iluministas e do jusnaturalismo que dominavam o *Common Law,* sistema cujas noções haviam sido trazidas ao novo mundo pelos colonos ingleses , serviu como base para os direitos da igualdade, de propriedade. Além disso, colocou o povo como fonte do poder, adotou uma tripartição de poderes, estabeleceu as liberdades de religião e de imprensa. Tal declaração é tida como um pioneira positivação dos direitos fundamentais em seu sentido contemporâneo (Pieroth e Schlink, 2008, p.8).

Em julho de 1776 foi publicada a Declaração de Independência dos Estados Unidos que, desde logo, buscou assegurar direitos individuais, limitação do poder estatal, tendo mesmo exercido influência a revolução francesa e no processo de independência de outras colônias do continente americano. Em 1787 foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos. Em 1791 recebeu dez emendas que aclaravam e ampliavam direitos individuais (*Federal Bill of Rights*). Tais emendas ficaram conhecidas como *Bill of Rights* (Declaração de Direitos).

1.1.3. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Cabe pontuar, nessa ordem de fatos que, ao passo que nos Estados Unidos já vigorava a clara noção de igualdade política entre os cidadãos, na França, no final do Século XVIII, a sociedade ainda era estamental e o regime cuidava de manter os privilégios do clero e da nobreza em detrimento do restante da população (do chamado terceiro estado). Assim é que o evento histórico denominado Revolução Francesa pôs fim ao antigo regime e seus privilégios, além de também encerrar o exercício do poder absoluto pela monarquia. Como corolário desse processo revolucionário, em 1789, engendrou-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão fez-se baseada no direito natural, da razão e nas ideias dos fisiocratas. Esse importante documento contemplou as reivindicações políticas da burguesia, classe emergente cuja força social e econômica tinha potencial para objetar o despotismo régio (Pieroth e Schlink, 2008, p.8).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabeleceu a igualdade perante a lei, o direito de propriedade e algumas franquias individuais e perante o Estado, estabelecendo que o poder seria expressão da vontade dos cidadãos. Contudo, a soberania dos cidadãos tinha por base o voto censitário, e isso restringia o direito de voto à classe dos proprietários e ao clero.

1.1.4. Evolução dos direitos fundamentais na Alemanha.

Na Alemanha, só em 1848 os primeiros direitos fundamentais começaram a ser positivados, na Assembleia da Igreja de São Paulo, mas por falta de condições políticas não se sustentaram. De forma mais firme e resoluta e, principalmente, por contemplar as liberdades políticas, somente em 1918 com a Constituição de Weimar pode-se realmente falar em direitos fundamentais nos moldes do que já se tinha nos Estados Unidos e na França (Pieroth e Schlink, 2008). [[1]](#footnote-1)

Após a derrota alemã na Primeira Guerra Mundial, findou-se o regime monárquico (com a renúncia de Guilherme II) e instalou-se a forma republicana de governo. Com isso uma Assembleia Nacional Constituinte formulou a chamada Constituição de Weimar (local em que se reuniu a Assembleia Constituinte). Esta carta constitucional, já em seu preâmbulo, registrou o princípio da soberania do povo, e embora contasse com um promissor catálogo de direitos (tais como a liberdade de circulação, liberdade do indivíduo, liberdade de consciência e religiosa, liberdade de imprensa e direitos sociais) estes não vieram acompanhados de instrumentos para sua efetivação, e ainda, em grande medida, tinham conteúdo apenas programático. Trazia, ademais, um instrumental que permitia ao legislador ordinário limitar ou oferecer concretude a dispositivos constitucionais com reserva de lei e sequer trazia garantia de inviolabilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Em que pese seu fracasso, contribuiu decisivamente para o desenvolvimento do catálogo de direitos fundamentais da futura Lei fundamental Alemã.

Na década de 40, em decorrência dos impactos e traumas da Segunda Guerra Mundial, e também por alguma influência teórica do pensamento de Inmanuel Kant, os direitos que ainda eram fortemente marcados pelo liberalismo, e seu predominante individualismo, convertem-se em diretivas universais, com a dignidade da pessoa humana caminhando para tornar-se o centro iluminador de todos os demais direitos, principalmente assentados na máxima do imperativo categórico kantiano em que “o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio arbitrário desta ou daquela vontade” (Kant, 2007, pp.67-68).

A necessidade de romper com o passado atroz, ainda vivíssimo na memória e consciência coletiva, principalmente dos povos europeus, constituiu o móvel necessário para o desenho moderno dos direitos fundamentais e humanos, assim magnificamente dignificados na Lei Fundamental alemã e na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A Lei Fundamental Alemã, com base no *“Frankfurter Dokumente”* (documento imposto pelos aliados ocidentais que continha exigências acerca da adoção de um regime democrático e de um catálogo de direitos e garantias individuais e liberdades) e orientado pelos direitos de liberdade da Constituição de Weimar e da Constituição da Igreja de São Paulo, a Lei Fundamental alemã fez constar já em seu artigo primeiro que “a dignidade do homem é inviolável. Ademais, em seu artigo 19, parágrafos 1 e 2, insculpiu em seu texto que “respeitá-la e protegê-la é obrigação do poder estatal”, tratando ainda de assegurar o “conteúdo essencial” dispondo que “em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em seu conteúdo essencial”(Polakiewicz, 1993, pp.23-45).

Expostos o percurso histórico dos direitos fundamentais, passa-se à consideração do surgimento e desenvolvimento do direito à liberdade de expressão e os diretos que com mais frequência com este antagonizam, a saber, o direito à privacidade em suas modalidades, direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, ao nome, dentre outros.

1.1.5. Antecedentes históricos do direito à liberdade de expressão.

Embora alguns estudos cogitem do início do desenvolvimento da liberdade de expressão já entre os gregos no Século VI e V, a. c, (Raaflaub, 2007, p.65) e durante a República Romana (Charlesworth, 1943, p.49), somente em 1688, como anotou-se linhas anteriores, com a Revolução Gloriosa, sob Guilherme de Orange, o Parlamento inglês assegurou os rudimentos do que hoje se tem por direitos fundamentais, o *Bill of Rights* que, entre outras providências, dispunha que “a liberdade de expressão e de debates ou procedimentos no Parlamento não deve ser cassada ou questionada em qualquer tribunal ou local fora do Parlamento” (Dicey, 2010, p.23).

A Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776, que teve George Mason por principal redator, foi outra grande inspiração para o desenvolvimento e consolidação dos direitos fundamentais. Neste documento, de forma eloquente, assegurava que *"that the freedom of the press is one of the greatest bulwarks of liberty and can never be restrained but by despotic governments.”*.[[2]](#footnote-2)

A Constituição dos Estados Unidos da América, como já pontuou-se em linhas anteriores, que foi promulgada pouco tempo depois da Declaração de Virgínia (escrita em 1787), não previa originalmente uma declaração de direitos. As dez primeiras Emendas somente foram propostas em 1789 pelo Congresso e ratificadas em 1791. Por tais emendas, que tiveram James Madison por autor, introduziu-se o *Bill of Rights* estadunidense.

A Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos – tida por muitos como o mais caro instrumento à sustentação e desenvolvimento da democracia dentre todos os diplomas legislativos já instituídos –, dispõe que ao Congresso dos Estados Unidos é proibido instituir leis para "estabelecer uma religião, ou proibindo o seu livre exercício; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de peticionarem ao Governo para a reparação por agravos”.

Sob influência e inspiração do processo de independência dos Estados Unidos de 1776 e impulsionada pelo pensamento iluminista, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo conteúdo geral mencionamos em linhas antecedentes, e, como salientou-se, foi o mais importante fruto da Revolução Francesa, evento que influenciou movimentos libertários por todo o mundo, no raio do que ora nos interessa, em seu art. 11º dispôs que “A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos dessa liberdade nos termos previstos na lei.”

Nessa ordem de ideias, em 6 de janeiro de 1941, o Presidente dos Estados Unidos, Franklin Roosevelt, ao proferir seu célebre discurso das "quatro liberdades" contribuiu decisivamente para a construção de um catálogo de direitos essenciais que servisse a toda humanidade. Do referido discurso tem-se postas as bases para a internacionalização de quatro liberdades fundamentais: a liberdade para uso da palavra e de expressão; a liberdade de religião, a liberdade de viver-se com meios materiais necessários a sobrevivência com saúde física e mental e sem necessidades básicas e a liberdade de viver sem medo.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, instituída em 10 de dezembro de 1948, por meio da  Resolução 217 a Assembleia Geral da Nações Unidas aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 1º proclama que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum." Assegurando que qualquer limitação a direitos somente poderia ser levada a cabo se autorizada por lei, o artigo 4º deste diploma normativo dispôs que a liberdade significa que se poder fazer tudo aquilo que não prejudique outro titular de direitos. Contudo, assentou que "o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos.” Formada por um preâmbulo e trinta artigos, da qual os artigos 18 e 19 cuidaram das franquias relacionadas aos direitos à liberdade de pensamento, consciência e religião, liberdade de opinião e expressão, em tais direitos incluem-se a “liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”

1.1.6. Antecedentes históricos do direito à privacidade.

Benjamin Constant, em memorável conferência em Paris, em 1819, afirmou que o objetivo dos modernos daquela época era “a segurança dos prazeres privados, e chamam liberdade as garantias concedidas pelas instituições a esses deleites (...), desenvolver cada uma de nossas faculdades como melhor nos pareça, sem prejudicar os outros”. Ao cabo, Constant declara que “a independência individual e a primeira necessidade dos modernos, portanto não há que se estabelecer nunca seu sacrifício para estabelecer a liberdade política” (Constant, 1819, pp 257-285 *apud* Pascual Huerta, 2016, p.368).

Esse fragmento de discurso, pronunciado em pleno contexto da segunda metade de revolução francesa, bem reflete o pensamento liberal que conferia valor inestimável as liberdades, principalmente as individuais e, neste particular, às garantias que devem ter a vida privada e ao indivíduo em seu círculo privado.

No entanto, as primeiras garantias positivadas aos direitos relacionados à privacidade ou à intimidade voltavam-se para garantir apenas a indevassabilidade das correspondências.

Assim é que o imperador alemão José I, em 1690, decretou a garantia de sigilo das correspondências em todo o império. Anos mais tarde, ainda entre os povos germânicos, as Ordenanças das Correspondências Postais prussianas, em 10 de agosto de 1712 e 26 de fevereiro de 1794, consideraram perjúrio e causa de inabilitação profissional a abertura e interceptação de cartas por parte dos funcionários encarregados. Em 1794, o Direito Geral Territorial prussiano cria para funcionários responsáveis por correspondências a obrigação de manter confidencialidade sobre a correspondência remetida e recebida, assim como a identidade de quem utiliza a comunicação postal, estabelecendo pena de prisão para quem violar correspondência, seja a pessoa funcionário do império ou particular. Na mesma linha, ainda entre os povos germânicos, o Direito Geral Territorial da Prússia cria para funcionários, responsáveis por correspondências, a obrigação de manter confidencialidade sobre a correspondência remetida e recebida, manter acerca da identidade de quem se serve desse serviço, bem como prevê pena de prisão para o funcionário ou particular que violar correspondência (Pascual Huerta, 2016, p.368).

No Reino Unido, uma Lei de 1710, com efeitos a partir de 1711, que se presumia a inviolabilidade de correspondência que circulasse pelo serviço oficial de correios, salvo se houvesse expressa autorização do poder estatal (Pascual Huerta, 2016, p.368).

Na França, a Ordenança Real de 1742 previa pena de morte aos empregados de serviços oficiais postais que sem permissão interceptem correspondência e se apropriem de valores nela contidos. Em 1790, a Assembleia Nacional, por meio de decreto estabeleceu que o “o segredo de correspondência é inviolável” (Pascual Huerta, 2016, p.368).

Na Espanha, a Ordenança Geral de Correios, de junho de 1794, ampliou a regulação dos segredos de comunicação prevendo penas contra quem atente contra a vida de funcionários dos serviços postais e contra quem viole o sigilo de correspondência (Pascual Huerta, 2016, p.368).

Em Portugal, a Carta da Monarquia Portuguesa, outorgada em 1826, por D. Pedro I do Brasil e Dom Pedro IV de Portugal, sem eu artigo 145, parágrafo 25, estabelecia que “o segredo das cartas é inviolável. A administração dos correios será rigorosamente responsabilizada por qualquer infração a este artigo”(Pascual Huerta, 2016, p.368).

Na Grã-Bretanha, no entanto, já se esboçavam as primeiras linhas do que seriam alguns direitos da personalidade, tais como o nome e a honra. No caso Lord Byron v. Johnston, em 1816, a *High Court of Chancery* concedeu injunção em favor do poeta Lord Byron para assim proibir um editor de publicar e vender poemas falsamente atribuídos a Byron. Tal fato, embora não enquadrável como difamação, seria o que Prosser (Prosser, 1960, p.383) mais de um século depois referisse como categoria do direito à privacidade como “luz falsa ante o olho público” ou uma distorção da imagem (*false light in the public eye*), que seria um ilícito ensejador de responsabilidade, embora fora do campo contratual e penal (o que era bastante inovador para a época).

Todavia, a construção e desenvolvimento do direito à privacidade não ocorreu de forma linear. Nessa caminhada houve avanços e retrocessos.

Conforme relata Pascual Huertas, no caso Jones v. Tapling (1865), o Tribunal da Câmara dos Lordes, ao fundamento de que “a privacidade não é um direito”, e que só a intromissão física faria surgir um direito a lhe socorrer, denegou a pretensão de um demandante quando alegava que as janelas do seu vizinho permitiam a visualização de sua propriedade, e que isso fazia supor a vulneração de sua intimidade(Pascual Huerta, 2016, p.368).

Contudo, poucos anos antes, produziu-se o precedente mais relevante relacionado ao direito à intimidade nesses primeiros tempos de seu engendramento. Eis que no caso *Prince Albert v. Strange* (1849), também julgado pela *High Court of Chancery*, gravuras e desenhos feitos pela Rainha Victoria e pelo Príncipe Albert, com temas relacionados ao quotidiano da família real, e que eram mantidos em ambiente estritamente privados foram reproduzidos por um editor chamado William Strange que criou e publicou um catálogo com sessenta e três desenhos, que seriam postos à venda. A Corte referida concedeu a *injuntion* para proibir a publicação do material.

Outro caso que cresce em importância por se idêntico ao que motivou Warrren e Brandeis a escrever o artigo *The Right to Privacy*(Pascual Huerta, 2016, p.369) extrai-se do caso *Pollard v Photographic Company* (1888), julgado pela *Chancery Division High Court of Justice*. Eis que fotografias de mulher, durante o seu casamento, foram utilizadas como cartões com votos de feliz natal em um estabelecimento que realizava fotografias. A *injuction* foi concedida ao argumento de quebra de confiança (*“breach of confidence”*), termo implícito no contrato do fotógrafo com sua cliente.

1.1.7. Os antecedentes jusfilosóficos do direito à privacidade e da liberdade de expressão.

No final do Século XVIII e início do Século XIX, começaram a surgir os primeiros registros teóricos acerca do direito à intimidade. Segundo Stephan Balthasar, a vida privada, como bem jurídico, no século XVIII, recebeu seu primeiro reconhecimento de autores alemães (Balthazar, 2006, p.7 *apud* Pascual Huerta, 206, p.368) .

Karl Friedrich Bahrdt, em ensaio de 1787, sobre a liberdade de imprensa e seus limites (*Ueber Pressfreiheit und deren Gränzen*), defendeu que a imprensa só deveria noticiar matérias de interesse público, deixando de lado o aspecto privado ou doméstico da informação. Por sua vez, Ernst Ferdinand Klein afirmou que não há amparo jurídico na divulgação de fatos da vida privada que não tenham utilidade pública ou interesse geral(Balthazar, 2006, p.7 *apud* Pascual Huerta, 206, p.369).

Contudo, já no Século XIX, em 1848, David Augusto Roder definiu como atos contrários ao direito e a vida privada “assediar alguém com perguntas indiscretas” ou entrar em um aposento sem anunciado, que recebeu a rejeição de Rudolf von Ihering, por não possuir base jurídica (Pérez Luño, 2016, p.368).

Nos Estados Unidos, o direito à liberdade de expressão foi fortemente influenciado pelo pensamento de Stuart Mill, um dos fundadores da doutrina utilitarista na qual desenvolveu a ideia de que “O princípio da maior felicidade tem que as ações são corretas (*right*) na medida em tendem a promover a felicidade; incorretas (*wrong*) quando tendem a produzir o contrário a felicidade" (Mill, 1994, p.34-36).

Mill, em seu ensaio *On liberty*, afirma mesmo que “sobre si mesmo, sobre seu corpo e sobre seu espírito, o indivíduo é soberano” (Mill, 1991, pp. 49 e 127). No entanto, ressalva que “da conduta de um indivíduo só uma parte é julgável pela sociedade, a que se refere ao demais”, como seja, quando essa conduta for prejudicial a outros integrantes da sociedade ou quando vulnera obrigações a todos dirigida. Da referida obra, tem-se que, para além de propugnar que a liberdade é fundamental para que o indivíduo possa pensar e atuar de acordo com a sua própria vontade, tal valor é tido como indispensável para a felicidade e autonomia.

Assim enuncia que o indivíduo deve ter “liberdade de pensar e sentir a liberdade absoluta de opinião e sentimentos sobre toda questão prática, especulativa, científica, moral ou teológica; liberdade de expressar e publicar suas opiniões” (Mill, 1991, pp. 49 e 127).

Tais direitos, segundo Mill, devem ser protegidos pelos governos pois, a seu ver, havia uma crescente tendência de que a sociedade exerça poder excessivo sobre o indivíduo, assim concluindo que a tirania pode surgir não só de governos mas também da sociedade, aludindo a chamada tirania da maioria, conceito já antes enunciado por Tocqueville (1993).

Portanto, Mill sustenta, em síntese, “que a liberdade social – entendida como ausência de ingerências do Estado e de pressões da opinião pública – é um bem imprescindível” (Mill, 1991, pp. 49 e 127).

As ideias lançadas por Stuart Mill basearam-se no pensamento antecedente de John Milton e John Locke. Os dois com importantes contribuições ao liberalismo britânico e que forneceram elementos paras as linhas mestras do pensamento liberal geral (Torres Bisbal, 2013, p.18).

Milton, reagindo a um decreto que impunha a necessidade de licença prévia para a publicação de livros ou mesmo panfletos escreveu: “dá-me, acima de todas as liberdades, a liberdade de conhecer, de expressar e de discutir livremente de acordo com minha consciência” (Milton, 1973, p.38). E completa: “Deixe que a verdade e a falsidade pelejem: quem já viu a verdade levar a pior em encontro livre e aberto” (Milton, 1973, p.38).

Em Stuart Mill e John Milton tem-se a base para a doutrina estadunidense da liberdade de expressão, cujas reflexões podem resumidas à seguinte máxima: “se toda a espécie humana, menos uma pessoa, chegasse a uma mesma conclusão, impor-se o seu silêncio seria injustificável pois isso imporia silêncio a toda espécie humana” (Mill, 1859, p.18).

1.1.8. Origem do Right to Be alone (privacy)

Nos Estados Unidos, em 1890, tem-se o marco histórico do início do desenvolvimento do direito à privacidade. Eis que Samuel Warren e Louis Brandeis publicaram na *Harvard Law Review* publicaram um ensaio em defesa do direito à privacidade denominado *Right To Be Alone* (Prosser, 1960, p.383)*,* como justificativa para que desenvolvesse um mecanismo de proteção à privacidade, anotaram que "a imprensa está ultrapassando em todas as direções os limites óbvios da propriedade e da decência. Fofoca não é mais recurso do ocioso e do vicioso, mas tornou-se um comércio” (Warren e Brandeis, 1890, pp.2303-2312).

Warren e Brandeis concluíram então pela insuficiência protetora da lei de calúnia e difamação por cuidarem apenas da reputação e não protegerem contra atos não tidos por ilegais mas que causavam sofrimento ao indivíduo. Argumentaram ainda que o direito à privacidade que propuseram não proíbe qualquer publicação de matéria de interesse público ou geral. Traz como exceção à liberdade de expressão apenas “os assuntos que dizem respeito à vida privada, hábitos, atos e relações de um indivíduo e que não guardam conexão com cargo público” (Warren e Brandeis, 1890, pp.2303-2312).

1.2. Os direitos fundamentais e as liberdades públicas.

Os direitos fundamentais, como assinalado em linhas antecedentes, tiveram sua origem sua origem nos Estados Unidos e na França do Século XVIII e se desenvolveram e adquiriram sua compleição moderna na Alemanha, principalmente no período posterior a Primeira Grande Guerra, com a Constituição de Weimar, e, após a Segunda Guerra Mundial, com a Lei Fundamental Alemã e a aplicação que lhe deu o Tribunal Constitucional Federal alemão.

Por direitos fundamentais, de Jorge Miranda extrai-se tratar-se de “direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição” (Miranda, 1986, pp.211-212). Completa sua definição assinalando que os direitos fundamentais "constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa, eles dependem das filosofias políticas, sociais e económicas e das circunstancias de cada época e lugar.”

Para Canotilho, os direitos fundamentais são “os direitos que conferem subjectivamente um espaço de liberdade de decisão e de auto-realização, servindo simultaneamente para assegurar ou garantir a defesa desta subjectividade pessoal” (Canotilho, 1992, p.542).

Os direitos fundamentais constituem a expressão mais imediata da dignidade humana, e, segundo pioneira construção dogmática do Tribunal Constitucional Federal alemão, “os direitos fundamentais visam, acima de tudo, proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intromissões das autoridades estatais; são, pois, direitos de defesa do indivíduo contra o Estado"(Canotilho, 1992, p.542).

Os direitos fundamentais são entendidos como inerentes ao indivíduo e anteriores ao Estado, pondo em relevo a liberdade e a igualdade dos indivíduos como condições legitimadoras da formação daquele, sendo que tais direitos o vinculam e limitam o exercício de seu poder. A segunda corrente tem por direitos fundamentais os direitos destinados ao indivíduo, "não pela condição de ser humano mas como membro do Estado" (Pieroth e Schlink, 2012, p.48), sendo estes outorgados pelo próprio Estado, mas que ainda assim permanecem individuais e vinculam o poder estatal.

De Peter Haberle tem-se que “os direitos fundamentais são essencialmente direitos públicos subjetivos. Uma concepção funcional dos mesmos não pode ser alcançada à custa do seu significado individual”(Härbele, 2003, p.13). Este autor, a partir dessa ideia, fixa sua concepção de direitos fundamentais a uma proteção mais centrada na perspectiva individual de cada titular de direitos.

Juan José Solozábal Echavarría, associando os direitos fundamentais ao que considera os valores mais caros ao ser humano, saber, a liberdade e a dignidade, assinala assim que os direitos fundamentais "são protegidos devido à sua importância, mas obviamente não devem a sua importância à sua proteção" (Solozábal Echavarría, 1991, pp.87-109).

Finalmente, em Gregório Peces-Barba tem-se que os direitos fundamentais representam "a faculdade que a norma confere de proteção à pessoa na coisa referente a sua vida, a sua liberdade, a sua igualdade, a sua participação política ou social, ou qualquer outro aspecto fundamental que afete o desenvolvimento integral como pessoa"(Peces-Barba, 1995, 108). Este mesmo autor propõe interessante classificação aos direitos fundamentais quanto ao seu exercício. Para ele existem categorias de direitos a não interferência, direitos de participação e direitos de benefício (Peces-Barba, 1995, pp. 459 e ss).

Assim, os direitos de não interferência tem a função de proteger o indivíduo contra intervenções de autoridades públicas e também contra a ação de particulares. Aqui estão abarcadas as liberdades publicas de forma geral (liberdade de expressão, de religião, de consciência e até mesmo o direito de propriedade); os direitos de participação são os direitos políticos e os direitos de benefício significam uma ação positiva por parte do Estado e, excepcionalmente, por particulares.

No que se compreende como direitos fundamentais estão as chamadas liberdades fundamentais ou liberdades públicas. Liberdades públicas já há muito não podem ser vistas apenas como liberdades que se referem às relações dos cidadãos com os órgãos do Estado. Antes, as liberdades públicas representam imperativos de respeito à própria liberdade, tanto por parte do Estado como de particulares, “seja qual for seu objetivo, é a intervenção do poder para reconhecê-la e regulamentá-la. Essa intervenção dá à liberdade a consagração do direito positivo. As liberdades públicas são poderes de autodeterminação consagradas pelo direito positivo” (Rivero e Moutouh, 2006, p.10). Nesse sentido, as liberdades são poderes de escolha, e por isso mesmo se distinguem de direitos que conferem ao seu titular, “um crédito contra a sociedade, obrigada a fornecer, para lhes satisfazer, prestações positivas que implicam a criação de serviços públicos: seguridade social, serviço de colocação em emprego, ensino, etc.”(Rivero e Moutouh, 2006, p.10).

Jellinek classifica os direitos fundamentais em públicos subjetivos e liberdades públicas. Direito público subjetivo, segundo Jellinek, "é a potestade que tem o homem, reconhecida e protegida pelo ordenamento jurídico conquanto se dirija a um bem ou interesse" (Jellinek, 1919, p.79 *apud* Nogueira Alcalá, 2003, p.55), e assim surge para os indivíduos o direito à pretensões diante do Estado, de exigir ações estatais em seu favor. Por sua vez, as liberdades públicas compreendem os direitos individuais ou direitos civis.

Em conclusão, é prevalente a noção tanto na doutrina quanto no direito aplicado no sentido de que os direitos fundamentais:

a) Estão circunscritos ao ordenamento de um Estado ou de sistema político que reúna um conjunto de países e estes se submetam a um sistema normativo comum (por exemplo, a União Europeia que, cediço, tem uma Carta de Direitos Fundamentais que vincula os diversos países que a integram);

b) Os direitos fundamentais, para além de oferecer proteção às liberdades, seja contra intervenções desproporcionais do Estado (ou mesmo de particulares, como se verá adiante), sejam ações positivas em forma de contraprestação, sua existência e efetividade endossam, sustentam e estruturam o Estado de direito democrático.

1.3. Direitos fundamentais e suas funções.

O ponto mais importante em qualquer classificação dos direitos fundamentais, porquanto guarda relação direta com sua eficácia e efetividade, diz respeito as funções para as quais foram instituídos.

A primeira função dos direitos fundamentais é a função de defesa. "É a defesa da pessoa humana e de sua dignidade perante dos poderes do Estado"(Canotilho, 2008, p.407).

Gomes Canotilho percebe essa função de defesa sob dois enfoques: *i*) proíbem intervenções nas esferas jurídicas individuais por parte do poder público; *ii*) concede aos titulares de tais direitos um poder de exercício positivo, assim podendo exigir junto ao próprio Estado que evite ou faça cessar ações lesivas. A segunda função, ainda sob a ótica deste mesmo autor, vê certa categorias de direitos como prestacionais, que significam direito do titular obter algo do Estado (e cita como exemplos, saúde, educação, segurança social).

A terceira cuida, segundo o mesmo autor, de uma função de "não discriminação"que alcança todos os direitos (liberdades, direitos e garantias) e significa a obrigação estatal de assegurar que todos os cidadãos sejam tratados tomando em consideração os direitos de igualdade(Canotilho, 2008, p.407).

Por último, tem-se a função de proteção perante terceiros.

Correlatamente a um dever estatal de proteção dos titulares contra atos lesivos por parte de outros integrantes da sociedade, materializa um direito de exigir do poder público tal atuação, uma ordem objetiva de valores, que atua no sentido de proteger e harmonizar as relações entre os indivíduos, conforme se explica com maior esforço na linhas que se seguem(Canotilho, 2008, p.407).

Assente que os direitos não são absolutos e que colidem entre si, tem-se que somente por meio do princípio da proporcionalidade será possível descortinar-se a face objetiva dos direitos fundamentais, aspecto que será mais caro para nós nessa empreitada investigativa. Assim, além da clássica função de defesa contra o Estado, passou-se a entender que dentre as funções estatais também figura o dever de proteção ao indivíduo, seja em relação a outros órgãos estatais ou a outros particulares em posição de prevalência social ou econômica.

1.4. O caráter duplo dos direitos fundamentais.

Para o propósito desta investigação interessa a constatação de que os direitos fundamentais não apenas protegem o indivíduo contra intervenções estatais arbitrárias, mas que, a par disso, também tutelam as relações entre particulares, evitando-se assim que a posição social ou econômica de uns se imponha indevidamente sobre o direito de outro.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal alemão identificou um caráter objetivo dos direitos fundamentais para assim entender-se que os direitos fundamentais também possuem eficácia horizontal na sociedade, regulando os interesses dos indivíduos que a compõem e prevenindo intervenções indevidas ou desproporcionais nos seus direitos e esferas de interesse. O Tribunal de Karlshuhe entendeu, pois, que a Lei Fundamental, “em sua seção fundamental também estabeleceu uma ordem objetiva de valores, e é precisamente aqui que se expressa um relevante fortalecimento da validade dos direitos fundamentais."[[3]](#footnote-3)

Portanto, ao lado da clássica função de defesa dos direitos fundamentais emerge uma função jurídico-objetiva, com eficácia horizontal, que regula a convivência dos integrantes de uma sociedade, que projeta sua vontade por meio, por exemplo, do direito civil.

Essa noção acerca do caráter duplo dos direitos fundamentais exerceu forte influência e foi seguida por quase toda a doutrina e jurisprudência produzidas a partir de Constituições que sustentam regimes democráticos.

Nesse caminhar, o Tribunal Constitucional espanhol, inspirado na referida construção do direito germânico, fixou seu entendimento sobre o caráter duplo dos direitos fundamentais, assentando que “em primeiro lugar os direitos fundamentais são direitos subjetivos, direitos dos cidadãos não só enquanto direitos dos cidadãos em sentido estrito, e sim como garantidores de um status jurídico ou liberdade em no âmbito da existência.”[[4]](#footnote-4)

1.5. Conceito de liberdade de expressão.

Postas as posições e considerações logo acima referidas, há que se admitir como correta a afirmação de José Augusto de Vega Ruiz quando propõe que da noção de liberdade de expressão emerge "faculdade que detém o indivíduo de exteriorizar sua personalidade, difundido o que seu livre alvedrio lhe sugere e que vem a ser uma condição precisa e necessária para o bom funcionamento de uma sociedade democrática" (Vega Ruiz, 1996, pp.13-28). Segundo Lopes Ulla "para a generalidade da doutrina na liberdade pensamento de pensamento está a origem da liberdade de expressão” (Lopes, Ulla, 1994, p.39). Presente essa condição, conclui este autor, a seu turno, da liberdade de expressão emergirá a liberdade de informação.

Garcia Herrera refere-se a liberdade de expressão "um direito fundamental que materializa os valores superiores do ordenamento por meio de sua conexão direta e imediata com a liberdade e pluralismo político” (Garcia Herrera, 1982, p.150).

Sabau Polo explica que a liberdade expressão, por não conferir a seus titulares a faculdade de exigir junto ao poderes públicos a realização de uma prestação, limita-se a garantir-lhe uma esfera de liberdade e correlata imunidade contra coações, assim reclamando a garantia de abstenção estatal de interferir em seu conteúdo (Sabau Polo, 2005, pp. 137-162).

Como já se teve a ocasião de registrar, em mais de um momento, nesta assentada investigativa, o direito à liberdade de expressão, segundo a doutrina e jurisprudência dos Estados Unidos e da Espanha, tem posição prevalente frente aos direitos da personalidade. Do Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem-se uma análise se não considerando a liberdade de expressão como prevalente, mas tomando-a como referência e somente após isso examinando as possíveis restrições ao seu exercício, entre os quais intervenções de direitos da personalidade, principalmente dos direitos à privacidade, na espécie honra e intimidade.

O direito à liberdade de expressão tem um caráter individual e outro institucional. Neste último caso, atua contribuindo no campo do pluralismo político essencial no Estado de direito democrático.

O direito à liberdade de informação ou de informar e ser informado faz parte da liberdade de expressão. A liberdade de informação refere-se a manifestações ou exteriorizações acerca de fatos, ou seja, a notícias acerca de acontecimentos e por isso contrastável com a verdade, por isso "pode-se falar em uma informação ou informação verdadeira" (Mateu Carbonell, 1995, pp.138-153).

Já as opiniões, que também são compreendidas pela liberdade de expressão, segundo tem entendido majoritariamente a jurisprudência, não reclamam provas de sua veracidade ou tampouco que seja certa ou errada, racional ou emocional, valiosa ou inútil.[[5]](#footnote-5) Todavia, isso não significa que uma opinião que atinja fortemente outro direito, que para tanto se posiciona como limite de exercício da liberdade de opinião, possa assim ser exercida. Não se reconhece "um direito geral ao insulto.".[[6]](#footnote-6)

1.5.1. O duplo caráter dos direitos fundamentais e a liberdade de expressão.

O duplo caráter dos direitos fundamentais no tocante ao direito à liberdade de expressão mostra que, ao lado de uma posição de defesa (por exemplo, de não submeter-se a censura estatal), emerge uma dimensão em forma de uma “garantia institucional de uma opinião pública indissoluvelmente unida ao pluralismo político dentro de m Estado Democrático”[[7]](#footnote-7). Ainda da jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol extrai-se a síntese do significado do duplo caráter do direito à liberdade de expressão quando assinala que a liberdade dos meios de comunicação, sem a qual não possível o exercício dos direitos fundamentais, “implica seguramente na necessidade de que os poderes públicos, para além de não estorvá-la, adote medidas que estimem necessárias para remover os obstáculos que o livre jogo em que as forças sociais podem opor-se.”[[8]](#footnote-8)

Da consolidação desse entendimento acerca do caráter objetivo dos direitos fundamentais, tem-se três decorrências: a) a eficácia irradiante dos direitos fundamentais que conforma e integra o ordenamento legislativo ordinário ao sistema constitucional; b) criam para o poder estatal a obrigação de realizar, promover e preservar o bem jurídico tutelado pelo direito fundamental; c) a obrigação de desenvolver o direito por meio de normas que sejam necessárias para a efetivação do direito fundamental, tais como normas materiais, processuais e administrativas.

Essa percepção acerca do caráter jurídico objetivo e sua eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no célebre caso debatido no poder judiciário alemão em que o cineasta Veit Harlan, durante o regime nazista, produziu o filme “Jud Süβ” (1941), reconhecidamente antissemita e que em muito contribuiu para disseminar o ódio aos judeus e para acontecimentos decorrentes deste fato. Tendo sido formalmente absolvido das acusações de colaboração com o regime nazista, buscou a reabilitação de sua carreira de cineasta com um filme romântico denominado *“Unsterbliche Geliebte”* (Amada Imortal).

Não pelo conteúdo do novo filme que Harlan lançara, mas por sua história de colaboração com o regime nazista, o diretor de uma associação de imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, emitiu duras críticas contra Harlan e propôs o boicote ao seu novo filme. Por suas palavras, “esse é o roteirista e diretor do filme 'Jud Süß'! Que possamos enfrentar mais danos imprevisíveis em todo o mundo" Sua absolvição em Hamburgo foi apenas formal: o veredicto foi uma condenação moral.”[[9]](#footnote-9)

Em novo manifesto após ser instando a dar explicações, Erich Lüth emitiu nova nota à imprensa ainda mais dura, sustentando que o júri não refutou que Veit Harlan foi um dos expoentes do expurgo assassino de judeus por nazistas na qualidade de diretor de ‘nazifilmes’ e seu filme ‘Jud Süβ’ e que o retorno de Harlan abriria feridas cicatrizadas e renovaria terrivelmente a desconfiança e ocasionará prejuízo a reconstrução da Alemanha (BVerfG, *Beschluss des Ersten Senats vom* 15. Januar 1958 - 1 BvR 400/51 -, Rn. 1-75).

Os produtores e distribuidores do filme *“UnsterblicheGeliebte*” (Amada Imortal), obtendo êxito (na cautelar e no processo principal) em duas instâncias (no Tribunal de Hamburgo e no Tribunal de Apelações de Hamburgo). Irresignado, recorreu por meio de reclamação constitucional perante o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht)*, argumentando que aquelas decisões violavam seu direito fundamental à livre expressão do pensamento (art. 5, 1 da Lei Fundamental).

O Tribunal Constitucional Federal alemão, em síntese, concluiu que os direitos fundamentais são principalmente direitos de defesa do cidadão contra o Estado. No entanto, observou que as disposições sobre direitos fundamentais da Lei Fundamental incorporam uma ordem objetiva de valores que alcança todas as área do direito. E mais argumentou o Tribunal Constitucional alemão que, no caso debatido, embora se tratasse de uma disputa entre indivíduos sobre direitos e obrigações decorrentes de normas de direito privado, nesse caso, com base na Lei Fundamental, Tribunal dever-se-ia avaliar o escopo e a eficácia dos direitos fundamentais no campo do direito civil.

Em seu julgamento, o Tribunal Constitucional, em sua opção por assegurar a liberdade expressão, foi desafiado a contornar um difícil problema relacionado aos limites de aplicação desse direito, ocasião em que manifestou essa preocupação em fragmento no qual expõe que: “o problema da relação entre direitos fundamentais e direito privado parece ser diferente no caso do direito fundamental à liberdade de expressão, posto que esse direito fundamental é garantido pela Lei Fundamental nos limites das "leis gerais" (artigo 5, 2 da GG).”

Diante disso, o Tribunal Constitucional concluiu que a alusão “limite das leis gerais” não significa que tais normas não devam submeter-se por adequação prática aos direitos fundamentais, porquanto constituem seu fundamento de validade e não o contrário. Assim, assinalou que o direito fundamental à liberdade de expressão, como a expressão mais direta da personalidade humana na sociedade, é um dos direitos humanos mais importantes, porquanto traduz a constituição do estado em sua totalidade, ao possibilitar a constante controvérsia intelectual, a luta de opiniões, que é seu elemento vital, e assim constitui-se em base de toda liberdade, a matriz, a condição indispensável de quase todas as outras formas de liberdade.

Após reafirmar a importância da liberdade de expressão para o estado liberal-democrático, o BVerfGE (Tribunal Federal Constitucional alemão) identificou incongruência, do ponto de vista do sistema constitucional, quando se admite, no escopo prático desse direito, sua relativização por lei simples, aplicada por tribunais inferiores com atribuição jurisdicional para interpretar tal lei. Ou seja, órgãos jurisdicionais inferiores, ao manuseio de leis ordinárias privadas restritivas, poderiam limitar um direito fundamental que exerce o papel de sustentar o próprio regime democrático. Daí, para superação dessa incoerência, apresentou fórmula que foi consagrada e seguida por vários sistemas jurídicos até os presentes dias ao estabelecer que as leis gerais, em seu efeito restritivo sobre os direitos fundamentais: “as leis gerais devem ser vistas à luz do significado desse direito fundamental e interpretadas de tal maneira que o valor particular em qualquer caso, deve ser respeitado.”

Após exposta a evolução dos direitos fundamentais e os fatores que contribuíram para suas distinções ou posições preferentes, já destacando os traços dos direitos à liberdade de expressão e da personalidade, seja quanto ao modo como são considerados nos principais campos de debate, seja quanto as suas funções de garantia dos indivíduos, da sociedade e dos próprios regimes democráticos, passa-se a debater as relações entre tais direitos, principalmente as colisões entre tais direitos e as soluções para equilibrar seu exercício de modo a preservá-los ou não permitir a diminuição de sua importância normativa e como valores indispensáveis.

# 2. Colisões e aferição de proporcionalidade e desproporcionalidade da liberdade de expressão com outros direitos fundamentais

2.1. A busca pelo justo equilíbrio pela aferição da proporcionalidade.

Partindo-se da noção de que pela simples existência de uma variada gama de direitos fundamentais – que por definição não são exercitáveis sem alguma intervenção em outros direitos, à consideração dos interesses que lhes subjazem ou das circunstâncias ao seu derredor –, não se pode sequer cogitar da existência de direitos absolutos e, dessa perspectiva, há que se aceitar como pressuposto irrecusável que ao exercício de qualquer direito fundamental emergem limites, e que a estes também são oponíveis os chamados "limites dos limites".

A restrição de direitos fundamentais, em um sistema que pretende ser coeso e harmônico, impõe-se como medida indispensável. Assim porquê se a eficácia de um direito se impuser como hegemônica ou mesmo em grau e intensidade que sufoque ou negue os demais direitos, inevitavelmente, isso implicará na ruína de todo esse corpo protetivo e do próprio regime constitucional protetor Estado de direito democrático.

Dessarte, os sistemas constitucionais admitem a restrições a direitos, à leitura de Canotilho: a) levadas a efeito diretamente pela Constituição; b) por meio de leis expressamente autorizadas pela Constituição; c) ou realizadas por lei sem autorização constitucional expressa. Este autor ilustra citando para a primeira hipótese a restrição à liberdade de reunião que deverá ocorrer de forma não violenta e sem armas; no segundo caso menciona a possibilidade de leis penais restringirem liberdades individuais; na terceira situação, mesmo sem autorização expressa a lei, cita como exemplo o direito de manifestação cuja previsão do artigo 45º, 2, da Constituição da República Portuguesa não autoriza sua expressa restrição mas soergue-se inconcebível que a lei não possa excluir de seu conteúdo protetivo o seu exercício de forma violenta (Canotilho, 2008, p. 457).

Canotilho adverte, contudo, que tais limitações, realizados por intermédio de leis infraconstitucionais devem também observar limites, ou limites dos limites. Assim, observa que em não havendo no ordenamento jurídico-constitucional uma autorização geral para restrição de direitos (como também não há em outros países cujos sistemas de direitos essa investigação alcança), tal restrição há que ser específica para cada direito (Canotilho, 2008, pp. 457).

Impõe-se também a reserva de parlamento para a instituição de leis restritivas. Ou seja, limites ao exercício de leis fundamentais somente podem ocorrer por lei formal. Demais disso, tal lei há que ser geral e abstrata, não se admitindo por isso os casuísmos decorrentes das leis individuais e concretas. Ainda à consideração do constitucionalista português, as leis restritivas não podem ser retroativas (Canotilho, 2008, pp. 457).

As leis restritivas devem respeitar o princípio da proibição de excesso que, segundo Canotilho, “no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias (...) qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida)” (Canotilho, 2008, p. 457).

Por último, as leis restritivas devem observar o princípio da garantia de preservação do núcleo essencial, que tem o escopo de evitar intervenções que obliterem ou desvirtuem direitos fundamentais (Canotilho, 2008, pp. 457).

Com efeito, tendo em conta que cada vez mais direitos fundamentais são invocados e postos à prova, em uma sociedade cada vez mais complexa, ergue-se como desafio sua aplicação e consideração equilibrada por meios de juízos de aferição de sua proporcionalidade. Diante de tal panorama, passa-se ao exame dos esforços em busca da harmonização da convivência entre direitos fundamentais, máxime, do direito à liberdade de expressão e dos direitos da personalidade.

2.2. Os direitos fundamentais, interesses e as circunstâncias como elemento das técnicas de resolução de conflitos.

Ortega y Gasset, em uma das suas máximas mais célebres, assinalou que "eu sou eu e minhas circunstâncias, e se não salvo a ela, não me salvo a mim." (Ortega y Gasset, 1914, pp.310-400). Esta frase bem traduz o “estado da arte” que já se pode constatar a partir das recolhas efetuadas até aqui no sentido de que os direitos fundamentais, quanto a sua aplicação, não entram conflito em razão do seu conteúdo ou da natureza dos bens jurídicos que objetivam tutelar, mas em razão das circunstâncias, virtudes ou veleidades que cada pretensão dos titulares carrega consigo.

Não há maiores controvérsias quanto a aceitar-se à noção de que, abstratamente considerados, os direitos fundamentais não colidem. Contudo, à luz das técnicas de ponderação, é bem aceita a ideia de que há conflitos que radicam, na realidade, no caso concreto, e é nesse plano que o aplicador do direito pode socorrer-se do princípio da proporcionalidade.

Dito isso, as soluções para tais choques de interesses acerca de bens jurídicos em disputa serão cambiantes a depender das circunstâncias do caso, conquanto não se possa aferir o grau de necessidade de intervenção ou sacrifício de um direito em função do outro sem uma precisa avaliação das circunstâncias que cercam o caso e o pretenso titular do direito, sendo certo que até o momento em que não se apresenta alguém para exercer determinado direito, não se pode falar de caso concreto e nem tampouco que o direito invocado se chocará com outro direito.

Da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão se nos apresenta caso bastante representativo da recorrente tensão entre o direito à liberdade expressão e os direitos da personalidade.

Conhecido por caso “Lebach”, chegou ao Tribunal Constitucional alemão queixa constitucional contra o indeferimento de medida destinada a proibir um canal de televisão alemão (ZDF) de exibir documentário acerca de fatos em que o interessado, na condição de cúmplice, foi condenado a seis anos de prisão (outros dois coautores foram condenados à prisão perpétua) pelo chamado “assassínio de Lebach”, grave infração penal, ocorrida em janeiro de 1969, quando dois dos coautores realizaram ataque ao depósito de munições da Bundeswehr, matando quatro soldados adormecidos dos guardas, ferindo gravemente outro e roubando armas e munições.

O autor da queixa constitucional alegou que a transmissão prevista no documentário constituía violação ilegal direito à privacidade, sendo que nesse conceito incluía-se também o direito ao nome e à sua própria imagem, cujo pedido constituía na proibição de que o canal ZDF exibisse documentário que cuidava dos fatos relacionados aos crimes. Seu pedido foi, inicialmente, indeferido pelo Tribunal Regional e pelo Tribunal Superior Regional nas decisões impugnadas.

O Tribunal Regional argumentou que o queixoso deveria ser considerado como uma "pessoa participante da história contemporânea" por um período de tempo limitado em razão de sua participação no crime, e que o ato criminoso teria relevância sociopolítica, o que suscitaria um forte interesse público no contexto psicológico e sociológico. Concluiu este órgão judiciário que como os eventos já eram conhecidos e o documentário representava caso em forma de documentário, sem distorcer o elemento imagem da personalidade do reclamante, não haveria motivo para temer qualquer interferência adicional significativa em sua esfera privada ou qualquer perigo à sua ressocialização e que, no caso sob apreciação havia a necessidade de se realizar o um equilíbrio de bens, da própria imagem que devem ser vistos como uma manifestação especial da personalidade e a necessidade de informações pictóricas apropriadas sobre pessoas de interesse público, em vista a liberdade de expressão e a liberdade de transmissão.

O Tribunal Constitucional Federal alemão enfrentou o caso quando firmando entendimento no sentido de que, por um lado, um programa de televisão sobre a origem, execução e acusação de uma infração penal, afeta inevitavelmente o âmbito da proteção dos seus direitos ligados ao livre desenvolvimento da personalidade e dignidade humana, sendo que tais direitos garantem, a cada indivíduo, um espaço autônomo de vida privada, no qual pode desenvolver e preservar a sua individualidade e, nisto se inclui o direito de existir para si mesmo na sua esfera pessoal.

Em tais direitos, destacou o BverfGE, inclui-se ainda o direito à própria imagem e à palavra pronunciada, a disposição sobre as representações sobre si, de onde se extrai a noção de que, em princípio, cada indivíduo pode determinar em que medida os outros podem retratar a sua vida na sua totalidade ou certos acontecimentos da sua vida em público.

Entretanto, fazendo referência à própria jurisprudência, o Tribunal Constitucional, observou que nem toda a área da vida privada está sob a proteção absoluta dos direitos fundamentais mencionados logo acima.[[10]](#footnote-10) Assim, pois em relevo que, se o indivíduo, enquanto cidadão que vive em comunidade, comunica-se com os outros, influencia-os por intermédio de suas condutas ou comportamentos, tocando destarte a esfera pessoal do próximo ou os interesses da vida comunitária, podem surgir restrições ao seu direito exclusivo de determinar a sua esfera privada, desde que esta não pertença à esfera íntima inviolável da vida. Tal referência social pode, com a intensidade adequada, permitir, em particular, medidas da autoridade pública para proteger os interesses do público em geral, por exemplo, a publicação de fotografias de pessoas suspeitas no interesse da ação penal.

Todavia, advertiu o BverfGE, que nem o interesse do Estado na resolução de infrações penais nem qualquer outro interesse público justificam o acesso à área da personalidade mais íntima (BVerfG, E 32, 373 [381]; 2 BvR 454/71 B II 5). Pelo contrário, o elevado grau do direito ao livre desenvolvimento e ao respeito pela personalidade, que resulta da estreita relação com o valor mais elevado da constituição, a dignidade humana, exige que a ordem de proteção da Lei Fundamental seja constantemente manuseada como uma correção contra a intervenção que se revele necessária a partir de tal interesse.

Após expor tais premissas argumentativas no caso “Lebach”, o Tribunal Constitucional Federal alemão, como conclusão, apontou que a solução deste conflito deve basear-se no pressuposto de que, de acordo com a vontade da Constituição, os dois valores constitucionais constituem componentes essenciais da ordem democrática livre da Lei Fundamental, e, desse modo, nenhum deles pode reivindicar uma prioridade fundamental. A concepção do homem na Lei Fundamental e a formação da sociedade de acordo com ela exigem tanto o reconhecimento da independência da personalidade individual quanto a salvaguarda de um regime democrático, que é inconcebível no presente sem livre comunicação. Prosseguindo, no mesmo julgamento, o BverfGE argumentou que ambos valores constitucionais “devem ser equilibrados tanto quanto possível em caso de conflito; se tal não puder ser alcançado, então há que decidir qual o interesse que deve ser retirado, tendo em conta as configurações específicas do caso e as suas circunstâncias.”

À leitura do Tribunal Constitucional alemão, tais valores constitucionais, na sua relação com a dignidade humana, devem ser posicionados no centro do sistema de valores da Constituição alemã e, em assim sendo, a liberdade de expressão em sua modalidade radiodifusão possui autorização constitucional para produzir efeitos restritivos sobre as reivindicações derivadas do direito de personalidade, mas a perda de personalidade causada por uma representação pública não deve ser desproporcional ao significado da publicação para livre comunicação.

Como desfecho do caso Lebach I (designemos assim posto que mais adiante exporemos um novo debate na Corte Constitucional alemã, com o mesmo nome, guardando relação com os mesmos fatos), o Tribunal Constitucional alemão aplicou o princípio da proporcionalidade e sua técnica de busca de equilíbrio ou ponderação, assinalando que a ponderação necessária deve ter em conta, por um lado, a intensidade da interferência na área da personalidade por parte de uma emissão do tipo em questão e, por outro, o interesse concreto cuja satisfação a emissão serve e se é adequada a tal finalidade, e em que medida esse interesse também pode ser satisfeito sem prejuízo, ou prejuízo tão menor quanto possível da proteção da personalidade.

Ainda fazendo uso da técnica da ponderação, o Tribunal Constitucional alemão asseverou que “se se ponderar o interesse circunscrito da informação na correspondente reportagem televisiva e a inevitável invasão da esfera pessoal do autor do crime, o interesse da informação merece prioridade na reportagem de infrações penais.”

Contudo, concluiu o Tribunal Constitucional que mesmo o interesse informativo não é ilimitado diante do significado constitucional do direito de personalidade, quando requer não só a consideração da inviolável esfera íntima da vida, mas também a estrita observância do princípio da proporcionalidade, caso em que “a invasão da esfera pessoal não deve ir além de uma adequada satisfação do interesse pela informação e as desvantagens que para o perpetrador devem ser proporcionais à gravidade do ato ou ao seu outro significado para o público.”

Assim, como conclusão desse julgamento, registrou-se que a proteção constitucional dos direitos ao desenvolvimento da personalidade não permite que os meios de comunicação social se ocupem da pessoa de um criminoso e de sua esfera privada durante um período de tempo ilimitado. Pelo contrário, depois de satisfazer o atual interesse pela informação, o seu direito de ser "esquecido" torna-se cada vez mais importante e limita o desejo e a necessidade do público de fazer da sua esfera individual de vida objeto de discussão ou mesmo de entretenimento. Mesmo o perpetrador de um delito penal continua a ser um membro da sociedade com direito constitucional à proteção da sua individualidade.

2.3. Mesmos direitos em colisão, distintas circunstâncias, julgamento com resultado diferente.

Ainda na Alemanha, passados 27 anos, uma emissora de televisão denominada "SAT 1" produziu uma série de documentários e, dentre os capítulos havia um denominado *"The Fall Lebach"* em que a história dos homicídios de Lebach era novamente exibida, mas desta os nomes dos autores foi alterada para proteger os afetados.

Diante disso um dos executores dos homicídios de Lebach procurou proteção constitucional ao seu direito à privacidade, alegando que estava prestes a ser solto e a exibição do documentário, embora com nome fictício e representando por atores, era possível a sua identificação e com isso se teria repercussão negativa em sua solicitação.

Neste caso, de forma diferente, o Tribunal Constitucional Federal assegurou o direito à liberdade de expressão (direito de transmissão) em lugar do direito à privacidade. Para tanto considerou que a ressocialização do autor dos crimes não parecia ameaçada pela transmissão do filme, porque no filme, de acordo com as conclusões dos tribunais civis, não havia possibilidade de identificação do autor, embora não se excluísse a possibilidade de que, por meio de pesquisas apropriadas, se pudesse fazê-lo. Mesmo no que diz respeito às pessoas que conhecem o autor e, portanto, poderiam identificá-lo como o culpado dos assassinatos de Lebach, isso não prejudicaria a ressocialização. E mais: que "à medida que o tempo passa, a indignação sobre as ações dos autores, que podem levar à rejeição e identificação incriminadora, geralmente desaparece."[[11]](#footnote-11)

Portanto, em caso em que envolvia os mesmos direitos em colisão e os mesmo titulares, mas com circunstâncias diferentes, o resultado da ponderação, desta vez conferiu maior peso à liberdade de expressão em função do direito à privacidade. Disso deduz-se que no caso concreto, à luz das máximas de proporcionalidade, as circunstâncias e peculiaridades do caso determinam a opção de validação e consequente validação de um direito em lugar do outro.

Postos os casos Lebach como paradigmas de equilíbrio, em que a ponderação é o instrumento que afere a intensidade do reclamo de aplicação de um direito em função doutro, passa-se a examinar os fundamentos técnicos das máximas de proporcionalidade.

2.4. O princípio da proporcionalidade como instrumento de preservação e desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Aqui cumpre responder-se a seguinte indagação: qual é o papel do princípio da proporcionalidade na compatibilização das intervenções com a necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos à liberdade de expressão e os direitos da personalidade, nomeadamente à privacidade e suas espécies?

Klaus Günther apresentou ao mundo jurídico uma fórmula de aplicação justificada das normas para alcance da legitimidade (que se dá por sua aceitação por todos os implicados ou interessados): 1. Uma norma (Nx) é adequadamente aplicável em (Sx) se ela for compatível com todas as outras normas aplicáveis em (Sx) que fazem parte de um modo de vida (Lx) e passíveis de justificação em um discurso de fundamentação. Explica Günther aduzindo que “a validade de normas dependerá de que as consequências e os efeitos colaterais da sua observância, sob circunstâncias inalteradas para os interesses de cada um, sejam aceitas por todos os implicados conjuntamente."( GÜNTHER, 2004, p.355)

Em Günther se extrai, por fim, que “a colisão de normas não pode ser reconstruída como um conflito de pleitos de validade, porque as normas em colisão ou as variantes de significado concorrentes somente se correlacionam em uma situação concreta." (GÜNTHER, 2004, p.355)

Há que atribuir-se razão as regras expostas por Günther porquanto, como já registrou-se alhures, é bem aceita a noção de que, abstratamente considerados, os direitos fundamentais não colidem posto que o aparente conflito radica no caso concreto, e é nesse plano que o aplicador do direito pode socorrer-se do princípio da proporcionalidade.

Antes de cuidar-se do princípio da proporcionalidade importa mencionar que além deste há dois importantes imperativos de harmonização das normas constitucionais que, de rigor, antecedem, autorizam e sustentam a aplicação daquele princípio: o princípio da unidade da unidade da constituição e o princípio da concordância prática.

O princípio da unidade da Constituição significa que para evitar divergências e incompatibilidades entre normas o interprete estará obrigado a considerar a constituição em sua totalidade, assim procurando harmonizar as tensões para que todas as normas alcancem seus propósitos. Já o princípio da concordância prática “impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar total de uns em relação a outros.”(Canotilho, 2003, p.122). Ocupa-se, principalmente dos direitos fundamentais e da garantia de preservação do seu núcleo ou conteúdo fundamental.

O princípio da proporcionalidade, como sabido, foi aplicado pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional em 1952, foi desenvolvido pelo próprio Tribunal Constitucional alemão e vincula-se a proteção dos direitos fundamentais. Ou seja, é meio de modulação das intervenções estatais e mesmo particulares nos direitos e liberdades.

Os requisitos desenvolvidos a partir da mencionada sentença do Tribunal Constitucional Alemão permitiram a fixação de quatro requisitos ou sub-regras para aplicação do princípio da proporcionalidade: a) Finalidade legítima; b) Adequação ou idoneidade; c) Necessidade, isto é, entre as alternativas de intervenção deve-se lançar mão daquela que afete menos os direitos fundamentais; d) Proporcionalidade em sentido estrito.

A ponderação tem sua aplicação ao propósito de delimitar umas das esferas de aplicação das normas em interseção para assim concretizar direitos. Contudo, externa seu pessimismo quanto a essa técnica converter casos que soluciona em regras gerais e permanentes ao afirmar que não se pode tomar em consideração todas as circunstâncias ao derredor do caso concreto para que assim se venham a estabelecer regras fixas, posto que aquelas nunca são iguais. Por suas palavras, "a comparação de casos possibilita analogias e porventura certa tipificação dos casos; a ‘ponderação’ de bens será desse modo aliviada, mas não se tornará supérflua” (larenz, 1983, p.501).

Os direitos fundamentais formam um sistema unitário, e, entre si, e em relação a outros requisitos legais e constitucionais mantém-se em uma relação de condicionamentos recíprocos, caso em que em que seu conteúdo deve ser determinado com a observância de limites em relação a outros valores constitucionais, sendo que por intermédio de tais limites os ativos legais e constitucionais se relacionam. Diante disso, os limites dos direitos fundamentais devem ser determinados e os conflitos que, eventualmente, surjam entre tais valores constitucionais devem ser resolvidos pelo princípio da ponderação (Härbele, 2003, p.13).

Após deixar subjacente a ideia de impulso integrador e conformador decorrente da unidade da Constituição e da concordância prática, Peter Härbele explica que por meio através da ponderação de valores ocorrerá a inserção de ativos jurídico-constitucionais em toda a Constituição, que resultam da própria Constituição. Na ponderação dos bens, completa, faz-se um balanceamento em que os ativos constitucionais legais se encaixam e se harmonizam (Härbele, 2003, p.13).

O manejo do princípio da proporcionalidade, conforme se extrai da jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, quando da adoção de uma medida restritiva a direito fundamental, pela observância de seus requisitos (subprincípios ou condições) permitirá verificar: primeiro, se tal medida é consentânea à consecução do objetivo proposto (juízo de adequação ou idoneidade); segundo, se realmente é necessária, nesse caso avaliando-se se não existe medida suficiente mais moderada ou menos invasiva (juízo de necessidade); e, terceiro, se a referida medida é ponderada suficiente para que a partir dela se tenha mais benefícios e vantagens para o interesse geral que prejuízos para os bens ou valores em conflito.[[12]](#footnote-12)

Nesse sentido, pressuposto que as disposições jurídicas que estabelecem os princípios são quase sempre indeterminadas e que por isso a aplicação dos direitos fundamentais não está imune a uma boa dose de subjetivismo, é imperioso que na aplicação de direitos em colisão se pratique valorações mais objetivas e racionais quanto possível, e, designadamente o princípio da proporcionalidade, para o desiderato investigativo que ora propõe-se, será tomado como o mais caro instrumento de aferição dos conflitos entre direitos e sua resolução, isso sem abrir-se mão da preservação do conteúdo essencial do direito que deva ser sacrificado em função da tutela de um valor, interesse ou bem jurídico por outro direito fundamental.

Robert Alexy, em busca de soluções para os conflitos entre direitos fundamentais, estabelece a distinção entre regras e princípios, afirmando mesmo ser esta medida a chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Para ele, sem tal distinção não poderia existir uma teoria adequada dos limites dos direitos fundamentais, de uma teoria satisfatória das colisões e nem tampouco uma teoria suficiente acerca do papel que desempenham os direitos fundamentais no sistema jurídico. Explica que há duas construções principais no diz respeito a classificação dos direitos fundamentais quanto a sua normatividade: uma estreita e estrita (*narrow and strict*), a outra ampla e extensa (*broad and comprehensive*). A primeira tomar-se-á por regra, a segunda como princípio (Alexy, 1993, p.81). Sobre a proporcionalidade em sentido estrito, desenvolveu a estrutura da ponderação.

Os princípios exigem a maior realização possível, seja em relação as possibilidades fáticas como jurídicas. Os subprincípios da adequação e da necessidade expressam um mandamento de otimização relativamente as possibilidades fáticas. Neles a ponderação não exerce nenhum papel. Cuidam, pois, de impedir certas intervenções nos direitos fundamentais, que sejam evitáveis sem custo para outros princípios, é dizer, se trata do “ótimo de Pareto”. Por sua vez, o princípio da proporcionalidade em sentido restrito refere-se às possibilidades jurídicas relativas à otimização (Alexy, 1993, p.81).

O melhor exemplo de aplicação da construção extensa e abrangente é o caso Lüth da Corte Constitucional Federal Alemão em 1958, posto que de tal julgado surgiu a noção de que os direitos fundamentais se aplicam não somente nas relações entre os cidadãos e o Estado, mas também no tocante a relação aos integrantes da sociedade, e dessa aplicabilidade ampla torna-se bem aceita a ideia de que tais direitos constitucionais exercem um efeito irradiantesobre todo o sistema jurídico.

Robert Alexy completa essa análise preliminar registrando que do caso Lüth, talvez a mais importante contribuição para o cotidiano jurídico consiste na constatação de que um balanceamento de interesses torna-se necessário em casos em que direitos ocupam campos antagônicos. Segundo explica, a partir do direito alemão, o balanceamento no referido no caso Lüth torna-se uma parte integrante de um princípio mais abrangente: o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäβigkeitsgrundsatz*), que é constituído por três subprincípios: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, sendo que todos são comandos de otimização, e por isso, possuem força normativa e como tal “requerem que algo seja realizado na maior medida possível, das possibilidades fáticas e jurídicas" (Alexy, 2002, p. 47).

Extrai-se, pois, deste autor que os princípios da adequabilidade e da necessidade dizem respeito ao que fática ou factualmente possível. O princípio da adequação exclui a adoção de meios que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem promover qualquer princípio ou finalidade para a qual eles foram adotados.

Por analogia a ideia do *“Optimal de Pareto”,* que sintetiza como “uma posição pode ser melhorada sem ser em detrimento da outra"(Alexy, 1993, p.81), Robert Alexy propõe a seguinte fórmula:

Se um meio M, adotado para promover o princípio P1, não é adequado a essa finalidade, mas obstruí a realização de P2, então não haverá custos quer para P1 ou P2 se M for omitido, mas haverá custos para P2 se M for adotado. Então, P1 e P2, tomados conjuntamente, podem ser realizados em um grau mais alto relativamente ao que é factualmente possível se M for abandonado. P1 e P2, quando considerados conjuntamente, proíbem o uso de M (Alexy, 1993, p.81).

Essa preocupação de se aplicar soluções adequadas em conflitos de direito também foi manifestada por Canotilho, para quem as normas dos direitos fundamentais devem ser percebidas como obrigações ou comandos de otimização "que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação factica. Não existe, porém, um padrão ou critério de soluções de conflitos de direitos válido em termos gerais e abstratos" (Canotilho, 1998, p.1141).

Contudo, o constitucionalista português, embora apondo “senãos” ao receio de juizo arbitrários ou decisionistas, registrou que as técnicas de ponderação nos casos concretos é uma necessidade inafastável, embora não deva desprezar a utilidade, como métodos de orientação da ponderação do "princípio da concordância prática (Hesse); ideia do melhor equilíbrio possível entre os direitos colidentes (Lerche)" (Canotilho, 1998, p.85).

Desdobrando a premissa acima transcrita, Robert Alexy sintetiza sua construção afirmando que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas existentes, e, portanto, os princípios são mandamentos de otimização. De modo diverso, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra é válida deve-se fazer exatamente o que ela determina, contendo determinações no âmbito do possível, tanto no campo fático quanto no campo jurídico (Alexy, 1993, p. 81).

2.5. As colisões de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade.

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de maneira totalmente distinta daquela aplicável quando ocorre conflito entre regras: “quando dois princípios entram em colisão, tal como quando um deles proíbe algo e o outro permite, não há de se reputar inválidos nenhum deles e sim que realize uma ponderação sobre a qual princípio se conferirá maior peso na hipótese específica” (Alexy, 1993, p. 89). Eis o que Alexy denomina lei da colisão.

Robert Alexy exemplifica fazendo notar que a dignidade humana, conforme disposta na Lei Fundamental Alemã, é inviolável. Isso traria a aparência de tratar-se de um princípio absoluto. Contudo, explica, dado a vagueza de tal norma, surge um amplo espectro de possibilidades que poderiam ser tomadas como violações a dignidade humana. Em assim sendo, não se podendo definir um parâmetro exato para aferição de violações a tal princípio, há de se concluir que somente tomando-se em conta o caso concreto surgirá uma solução possível, na hipótese, com a utilização de um juízo de ponderação (Alexy, 1993, p.100).

Portanto, para Alexy, na ponderação não se põe uma questão de tudo ou nada, mas uma tarefa de otimização, em que a afirmação de um direito não significa a negação de outro. Um princípio, explica, "somente pode ser afastado quando em um caso em se tem que decidir, um princípio oposto tem peso maior. De outro modo, uma regra todavia não é desprezada quando em caso concreto a norma oposta tem peso maior que a norma que apoia a regra" (Alexy, 1993, p.100).

2.5.1. Críticas ao sopesamento de direitos em colisão pela técnica de ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito.

Mesmo diante das formidáveis ideias de Robert Alexy acerca das técnicas de ponderação, para que tal instrumento alcance o mínimo necessário de racionalidade é preciso que se tenha à mão os contributos dos grandes teóricos que, com maior reconhecimento, lançaram críticas ao método da ponderação de valores, mas não exatamente referindo-se ao a proposta de Alexy. As necessidades de racionalidade de tais instrumentos, por exemplo, já mereceram críticas de Jürgen Habermas.

Jürgen Habermas critica a chamada jurisprudência de valores, base sobre a qual se desenvolveu a teoria da ponderação (ou seja, a argumentação baseada em valores para a resolução de colisões entre direitos fundamentais). Para Habermas, na resolução da colisão entre direitos fundamentais, para se confira racionalidade a tal decisão, devem ser manuseados os conceitos de garantia de certeza e legitimidade, disso redundando decisões racionalmente fundamentadas para que todos os participantes do discurso possam aceita a aplicação de um direito (Habermas, 1998, p.197).

Ao lançar duras críticas às regras de ponderação, Habermas assevera que, ante a ausência de padrões racionais para os métodos de sopesameneto, sua aplicação se dará sem maiores reflexões, ocasião em que o processo de decisão torna-se uma forma de realismo ou convencionalismo moral que traz consigo o perigo de decisões irracionais, caso em que os argumentos funcionais se sobrepõem à própria normatividade posta no ordenamento jurídico (Habermas, 1998, p.197).

2.5.2. Respostas de Alexy as críticas à ponderação da técnica de balanceamento.

Alexy responde as críticas à técnica do balanceamento argumentando que as objeções de Habermas somente se justificariam se nos juízos de ponderação "não fosse possível realizar juízos racionais acerca, primeiramente, da intensidade de interferência, em segundo lugar, dos graus de importância, e, em terceiro lugar, dessas relações entre si." (Alexy, 2003, p. 131).

Explica então que o balanceamento submete-se ainda ao o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Esse princípio expressa o que significa a otimização relativa às possibilidades jurídicas (legal), e é igual à regra que pode ser denominada “lei do balanceamento”, regra que estabelece que quanto maior o grau de interferência, que redundará em não satisfação ou de prejuízo quando da aplicação de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro mais quanto possível (Alexy, 2002, p. 102).

Para demonstrar a técnica do balanceamento aplicado, Robert Alexy cita como exemplo decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão acerca de alertas sobre o dano à saúde pelo hábito de fumar colocados em embalagens de cigarros e afins pelas próprias indústrias (BverfGE, vol. 95, 173), qualificada como uma intervenção menor no direito à liberdade de profissão ou ofício, muito menos grave do que banir os produtos do tabaco ou proibir-se totalmente a produção e o consumo de tais produtos. Identifica então no balanceamento de valores a possibilidade de aplicação de um gradiente de intervenções, em escala com os estágios “leve”, “moderado” e “sério” (Alexy, 2003, p. 131 e ss.).

Assim, buscando demonstrar que o balanceamento se utiliza de critérios racionais, do exemplo dado, Alexy conclui seu argumento afirmando que se os riscos para a saúde resultantes do consumo de produtos derivados do tabaco são altos, as razões que justificam a interferência pesam mais. Com efeito, se a intensidade de interferência é tomada como menor, e a necessidade de interferência é reputada alta, a proporcionalidade em sentido estrito restará aplicada com racionalidade (Alexy, 2003, p. 131 e ss.). Em suas respostas cita, então, um exemplo relacionado ao direito de expressão e os direitos da personalidade. Faz referência, desse modo, a uma revista satírica denominada Titanic quando descreveu um oficial da reserva paraplégico, que havia desempenhado suas responsabilidades com sucesso, “assassino nato” (*“a born Murderer”*). Contudo, em edição posterior, apôs-lhe a pecha de "aleijado" ( *“cripple”*), caso em que o Tribunal Constitucional Federal realizou um balanceamento específico (*“case-especific balancing”*) entre a liberdade de expressão dos titulares da revista e o direito à personalidade do oficial (Alexy, 2003, p.131 e ss).

Para tanto, a intensidade de interferência entre esses direitos forma contrapostas entre si. A condenação à indenização aplicada por instância inferior (Tribunal de Dusserdorf) foi considerada pelo Tribunal Constitucional uma interferência séria na liberdade de expressão. Essa conclusão foi justificada, acima de tudo, com base no argumento segundo o qual garantir indenização por danos poderia afetar a disposição futura dos que produziam a revista de desenvolverem seu trabalho da forma como até então haviam feito. No julgamento, a descrição “assassino nato” (*“born Murderer”*) foi então colocada no contexto da sátira publicada pela Titanic, quando várias pessoas foram descritas como tendo um apelido desde o nascimento de um modo reconhecidamente engraçado.

Sobre essa parte do julgamento explana Alexy que “a interferência no direito à personalidade foi tratada, assim, como tendo apenas uma intensidade moderada, talvez mesmo leve ou menor. Assim, a importância de se proteger o direito à personalidade do oficial por meio de uma indenização por danos foi moderada, e talvez apenas leve ou menor”. Neste caso, portanto, concluiu-se que a condenação ao pagamento de indenização ao ofendido significaria uma desproporcional interferência na liberdade de expressão (Alexy, 2003, p. 131-140).

Contudo, a situação se inverte quando a mesma publicação satírica dirigiu ao oficial a pecha de “aleijado”. Nesse caso, entendeu o Tribunal Constitucional alemão que ocorreu grave dano ao direito de personalidade do oficial paraplégico, e a importância de se proteger a dignidade do oficial por meio de uma indenização por danos foi considerada grande e, por isso, justificada. Desse modo, a maior interferência na liberdade de expressão foi contraposta à grande importância que se deva conferir à proteção do direito à personalidade no caso posto à apreciação (Alexy, 2003, p. 131-140).

De tais casos destacados por Robert Alexy, extrai-se que, não obstante a intervenção de um direito sobre o outro seja inevitável, neste particular a liberdade de expressão ante o direito à privacidade, tal interferência manifesta-se desproporcional e, portanto, perde a legitimidade que lhe garante a proteção como direito fundamental, razão pela qual, pela perspectiva do oficial ofendido em sua dignidade, haverá proporcionalidade na condenação do veículo de comunicação ao pagamento de indenização por danos morais.

2.6. Mais importantes campos de debates acerca da relação do direito à liberdade de expressão e da privacidade. Estados Unidos e Europa.

Os grandes polos de debates acerca do alcance e possíveis limites da liberdade de expressão, sem dúvida, localizam-se nos Estados Unidos e na Europa.

Embora já possa ver alguns indicativos de mudança, ainda é possível afirmar-se que a liberdade de expressão é aplicada de forma mais intensa e larga nos Estados Unidos em comparação com países europeus.

Nesse sentido, observemos, a título de exemplo, dois casos em que se discute manifestações de apoio ao nazismo julgadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos e pelo Tribunal Constitucional alemão, cujos resultados do julgamento são diametralmente opostos.

Em 1977, Um distrito de Chicago-EUA, Skokie, cujos moradores eram majoritariamente judeus, visando impedir manifestação de simpatizantes do regime nazista, aprovou uma série de medidas restritivas, dentre as quais a proibição de passeatas em que os manifestantes usassem uniformes militares, a distribuição de material contendo discurso de ódio, e ainda exigiu-se caução em dinheiro para a realização de manifestação no referido local. Diante de tais impedimentos, Frank Collin, o líder do movimento nazista, buscou junto ao poder judiciário proteção ao seu direito à liberdade de expressão.

Ante resistências, por parte dos órgãos judiciários, em enfrentar o mérito e analisar a constitucionalidade das referidas restrições, em junho de 1977, a Suprema Corte dos Estados Unidos determinou que o caso fosse apreciado pelos tribunais inferiores argumentando que se um Estado procura impor uma restrição aos direitos da [Primeira Emenda](https://en.wikipedia.org/wiki/First_Amendment_to_the_United_States_Constitution), deve fornecer rigorosas salvaguardas processuais, incluindo revisão imediata da apelação na ausência dessa revisão, o Estado deve permitir uma suspensão. A ordem da Suprema Corte de Illinois constituiu uma negação desse direito[[13]](#footnote-13), sendo que os demais aspectos do caso ( com a legenda *Collin v Smith*), foram enfrentados pelo Tribunal Distrital e o Tribunal de Apelação do Sétimo Circuito, ocasião em que declararam inconstitucional as restrições do distrito de Skokie.

 Como percebe-se, embora a Suprema Corte não tenha se pronunciado diretamente sobre o caso, tendo denegado reexaminar as decisões dos tribunais inferiores, acabou por chancelar o exercício da liberdade de expressão em tal profundidade de extensão,[[14]](#footnote-14) e, desta feita, o mérito do caso e os principais argumentos foram fixados no julgamento realizado pelo **Tribunal Distrital dos EUA para o Distrito Norte de Illinois**[[15]](#footnote-15) **quando concluiu que o movimento nazista tinha o direito de afirmar sua filosofia política, “incluindo suas opiniões sobre negros e judeus, por mais nociva e repreensível que possam ser”, e que esse entendimento deriva do “mercado de ideias”, pensamento construídos pelos primeiros filósofos libertários ingleses que, embora não negassem que** ideias falsas existiam, mas que o processo de livre debate poderia ser usado para identificá-las e o Estado não poderia proibi-las.

Nesse sentido, Ronald Dworkin, na obra a “Virtude Soberana”, ao argumentar em favor da indispensável parceria liberdade de expressão-democracia, assinala que a liberdade de expressão, além de contribuir para a proteção da igualdade entre os cidadãos, é essencial à democracia participativa que os cidadãos sejam livres, em princípio, para expressar qualquer opinião relevante que tenham, "por mais que tais opiniões sejam rejeitadas, odiadas ou temidas pelos outros cidadãos" adverte então que “grande parte da pressão em favor da censura nas democracias contemporâneas não é gerada por tentativa oficial de ocultar segredos do povo, mas pelo desejo de uma maioria de cidadãos de silenciar aqueles cuja opinião desprezam” (Dworkin, 2005, p.514).

E sintetiza a concepção estadunidense acerca do direito à liberdade de expressão ao afirmar que há uma “aspiração de grupos que querem, por exemplo, leis que evitem marchas neonazistas ou desfiles racistas com participantes vestidos com lençóis brancos”. Conclui seu raciocínio ponderando que tais leis restritivas à liberdade de expressão “desfiguram a democracia, pois, se uma maioria de cidadãos tiver o poder de recusar a um concidadão o direito de se expressar sempre que considerar as suas ideias perigosas ou agressivas, então ele não é um igual na competição argumentativa pelo poder” (Dworkin, 2005, p.514). Por fim, defende que se deve permitir a cada cidadão, de quem se pretende que cumpra as leis, que tenha uma voz igual no processo que produz tais convicções, ou então perde-se o direito de lhes impor as leis nacionais (Dworkin, 2005, p.514).

Para que se demonstre a distinção de leituras acerca do alcance do direito à liberdade de expressão entre europeus e estadunidenses, traz-se a exame outro caso julgado recentemente pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, ocasião em que confirmou oito condenações de incitação ao ódio praticado por Úrsula Haverbeck, que recebeu o apelido de “vovó nazista” por negar o holocausto judeu.[[16]](#footnote-16)

Eis que a senhora Haverbeck, de 89 anos, publicou artigos que, em síntese, afirmavam que o assassinato em massa de pessoas, que professam a fé judaica, não ocorreu e que era impossível tal mortandade em massa com uso de gás no campo de extermínio de Auschwitz-Birkenau; que na verdade, o propósito da existência do campo era garantir que as pessoas ali presas permanecessem em condições de trabalhar na indústria de armas, citando ainda declarações supostamente feitas pelo conselho de administração do Memorial e Museu de Auschwitz-Birkenau, de historiadores, entrevistas em jornais e declarações feitas por testemunhas que foram supostamente consideradas mentirosas.

O Tribunal Constitucional Federal alemão distinguiu o caso de outros que já havia julgado acerca da punibilidade da negação da perseguição ao povo judeu, assim explicando que o objeto do âmbito de proteção do art.5º (1) primeira parte da Lei Fundamental são opiniões, isto é, declarações caracterizadas pelo elemento de tomar uma posição e fazer sua própria avaliação, independentemente de se revelarem verdadeiras ou falsas, razoáveis ​​ou irrazoáveis, emocionais ou racionais, valiosas ou inúteis, perigosas ou inofensivas.

O Tribunal Constitucional concluiu, então, que as declarações levadas a efeito pela senhora Úrsula Haverbeck baseavam-se essencialmente em reivindicações factuais, que por si só não se enquadram no âmbito de proteção do art. 5º (1) primeira parte da Lei Fundamental, posto que são comprovadamente falsas e não contribuem para o processo de formação de opinião e a sua disseminação não se enquadra na liberdade de expressão. E mais argumentou que a negação dos crimes de genocídio nazistas cria a possibilidade de provocar agressão por parte de um público que pensa do mesmo modo, incitando-o a tomar medidas contra aqueles que são considerados os autores ou responsáveis ​​pela suposta distorção dos fatos históricos.

Contudo, ainda em relação à relação liberdade de expressão e a incitação aos crimes de ódio, o Tribunal Constitucional alemão, em 2018, publicou outro acórdão em que o sentido do julgamento foi diametralmente oposto.

O Tribunal Constitucional alemão analisou queixa constitucional (recurso de amparo) contra condenações penais que um reclamante teve contra si por incitação ao ódio contra segmentos da população em seu canal *YouTube* e em seu site. [[17]](#footnote-17)

O reclamante publicou um áudio criticando uma exposição sobre as forças armadas nazistas afirmando que as fotos dos soldados, em parte, foram apresentadas de forma imprecisa, acusando ainda os responsáveis pela dita exposição de falsificar e manipular o material e incitar o ódio e violência, afirmando que as forças aliadas fizeram ‘propaganda’ mentirosa, e que pessoas que sustentaram a versão verdadeira da história foram processadas e punidas, acusando ainda os sobreviventes do holocausto de lucrar com palestras sobre os assassinatos em massa, sustentando ainda que combatentes aliados e testemunhas nos processos judiciais atuaram com perjúrio.

O Tribunal Constitucional alemão primeiro estabeleceu que “o escopo de proteção do art. 5 (1) primeira parte da GG são as opiniões, isto é, as declarações caracterizadas por se tomar uma posição e fazer sua própria avaliação.”

Tais opiniões, explicou o Tribunal Constitucional alemão, serão permitidas ao desiderato da proteção do art. 5 (1, primeira parte), independentemente de se revelarem verdadeiras ou falsas, sejam elas razoáveis ​​ou irrazoáveis, emocionais ou racionais, ou se são consideradas valiosas, inúteis, perigosas ou inofensivas. Destacou ainda que além de opiniões, o propósito do art. 5 (1) primeira parte, da *GG,* também inclui declarações factuais posto que podem ser os pré-requisitos para a formação de opiniões. Todavia, se as declarações factuais forem, deliberadamente, falsas ou venham a se provar serem falsas, estarão excluídas do âmbito de proteção do art. 5 (1), porque não contribuem para o processo de formação de opinião garantido constitucionalmente.

O Direito à liberdade de expressão, conforme adverte o Tribunal Constitucional em referência, “não é garantido sem reservas, nos termos do art. 5 (2) da GG, estando explicitamente sujeito às limitações impostas pelas leis gerais.” As intervenções no direito à liberdade de expressão, segundo se extrai da jurisprudência do BVerfGE acima referido, devem basear-se em lei geral para prevenir que, casuisticamente, uma norma se volte contra específica e determinada opinião, devendo ainda atender aos requisitos de proporcionalidade, uma vez que o direito à liberdade de expressão é um direito básico de comunicação que é fundamental para a ordem democrática. Conquanto se exija que as limitações do direito à liberdade de expressão sejam baseadas em leis gerais, a Corte Constitucional Federal reconhece como exceção as leis que objetivam impedir afirmações propagandísticas do nazismo, de sua violência e tirania ocorrida de 1933 a 1945, caso em que o Tribunal Constitucional levou em conta o impacto crucial da história alemã sobre a identidade nacional e a considera para a interpretação da Lei Fundamental.

O direito à liberdade de expressão e seu conteúdo substantivo, afirma o BVerfGE, não é afetado por essa exceção porquanto não contém um princípio geral que permita proibir a disseminação de ideias de extrema-direita ou nacional-socialistas no que diz respeito ao efeito que seu conteúdo poderá ter na mente das pessoas. Em vez disso, art. 5 (1) e (2) a Lei fundamental garante a liberdade de expressão como uma liberdade intelectual independente da avaliação de seu conteúdo, correção, aplicabilidade legal ou periculosidade. Segundo interpretou o Tribunal Constitucional germânico, das permissões de limitações intrínsecas ao direito à liberdade de expressão, o texto da Lei Fundamental contempla exigências adicionais para a interferência em tal direito.

É o caso, por exemplo, de a declaração ser capaz de pôr em perigo a paz pública, cujo conceito deve ser interpretado de modo estrito, não sendo possível conceber a perturbação da paz pública no sentido de proteger a sociedade contra manifestações subjetivas resultantes do confronto com opiniões e ideologias provocativas, nisso também se incluindo opiniões com consequências intelectuais perigosas e até mesmo quando visam transformar fundamentalmente a ordem estatal existente, vez que a convivência com tais ideias constituem parte da vivência em regimes democráticos. Alargando ainda mais o alcance da liberdade de expressão, o BverfGE assevera que nem ao objetivo de impedir um envenenamento da mente do público por ideologias totalitárias ou uma interpretação manifestamente errada da história fornecem uma razão para a interferência.

De resto, finaliza o BverfGE assinalando que “uma declaração não fica fora da liberdade de expressão apenas porque não considera adequadamente os registros comumente aceitos da história ou das vítimas (…)”e, aproximando-se da construção estadunidense a respeito d a liberdade de expressão, particularmente da teoria do “mercado de ideias" de Stuart Mill, o Tribunal arrematou que embora tais afirmações sejam protegidas pela liberdade de expressão, disso não resulta que seu conteúdo seja aceitável e tratado com indiferença no debate público e que devem ser combatidas numa arena em que outras ideias e opiniões sejam postas como contrapontos e não pela imposição de proibições.

Como se pode verificar, no primeiro caso, embora o queixoso afirmasse que a história do holocausto constituía mentirosa versão aliada sobre as atrocidades cometidas pelos nazistas, segundo entendeu o Tribunal Constitucional, tal conduta se louvou de opiniões e assim estava protegida pela Lei fundamental. No segundo caso, o Tribunal Constitucional alemão considerou que as manifestações tinham por base afirmações históricas falsas, e que assim tal conduta não estava protegida pela Lei Fundamental.

Apesar de haver alguma coerência com sua própria jurisprudência quando distingue opiniões de afirmações fáticas falsas, não nos parece que em ambos os casos as condutas não pudessem ser consideradas opiniões protegidas pela Lei Fundamental, posto que no primeiro caso tratava-se de pessoa octogenária e sem instrumental técnico historiográfico, sem contar com nenhuma credibilidade científica, e, por isso, nada mais fez do que também emitir opiniões. Diferente seria se as afirmações falsas sobre o nazismo partissem de historiador com algum grau de reconhecimento científico.

2.6.1. Liberdade de expressão e sua relação com o direito à privacidade nos Estados Unidos e na Europa.

O direito à privacidade, quando confrontado com o direito à liberdade de expressão, como já se ventilou acima, tem recebido leituras diferentes acerca de sua prevalência nos dois principais campos de debates: Estados Unidos e Europa.

Da construção dogmática anglo-americana e europeia, em primeira análise, nota-se que o direito à privacidade pode ser definido como uma faculdade ou possibilidade de controle entregue a cada indivíduo para compartilhar ou permitir a entrada de outros indivíduos em sua esfera pessoal.

Da doutrina e jurisprudência europeia extrai-se a noção de que a privacidade prende-se à concepção de dignidade humana. Sob o ponto de vista do direito estadunidense, no entanto, a autonomia do indivíduo é quem se situa como valor central em qualquer tentativa de conceituar o direito à privacidade e seus direitos correlatos.

Assim, como bem salientou Richard Parker tal direito significa ter o indivíduo “o controle sobre quando e por quem as várias facetas de nossas vidas podem ser percebidas pelos outros” (Parker, 1974, p.281). Assim, não por outra razão, quase sempre o direito estadunidense, com base na autonomia individual, sobrepõe a liberdade de expressão ao direito à privacidade.

O caso *Griswold v. Coonecticut*, um dos mais citados pela literatura jurídica, é bastante representativo da concepção estadunidense acerca do direito à privacidade.

Estelle Griswold e Lee Buxton, perante a Suprema Corte, arguiram a inconstitucionalidade de uma lei do Estado de Connecticut que proibia o uso de anticoncepcionais, baseando seus argumentos na Décima Quarta Emenda, quando dispõe que nenhum estado fará ou aplicará qualquer lei que abrevie os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem qualquer estado privará qualquer pessoa de vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal, nem negará qualquer pessoa a igualdade de proteção das leis.

Em 1965 a Suprema Corte julgou o caso.

O Justice William O. Douglas, com a concordância do Justice Goldberg, sintetizando os votos da maioria, argumentou que embora o direito à privacidade não estivesse explicitamente presente na Constituição dos Estados Unidos, manifestava-se implicitamente como uma “penumbra” e que tratava-se de “um direito subjetivo” dos indivíduos que dimanava da Primeira, Terceira, Quarta, Quinta e Nona Emendas, que se tratava de um direito não enumerado de que pode inferir da linguagem, história e estrutura da Constituição, e que por isso deveria ser considerada uma das liberdades fundamentais protegidas pela Décima Quarta Emenda.

Para o *Justice* William O. Douglas, o caso dizia respeito a uma relação situada dentro da zona de privacidade criada por várias garantias constitucionais fundamentais e indaga se se permitiria que a polícia revistasse os recintos dos quartos conjugais em buscas de sinais reveladores do uso de contraceptivos. Com base nas definições deste julgamento, no caso *Roe v Wade*, a Suprema Corte decidiu que a maioria da leis contra o aborto nos Estados Unidos violavam o direito constitucional à privacidade, garantido pela Décima Quarta Emenda.

Não se tenha dúvida, portanto, que sob a perspectiva estadunidense a autonomia do indivíduo é posta como valor central em qualquer tentativa de conceituar o direito à privacidade ou a intimidade, que significa que o indivíduo deve ter “o controle sobre quando e por quem as várias facetas de nossas vidas podem ser percebidas pelos outros” (Parker, 1974, p.281).

James Q. Whitman esclarece que as diferenças fundamentais entre a noção europeia e a estadunidense reside em que os norte-americanos centram sua atenção nas liberdades frente ao estado e seus órgãos, especialmente em não permitir intromissões em sua casa, em seu sítio doméstico e nas suas liberdades que garantam sua escolhas íntimas. De outra mão, tem-se a visão europeia a alcançar valores como respeito, dignidade pessoal, a imagem, ao nome, a reputação e a divulgar ou informar aquilo que estime pertinente (Whitman, 2004, pp. 1151-1221).

2.6.2. Os critérios para aplicação do direito à privacidade segundo a jurisprudência nos Estados Unidos.

William L. Prosser, anos depois da publicação do Warren e Brandeis (*Right to Be Alone*), com um histórico ensaio, contribuirá decisivamente para o desenvolvimento da estrutura e compleição da *privacy*. Com base em análise da jurisprudência relacionada ao direito à privacidade, distinguindo das responsabilidades contratuais e extracontratuais enquadrou a privacidade em quatro categorias de responsabilidade decorrentes dos ilícitos (*torts*), sendo que as duas primeiras vertentes se ancoram na dignidade e as duas últimas na propriedade em publicações, que a saber são: a) a invasão da esfera privada por intromissão; b) difusão pública de fatos privados; c) falsa luz privada (*false light privacy*) ou distorção da imagem; e d) e invasão de propriedade por apropriação (Prosser, 1960, pp. 383-423).

Conquanto o sistema constitucional positivado estadunidense não mencionasse um direito à privacidade, a doutrina de tutela deste direito foi construída tendo por base o direito à vida, direito enunciado na Declaração de Independência dos Estados Unidos e presente na Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Ademais, acrescente-se que seus princípios já faziam parte da *Common Law*, notadamente no que diz respeito à proteção do domicílio.

O acolhimento das ideias de Brandeis e Warren em seu artigo *“Right to Be Alone”* começou a receber acolhida nos tribunais estadunidenses no caso *Schuyler v. Curtis*, em ação aforada por Philip Schuyler, em que o juiz da Suprema Corte de Nova York concedeu liminar (em que cita o artigo de Brandeis e Warren) para proteger à privacidade, mesmo *post mortem*, da Sra. Mary Hamilton Schuyler, para que assim não fosse posta uma estátua sua em praça pública, posto que realizava filantropia de forma discreta e sem publicidade e que mesmo após sua morte sua atuação não pública deveria ser preservada (Hand, 1897, pp. 745-759).

Na mesma linha o caso *Marks*v.*Jaffa* (26 NYS, 908, 1893) foi concedida uma medida cautelar contra a publicação de uma foto do demandante em um jornal, com um convite para que os leitores do jornal votassem acerca da popularidade do autor em comparação com outra pessoa, cuja foto também foi publicada.

O tribunal fundamentou sua decisão argumentando que não poderia haver dúvida sobre o direito do requerente, porquanto se uma pessoa pode ser obrigada a submeter seu nome e perfil à críticas públicas, para testar sua popularidade em comparação a outras pessoas, ela também poderia ser obrigado a se submeter ao mesmo teste quanto à sua honestidade, moralidade ou qualquer outra virtude ou vício. Assim a decisão conclui que nenhum jornal ou instituição, não importa quão digno possa ser, tem o direito de usar o nome ou a imagem de qualquer um para tal fim sem o seu consentimento**.**

Ainda nessa mesma década do Século XIX, o direito à privacidade foi debatido no caso *Roberson v. Rochester Folding Box Co.* (171 NY 538;59 LRA 478). Neste caso, uma empresa foi demandada judicialmente por, sem o consentimento da autora, haver usado sua foto para fins publicitários e espalhado os anúncios em vários lugares da cidade de Rochester. A requerente alegou que este ato da empresa demandada tinha lhe ocasionado grande humilhação, fazendo-a ficar nervosa, doente, etc. telar. O juízo de primeira instância proferiu sentença favorável ao pedido da autora, mas por quatro votos a três decisões, o tribunal de apelação reverteu esse julgamento, concluindo a maioria dos juízes que o chamado direito de privacidade não tinha até então encontrado lugar permanente no ordenamento jurídico. Contudo, em voto dissidente, em vigorosa argumentação o juiz Gray opõe-se à tese abraçada pela maioria e afirmou que a falta de precedentes não deveria impedir o tribunal de corrigir um erro manifesto.

Em outro caso, Paolo Pavesich ajuizou ação contra a empresa *New England Mutual Life Insurace Company* alegando que um jornal da cidade de Atlanta (*Atlanta Constitution*) publicou uma imagem do autor ao lado de uma pessoa mal vestida e de aparência doentia. Sob a foto do demandante, aparecia a seguinte frase: "No meu saudável e produtivo período de vida, comprei um seguro na *New England Mutual Life Insurance Co*., de Boston, Massachusetts, e hoje minha família está protegida”. Sob a foto da pessoa mal vestida constava declaração de que não havia feito seguro, e só agora percebeu seu erro. Argumentou que a publicação lhe era peculiarmente ofensiva, muito mais por ser falsa e maliciosa, posto que não houvera dito aquilo e tampouco contratara cobertura de seguro da empresa. O tribunal considerou que a publicação não autorizada da imagem de uma pessoa, com o propósito de exploração comercial, configuraria uma violação do right of privacy, o que não demandaria da pessoa retratada prova especial do dano.

Neste caso, no entanto, a Suprema Corte da Georgia reconheceu o direito à privacidade como derivado de um direito natural e que, para além disso, é albergado pelos direitos de segurança pessoal e de liberdade pessoal que, por sua vez, inclui o direito de existir e o direito de gozar a vida enquanto existir e que naquela situação posta tal direito era invadido não apenas pela privação de vida, mas também interferia nas coisas necessárias ao desfrute da vida de acordo com a lei, a natureza, o temperamento e desejos lícitos do indivíduo.

Consignou ainda a Suprema Corte da Georgia que a liberdade pessoal não inclui apenas a proteção física, mas também o direito de ficar só, determinar seu próprio modo de vida, como seja uma vida de publicidade ou de privacidade, escolhendo assim sua direção e administrando os assuntos que lhe tocam da maneira como lhe aprouver, contanto que não viole os direitos dos demais indivíduos ou da sociedade como um todo. Assim, teve que a publicação de uma foto de uma pessoa, sem o seu consentimento, como parte de um anúncio, com o propósito de exploração comercial constitui violação ao direito de privacidade da pessoa cuja imagem é reproduzida, e lhe dá direito à indenização, sem a necessidade de comprovação de dano, e que tal conduta não é protegida pela liberdade de expressão ou de imprensa. Ainda neste julgamento, entretanto, a Suprema Corte da Georgia observou que a liberdade de expressão e de imprensa, quando exercida nos limites das garantias constitucionais, são limitações ao exercício do direito à privacidade e que este não pode ser declarado de modo a restringir aquelas liberdades. Advertiu que um direito pode ser usado para manter o outro dentro dos limites legais, mas nenhum deles pode ser usado para destruir o outro. De Resto, o referido tribunal registrou que o direito à privacidade pode ser renunciado, de forma expressa ou implícita mas tal renúncia autoriza a invasão do direito apenas a tal extensão, necessariamente inferida da finalidade para a qual a renúncia é tomada, e que por isso a renúncia para um propósito, e em favor de uma pessoa, classe ou dada situação não autoriza a invasão para todos os propósitos, ou por todas as pessoas e classes.

A Suprema Corte da Georgia, no mesmo debate, afirmou a limitação do direito à privacidade em relação aos ocupantes de cargo, função pública ou obtenha notoriedade aprovação pública, renunciam ao seu direito à privacidade a tal ponto não podem restringir ou impedir o público de realizar investigação apropriada sobre sua vida privada ou lançar luzes sobre a questão de saber se deve conceder-lhe o cargo que ele procura, ou conceder-lhe a aprovação ou patrocínio que ele pede, estando sujeitos em todos os momentos a um tipo de escrutínio a fim de que possa ser determinado se os direitos do público estão seguros em suas mãos.

No caso *Brents v. Morgan* (299 SW 967, Ky. Ct. App. 1927), o Tribunal de Apelações do Kentucky delineou o direito à privacidade, anotando que um novo ramo do direito foi desenvolvido nos últimos anos que encontrou lugar nos livros de texto e nos acórdãos dos tribunais, que é denominado o direito de privacidade e é geralmente reconhecido como o direito de ser deixado sozinho, isto é, o direito de uma pessoa estar livre de publicidade injustificada, ou o direito de viver sem interferência injustificada do público. Neste julgamento, a Corte do Kentucky faz referência ao artigo de D. Warren e Louis D. Brandeis, publicado na Harvard Law Review em 15 de dezembro de 1890, afirmando que constitui o primeiro esforço para reunir regras e/ou princípios para balizamento dos casos em que o direito à privacidade tenha sido violado de maneira injustificada.

No referido julgado, fixou-se que: a) O direito á privacidade não proíbe a publicação de matéria de interesse público ou geral; b) O direito à privacidade não proíbe a comunicação de qualquer assunto, embora de natureza privada, quando a publicação seja feita sob circunstâncias que não torne a conduta enquadrável como calúnia e do difamação; c) que não poderia haver concessão de reparação para a invasão de privacidade por publicação oral; d) o direito à privacidade cessa após a publicação dos fatos pelo indivíduo ou com o seu consentimento.

Em 1928, já *Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, Louis Brandeis voltou a articular o tema direito à privacidade no julgamento *Olmstead v. Estados Unidos* (277 US 438, 1928).

Eis que Roy Olmstead, junto com outros coautores, foi condenado por violar a Lei Nacional da Proibição (*National Prohibition Act*) por vender bebidas alcoólicas. Contudo, as provas usadas no processo para condenar Olmstead e os demais réus baseavam-se em escutas telefônicas realizadas pela polícia sem autorização judicial. Olmstead e os outros acusados ​​contestaram suas condenações, alegando que o uso das conversas telefônicas privadas foi uma violação dos direitos da Quarta Emenda.

No entanto, a Suprema Corte não acolheu tais argumentos e confirmou a condenação proferida pelas instâncias judiciais inferiores, decidindo pela possibilidade de escutas telefônicas sem mandado. Sob a relatoria do presidente da Suprema Corte, William Howard Taft, fixou a tese de que as comunicações telefônicas privadas não são diferentes das conversas casuais ouvidas em um local público.

A parte mais influente da opinião foi a dissidência do juiz Louis D. Brandeis em Olmstead. Brandeis, nesta ocasião, disse que não havia diferença entre interceptar um telefone público e abrir uma carta lacrada, e que os Fundadores haviam conferido ao governo o direito de serem deixados em paz - o mais abrangente dos direitos e o direito mais favorecido pelos homens civilizados.

Contudo, esse entendimento foi revisto em 1967, no caso Katz vs. Estados Unidos , substituído pela tese segundo a qual a interceptação de um telefone público estava sujeita à exigências de autorização judicial e criava o teste de “expectativa razoável de privacidade” para determinar o alcance do direito à privacidade (mais à frente retorna-se ao tema).

Charles Katz, utilizando uma cabine telefônica, transmitia apostas ilegais para Los Angeles, Miami e Boston, ocasião em que, sem o seu conhecimento, o FBI gravou as conversas por meio de um dispositivo eletrônico de escuta e gravação, afixado no exterior da cabine. A Corte de apelações manteve a condenação de primeira instância argumentando que não havia violação da Quarta Emenda porquanto não havia entrada física na área ocupada pelo réu.

Do pronunciamento da Suprema Corte, extrai-se que as atividades de escuta e gravação do FBI violaram a privacidade do réu, que confiava justificadamente que estaria protegido, e que tal ação é equivalente a uma busca e apreensão e assim é alcançável pela Quarta Emenda, posto que rege não apenas bens jurídicos tangíveis mas também declarações orais.

Escrevendo o voto vencedor pela maioria, o Justice Stewart anotou que se alguém ocupa uma cabine telefônica, "fecha a porta atrás de si e paga a tarifa que lhe permite fazer uma ligação certamente tem o direito de assumir que as palavras que ele pronuncia no fone não sejam transmitidas para o mundo”.

Em manifestação concordante, o *Justice* Harlan formulou o teste da “expectativa razoável” para se aferir se uma pessoa pode esperar privacidade em um determinado local. Assim o *Justice* Harlan asseverou que para que alguém seja tutelado pelo direito à privacidade há um requisito duplo, primeiro que uma pessoa tenha exibido  uma expectativa real (subjetiva) de privacidade e, segundo, que a expectativa seja aquela que a sociedade está preparada para reconhecer como "razoável". Aclarando seu raciocínio, exemplificou afirmando que “o lar de um homem é um lugar onde ele espera privacidade, mas objetos, atividades ou declarações que ele expõe à visão clara de estranhos não são protegidos porque nenhuma intenção de guardá-los para si mesmo foi exibido." Contudo, observou que, por outro lado, conversas a céu aberto não seriam protegidas contra serem ouvidas, pois a expectativa de privacidade sob as circunstâncias não seria razoável.

2.6.2.1. Razoável expectativa de privacidade.

A jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos cuidou de definir com mais exatidão o conceito e abrangência de “razoável expectativa de privacidade”.

Os hóspedes, via de regra, não possuem uma expectativa razoável de privacidade nas casas que visitam, tanto mais quando não passam a noite e seu único propósito de estar na casa é participar de atividades criminosas, como uma transação de drogas.[[18]](#footnote-18) De igual maneira, um passageiro em um carro não tem expectativa de privacidade no interior do carro ou em relação ao conteúdo dos diálogos ali realizados.[[19]](#footnote-19)

Demais disso, não sob o enfoque do teste da “expectativa razoável de privacidade” mas no sentido do alcance do direito à privacidade, a Suprema Corte afirmou que um teste para detectar uso de drogas ilícitas, embora medida impositiva, não viola a Constituição dos Estados Unidos.[[20]](#footnote-20)

2.6.2.2. Teste da *Actual Malice.*

No caso *The New York Times vs. Sullivan*, tendo o *Justice* Brenan como relator, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1964, estabeleceu-se critérios limitadores da proteção da reputação ou honra de funcionários públicos que por suas atribuições relacionadas a coisa pública estão sempre mais expostos a críticas e questionamentos. A decisão estabelece uma inversão do ônus da prova chamado teste da real malícia (*actual malice*). Em lugar do emissor da opinião ou informação provar a veracidade da informação, caberá ao agente ou órgão público provar que o particular tinha conhecimento da falsidade da declaração. Ou seja, que agiu com dolo ou com culpa grosseira (negligência extremada).

Tal teoria emergiu do caso em que um chefe de polícia do Estado do Alabama ajuizou ação contra algumas pessoas e contra o jornal *New York Times*, que segundo alegou, difamou-o em uma página inteira desse veículo de comunicação ao publicar supostos abusos cometidos por essa autoridade policial nessa qualidade durante protestos por direitos civis.

Ao julgar o caso, a Suprema Corte entendeu pela ausência de dolo e que não havia indício de malícia e que sendo a opinião razoável deveria ser tolerada.

Neste julgamento, a *opinion* do Justice Brenan revela a preocupação da Suprema Corte em facilitar o livre debate de ideias, principalmente para facilitar o olhar vigilante da sociedade, estabelecendo a necessidade de que o difamado, em estando ligado ao poder estatal, prove a existência de dolo ou culpa por parte do emissor da declaração isso porque, conforme sustenta, "a discussão sobre assuntos públicos deve ser desinibida, sem restrições, vigorosa e aberta, mesmo com ataques veementes, crítica cáustica e às vezes desagradável, contra autoridades públicas ”.

2.6.3. Os primeiros grandes debates acerca da liberdade de expressão nos Estados Unidos.

Tal base filosófica acerca da liberdade de expressão, como se viu acima, plasmadas principalmente no livre encontro de ideias e opiniões, já havia sido ventilada por Thomas Jefferson, em 1785, quando, em “Notas sobre Virgínia”, afirmou que “a verdade prevalecerá se não teme o conflito se não despojada de suas armas naturais – a livre argumentação e o debate – deixando de serem perigosos os erros contradizê-los livremente” (Jefferson, 1987, p.322). Já em 1731, em ensaio jornalístico, publicado na Pennsylvania Gazette, em defesa da liberdade de imprensa, Benjamin Franklin anotou que “os impressos são formados sob a crença de que ambos terão a igual vantagem de serem escutados pelo público; e que quando a verdade e o erro jogam limpo, a primeira vencerá sempre” (Franklin, 1996, pp.3-10).

2.6.3.1. Holmes e Brandeis e a liberdade de expressão em colisão com outros direitos.

Em 1919, provavelmente influenciado pelas ideias de John Milton e Stuart Mill, o juiz da Suprema Corte do Estados Unidos, Oliver W. Holmes, em voto divergente, no caso *Abrams v. United States*, lançou as bases da chamada doutrina do mercado de ideias (*Free Trade of Ideas)*, que iniciava o processo de construção, definição, conteúdo, alcance e limites da liberdade de expressão.

O Caso *Abrams v. United States* , em 1918, Jacob Abrams e três companheiros produziram e publicaram (atirando-os de um prédio em Nova York) dois panfletos (um em inglês e outro em dialeto judaico). Um deles condenava ação do governo de enviar um pequeno corpo de militares à Sibéria, na Rússia; o outro apoiava a revolução russa em curso, e ainda convocava greve contra o q chamavam “invasão capitalista”.

Por tais fatos foram acusados e condenados por incitação à resistência ao esforço de guerra dos Estados Unidos na Primeira Guerra Mundial, com voto majoritário do juiz John Hessin Clarke, que vislumbrou na ação praticada pelos réus o chamado *“clear and presente danger”*. Por este novo teste, a liberdade de expressão somente poderia ser limitada se manuseada para criar perigo que tinha por requisitos ser claro e imediato.

No entanto, o *Justice* Oliver Wendell Holmes proferiu voto divergente no sentido de que o conteúdo dos panfletos não representavam “claro e presente perigo”, posto que não tencionavam especificamente opor-se à guerra contra a Alemanha e por isso não representavam risco real, e que se condenados estar-se-ia atacando, não suas falas, mas suas crenças.

Em seu voto, Holmes argumentou que seria possível a persecução criminal por opiniões, desde que não haja dúvidas acerca das premissas lançadas e intenção dos agentes, caso então de se aplicar os desejos contidos na lei. Pelas palavras de Holmes, “que o melhor teste da verdade é o poder que o pensamento tem de ser aceito em competição de mercado, e que a verdade é o único fundamento sobre o qual seus desejos podem ser realizados com segurança.”[[21]](#footnote-21)

Holmes, no referido voto divergente, lançou as bases para uma concepção democrática acerca das possibilidades do direito à liberdade de expressão, pelo método do *“marketplace of ideas”* (Novick, 1992, p.303).

Contudo, impõe-se o registro de que tal construção de Holmes consiste em uma evolução do seu pensamento acerca do alcance da Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, posto que pouco antes, no caso *Schenck vs. United States* (249, US 49, 1919), ao também analisar a constitucionalidade da Lei de Espionagem (*Espionage Act*), de 1917, proferiu voto majoritário que levou a condenação de membros do Partido Socialista da Filadelfia (Charles Schenck e Elizabeth Baer) por haverem produzido e distribuído panfletos que incitavam jovens, em idade de recrutamento para o serviço militar, a não atenderem as convocações. Do mesmo modo, no caso *Debs v United States*, Eugene Debs foi condenado por proferir discurso com o propósito de obstruir o recrutamento de soldados para a guerra, assim violando a *Espionage Act*.

Não obstante, da referida base engendrada por Holmes, surgiu o critério até hoje utilizado para excepcionar o alcance do direito à liberdade expressão contido na Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos. De seu voto (*opinion*) o fragmento que contém a metáfora mais conhecida para aceitação do caráter relativo do direito à liberdade de expressão assevera que “a proteção mais rigorosa da liberdade de expressão não protegeria um homem ao gritar falsamente fogo em um teatro e assim causar pânico”.

Louis Dembitz Brandeis também contribuiu decisivamente para o desenvolvimento do direito à liberdade de expressão. No julgamento do caso *Whitney v. California*,[[22]](#footnote-22)que analisou o caso em que Charlote Anita Whitney foi condenada e presa lei conhecida como *California Criminal Syndicalism Act* de 1919, sob a acusação de entidade de que participava defendia a derrubada violenta do Governo dos Estados Unidos. Em sua defesa invocou a Décima Quarta Emenda que, dentre outros direitos, dispõe que os Estados que compõem a federação dos Estados Unidos não podem editar ou aplicar leis que restrinjam os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, e tampouco privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição igual proteção perante as leis. No entanto, a Suprema Corte confirmou a condenação, ao fundamento de que Whitney participou conscientemente das atividades da entidade e que esta tinha por objetivos promover mudanças políticas por meios criminosos ou não democráticos.

Sob a relatoria da Juíza Edward T. Sanford, afirmou-se que as mensagens e propósitos da entidade de que fazia parte Charlotte Whitney (CLP) abusavam do direito à liberdade de expressão por meio de palavras que considerou “hostis ao bem público, tendendo incitar o crime, perturbar a paz ou pôr em perigo as fundações do governo organizado e ameaçar sua derrubada”, com isso extrapolando o teste da “claro e presente perigo”, e assim resgatando o chamado “teste da má tendência” (*bad tendency test*), doutrina que permitia ao Estado a proibir discursos que contivessem tendência de criar perigo para a saúde pública, para a segurança, para a moral, para a paz ou que caracterizassem sedição contra as instituições. No mais, a Suprema Corte afirmou que a lei californiana em questão não violava a Décima Quarta Emenda. De tal julgamento, no entanto, o aspecto mais importante dá-se pelo registro feito por Louis D. Brandeis em defesa da liberdade de expressão, constituindo um importante marco no desenvolvimento da jurisprudência acerca do alcance da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos.

Brandeis asseverou que embora os direitos de liberdade de expressão e de reunião sejam fundamentais, não são estes absolutos, e "seu exercício está sujeito a restrições quando o exercício da liberdade de expressão possa vir a produzir, ou pretendesse produzir, um claro e iminente perigo de algum mal substantivo para a sociedade”.

Invocando a vontade original dos “pais fundadores” dos EUA, Brandeis anotou que “eles acreditavam que liberdade para pensar como você quiser e para falar como você pensa são meios indispensáveis ​​para a descoberta e disseminação da verdade política: que, sem liberdade de expressão e reunião, a discussão seria fútil". Completou seu raciocínio afirmando que “se houver tempo para se expor por meio da discussão a falsidade e as falácias, para evitar o mal pelos processos de educação, o remédio a ser aplicado é mais discurso, não silêncio forçado. Apenas uma emergência pode justificar a repressão.”

Da década de 1920 até 1969, os limites de proteção da Primeira Emenda, com algum caso em que se admitiu o teste da “má tendência”, foram investigados pelo teste do “perigo claro e presente”. A partir de 1969, no caso *Brandenburg v. Ohio* alargou os limites do teste do “*clear and presente danger*” estabelecendo um novo standard o “*iminente lawless action*”.

No caso *Brandenburg v. Ohio*, um líder da organização *Ku Kux Klan*, em um comício gravado por uma emissora de televisão, dirigiu-se a um grupo de pessoas, que carregavam armas e cruzes em chamas, realizando discurso de coteúdo racista que, entre outras coisas, exortou-os a aderirem as suas ideias, dentre as quis a de “enterrar os cidadãos afro-americanos”. Ainda no mesmo discurso advertiu que “se o presidente, o congresso ou a Suprema Corte continuarem a reprimir a raça branca caucasiana, poderemos ter que tomar algumas ações de vingança”.

Não obstante admitir que o acusado utilizou *fighting words* e ameaçou instituições, a Suprema Corte estadunidense decidiu que a legislação que permitia a condenação de atos como aqueles sob exame (*Criminal Syndicalism Statute*, que dentre outras providências tipificava os crimes de apologia à sabotagem, atos violentos ou atos de terrorismo) e que, portanto, possibilitava a imposição de restrição à liberdade de expressão, revelava-se por demais ampla, indo além do que admitia o teste do “perigo claro e presente”, porqunto o único discurso que poderia ser proibido é o que “visa diretamente incitar ou produzir ações ilegais e seja adequado a produzir tais ações”.[[23]](#footnote-23)

2.6.4. A liberdade de expressão e sua relação com os direitos da personalidade na Europa.

Na Europa, hodiernamente, as concepções, o alcance e a prevalência do direito à liberdade de expressão frente aos direitos da personalidade, gradativamente, têm abandonando o tradicional preferência pelos direitos de personalidade (principalmente pelo direito à privacidade e suas espécies, intimidade, honra, nome, imagem, entre outros). Vejamos então a relação entre tais direitos em alguns países.

2.7. Liberdade de expressão frente o direito à privacidade em Portugal.

Portugal, um dos países mais resistentes em conferir maior valoração ao direito à liberdade de expressão frente ao direito à privacidade, após várias condenações pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, já dá sinais de alquebrar-se ao entendimento da indispensabilidade para o regime democrático de um direito à liberdade de expressão amplamente exercitável.

À luz das garantias estabelecidas na Constituição da República Portuguesa, o enfrentamento dos casos das colisões do direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade tem sido realizado de forma mais recorrente pelo Supremo Tribunal de Justiça e, por consectário, é deste órgão jurisdicional que se pode colher amostras mais consistentes acerca do trato da questão em Portugal.

O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, quando em conflito dois direitos fundamentais, embora compreendendo o direito à privacidade como mais imediatamente acudido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, tem deixado em aberto a possibilidade de que no caso concreto, em exercício de ponderação, outro direito possa prevalecer no caso concreto. De excerto de um dos seus julgados extrai-se o seu entendimento acerca da matéria: "o reconhecimento da dignidade humana como valor supremo da ordenação constitucional impõe que a colisão desses direitos (liberdade de expressão e direito à privacidade) deva, em princípio, resolver-se pela prevalência daquele direito de personalidade".[[24]](#footnote-24)

De outro julgado mais recente, tem-se, à primeira análise, que a jurisprudência portuguesa começou a conferir posição prevalente ao direito à liberdade de expressão frente aos direitos da personalidade.

Cotejando o direito à honra com a liberdade de expressão, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal fixou que:

No conflito entre o direito à honra e a liberdade de expressão, tem vindo a verificar-se um ponto de de viragem, tendo por base e fundamento o relevo, a dignidade e a dimensão da liberdade de expressão considerada numa dupla dimensão, concretamente como direito fundamental individual e como princípio conformador e essencial à manutenção e aprofundamento do Estado de Direito democrático, reconhecendo-se que o exercício do direito de expressão, designadamente enquanto direito de informar, de opinião e de crítica, constitui o próprio fundamento do sistema democrático, o que justifica a assunção de uma nova perspectiva na resolução do conflito.[[25]](#footnote-25)

Nesse sentido, com apoio na doutrina de Costa Andrade, o STJ de Portugal, no mesmo julgamento acima referido, entendeu “que se deve considerar atípicos os juízos que, como reflexo necessário da crítica política objectiva, acabam por atingir a honra do visado, desde que a valoração crítica seja adequada aos pertinentes dados de facto". Contudo, esclarece o STJ de Portugal que escapam a tal descriminalização as críticas caluniosas, assim como outros juízos exclusivamente motivados pelo propósito de rebaixar e humilhar, assim como as situações em que os juízos depreciativos não guardam conexão com a matéria em discussão.

Essa mudança do viés de entendimento quando da colisão do direito à liberdade de expressão com direitos da personalidade é explicada pelo próprio Supremo Tribunal de Justiça no em acórdão de 13.07.2017 (processo nº 1405/07.1TCSNT.L1-7ª secção, Rel. Cons. Lopes do Rego) quando registra que por muito tempo predominava na jurisprudência do STJ a tendência de "privilegiar, no caso de conflito de direitos, os direitos fundamentais individuais – à honra, ao bom nome e reputação, vistos como ligados à própria dignidade da pessoa humana – sobre o exercício do direito da liberdade de imprensa". [[26]](#footnote-26)

Diante dessa opção pelos direitos da personalidade em detrimento do direito à liberdade de expressão, anotou-se no mesmo julgado em comento, que foram proferidas várias decisões contra Portugal pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos - TEDH, que trilhando caminho inverso ao até então adotado pelos tribunais portugueses, em sua análise, parte da liberdade de expressão, situando-se, depois, na apreciação das suas restrições, em conformidade com o artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Do mesmo julgado extrai-se vários exemplos de acórdãos proferidos pelo TEDH contra Portugal, de onde se traz textualmente:

Acórdão Lopes da Silva contra Portugal, de 28.9.2000, perante as expressões dirigidas, numa peça jornalística, a um jornalista que pretendia candidatar-se a eleições municipais, de ‘grotesco’, ‘boçal’ e eivado de ‘reacioccionarismo alarve’. Acórdão Almeida Azevedo contra Portugal, de 23.1.2007, em que, numa peça jornalística, um membro da oposição, apelidou o presidente da Câmara da localidade de ‘mentiroso completo e sem complexos’, de ter ‘falta de pudor inqualificável’ e de ser ‘intolerante e perseguidor’. Acórdão Mestre contra Portugal, de 26.04.2007, a propósito da expressão ‘patrão dos árbitros’ proferida em entrevista televisiva, com referência ao presidente dum grande clube e da Liga de Futebol. Acórdão ‘Público’ contra Portugal, de 7.12.2010, a propósito do caso apreciado no Ac. Do STJ de 8.3.2007, processo nº 07B566, relativo a publicação, em manchete e em dois atigos naquele jornal, referente a dívidas fiscais dum clube de futebol portugues que não estariam a ser pagas, referindo-se que os respectivos dirigentes cometeram um crime de abuso de confiança fiscal. [[27]](#footnote-27)

A prevalência do direito à liberdade de expressão frente a direitos da personalidade não significa permitir-se a obliteração destes em função daquele. Em verdade, essa mudança de ventos na jurisprudência portuguesa, em um primeiro momento, se deu apenas com foco em um possível interesse público no escrutínio público de figuras públicas e quejandas, e muito ainda há por se caminhar. Na palavras de Henriques Gaspar, em leitura da jurisprudência do TEDH, “o TEDH enunciou o seguinte princípio: os limites da crítica admissível são mais amplos em relação a personalidades públicas visadas nessa qualidade, do que em relação a um simples particular" (Gaspar, 2009, p.698).

Nesse sentido, nas linhas que seguem, passa-se a análise da relação entre liberdade de expressão e o direito à privacidade das "personalidades públicas" ou "figuras públicas".

2.7.1. O direito à liberdade de expressão frente aos direitos da personalidade em relação a "figuras públicas" em Portugal.

O direito à privacidade é tratado no artigo 26º[[28]](#footnote-28) da Constituição da República Portuguesa em um feixe de direitos da personalidade, a saber, os direitos "à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação." A liberdade de expressão, por sua vez, está prevista no artigo 37º[[29]](#footnote-29) da Constituição Portuguesa e garante a todos "o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações." Sendo que "o exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura."

O mesmo dispositivo constitucional enuncia ainda que "as infrações cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei." Demais disso, dispõe que "a todas as pessoas, singulares ou coletivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de retificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos."

Contudo, a Constituição Portuguesa, em seu artigo 18, números 1 e 2, após afirmar que os direitos fundamentais “aplicam-se e vinculam entidades pública e privadas, dispõem que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, e que "as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

Aqui, a propósito do tema mais especificamente relacionado às tensões entre o direito à liberdade de imprensa e o direito à privacidade, cumpre relembrar o caso *Axel Springer AG v. Alemanha*, de 2012, em que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos estabeleceu os critérios para equilibrar a aplicação dos direitos à liberdade de expressão e do direito à privacidade, que, a saber, são: a) Contribuição da informação para um debate de interesse geral; b) Qual é o grau de reconhecimento público ou notoriedade da pessoa em questão e qual é o assunto contido na publicação; c) Conduta anterior da pessoa em causa; d) Modo de obtenção da informação, veracidade, boa-fé e ética jornalística; e) Conteúdo, forma e consequências da publicação; f) Natureza e gravidade da sanção imposta.

Assim, ao examinarmos as decisões proferidas sobre tais temas, nota-se uma evolução no entendimento quanto à posição preferente de um ou outro direito fundamental no caso concreto. Desta feita, elegemos alguns casos, dentre os mais representativos de conflitos aparentes entre o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade.

Em fevereiro de 2005 o STJ português julgou caso em que um veículo de comunicação publicou notícia dando conta de que uma atriz "ficou ameaçada de ficar sem emprego em uma novela de que era protagonista" e assim argumentou que "mesmos sendo figura pública - conhecida actriz e apresentadora de televisão - tem o direito de não ser vilipendiada, amesquinhada, apoucada, aos olhos da sociedade, de não ser atingida".[[30]](#footnote-30)

Neste caso, não houve sequer a necessidade de balanceamento e experimentação, via princípio da proporcionalidade em sentido estrito, posto que a informação sabidamente falsa, por quem promoveu sua divulgação, sequer poderia ser enquadrado na moldura de tutela do direito à liberdade de expressão para que desse modo fosse contrastada com o direito à informação, após proceder-se avaliação acerca da relevância e interesse publico na notícia.

A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, a exemplo do Tribunal Constitucional espanhol, para além de rejeitar a notícia que veicula fatos sabidamente falsos, veda ao emitente "a divulgação imponderada de factos ou a divulgação de factos que não pode razoavelmente comprovar (sob pena de se favorecerem atropelos a uma informação séria)". [[31]](#footnote-31) Contudo, este Tribunal vê razoabilidade em tal divulgação "quando são tomadas as providências razoáveis na análise do conteúdo e das fontes dos fatos e não extrapole com comentários abusivos."[[32]](#footnote-32)

O STJ de Portugal também assentou que quando uma "figura pública" envolver-se situações de acentuado relevo social –, a tutela da honra tem de tomar em consideração o seu comportamento, dado que, por sua opção profissional está sujeita a um maior interesse por parte dos meios de comunicação, somente devendo merecer censura somente as práticas que claramente constituem ofensa à sua dignidade.[[33]](#footnote-33)

Em outro caso envolvendo uma "figura pública", desta vez do mundo futebolístico o mesmo Tribunal de cúpula de Portugal entendeu haver abuso de liberdade de imprensa com violação ao "núcleo duro do direito de reserva da intimidade da vida privada", por haver divulgado fotografias com comentários de uma residência familiar em fase de construção, imagens estas que capturou por ocasião de uma visita. Neste caso o Tribunal considerou que as fotografias e comentários diziam respeito a uma situação que em nada se relacionava a atividade desempenhada pela figura pública lesionada.[[34]](#footnote-34)

A condenação do veículo de imprensa, no caso referido, à luz do princípio da proporcionalidade e dos critérios fixados pelo TEDH em tais casos, o STJ atuou com desproporcionalidade em vista de que, embora a divulgação das imagens da casa em construção "não contribua para o debate geral", por outro lado, representou intervenção apenas "leve" no direito à reserva da intimidade da vida privada, tanto mais quando as fotografias só mostraram a frente da casa e ainda estava desabitada, de forma que não houve qualquer intromissão na rotina pessoal e familiar da figura pública. Contudo, em sentido inverso, a condenação a indenização pelo STJ, isto sim, representou grave e, portanto, desproporcional intervenção no direito à liberdade de expressão do veículo de comunicação.

Mais recentemente (abril de 2014) o STJ português pontuou que quando em colisão direitos da personalidade e o direito à liberdade de imprensa, os primeiros devem experimentar uma interpretação restritiva quando as alegadas ofensas são dirigidas a políticos ou outras figuras públicas, havendo que admitir-se "o tom mais elevado e intenso das críticas de que são objecto pela imprensa, desde que não se trate de ofensa gratuita, desproporcionada ou desvirtue o interesse geral subjacente à informação." Contudo, neste feito, constatou-se que a imputação ilícita veiculada era falsa, e assim teve por correta a fixação de compensação sancionatória e reparatória em certo valor em dinheiro.[[35]](#footnote-35) Assim cabe concluir-se que em sendo a notícia falsa, não recebe a tutela do direito à liberdade da expressão, e, tendo o veículo de comunicação realizado grave intervenção no direito ao bom nome do lesado, há proporcionalidade e, portanto, justificação na intervenção estatal que aplicou compensação pecuniária.

2.8. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos e os critérios para limitação ou restrição à liberdade de expressão frente a outros direitos da personalidade.

Esclarecendo as posições do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no que toca a liberdade de expressão e direitos da personalidade, Francisco Pereira Coutinho registra que “devem ser objeto de interpretação restritiva se a pessoa visada por um artigo crítico pretensamente difamatório tiver entrado na arena do debate político”. Em casos assim, explica o referido autor, atribui-se preferência ao direito à liberdade de expressão em relação ao bom nome e reputação, "rejeitando adoptar a técnica jurídica da “concordância prática”, que exigiria uma aplicação compromissória de direitos fundamentais valorativamente equivalentes, de acordo com o princípio da proporcionalidade” (Coutinho, 2014, p.346).

Se o Estado fez uso de tais exceções para afirmar outro direito (como, por exemplo, o direito à privacidade) e limitar o exercício da liberdade de expressão, explana Coutinho, se for o caso, a restrição à liberdade de imprensa deve submeter-se ao teste da sua “necessidade numa sociedade democrática”, caso em que verifica: (i) se a medida corresponde a uma “necessidade social imperiosa”, (ii) se é proporcional – i. e. se a necessidade poderia ser provida por meios menos restritivos e se a medida é adequada à finalidade prosseguida – e (iii) se os fundamentos invocados pelas autoridades nacionais para justificar a medida são “relevantes e suficientes” (Coutinho, 2014, p.346).

Tais critérios ou testes foram estabelecidos pelo TEDH no caso *Sunday Times versus Reino Unido*, em 1979.

Entre 1958 e 1961 o laboratório chamado *Distillers Company* industrializou e comercializou, sob licença no Reino Unido, medicamentos contendo uma substância conhecida como talidomida, sendo prescritos como sedativos para, principalmente, para gestantes. Quando em 1961 um grande número de mulheres que haviam tomado as drogas durante a gravidez deram à luz a bebês que sofriam de deformidades severas, a referida indústria de medicamentos retirou do mercado britânico todas as drogas contendo talidomida. Disso, os pais das crianças que sofreram malefícios pela ação do medicamento ajuizaram centenas de ações perante o poder judiciário do Reino Unido. Matérias sobre as crianças deformadas foram publicadas regularmente no *The Sunday Times* de 1967 a 1968, caso em que este jornal também criticava os acordos celebrados neste ano entre pais e a referida indústria farmacêutica. Em setembro de 1972, o jornal *The Sunday Times* publicou um artigo intitulado "Nossas Crianças Talidomidas: Causa de Vergonha Nacional", publicação em que criticou os acordos então celebrados entre as partes descrevendo-os como "grotescamente desproporcionais em relação aos danos sofridos", mencionando vários aspectos da lei britânica sobre a recuperação e avaliação de danos causados pelo medicamento talidomida e do atraso na recomposição dos danos.

Examinando julgado das instâncias inferiores (a injunção concedida pela *High Court*), a Câmara dos Lordes decidiu que o jornal *Sunday Times* não poderia qualquer artigo ou matéria que cuide de questões relacionadas à negligência, quebra de contrato ou quebra de dever, ou trate de provas relacionadas a quaisquer questões surgidas em ações pendentes ou iminentes contra a indústria farmacêutica *Distillers Company (Biochemicals) Limited*, em relação ao desenvolvimento, distribuição ou uso da droga 'talidomida'".

Apreciando o referido caso, o TEDH, por oito votos contra cinco, decidiu que a restrição imposta ao direito à liberdade de expressão dos recorrentes violava o artigo 10º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.[[36]](#footnote-36)

Dessarte, examinado a interpretação e aplicação desta disposição legislativa, o TEDH entendeu que o exercício das liberdades, uma vez que implica deveres e responsabilidades, está sujeito à formalidades, condições, restrições ou sanções previstas na lei e necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da integridade territorial ou da segurança pública, da prevenção da desordem ou da criminalidade, da proteção da saúde ou da moral, da proteção da reputação ou dos direitos de terceiros, da prevenção da divulgação de informações recebidas a título confidencial ou da manutenção da autoridade e imparcialidade do poder judicial.

Ante tal conclusão, o TEDH examinou a interferência no presente caso foi prescrita por lei, se tinha um objetivo ou objetivos que são ou são legítimos nos termos do Artigo 10, 2 e se era "necessária em uma sociedade democrática" para o objetivo ou objetivos acima mencionados.

O TEDH sublinhou que a responsabilidade preliminar pela garantia dos direitos e liberdades consagrados na Convenção incumbe a cada um dos Estados Contratantes, caso em que "o artigo 10 (2) deixa aos Estados Contratantes uma margem de apreciação. Esta margem é dada tanto ao legislador interno, como aos órgãos judiciais, entre outros que são chamados a interpretar e aplicar as leis em vigor", mas que tal dispositivo “não confere aos Estados Contratantes um poder de apreciação ilimitado", caso em que o TEDH “tem competência para decidir definitivamente se uma 'restrição' é compatível com a liberdade de expressão protegida pelo artigo 10.”, sendo que a margem de apreciação interna é por isso acompanhada de um "controle europeu" que "abrange não só a legislação de base, mas também a decisão de aplicação, mesmo a proferida por um tribunal independente", mas que "não lhe compete de modo algum substituir-se aos tribunais nacionais competentes, mas sim fiscalizar, nos termos do artigo 10º (artigo 10º), as decisões proferidas no exercício do seu poder de apreciação". Por conseguinte, consoante já esclareceu o TEDH, o mecanismo de salvaguarda estabelecido pela Convenção é subsidiário dos sistemas nacionais de garantia dos direitos humanos, vez que a dita Convenção atribui a cada um dos Estados contratantes a tarefa principal de assegurar o gozo dos direitos e liberdades nela consagrados, sendo que a instituições criadas pela CEDH, nesse sentido, também oferecem relevante contribuição, mas só se pode ter acesso a estas após esgotados os recursos internos (artigo 26 da CEDH).

Dito isso, o TEDH passou a expor e examinar os critérios manejáveis pelos países que compõem a União Europeia no que toca as intervenções ou restrições no direito à liberdade de expressão.

Entende o TEDH que o critério "moralidade" não pode ter sentido uniforme nos Estados europeus vinculados à CEDH, dado que o seu conceito varia no tempo e no espaço, com rápida mudança de opiniões, graças ao seu contato direto com as forças de cada país, caso em que as autoridades nacionais estão em melhor posição do que um juízo internacional sobre o conteúdo desse requisito, conforme se extrai do caso *Handyside v United Kingdom*, sendo, contudo, reconhecer em tal atribuição "um poder discricionário ilimitado." Disso tem-se que a margem de atuação dos órgãos nacionais é mais abrangente quanto ao conceito e alcance do termo “moralidade” do que os termos "necessidade social premente", "proporcional ao objetivo legítimo prosseguido", "pertinentes e suficientes nos termos do n.º 2 do artigo 10º (artigo 10º-2º)".

A aferição da existência “razões suficientes” que tornem necessárias a intervenção no direito à liberdade de expressão também foram examinadas no caso (*Sunday Times v United Kingdom*) quando se perquiriu a respeito da existência de interesse do público. O TEDH, em sua análise, destacou ser de sua atribuição não só a avaliação da legislação nacional de base como também a decisão judicial que a aplicou, concluindo que a Câmara dos Lordes do Reino Unido, no caso acima referido, tomou como absoluta a regra de que não seria permitido casos pendentes de resolução.

O TEDH, em tal julgamento, não se viu confrontado diante de uma escolha entre dois princípios opostos, mas em conferir prevalência ao direito à liberdade de expressão, que está sujeito a uma série de exceções quanto à sua aplicabilidade, mas que devem ser interpretadas de forma restritiva, e este Organismo tem de certificar-se de que a interferência foi necessária, tendo em conta os fatos e circunstâncias presentes no caso concreto que lhe foi submetido. Destarte, no caso *Sunday Times v United Kingdom*, ora em exame, o Tribunal de Estrasburgo – sem perder de vista que, conforme já assentou a própria jurisprudência do TEDH, o artigo 10º, da CEDH, garante não só a liberdade de imprensa, de informar o público, mas também o direito do público a ser devidamente informado –, concluindo que o desastre da talidomida foi um assunto de indiscutível preocupação pública na medida em que colocou em questão a responsabilidade legal ou moral de uma poderosa empresa fabricante de medicamentos diante de centenas de indivíduos que vivenciaram uma terrível tragédia pessoal e se as vítimas poderiam exigir indenização, tendo, pois, as famílias especial interesse em receber informações e todos os fatos subjacentes e as soluções possíveis.

Por tais ponderações, o TEDH concluiu que a interferência postada à sua apreciação não correspondia a uma necessidade social suficientemente premente para prevalecer sobre o interesse público na liberdade de expressão, nos termos dispostos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, por não ser proporcional ao objetivo legítimo perseguido e, portanto, não era necessária numa sociedade democrática, mesmo para manter a autoridade do poder judiciário.

2.8.1.Outros critérios estabelecidos pelo TEDH para restrição ou limitação à liberdade de expressão.

Cumpre ainda registrar-se mais alguns importantes critérios estabelecidos pelo TEDH quanto a aplicação das possibilidades de restrição à liberdade expressão, extraídos do artigo 10, 2, da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Primeiro, anote-se que, segundo este Tribunal, tais possibilidades de se estabelecer limites ao direito à liberdade expressão devem ser interpretados restritivamente e analisadas casuisticamente de acordo com o conteúdo da peça jornalística, caso em que, sob este intuito, diferencia notícia (fato) de opiniões (juízos de valor). Assim, por exemplo, o TEDH entende que “a existência de fatos pode ser demonstrada, ao passo que a verdade dos juízos de valor não é susceptível de prova.”[[37]](#footnote-37)

Embora se exija que a distinção entre notícia e opinião deve, em todo o caso, ficar bem clara aos olhos do público, não há incorreção no perfilhamento de uma “opinião minoritária, embora possa parecer desprovida de mérito, uma vez que, num domínio em que é pouco provável que exista qualquer certeza, seria particularmente irrazoável restringir a liberdade de expressão apenas às ideias majoritariamente aceitas.[[38]](#footnote-38)De mais a mais, entende o TEDH que a qualificação de uma declaração como um fato ou como um juízo de valor é uma questão que, em primeiro lugar, se enquadra na margem de discricionariedade das autoridades nacionais, especialmente dos tribunais nacionais.[[39]](#footnote-39)

O TEDH tem ainda afirmado, por sua jurisprudência, que a veracidade dos juízos de valor não são suscetíveis de prova. Assim porque a exigência de provar-se um juízo de valor é impossível de se fazer cumprir, e tal obrigação acaba por violar o próprio direito à liberdade de opinião. Por outro lado, mesmo quando uma declaração seja equivalente a emissão de um juízo de valor, a proporcionalidade da interferência poderá prender-se à existência de uma base factual suficiente em apoio da declaração impugnada, uma vez que mesmo um juízo de valor sem qualquer base factual que o sustente pode ser excessivo.[[40]](#footnote-40) Em tais casos, se a declaração se baseia em fatos, a declaração não pode basear-se em fatos falsos, posto que “não gozam da proteção do artigo 10º (*mutatis mutandis*, Giniewski, § 52, supra, e MedžlisIslamske Zajednice Brčko e outros v. Bósnia e Herzegovina [GS], No 17224/11, § 117, CEDH 2017).”

A questão posta, em tais casos, não consiste em saber se a declaração se baseia em fatos, mas se é de um tipo que necessariamente reclame sustentação fática.

Em caso muito recentemente julgado pelo TEDH, este Tribunal confirmou a necessidade de intervenção na liberdade de expressão, assim percebida por tribunais nacionais, de uma pessoa que fez declarações de que o profeta Maomé tinha a pedofilia como preferência sexual, porquanto tais afirmações não poderiam ser qualificadas como simples juízos de valor pois constituem, na verdade, declarações de uma categoria que demanda imperativamente estar ancorada em base fática. Desse modo, o TEDH considerou que tal conduta não está protegida pelo artigo 10º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Demais disso, o TEDH entendeu que as declarações não foram lançadas de forma neutra com o propósito de contribuir objetivamente para um debate público sobre casamentos infantis (caso *Aydın Tatlav e Giniewski*, citados acima), mas tratava-se sim de uma generalização sem base factual.

No tocante a liberdade de expressão dos jornalistas para publicarem fatos, o TEDH tem entendido que a proteção do direito de jornalistas para transmitir informações sobre questões de interesse geral exige que estes ajam de boa fé e com uma base factual exata, fornecendo informação "fiável e precisa", de acordo com a ética da jornalismo, porquanto nos termos do artigo 10º, nº 2 da CEDH, a liberdade de expressão traz consigo "deveres e responsabilidades", que também se aplicam aos meios de comunicação social, mesmo no que diz respeito a questões de interesse público relevante.[[41]](#footnote-41)

2.9. O direito à liberdade de expressão na Alemanha.

A jurisprudência constitucional da Alemanha, assim como a doutrina, nos anos que se seguiram ao fim da Segunda Guerra Mundial, mormente a que se relaciona aos direitos fundamentais, exerceram e continuam a exercer, forte influência em relação aos países da Europa e vários outros países situados fora deste continente. O próprio catálogo de direitos fundamentais da Lei Fundamental Alemã (a *Grundgesetz*, comumente abreviada por *GG*) inspirou as constituições posteriores de outros países com regimes democráticos liberais, via de regra, após períodos de regimes políticos autoritários ou com grandes déficits democráticos.

A Lei Fundamental Alemã, logo seu artigo 5º, dispõe que (1) toda a pessoa tem o direito de expressar e divulgar livremente a sua opinião oralmente, por escrito e por meio de imagens, e de ser informada sem entraves por fontes acessíveis a todos. A liberdade de imprensa e a liberdade de informação por rádio, televisão e cinematografia são garantidas. A censura é proibida.

Contudo, também estabelece a possibilidade de restrição à liberdade de opinião (*Meinungsfreiheit*), que não tem acepção significativamente diferente do que se entende por liberdade expressão, dispondo que (2) tais direitos têm seus limites nas disposições das leis gerais, nas disposições legais adotadas para a proteção da juventude e no direito à honra pessoal. (3) a arte e a ciência, a investigação e a educação científica são gratuitas. A liberdade de educação não isenta a lealdade à Constituição.

Trata-se de um direito amplo de declarar fatos e opiniões, de informar e ser informado e garantia da pluralidade de ideias e pontos de vista, seja majoritário ou minoritário que tem por principal desiderato funcionar como sustentáculo do próprio regime democrático.

A restrição ou limitação à liberdade de opinião, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht, ou BVerfG*), órgão que tem contribuído decisivamente para a interpretação, aplicação e desenvolvimento da Lei Fundamental alemã, a aplicação de hipóteses de intervenção em direitos fundamentais somente é admissível mediante lei (*Strafgefangene Urteil, BVerfGE* 33, 1, 15.).

A fim de conferir o maior alcance protetivo possível ao direito à liberdade de expressão, a jurisprudência do BVerfG vem assentando que, são dignas de proteção as opiniões corretas, os juízos de valor racionais ou emocionais. Todavia, os fatos comprovadamente falsos não recebem tal proteção.

Nessa busca por maior alcance protetivo à liberdade de expressão, o BVerfGE fixou que até mesmo as pessoas que cumprem pena são destinatários dos direitos contidos na Lei Fundamental (*Grundgesetz*), sendo que tal tutela somente pode ser restringida por lei.

Da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha extrai-se ainda interessante julgado em que admite a intervenção ou limitação do direito à privacidade quando isso for indispensável à finalidades relacionadas ao funcionamento do sistema penal e interesses da sociedade.

Assim, as comunicações externas (por exemplo, cartas remetidas ou recebidas por pessoas reclusas em estabelecimento penal) podem ser interceptadas e devassadas a propósito de prevenir ou impedir fuga de presidiários. Contudo, uma carta não pode ser interceptada e devassada em razão de seu conteúdo, ainda que se trate de opinião ofensiva, pois nesse caso estar-se-ia violando o direito fundamental do custodiado à liberdade de expressão.[[42]](#footnote-42)

Do mesmo julgado do BVerfGE, recolhe-se ainda que nas "opiniões", na acepção do artigo 5º, 1, da Lei Fundamental, incluem juízos de valor, ou seja, considerações de julgamento sobre fatos, comportamentos ou circunstâncias. Tal juízo de valor é necessariamente subjetivo, não importando se é "certo" ou "errado", emocional ou racional.[[43]](#footnote-43)

No caso em comento, o BVerfGE entendeu que passagens da carta de uma pessoa que cumpria pena refletiam sua opinião sobre várias pessoas das esferas institucional e judicial e, por conter juízos de valor, constituem expressões de opinião alcançados pela proteção contida no artigo 5º, 1, da Lei Fundamental.[[44]](#footnote-44)

Nessa mesma assentada, o BVerfGE fixou que às expressões de opinião não se pode ser negar a proteção do artigo 5º, 1, da Lei Fundamental ao fundamento de que este direito fundamental apenas protege as opiniões "valiosas", ou seja, as opiniões que possuem uma certa qualidade ética, posto que tal restrição não se encontra no artigo 5º,1 da Lei Fundamental, conquanto o caráter abrangente desse direito assegura todas as opiniões sendo que, uma diferenciação de acordo com a qualidade moral das opiniões relativizaria essa proteção, além do fato de que a demarcação entre opiniões "valiosas" e "sem valor" seria difícil, até mesmo impossível, em uma estrutura estatal pluralisticamente estruturada baseada no conceito de uma democracia liberal, todas as opiniões, mesmo aquelas que se desviam das ideias dominantes, merecem proteção.

2.9.1. A liberdade de expressão e os juízos de valor depreciativos.

Assim, o Tribunal Constitucional da Alemanha, ainda no caso que em linhas anteriores se postou ao debate, concluiu que mesmo “os juízos de valor depreciativos sobre pessoas, acontecimentos ou circunstâncias são abrangidos pelo artigo 5.1, da Lei Fundamental, exceto quando se subsumam às limitações do artigo 5,2 da Lei Fundamental."

Em um recurso de amparo (ou queixa constitucional)[[45]](#footnote-45) um advogado alegou violação ao seu direito à liberdade expressão por haver escrito em forma de comentários em um site que o dono deste espaço virtual era um “radical de direita”.[[46]](#footnote-46)

Os fatos em causa foram antes debatidos em duas instâncias antes de serem debatidos pelo Tribunal Constitucional e no Tribunal Constitucional (BverfGE) entendeu-se que as decisões proferidas pelas instâncias anteriores “não estão constitucionalmente prescritas”. Com efeito, o Tribunal Constitucional entendeu que em tal caso o demandante não havia sido afetado nem em sua esfera íntima, nem em sua esfera privada, mas no máximo em sua esfera social. Registrou assim o BverfGE que a liberdade de expressão do requerente por via de recurso de amparo, é fundamentalmente afetada porque lhe foi proibido de manifestar opinião em um foro de debates, e que, sob o manto da liberdade de expressão, alguém só pode ser obrigado a se abster de emitir sua opinião deve restringir-se aos casos em que for absolutamente necessário para a proteção de interesses legalmente previstos.[[47]](#footnote-47) O BverfGE, por fundamentação adicional, afastou a alegação de violação ao direito à privacidade, vez que o autor da acusação, “apresentou publicamente seus pontos de vista, e, desse modo, previsível que houvesse uma forte reação e com isso reduz-se também a proteção a sua reputação”[[48]](#footnote-48)

2.9.2. A liberdade de expressão e a incitação aos crimes de ódio na visão do Tribunal Europeu de Direitos do Homem - TEDH.

O artigo 17 da Convenção Europeia de Direitos Humanos proíbe o abuso de direito ao dispor que suas disposições não podem interpretadas no sentido de conceder-se a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a atividade ou praticar atos com vistas à destruição de direitos ou liberdades reconhecidos em tal naquele catálogo de direitos comunitário ou no sentido de se levar a cabo maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas em tal Convenção.

Com base em tal dispositivo da Convenção Europeia de Direitos Humanos, em relação aos crimes decorrentes dos chamados discursos de ódio, o TEDH tem, recorrentemente, utilizado juízos de ponderação pela via da proporcionalidade.

No caso *Perinçek v. Suiça[[49]](#footnote-49)* um queixoso foi condenado por negar o genocídio do povo armênio por parte do Império Otomano por haver afirmado, em uma conferência de imprensa e em uma conferência internacional, tratar-se de uma “mentira internacional”. Neste feito, o TEDH que, “do ponto de vista da aplicação do artigo 17, da CEDH, tais declarações não são suscetíveis de incitar o ódio ou à violência”. E mais, que a condenação do requerente não se baseia numa "necessidade social imperiosa" ou que, numa sociedade democrática, é necessário proteger a honra e os sentimentos dos descendentes das vítimas de atrocidades que datam de 1915 e dos anos seguintes. Desse modo, concluiu o Tribunal que “os tribunais nacionais excederam a estreita margem de discricionariedade de que dispunham no caso em apreço, o que faz parte de um debate que é certamente do interesse público.”

No caso *Gündüz v.Turquia,* de novembro de 2003, um líder islâmico declarou que a democracia e secularismo eram sistemas que atentam contra as leis do Islã, sendo ainda despótica, cruel e hipócrita, e assim deveria ser destruídos e, sem eu lugar deveria ser estabelecido um regime baseado na *Sharia.* Neste caso, após salientar que a tolerância e o respeito a dignidade constituem a base de uma sociedade democrática e pluralista, haveria necessidade de sancionar-se ou impedir as manifestações de expressão que propaguem, incitem, promovam ou justificam o ódio baseado na intolerância. Contudo, será indispensável a observância de que sejam proporcionais ao objetivo legítimo perseguido. Assim, entendeu que as referidas declarações, em seu contexto, não poderiam ser entendidas como um apelo à violência ou como parte de um discurso de ódio baseado na intolerância religiosa.[[50]](#footnote-50)

Destarte, a respeito dessas tentativas de falseamento da história, Javier Tajadura assinalou que " 'a chamado negação' é, em si e pelo menos um claro desprezo pela vítima do Holocausto. Nesta frase, a dignidade e os direitos das vítimas de genocídio são sacrificados (sem julgamento de ponderação) no altar da liberdade de expressão” (Tajadura Tejada, 2007, pp.233-255).

Juan Bilbao Ubillos anotou que o “negacionismo” é o “discurso que consiste em questionar ou negar a realidade do genocídio cometido pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial, com o objetivo declarado de apagar memória coletiva, a impressão dessa infâmia. E inclui negação ou questionamento ou questionamento puro e simples, tanto da realidade do genocídio quanto de sua amplitude ou das modalidades de execução” (Bilbao Ubillos, 2009, pp.19-59).

Essa cautela do TEDH por parte das cortes constitucionais europeias em preservar o direito à liberdade de expressão, mesmo nas declarações mais extremadas, principalmente em relação a “genocídios”, tem sido mal compreendida por alguns autores, cujos exemplos mais eloquentes foram logo acima referidos.

2.10. As modalidades do direito à liberdade expressão, suas repercussões e limites.

Em vista de que a maioria das constituições e a jurisprudência decorrente de sua aplicação não distinguem a liberdade de expressão das liberdades de opinião, de pensamento, de informar e de ser informado, opta-se aqui pela visão mais tradicional da doutrina e jurisprudência, que tomam a terminologia “liberdade de expressão” por gênero e demais liberdades que lhes são afins, distinguindo-as somente quanto ao seu nível e requisitos de proteção.

No entanto, cumpre advertir-se que a jurisprudência dos tribunais europeus e mesmo dos Estados Unidos, quanto as repercussões jurídicas, distinguem manifestações de opiniões e manifestações sobre fatos.

As opiniões, segundo tem entendido a jurisprudência, não reclamam provas de sua veracidade ou tampouco que seja certa ou errada, racional ou emocional, valiosa ou inútil.[[51]](#footnote-51) Quanto, aos fatos, impõe-se um dever de diligência sobre o informante e sobre os fatos que se pretende divulgar.[[52]](#footnote-52)

Assim, por exemplo, o Tribunal Constitucional Espanhol, em julgado produzido há trinta anos (STC 171-1990, f. 9) distinguiu e definiu as repercussões da liberdade de informação e da liberdade de expressão assinalando que a liberdade de informação diz respeito a fatos, que podem e devem ser submetidas ao contraste de sua veracidade, enquanto a liberdade de expressão se destina a pensamentos, ideias, opiniões subjetivas ou julgamentos de valor, que não se prestam a uma demonstração de sua exatidão e, por isso mesmo, a dotam de um conteúdo legitimador mais amplo.

Também o Tribunal Constitucional Federal alemão faz essa distinção anotando em vários dos seus julgados que “além de opiniões, o escopo do art. 5º (1) primeira parte da GG também inclui declarações factuais porque são ou podem ser os pré-requisitos para a formação de opiniões (cf. BVerfGE 61, 1 ‘8’ 90, 241 ‘247’), sendo que alegações desse tipo “deliberadamente falsas ou tais declarações que se provaram falsas estão excluídas do escopo desta proteção por isso que não contribuem para o processo de formação de opinião garantido constitucionalmente (cf. BVerfGE 54, 208 ‘219’; 61, 1 ‘8’; 90, 241 ‘247’).”

Na mesma linha, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem entendido que “a existência de fatos pode ser demonstrada, ao passo que a verdade dos juízos de valor não é susceptível de prova”[[53]](#footnote-53). Embora que se exija que “a distinção entre notícia e opinião deve, em todo o caso, ficar bem clara aos olhos do público”.[[54]](#footnote-54)

2.10.1. Liberdade de Expressão. Considerações sobre seus limites.

A liberdade de expressão, em sua acepção ampla, abrange várias espécies de direitos que compõem o gênero liberdades da comunicação, a saber, a liberdade de expressão em sentido estrito, a liberdade de informação, a liberdade de a imprensa, os direitos dos jornalistas, a liberdade de radiodifusão, o direito de resposta, os direitos de antena, de resposta e de réplica política, a liberdade de criação cultural e a liberdade de aprender e ensinar. "Compreendida de cão cultural e a liberdade de aprender e ensinar. Compreendida de forma ampla, a liberdade de expressão deve ser concebida enquanto direito mãe ou *cluster right* das liberdades da comunicação” (Andrade, 1996, p.27).

Andrés Ollero Tassara assinalou que "ser tratado como igual é ter a oportunidade de poder exercer o próprio âmbito de liberdade tão real e efetivo como qualquer outro"(Tassara Ollero, 2000, pp.157-166).

Disso segue-se que, admitindo-se como verdadeira a premissa de que as esferas protetivas de cada direito não os tornam impenetráveis e ilimitados, também será possível perceber-se que não há hierarquia entre direitos fundamentais e muito menos sobreposição entre seus titulares. Se as circunstâncias fáticas ou a condição jurídica pessoal, por exemplo, distinguem e permitem que uma "figura pública" possa ter sua privacidade menos protegida, isso nada mais vem a significar senão que houve uma efetiva e substancial aplicação do princípio da igualdade. Nesse sentido, partindo-se de uma ideia de justiça, ou melhor, de respeito à proporcionalidade, explicita ou implicitamente prevista em todos os ordenamentos jurídico-constitucionais democráticos, o princípio da igualdade deverá tratar de forma distinta "protagonistas públicos", quando participam de eventos "com relevância pública ou "interesse público" e o particular socialmente comum.

Os direitos fundamentais, principalmente aqueles com compleição e substância principiológicas, ainda que positivados, não nascem prontos e acabados, com precisa indicação de onde começam e onde terminam (Tassara Ollero, 2000, pp.157-166), assim como não estão previamente definidos seus pontos de partida, de chegada, fim e propósito. A sua aplicação é, antes de tudo, um ajustamento de sua convivência em conformidade conforme as regras postas nas próprias constituições ou em razão das circunstâncias e particularidades de sua relação com outros direitos.

Assim, por exemplo, a Lei Fundamental alemã, ao dispor em seu artigo 5º que "todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral" já assevera que "estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal."

A Constituição da Espanha, por seu turno, em seu artigo 20, reconhece e protege os direitos "a expressar e difundir livremente os pensamentos, ideias e opiniões mediante a palavra, por escrito ou qualquer outro meio de reprodução." Contudo, sem dizer o seu exato alcance ou até onde pode ser exercitável, a própria Constituição espanhola, no mesmo dispositivo, já assinala que as referidas liberdades "estão limitadas pelo respeito aos direitos reconhecidos neste Título, nos preceitos das leis que os desenvolvem e, especialmente, no direito à honra, à intimidade, à própria imagem e à proteção da juventude e da infância."

A Constituição da República Portuguesa, em seu art. 37, assegura a todos "o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações", e que "o exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura." Todavia, nas disposições que se seguem, já antecipa que o seu exercício pode ser limitado por aquilo que o legislador ordinário, com base nos valores aceitos pela sociedade portuguesa, entenda como delimitação necessária ao exercício de tais direitos.

Desse modo, a Carta Constitucional portuguesa estabelece que os ilícitos perpetrados no exercício de tais direitos ficam submetidos ao direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, nos termos da lei. E mais garante às pessoas tem-se por assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de retificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos.

Por último, a Constituição brasileira, em seu artigo 5º, estabelece ser " livre a manifestação do pensamento", vedando "o anonimato", e assegurando ser "livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença".

Tal qual o faz a Constituição portuguesa, a Constituição brasileira apõe o ilícito como limite a tais liberdades, ao assegurar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, mas estabelecendo direito à "indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação", caso em que há que se inferir tais violações decorrerão do exercício de liberdades insertas na definição de direito à liberdade de expressão.

A Constituição do Brasil ainda cuida da liberdade de expressão em seu art. 220, dispondo, pois, 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" e ainda que "nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social", exceto aquilo o próprio texto constitucional admita.

Após proibir toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística, a Constituição brasileira, nas disposições que se seguem autoriza o legislador federal a regular as diversões e espetáculos públicos, "cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;" e ainda, estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade "de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão [ no casos admitidos pela própria Constituição], bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente."

2.10.2. Liberdade de expressão na Espanha: limites internos e externos.

A doutrina espanhola distingue entre limites internos e externos dos direitos fundamentais, sendo que dentre os vários autores que perfilham essa classificação, tome-se, como exemplo, o magistério de Muñoz Lorente, para quem os limites internos são aqueles que definem o escopo ou o conteúdo do exercício legítimo de um certo direito ou liberdade”, ao passo que os limites externos devem ser entendidos como aqueles “bens ou interesses - individuais ou coletivos - que podem entrar em conflito com o direito fundamental e que se faz notar quando exercido ”(Munõz Lorente, 1998, pp.31-127).

Nesse caso, Munõz Lorente explicita que somente poderá se lançar mão dos limites externos: a) se houver autorização constitucional para tanto; b) o limite deve necessariamente estar previsto em lei; c) a imposição de um limite só se justifica se esse ocorrer em favor de outro direito fundamental; d) Em qualquer caso deve se respeitar o conteúdo essencial do direito que vier a sofrer a limitação.

Já os limites internos, conforme extrai-se da jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, e no mesmo sentido também os identificam a doutrina, quando leem a vontade da Constituição espanhola (art. 20), podem ser sintetizados em "relevância ou interesse público da informação" e a "veracidade da informação”.

A relevância ou interesse público da informação, conforme dicção do próprio STC registra, é o critério a ser usado para verificação da relevância pública das informações e varia, dependendo da condição pública ou privada da pessoa envolvida no evento, ou do objeto da informação ou do grau de projeção pública que ofereceu para sua própria pessoa, já que personagens públicos ou dedicados atividades que buscam notoriedade pública aceitam voluntariamente o risco de que seus direitos subjetivos de personalidade sejam afetados por críticas, opiniões divulgações adversas e, portanto, o direito à informação atinge, em relação a tais pessoas o seu nível máximo de eficácia legitimadora, na medida em que sua vida e conduta moral participa do interesse geral com uma intensidade maior do que a das pessoas privadas. [[55]](#footnote-55)

Quanto à exigência de que a informação seja verdadeira, Luis Gutiérrez Goñi adverte que embora decorra da própria Constituição espanhola "genuíno direito" ao recebimento de informações verdadeiras, sua aplicação apresenta dificuldades (Gutiérrezi Goñi, 2003, p.201).[[56]](#footnote-56)

Diante disso, o Tribunal Constitucional espanhol conferiu interpretação mais flexível à expressão "informação veraz".

Diz assim o Tribunal Constitucional espanhol que “quando a Constituição exige que as informações sejam "verdadeiras" não deixa de proteger as informações que podem ao cabo restar erradas - ou simplesmente não provadas." [[57]](#footnote-57) O que estabelece a Constituição da Espanha, ao entendimento do TC espanhol, é um dever de diligência sobre o informante e sobre os fatos que se pretende divulgar, não alcançando garantia constitucional a quem, fraudando o direito de todos e as informações, age com desprezo pela veracidade ou falsidade da comunicação, dado que o sistema não empresta sua tutela a tal conduta negligente, inclusive àquele comunicar como fatos simples rumores ou, pior, meras invenções ou insidiosas, mas abrange, no conjunto, as informações obtidas diretamente e difusa, mesmo quando sua precisão total é controversa.

2.10.3. Posição preferente do direito à liberdade de expressão em relação ao direito à privacidade na Espanha.

O Tribunal Constitucional[[58]](#footnote-58) espanhol fixou as possibilidades de limitações ao direito à privacidade (intimidade neste caso) nos casos de: a) limites ou limitações contemplados pela Constituição; b) limites ou limitações derivadas do texto constitucional resultantes da necessidade de se preservar outros direitos ou bens jurídicos; c) o sacrifício não poder ir além do razoável e, em nenhum caso, poderá ocorrer sacrifício de seu conteúdo essencial.

Contudo, o Tribunal Constitucional espanhol, desde a década de 1980 vem conferindo ao direito à liberdade expressão uma posição prevalente quando este direito colide com os à privacidade e à honra. A principal razão dessa opção interpretativa se dá ante a "função institucional" de suporte da pluralidade de ideias e debates, indispensáveis a manutenção e desenvolvimento do regime democrático.[[59]](#footnote-59)

Essa precedência do direito à liberdade de expressão, frente ao direito à privacidade, ganha mais peso quando em questão fatos ou pessoas de relevância pública e, em se tratando de assuntos de interesse geral, seja pelos próprios temas ou pelas pessoas que deles participam, assim contribuindo para a formação da opinião pública, aquele direito em suas modalidades direitos de informar e de receber informações atinge seu mais alto nível de justificada eficácia, principalmente em relação ao direito à honra, "que resta proporcionalmente enfraquecido como limite externo da liberdade de expressão e informação" [[60]](#footnote-60)

A liberdade de expressão, portanto, embora não seja um direito absoluto, posto que só poderá legitimar intervenções em outros direitos fundamentais se os objetivos forem relevantes para a sociedade, terá consideração preferente, como se observou em linhas antecedentes, por sua função adicional institucional, mas deve para tanto observar três condições: a) a relevância pública da informação, seja pela natureza pública da pessoa a quem o fato se refere ou porque por sua opção ganhou notoriedade (embora seja pessoa privada ou comum) e a veracidade (mitigada, como se explicou à luz do TC espanhol) dos fatos e declarações.

A verificação da relevância pública das informações, conforme se extrai da jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol,[[61]](#footnote-61) pode variar em se tratando de "figuras públicas" (ou que busquem notoriedade pública) ou de "pessoas privadas". Desse modo, críticas, opiniões ou revelações adversas ganham legitimada permissão na medida em que sua vida e conduta participam do interesse geral com maior intensidade do que as pessoas privadas.

Essa posição preferencial da liberdade de expressão frente aos direitos da personalidade não significa que toda informação que envolva "figuras públicas" deva merecer o status de informação com "relevância pública". Segundo o TC espanhol não interesse público nos casos em que as informações são usadas em expressões ofensivas, insinuações insidiosas e assédio, que só podem ser entendidas como meros insultos ou desqualificações, não por um espírito ou por uma função informativa, mas com malícia qualificada por um espírito vexatório ou por inimizade pura e simples.[[62]](#footnote-62)

Tem dito a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol que, como limite à liberdade de expressão, se deve interpretar o direito à privacidade restritivamente, mesmo em relação a "figuras públicas " fatos situados numa esfera tão íntima que somente interessem a tais pessoas e suas famílias (tais como o quotidiano familiar) não podem fazer com que o direto à privacidade ceda passo à liberdade de informação.

Por conseguinte, em relação as "figuras públicas" somente às informações relacionadas à sua vida pública se permite uma maior intervenção no seu direito à privacidade. [[63]](#footnote-63)

Se dessa linha de entendimento do Tribunal Constitucional, espanhol em relação a "figuras públicas", se afere se o sopesamento a ser levado a efeito na solução da colisão entre a liberdade de expressão com uso do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, partindo-se da noção de que quanto maior o grau de intervenção maior deve ser o grau de satisfação do direito contraposto, seu grau de racionalidade ou mesmo acerto dependerá da natureza e circunstâncias dos fatos ao derredor dos direitos em aparente conflito.

Assim sendo, a permissão da publicação de imagens ou comentários acerca de uma "figura pública" em jantar com sua família no seu recinto doméstico será "desproporcional", porquanto não se justifica tal grau de intervenção no direito à privacidade se correlatamente não há relevância na informação e o consequente interesse público que justifique a intervenção do direito à liberdade de expressão no direito à privacidade.[[64]](#footnote-64)

2.10.4. A liberdade de expressão no Brasil.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu catálogo de direitos fundamentais, previstos no artigo 5º, dispõe ser livre a manifestação do pensamento, apenas vedando o anonimato; assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; afirmas ser inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; garante a livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença e assegura a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Completando as liberdades previstas no catálogo contido no referido artigo 5º da Constituição do Brasil, o art. 220 prevê 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.

Dispõe ainda, no mesmo dispositivo, que "nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social." E, por último, veda toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística, além de afirmar que a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

Por outro flanco, dentre os direitos fundamentais previstos no artigo 5º, "x", da Constituição do Brasil, está assegurado a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Comentando o direito à reserva da intimidade da vida privada no ordenamento constitucional brasileiro, Gomes Canotilho e Vital Moreira sustentam que o direito à intimidade da vida privada e familiar compõe-se de "dois direitos menores: (a) o direito a impedir o acesso de estranhos à informações sobre a vida privada e familiar e (b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem" (Canotilho e Moreira, 2007, p.467-468)

2.10.4.1. A liberdade de expressão e o direito à privacidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

O Supremo Federal Tribunal do Brasil, no ano de 2015, julgou o caso das “biografias não autorizadas”, por meio de ação de direta de inconstitucionalidade[[65]](#footnote-65) ajuizada pela Associação Nacional dos Editores de Livros, quando argumentou que por força da interpretação que vem sendo dada aos referidos dispositivos legais pelo Poder Judiciário, a publicação e a veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais, tem sido proibida em razão da ausência de prévia autorização dos biografados ou de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas).

Decidiu então Supremo Tribunal Federal que a Constituição do Brasil, além de proibir a prática de censura, e que o exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser impedido pelo Estado ou por particular. Ademais, o direito de informação, também constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. Na mesma assentada, explicou o STF que o direito de informação destina-se à formação da opinião pública, "considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber."

Considerou no julgamento que biografia é história e que prévia autorização para sua publicação constitui censura particular, sendo que recolhimento de obras é censura judicial. Ademais, disse que em estando a liberdade de expressão assegurada constitucionalmente sequer por outra norma constitucional e muito por norma de hierarquia inferior, como no caso o direito civil, ainda que o propósito seja o de assegurar outros direitos constitucionalmente assegurado, a saber o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. Com efeito, o Supremo Tribunal do Brasil, fundamentou sua decisão mencionando que a coexistência dos direitos fundamentais deve ser viabilizada pela técnica de balanceamento de direitos, contrastando e harmonizando liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias.

O Supremo Tribunal do Brasil, no mesmo julgamento reconheceu que os direitos fundamentais irradiam-se nas relações entre particulares e, de resto, admitiu a possibilidade de que limitações ao direito à liberdade de expressão sejam levadas a efeito, desde que previamente estabelecidas em lei. Todavia, advertiu que tais limitações ao exercício da liberdade de expressão deve sempre tomar em conta a noção de que os danos a outros direitos fundamentais devem ser maiores que aquilo que pode redundar de autorização para retenção de uma informação.

Portanto, como se nota, no Brasil a tendência da jurisprudência é de prestigiar mais a liberdade de expressão em função dos direitos da personalidade, mormente, o direito à privacidade.

Expostos os principais debates sobre a complexa relação da liberdade de expressão com os direitos da personalidade e, principalmente as concepções acerca da amplitude do exercício deste direito dado a sua indissociável relação com a democracia, no terceiro é último capítulo passa-se a identificar-se, mais especificamente, as possíveis soluções para a harmonização entre tais direitos, ocasião em que se busca identificar, à guisa de desfecho, as possíveis para a pergunta sobre os limites das intervenções necessárias, intrínsecas e recíprocas, nos direitos à liberdade de expressão e no direito à privacidade (ou à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem ou ao nome) sem que se incorra em desproporcionalidade e consequente ilegitimidade.

# 3. Critérios e soluções para resolução de conflitos entre o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade.

3.1. Conflitos entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade.

A expressão “direito à privacidade” vem sendo tomada, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, como gênero da qual são espécies os demais bens jurídicos da personalidade, a saber, a honra, a reputação, o nome, a imagem, a vida privadae a própria intimidade. Então, posto assim, tem-se que a personalidade humana comporta “direitos pessoais” [[66]](#footnote-66)que convergem para o direito à dignidade humana que, ao cabo e ao fim, em si sintetiza a razão da existência de sistemas jurídicos de proteção baseados em direitos fundamentais.

Contudo, para que, sob o ponto de vista jurídico, se apresente um conceito que atenda com mais precisão quanto possível o conteúdo, propósito e alcance do direito à privacidade, impõe-se algumas considerações a respeito de sua estrutura lógico-jurídica.

Primeiro fixemos a imagem muito bem construída na década de 1940 de Garcia Morente. Diz ele que:

A vida privada desdobra-se em infinitas gradações e nuances que oscilam entre os dois polos da publicidade absoluta - quando a pessoa desaparece completamente sob o manto social - e da solidão absoluta, onde a pessoa vive sua autêntica vida em integridade e absolutamente (...) toda a vida privada pode ser comparada a um cone, onde a superfície da base ainda está em contato com o mundo das relações públicas; mas à medida que os planos se aproximam do ápice e se afastam da publicidade, também encolhem em extensão, até que, no ápice, a vida é condensada e concentrada num ponto, na solidão do eu, ao qual ninguém, a não ser o eu, pode ter acesso real (Garcia Morente, 1944, p.168-181 *apud*  Maria Desantes, 1992, p.270).

A partir de tal imagem, com autoridade de primeiro catedrático da Espanha em direito da informação e doutor na matéria, José Maria Desantes assevera que “a vida privada é uma esfera reduzida e delimitável, ao contrário da vida pública, constituída por tudo o que fica fora dela." E prossegue Desantes e que "dentro da vida pessoal privada - e só de certa forma a vida familiar - há uma outra esfera de menor raio, cujo centro coincide com o núcleo da personalidade, que é a intimidade. A intimidade reside na pessoa, quer a lei a mencione ou não"(Maria Desantes, 1992, p.270). Por conseguinte, da perspectiva vista do direito à informação, apresenta solução para problemas relacionados à divulgação de mensagens que afetam tais domínios.

No que diz respeito à vida pública, José Maria Desantes toma a máxima romana *publica publice tractanda sunt* para convertê-la na seguinte contrução: tudo o que acontece na vida pública, diz respeito à vida pública. Contudo, as questões relacionadas "à vida privada não são, em geral, difusíveis, exceto quando tais questões têm repercussões na vida pública ou a transcendem" (Maria Desantes, 1992, p.270).

Após postar tais considerações, José Maria Desantes formula um conceito de intimidade metodologicamente irretocável quando registra que a intimidade “é a zona espiritual do homem, distinta de qualquer outra, independentemente do que o seja, que é exclusivamente sua e que só ele pode revelar” (Maria Desantes, 1992, p.270). Assim, segundo este autor, os direitos da personalidade formariam um conjunto de esferas concêntricas que vão do público à intimidade, sendo esta última reservada, inescrutável e de inexorável autenticidade.

Explique-se, por necessário, que não se pretende aqui perfilhar uma teoria restritiva, que como explica Hans Peters, "se esforça em limitar o suporte fático do direito, o que, em sua forma mais extrema, é o caso da teoria do núcleo da personalidade”, e segundo a qual as Constituições, em particular a Lei Fundamental alemã, protegem apenas "expressões da verdadeira natureza humana no sentido de uma concepção cultural ocidental ”(Peters, 1953, pp.660-678 *apud* Alexy, 2015, p.342).

Também não nos seduz a teoria restritiva de Hesse (1998, p.325) que vê nas liberdades constitucionais, especialmente no que se refere ao livre desenvolvimento da personalidade, um “senão” que se estriba na “garantia da esfera de vida mais estritamente pessoal, ainda que não limitada ao desenvolvimento puramente intelectual e moral”.

Contudo, não se pode perder de vista que o Tribunal Constitucional Federal alemão no caso BVerfGE 6, 32, adotou posição favorável ao “direito geral de liberdade”, quando mesmo explica a repercussão da tomada de tal posição: “qualquer um pode arguir, por meio de uma reclamação constitucional, que uma lei que restrinja sua liberdade de ação não pertence ao ordenamento constitucional, porque ela (formal ou materialmente) contraria determinados dispositivos constitucionais ou princípios constitucionais gerais; nesse sentido, seu direito fundamental garantido pelo art. 2º, § 1º, teria sido violado” (BVerfGE 6, 32 *apud* Alexy, 2015, p. 345).

Não obstante, Konrad Hesse mantém sua posição argumentando que haveria grande dificuldade em se precisar os limites das liberdades e qualquer ilícito poderia vestir-se de questão constitucional e isso transformaria os tribunais constitucionais em instâncias de revisão (Hesse, 1998, p.325 e ss).

Examinando diversos julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão, Robert Alexy faz alusão à teoria das esferas, embora considerando essa teoria “extremamente rudimentar”, afirma ser possível distinguir três esferas, com intensidade de proteção decrescente: a esfera mais interior (último e inviolável âmbito de liberdade humana), âmbito mais interno (íntimo), esfera íntima inviolável, esfera nuclear da configuração da vida privada, protegida de forma absoluta, a esfera privada ampliada**,** que inclui o âmbito privado que não pertence a esfera mais interior, e a esfera social, que inclui tudo aquilo que não for atribuído nem ao menos à esfera privada ampliada (Alexy, 2015, 345 e 352).

Robert Alexy, posiciona-se favoravelmente a admissão de um princípio de liberdade geral de ação, vendo nisso "mais vantagens que desvantagens e que as restrições erguidas em desfavor de tais liberdades seriam aferidas e controladas por sopesamentos tendo o princípio da proporcionalidade por instrumento" (Alexy, 1995, p.345).

Postos tais parênteses teóricos, retornamos ao ponto que deixamos linhas atrás.

Admitindo-se uma liberdade geral ampla *prima facie*, nos parece forçoso aceitar-se não haver razoabilidade em cercar-se, *a priori,* a “esfera da intimidade” de uma muralha inexpugnável, posto que mesmo nesta esfera poderia, inevitavelmente, haver intervenção de outros direitos contrapostos, por exemplo, quando em uma residência tiver que se cumprir uma busca e apreensão autorizada judicialmente, ou que nesse local se necessite apor “escutas ambientais” a fim de prevenir gravíssimo crime, sob investigação ou na iminência de ocorrer; ou mesmo quando um recinto habitado tiver que ser violado ao propósito de salvar-se pessoa sob grave risco de morte.

Diante de tais possibilidades, não parece infundado o receio de ser equivocado o entendimento manifestado pelo Tribunal Constitucional alemão de que a “esfera mais interior” não ‘influencia terceiros por meio de sua essência ou comportamento e, portanto, [não] afeta a esfera pessoal de outras pessoas ou interesses da vida social”.[[67]](#footnote-67)

Contudo, não nos parece absurda a ideia de esfera mais íntima, seja em relação ao “comum” ou a “figura pública”, como regra, não interessará a mais ninguém exceto ao próprio titular desse domínio.

Aliás, essa tem sido a linha de entendimento adotada pelos tribunais constitucionais, inclusive, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), como, por exemplo, no caso em que a publicação de fotografias do cotidiano e vida familiar de Caroline de Mônaco, que na época não tinha atuação na esfera pública, embora gozasse de certa celebridade, constituía indevida intervenção em seu direito à privacidade.[[68]](#footnote-68)

A Princesa Carolina de Mônaco apresentou demanda contra a República Federal de Alemanha, em junho de 2000 alegando vulneração ao seu direito à vida privada e familiar, por falta de proteção dos tribunais alemães em razão de publicação de fotografias que revelam detalhes de seu cotidiano, fato que violaria a garantia prevista no artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (“toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência.”).

A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem entendido que a esfera da vida privada cobre a integridade física e moral de uma pessoa; e a garantia oferecida pelo artigo 8 da referida Convenção destina-se, principalmente a assegurar o desenvolvimento de cada indivíduo sem ingerências externas, e que em certas circunstancias uma pessoa dispõe de uma legítima expectativa de proteção e respeito a sua vida privada.

Em casos relacionados à publicação de fotografías, o TEDH examina se dizem respeito ao âmbito privado ou público e se destinam ao uso limitado ou podem ser acessíveis ao público em geral.[[69]](#footnote-69)

No caso postado à apreciação por Caroline de Mônaco, concluiu o TEDH não haver dúvida de que as fotografias publicadas por revistas alemãs retratam seu cotidiano na esfera de sua vida privada[[70]](#footnote-70)e assim entendeu que embora a demanda não se insurja contra um ato do Estado mas contra sua proteção insuficiente em assegurar sua vida privada, “há que se ter em conta o justo equilíbrio entre o interesse geral e os interesses do indivíduo”, mas gozando o Estado de uma certa margem de apreciação[[71]](#footnote-71)

Após postar tais premissas, o TEDH promoveu o sopesamento entre o direito à vida privada e a liberdade de expressão, entendendo, primeiro, que também se estende à publicação de fotografias.[[72]](#footnote-72)Contudo, buscando equilibrar a proteção da vida privada e liberdade de expressão, o referido tribunal examinou a contribuição da publicação das fotografias para o debate público, concluindo que tanto as imagens quanto as expressões que lhes acompanhavam não se justificavam por interesse público e que não tratavam de questão de importância geral e, no caso Caroline de Mônaco, assinalou que as fotografías publicadas apresentam em cenas de sua vida cotidiana, em atividades de caráter puramente privadas, fazendo esportes, passeando, saindo de um restaurante ou em férias. E mais disse o TEDH que, embora Caroline pertença a uma família real, não exerce nenhuma função estatal relevante. Assim, o TEDH concluiu que ainda que exista um direito do público ser informado, direito essencial de uma sociedade democrática que, em circunstancias concretas, podem inclusive referir-se a aspectos da vida privada das pessoas públicas, concretamente quando se trata de personalidades da política em que as fotografías e comentários que lhes acompanhava faziam referencia exclusiva a detalhes da vida privada da demandante, se situa fora do debate político ou público[[73]](#footnote-73)e, desse modo, diante de tais condições a liberdade de expressão deveria ser interpretada de maneira menos ampla.

3.2. Deveres de Proteção. Proibição de proteção insuficiente e imperativos de tutela.

A superação dos direitos como liberdades contra intervenções arbitrárias do Estado se deu com o desenvolvimento da noção de que, tendo este o monopólio da autoridade para exercer a coerção e o uso da força legitimada pelo ordenamento normativo, cabe a este, para além de proteger contra a atuação ilegítima por parte de seus órgãos, também cabe harmonizar a vida entre os indivíduos, assim atuando sob imperativos de tutela ou deveres de proteção.

O Tribunal Constitucional Federal alemão, enfrentando questão relacionada a compatibilidade com a Lei Fundamental alemã da punição ao aborto praticado nas primeiras doze semanas após a concepção, assinalou que o dever de proteção que compete ao estado é amplo. "Não só proíbe - é claro - a intervenção imediata do estado na vida em desenvolvimento, mas também ordena que o estado se proteja e promova essas vidas, que é sobretudo proteger contra interferências ilegais da parte de outras pessoas. .” [[74]](#footnote-74)

No entanto, o BVerfGE na mesma assentada advertiu, que o requisito constitucional de proteger a vida em desenvolvimento é direcionado principalmente ao legislativo, embora admita que o Tribunal Constitucional Federal tenha a tarefa de determinar se o legislador cumpriu esse requisito, exercendo a função que lhe é atribuída pela Lei Fundamental.

Nesse caso, surgirá para o legislador e também para o Judiciário, em certa medida, uma proibição de insuficiência, que fará surgir um dever de proteção que Claus-Wihelm Canaris denomina imperativo de tutela (Canaris, 2003, p.28).

Da dogmática alemã, principalmente das contribuições teóricas de Durig e Canaris, entendeu-se que, ao desiderato de cumprir a referido proteção ou imperativo de tutela (imanente aos direitos e garantias fundamentais), à luz do princípio da proporcionalidade, o Estado obriga-se a identificar e observar as determinações de proibição de excesso e, de forma correlata, a proibição de proteção deficiente (proibição de insuficiência) e que somou-se à proibição de excesso para assim completar o sistema de modulação dos sistemas jurídicos.

Canaris, após concluir que a vinculação ao legislador de direito privado é imediata com base na aplicação do art. 1º, 3, da Lei Fundamental alemã, assinalou que as normas de direito privado podem intervir em direitos fundamentais de forma tão intensa quanto as de direito público. Após assentar tal premissa, afirma que "os direitos fundamentais também não vigoram em relação aos preceitos de direito privado apenas na sua função de normas objetivas de princípio, mas antes nas suas funções 'normais', como proibições de intervenção e imperativos de proteção". E mais: que as leis civis têm também, em muitos casos, "uma clara natureza ofensiva - e isto, nalgumas circunstancias, de forma massiva. Então constitui um imperativo de coerência controla-las, nessa medida, em principio também a luz da proibição de excesso"(Canaris, 2003, p.28 e 30).

Para Canaris, portanto, o ordenamento civil também podem ser utilizados à "concretização de imperativos de tutela de direitos fundamentais, e, mesmo, que elas representam, muitas vezes, ambas as coisas simultaneamente: intervenções nos direitos fundamentais de uma parte e garantias de proteção dos direitos fundamentais da outra"(Canaris, 2003, p.29).

Canaris, para exemplificar, cita decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão quando tal órgão entendeu que a Lei de Proteção contra os Despedimentos (*Kündigungsschutzgesetz*) tem o escopo de atender o imperativo de tutela de proteção do trabalhador contra a perda do seu emprego, e que o imperativo de tutela que redunda proteção contra demissões, por outro perspectiva, constitui limitação aos direitos fundamentais contrapostos do empregador, particularmente no que toca a sua autonomia privada (Canaris, 2003, p.28 e 30).

Donald Kommers também faz alusão a uma ordem objetiva de valores constitucionais que reclama mesmo em relação aos direitos não prestacionais um agir por parte do Estado pera harmonizar os interesses que se entrechocam em uma sociedade democrática (Kommers, 1997, p. 47).

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional alemão concebe a Lei Fundamental alemã como uma unidade estrutural, de valores substantivos, sendo a peça central um conceito de uma ordem objetiva de valores e que deriva “das glosas do Tribunal Constitucional ao texto constitucional” (Kommers, 1997, p. 47).

Kommers explicita então o sentido da referência que faz a uma ordem objetiva.

Com efeito, afirma que os direitos fundamentais ⎯ tais como a liberdade de expressão, imprensa, associação e o direito à propriedade ou o direito a escolher uma profissão ou ocupação ⎯ possuem um valor correspondente, que significa poder impor ao Estado uma obrigação positiva que consiste em assegurar sua efetivação. Cita como exemplo o direito à liberdade de imprensa que, ao mesmo tempo que protege um jornal contra qualquer ação do Estado que limite sua independência, também aplica-se à sociedade como um todo, caso em que o Estado estará obrigado a criar as condições que tornem possível o exercício pleno da liberdade de imprensa(Kommers, 1997, p. 48).

3.2.1. Imperativo de tutela aplicado em caso clássico.

Em um caso bastante debatido, em causa conhecida por *Blinkfüer*,[[75]](#footnote-75) na Alemanha, o editor de um pequeno periódico demandou o conglomerado editorial da Axel Springer e Die Welt buscando o pagamento de indenização por perdas e danos, em razão de convocação, por meio de circular enviada as distribuidoras e bancas de jornal, para que aderissem a um boicote que tinha por propósito forçar os demais órgãos de imprensa a não publicarem a programação da TV e Rádio da Alemanha oriental, pois, segundo sustentava, tais veículos de comunicação estariam a serviço da propaganda do governo da República Democrática Alemã, assim lançando supostas aleivosias contra os alemães ocidentais e seu regime democrático.

Nesse caso, a livre expressão do pensamento, por parte de quem convocou o boicote, segundo entendeu o Tribunal Constitucional Federal perdeu a legitimidade, sob os aspectos moral e social, quando não se louvou tão somente de argumentos aceitáveis e comuns em embates de ideias ou sustentação de pontos de vista intelectuais, e sim atuaram abusando de seu poderio econômico.

A partir da referida ilustração, tem-se que embora o fim figurasse como legítimo (preservação das liberdades democráticas na Alemanha Ocidental), o meio (poderio econômico) não poderia ser protegido, por certo que “as liberdades de expressão e imprensa têm por fim proteger a livre atividade intelectual e o processo de formação de opinião na democracia livre e não servem à garantia de interesses econômicos.”[[76]](#footnote-76)

O Tribunal Constitucional Federal distinguiu o boicote referido no caso Blinkfüer do caso Lüth (BVerfGE 7, 198ss.), ante a "posição factual" (que nesta investigação chamaremos de circunstâncias), explicando que a expressão de opinião do diretor do Senado, Lüth, apelando apenas à sensibilidade política e moral, não poderia de maneira alguma restringir, direta e efetivamente, as possibilidades artísticas e humanas de desenvolvimento do diretor de cinema Harlan, pois Lüth não tinha meios de coerção sob seu comando para conferir força ao seu chamado, contando apenas com o senso de responsabilidade e a atitude baseada na moral daqueles a quem se dirigia, ficando ao alvedrio daqueles segui-lo ou não.

Claus-Wiheim Canaris, na parte final do referido julgado do Tribunal Constitucional Federal, identifica a aplicação de um "imperativo de tutela", que como visto reclamou a atuação estatal para dirimir conflito entre particulares com repercussão em valores caros à democracia. Registra, então, que "com efeito, não podia ecoar aqui melhor a função de imperativo de tutela do artigo 5.°, n.° 1 da LF, e simultaneamente também já se reconhece aqui, na substancia, o seu lado de direito subjectivo" (Canaris, 2003, p.84).

Canaris indica condições para o reconhecimento de um imperativo de tutela. Diz ele que "diversamente da proibição de intervenção, um imperativo de tutela pressupõe uma fundamentação especifica"(Canaris, 2003, p.84). Assim, enumera os seguintes requisitos:

**a)** A aplicabilidade da hipótese normativa de um direito fundamental porquanto um imperativo de tutela só e de se considerar se o correspondente direito fundamental for aplicável na sua hipótese normativa;

**b)** A necessidade de proteção e seus indicadores, a saber: a ilicitude, colocação em perigo e dependência.

Registra ainda Canaris que para emergir o dever de proteção, correlato ao imperativo de tutela, deve estar presente uma grande necessidade de proteção do direito fundamental, sendo que “este juízo pode resultar da própria Constituição, sendo um exemplo disso mesmo o caso Blinkfüer, em se deu a utilização de pressão econômica em lugar do debate das opiniões” (Canaris, 2003, p.84).

**c)** O funcionamento conjunto de critérios diversos.

Desse modo, embora considerando-se a hierarquia do bem jurídico constitucionalmente protegido, disso não resulta que um problema relacionado à colisão de direitos possa ser resolvido tão somente lançando-se mão de hierarquização de valores. Deve-se, antes de tudo, considerar, de um lado, o valor abstratamente considerado e a realidade que impõe que se tome em conta o valor concreto dos bens e interesses contrapostos. Assim, embora a vida e a saúde, abstratamente, ocupem posição superior em relação a maioria das liberdades, ainda assim, no caso concreto, cedem passo a outros direitos em tese menos importante, tal como o caso do direito de locomoção ante autorização pelo Estado de licença para dirigir veículos automotores que, sem dúvida, trazem risco considerável à própria vida e saúde do titular deste direito e a de outros integrantes da sociedade(Canaris, 2003, p.84).

3.3. Colisões entre direitos fundamentais e os critérios de equilíbrio entre o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade e os novos direitos.

As colisões entre o direito à privacidade e a liberdade de expressão tem se acentuado com a difusão das comunicações, principalmente, via internet. As novas técnicas em matéria de telecomunicações nos situam ante dois elementos essenciais: os novos meios de comunicação como instrumento de controle e vigilância; e os direitos fundamentais que resultam mais afetados pelo avanço tecnológico, e isso resultará em uma profunda transformação no seu regime de exercício e uma insuficiência das técnicas tradicionais de proteção (Cotoira, 2001, pp.13-34).

O Tribunal Constitucional espanhol, pela sentença 292/2000, fez alusão a um novo direito desligado da leitura tradicional que se tem do direito à privacidade: o direito fundamental à proteção de dados. Aduziu que o direito fundamental à proteção de dados busca garantir a essa pessoa o poder de controlar seus dados pessoais, seu uso e destino, a fim de impedir seu tráfego ilegal e prejudicial pela dignidade e pelo direito dos afetados, e que o objeto de proteção do direito fundamental à proteção de dados não se reduz apenas aos dados íntimos da pessoa, mas a qualquer tipo de dados pessoais, íntimos ou não, cujo conhecimento ou emprego por terceiros possa afetar seus direitos.

Após tal julgado, apareceram outras denodadas tentativas de estabelecimento de critérios para se lidar com essas novas situações que afluem diante de uma sociedade ainda aturdida pela nova realidade.

Um exemplo eloquente das novas tensões entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade – neste particular representado pelo direito à intimidade (como integrante da categoria direito à privacidade), que emergem dessa “sociedade da informação” –, deu-se não tendo o protagonismo, não de uma “figura pública” ou “personalidade pública”, mas de um “comum do povo” contra um gigante tecnológico com atuação mundial.

Eis que em 1998 o jornal espanhol *La Vanguardia,* ao objetivo de atrair licitantes, de modo convencional e na *Web*, publicou anúncios de leilões de bens para execução de dividas junto ao sistema previdenciário, dentre os quais uma propriedade do senhor Mário Costeja. Mário Costeja, então, solicitou ao referido jornal a retirada do anúncio sendo tal pedido negado, à justificativa de que a publicação do edital de hasta pública partia de um órgão oficial. Diante disso, a Agência Espanhola de Proteção de Dados deferiu seu pedido e determinou que a *Google Spain e Google Inc* removesse quaisquer *links* em pesquisa, em pesquisa relacionada ao tema com o nome de Mário Costeja.

De tal decisão da AEPD, *Google Spain e Google Inc*. apresentaram impugnação perante Tribunal com jurisdição nacional na Espanha denominado Audiência Nacional. Este órgão, por sua vez, diante de vários casos relativos à interpretação da diretiva europeia sobre proteção de dados, utilizou-se de instrumento denominado recurso prejudicial de reenvio e submeteu o caso ao Tribunal de Justiça da União Europeia, sendo seu objeto a interpretação e aplicação da Diretiva 95/46/CE (então vigente) do Parlamento Europeu, e do respectivo Conselho, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

O TJUE em sua decisão assinalou que “a simples exibição dos dados pessoais numa página de resultados de uma pesquisa constitui um tratamento desses dados” e que por isso um motor de busca não havia se desincumbido das obrigações previstas na Diretiva 95/46 e de seu propósito de proteção eficaz das liberdades e garantias fundamentais, principalmente o respeito pela vida privada.

Em seguida o Tribunal, no mesmo julgamento acima referido, pôs em relevo o fato de que um tratamento de dados realizado por motor de busca, é suscetível de afetar significativamente os direitos fundamentais e o respeito pela vida privada e à proteção de dados pessoais. Além disso, consignou o TJUE que o efeito de ingerência nos referidos direitos da pessoa em causa é multiplicado como consequência do importante papel desempenhado pela Internet e pelos motores de busca na sociedade moderna, que conferem ubiquidade as informações obtidas em uma lista de resultados deste tipo.

Todavia, o TJUE anteviu a possibilidade de fixar um precedente que não levasse em consideração outros direitos e interesses contrapostos, tais como o interesse legítimo dos internautas potencialmente interessados em ter acesso a tais informações devendo assim procurar “um justo equilíbrio”, designadamente, entre esse interesse e os direitos dessa pessoa nos termos dos artigos 7º e 8º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Embora admitindo que o direito à privacidade, via de regra, deva prevalecer sobre o interesse dos “internautas”, sinalizou que este equilíbrio pode impor-se, em determinados casos particulares, a depender da natureza da informação em questão e da sua sensibilidade para a vida privada da pessoa em causa, bem como do interesse público em dispor da informação, que pode variar, designadamente, em função do papel desempenhado por essa pessoa na vida pública.

Registrou ainda o TJEU que em vista dos direitos fundamentais previstos nos artigos 7º e 8º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, qualquer pessoa pode solicitar sua exclusão de listas realizadas por motores de busca porquanto seus interesses têm posição prevalente, não só sobre os interesses econômicos dos motores de busca, mas também do interesse geral do público. Somente não prevalecerá o interesse do interessado e se admitirá a ingerência externa em seu direito à privacidade, se o papel desempenhado por ela na sociedade justificar a preponderância do interesse do público em ter acesso a tal informação.

Essa decisão gerou grandes debates e, dentre os que argumentaram contra a decisão do TJUE, pois se em questão a possibilidade de que esse direito seria “potestativo”, com todas as repercussões que disso resulta.

Entretanto, apesar da maior repercussão do caso acima referido, dois anos antes, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), no caso *Axel Springer v Alemanha* fixou critérios para aplicação da análise de justo equilíbrio entre a liberdade de expressão (e informação) e o direito à vida privada ou à privacidade, conforme se expõe nas linhas subsequentes.

3.3.1. Os critérios de equilíbrio fixados pelo Tribunal Europeu de Direitos do Humanos no caso *Axel Springer v Alemanha.*

O julgado diz respeito à publicação, por um jornal de grande circulação diária, de dois artigos sobre um conhecido ator de televisão que havia sido preso por posse de cocaína. Logo após a publicação, o referido ator ajuizou ação contra a empresa de comunicação junto ao Tribunal Regional de Hamburgo, que deferiu liminar em desfavor desta.

O Tribunal Regional de Hamburgo considerou prevalente o direito à proteção da personalidade do ator sobre o interesse do público em ser informado, mesmo considerando verdadeiros os fatos relatados pelo jornal demandado, posto que, em sua leitura, o ator, embora tenha participado de inúmeras produções televisivas e concedido entrevistas a revistas, não ocupava, aos olhos do público, uma posição proeminente na sociedade. Julgando recurso, a Corte de Apelações reiterou os critérios de equilíbrio entre os direitos à liberdade expressão e os direitos da personalidade, argumentando que o crime de posse e consumo de cocaína houvera sido praticado, não à vista do público, mas em um banheiro masculino, lugar que considerou estar localizado em sua esfera privada, assim confirmando o julgamento realizado em primeira instância.

Em março de 2008, o Tribunal Constitucional Federal alemão não admitiu os recursos constitucionais interpostos pela empresa de comunicação contra as decisões judiciais proferidas em favor do ator alemão e assim, esgotadas as instâncias nacionais, o caso chegou ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que ao julgar fixou os critérios de equilíbrio quando contrapostos as liberdade de expressão e informação e os direitos da personalidade, nomeadamente o direito à privacidade.

A empresa de comunicação *Axel Springer*, irresignada com as derrotas no sistema judiciário alemão, apresentou recurso junto ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) invocando o art. 10 da Convenção Europeia de Direitos do Homem, quando dispõe que qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão e que tal direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras.

O TEDH realizou a aferição do justo equilíbrio e deu provimento ao recurso da empresa de comunicação *Axel Springer,* fixando os parâmetros e critérios para que, no caso concreto, se tome por prevalente o direito à liberdade de expressão ou o direito à privacidade.

Anotou, inicialmente, que a liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e uma das condições básicas para o seu progresso e para a autorrealização de cada indivíduo. Sobreavisou que o direito à liberdade de expressão alcança não só as informações ou ideias que possam ser favoravelmente recebidas, consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também àquelas que ofendem, chocam ou perturbam, conquanto tais são demandas do pluralismo, tolerância e abertura de espírito, sem as quais não existe uma sociedade democrática. Para além disso, assinalou que embora a liberdade de expressão esteja sujeita limitações, devem estas ser interpretadas estritamente, e a sua necessidade deve ser estabelecida de forma convincente.

O TEDH enfatizou, ademais, o papel essencial desempenhado pela imprensa em uma sociedade democrática, consignando que embora a imprensa não deva ultrapassar certos limites, em particular no que diz respeito à proteção da reputação e direitos de terceiros, seu dever é, no entanto, o de transmitir de maneira condizente com suas obrigações e responsabilidades, informações e ideias sobre todos os assuntos de interesse público. Nesse particular, observou que não só a imprensa tem a tarefa de transmitir tais informações e ideias, como também o público tem o direito de recebê-las, caso contrário, a imprensa seria incapaz de desempenhar o seu papel vital de “cão de guarda público”, assinalando ainda que a liberdade jornalística abrange igualmente o recurso a um certo grau de exagero ou mesmo de provocação.

No entanto, o TEDH reconheceu que a segunda parte do artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos do Homem estabelece que a liberdade de expressão traz consigo deveres e responsabilidades, que também se aplicam aos meios de comunicação mesmo no que diz respeito a assuntos de interesse público, sendo suscetíveis de assumir maior importância quando se tem presente uma questão com potencial para violar a reputação de um indivíduo ou desrespeitar direitos dos outros, tendo a imprensa a obrigação ordinária de verificar se certas declarações acerca de fatos com potencial difamatório por parte de particulares, mas isso, ressaltou o TEDH, irá depender do da natureza, do grau da difamação em questão e de o quanto os meios de comunicação podem razoavelmente considerar as suas fontes como confiáveis.

Nesse caminhar, o TEDH reafirmou que a reputação, como parte do direito à vida privada, é protegida pelo artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH), sendo que a expressão “vida privada” é ampla e não é suscetível de definição exaustiva, mas que, entre outros bens jurídicos, protege a integridade física e psicológica de uma pessoa e pode abranger múltiplos aspectos de sua identidade, nomeadamente o gênero, orientação sexual, nome, os demais elementos a estes relacionados e o direito à sua imagem.

Também anotou, ainda no mesmo julgado, assinalou que um ataque à reputação, para ser assim considerado, deve atingir um certo nível de aptidão suficiente a causar prejuízo ao exercício do direito à vida privada, sendo que não se pode invocar proteção à privacidade para impedir a perda de idoneidade quando isso decorre das próprias ações de quem busca se socorrer de tal direito, como, por exemplo, quem praticou uma infração penal.

O TEDH, ainda no referido julgado, esclareceu que mesmo diante da possibilidade de interferência para proteção de reputação ou interesse de terceiros, em tal análise deve-se buscar o “justo equilíbrio” entre a liberdade de expressão e o direito à vida privada, avaliando-se em que medida e em que circunstâncias se faz necessária a interferência na liberdade de expressão ou no direito à vida privada.

Daí, postas tais premissas e passada a sua jurisprudência em revista, o TEDH estabeleceu os seguintes critérios de ponderação quando estejam colisão o direito à liberdade de expressão o direito ao respeito à vida privada.

a) Contribuição da informação para um debate de interesse geral.

O TEDH não define ou circunscreve o que ou quais informações, opiniões ou ideias podem ser consideradas aptas a contribuir para um debate de interesse geral, mas apenas que o que pode ser enquadrado nessa qualidade por esse critério dependerá das circunstâncias do caso, citando exemplos extraídos de seus próprios precedentes.

Com efeito, reconhece a existência de tal interesse não apenas quando a publicação se refira à questões políticas ou crimes, mas também quando se cuidem de questões esportivas ou artistas. Contudo, não considera como informação apta a contribuir para o debate geral “as alegadas dificuldades conjugais de um presidente da república ou as dificuldades financeiras de um famoso cantor (Standard Verlags GmbH e Hachette Filipacchi Associés ICI PARIS).”[[77]](#footnote-77)

b) O grau de reconhecimento público ou notoriedade da pessoa em questão e qual é o assunto contido na publicação.

Neste caso, há que se realizar uma distinção entre particulares e pessoas que atuam no contexto público, tais como figuras políticas e figuras públicas. Destarte, enquanto um indivíduo privado desconhecido do público pode reivindicar uma proteção particular do seu direito à vida privada, o mesmo não acontece com figuras públicas. Contudo, resguardou o direito à privacidade a políticos ou pessoas públicas ou notórias quanto à atividades não oficiais ou não relacionadas à ações públicas (*Hannover e Standard Verlags*). Nesse sentido, segundo acentuou o TEDH, embora não se possa negar que em certas circunstâncias especiais o direito do público de ser informado possa até se estender a aspectos da vida privada de figuras públicas, particularmente no que diz respeito a políticos, esse não será o caso, quando fotografias e os comentários que as acompanham se refiram exclusivamente a detalhes da vida privada ou quotidiana da pessoa em questão (*Von Hannover e Standard Verlags GmbH*)”, caso em que a liberdade de expressão deverá ser aplicada de forma mais restrita.

c) Conduta anterior da pessoa em causa.

O comportamento da pessoa em questão antes da publicação e o fato de fotografias e informações relacionadas já terem aparecido em publicação anterior também constituem fatores a serem levados em consideração (*Hachette Filipacchi Associés e Sapan*). No entanto, o simples fato de ter colaborado com a imprensa em ocasiões anteriores não pode servir de argumento para privar a parte em causa de toda a proteção contra a publicação de matéria ou fotografia ( *Egeland v Hanseid*).

d) Modo de obtenção da informação, veracidade, boa-fé e ética jornalística.

Demais disso, o modo como a informação foi obtida e sua veracidade também solevam-se como fator importante. Neste caso, o TEDH louvou-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia quando considerou que a salvaguarda que o artigo 10º (da Convenção Europeia de Direitos Humanos) confere aos jornalistas em matéria de comunicação de questões de interesse geral está sujeita à condição de agirem de boa fé, com base factual e fornecerem informações ‘fiáveis ​​e precisas’ de acordo com a ética do jornalismo.

e) Conteúdo, forma e consequências da publicação.

Segundo estabeleceu o TEDH, a forma como a foto ou o relatório são publicados e a maneira como a pessoa em questão é representada na imagem ou reportagem também podem ser fatores a se ter em consideração (*Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlagsgesellschaft mbHv Áustria e Reklos e Davourlis v. Grécia e Jokitaipale e Outros v. Finlândia*). A extensão em que a matéria e a fotografia são divulgadas também pode ser um fator relevante, a depender se o jornal tem distribuição nacional ou local, ou se tem uma circulação grande ou limitada ( *Karhuvaara e Iltalehti e Gurgenidze v Geórgia*).

f) Natureza e gravidade da sanção imposta.

De resto, há que se tomar em consideração a natureza e a severidade das sanções impostas na avaliação da proporcionalidade de uma ingerência no exercício da liberdade de expressão (*Pedersen e Baadsgaard e Jokitaipale e Outros*).

Mais recentemente, em outro caso bem representativo da tensão entre o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade, no de 2018, no caso *ML e WW v Alemanha* a Quinta Seção do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), não em ação dirigida a motores de busca mas contra os editores originais (jornal, rádio e periódico), tomou por prevalente a liberdade expressão e de informação em lugar do direito à privacidade de duas pessoas condenadas por homicídio, não obstante já passados muitos anos da condenação. Eis breve relatório do caso.

Em maio de 1993, dois irmãos alemães foram condenados pelo homicídio de um ator dois anos antes desta data, sendo, pois, sentenciados à prisão perpétua, mas obtiveram liberdade condicional em agosto de 2007 e janeiro de 2008, respectivamente.

No ano 2000, a emissora de rádio Deutschland publicou uma matéria fazendo referência aos condenados e fez referência ao fato de que eles não tiveram sucesso em uma recente solicitação ao Tribunal Constitucional para que seu caso fosse reaberto. A matéria referida permaneceu on-line no arquivo da estação de rádio em 2007, ocasião em os condenados ajuizaram ação requerendo que seus dados pessoais aparecessem anônimos na transcrição da matéria levada ao ar na rádio.

Em fevereiro de 2008, o Tribunal Regional de Hamburgo deu provimento aos pedidos dos dois irmãos condenados, lançando como argumento o seu interesse em não serem confrontados com fatos passados tendo em vista que estavam prestes a serem libertados e isso poderia embaraçar sua reintegração a sociedade e, ademais, o público já havia sido suficientemente informado sobre o assunto.

Contudo, o Tribunal Federal de Justiça deu provimento ao recurso do veículo de comunicação, argumentando principalmente que o Tribunal de Apelação de Hamburgo não havia tomado suficientemente em conta o direito da rádio à liberdade de expressão e o interesse público à informação. Entre os fundamentos referidos pelo Tribunal Federal estavam a correção do tom da matéria, o fato de somente poder ser encontrado por internautas que busquem, especificamente informações sobre os condenados, o interesse público em realizar pesquisas sobre eventos passados e a preocupação de que qualquer exigência para os editores de verificação regular seus arquivos teria um efeito inibidor.

Os irmãos condenados interpuseram ação semelhante contra a revista semanal Der Spiegel por haver produzido cinco artigos - incluindo fotografias - de 1991 a 1993 sobre o homicídio, a apuração do crime e o julgamento. Da mesma acionaram judicialmente o jornal diário Mannheimer Morgen por artigo sobre os mesmos fatos publicado em 2001, mas acessível apenas a assinantes. Novamente, em primeira instância e em apelação, conseguiram a procedência de seus pedidos para que seus nomes e fotografias fossem removidos. Contudo, em 2010, o Tribunal Federal deu provimento aos recursos de Der Spiegel e Mannheimer Morgen, adotando os mesmos argumentos aplicados no caso Deutschland radio .

Em vista de que o Tribunal Constitucional Federal não haver acolhido seu recurso de amparo, em outubro de 2010, os recorrentes apresentaram um pedido ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, alegando que as decisões dos tribunais alemães haviam violado os seus direitos à privacidade, previstos no artigo 8.º da Carta Europeia de Direitos Fundamentais.

O TEDH analisou o justo equilíbrio entre o direito à vida privada e o direito dos veículos de comunicação à liberdade de imprensa e de expressão, de imprensa e do público de ser informado.

Nos fundamentos que lançou por ocasião do julgamento, o TEDH identificou na imprensa, além da tradicional função de veicular informações e ideias, exerce o papel auxiliar de construir arquivos a partir de informações já publicadas e disponibilizá-las ao público, posto que isso cria uma fonte preciosa para o ensino e pesquisa com cunho histórico.

Por fim, ao aplicar o equilíbrio entre os direitos e interesses em conflito, adotou os critérios fixados no caso *Axel Springer v Germany*.

a) Contribuição para o debate geral.

Sobre a contribuição para um debate geral, argumentou o TEDH que havia um interesse considerável no crime na época e, além disso, depois do ano 2000 os condenados tentaram reabrir o caso e, ao fazê-lo, despertaram o interesse do público. O Tribunal (TEDH) concordou com a conclusão do Tribunal Federal de Justiça alemão no sentido de que o público tinha interesse em ser informado, não apenas sobre eventos atuais, mas também sobre fatos passados, por isso que uma das tarefas da imprensa consiste em participar da criação de opinião pública democrática, assim disponibilizando ao público notícias antigas preservadas em seus arquivos.

Tal qual já como já o fizera o Tribunal de Justiça da União Europeia, o TEDH ponderou que se se criasse para os veículos de imprensa a obrigação de examinar os pedidos de direito de ao esquecimento, como pretendiam os irmãos requerentes, arriscar-se-ia que os veículos de comunicação passassem a omitir informações individualizadas nos noticiários ou a deixar completamente de armazená-las em seus arquivos on-line.

b) Notoriedade da pessoa em causa e objeto do relatório

Sobre notoriedade da pessoa em causa e objeto da matéria, o TEDH esclareceu que os recorrentes tornaram-se bastante em função do julgamento e essa notabilidade foi resgatada na ocasião em que tentarem rediscutir a sua causa e que, portanto, não se tratavam de pessoas privadas desconhecidas do público.

c) Conduta prévia dos requerentes em relação à mídia

Quanto ao comportamento dos requerentes (ML e WW) o Tribunal observou que, desde a sua condenação, havia interposto todos os recursos judiciais possíveis para assegurar a reabertura do processo penal e reverter o resultado do julgamento contra eles, sendo que em sua mais recente solicitação para reabrir o processo (em 2004) mantiveram contato com a imprensa, transmitindo vários documentos e solicitavam aos jornalistas que mantivessem o público informado. Em razão disso, o Tribunal de Europeu de Direitos Humanos (TEDH) constatou que, como corolário desse comportamento em relação à imprensa, tornou-se somenos importante o seu interesse em que não se permitisse a ligação dos seus nomes aos fatos mantidos em arquivos dos veículos de comunicação.

d) Conteúdo, forma e impacto da publicação

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), em linha com a decisão proferida pelo Tribunal Federal de Justiça da Alemanha, entendeu que o requerimento dos irmãos ML e WW insurgia-se contra matérias jornalísticas que descreviam uma decisão judicial de maneira objetiva, que, ademais, eram relatórios justos e precisos. Para mais, teve que a divulgação das publicações teve um alcance limitado, vez que deixaram de ser disponibilizadas nas páginas de notícias dos sites e estavam sujeitas à restrições, tais como acesso pago ou com necessidade de assinatura. Fato também relevante, na avaliação do Tribunal, reside em que as publicações não chamavam a atenção dos utilizadores da Internet, a menos que tenham procurado o nome dos recorrentes.

e) Circunstâncias da publicação de fotos.

Quanto às circunstâncias dos fatos, na apreciação do TEDH, as imagens mostravam apenas os recorrentes como eram em 1994, o que reduziria em muito a probabilidade de serem reconhecidos.

3.4. A proteção de dados e a liberdade de expressão nos novos regulamentos.

José de Oliveira Ascensão destaca que a privacidade após surgir nos Estados Unidos passou a Europa e dela se estendeu a civilização ocidental, “ocupando um lugar cimeiro e desdobrando-se em múltiplas restrições e proibições” (Ascenção, 2008, p.107). Contudo, Ascensão observa que com a informática a vulnerabilidade do homem passou a ser extrema, porque pelo cruzamento de dados passou a ser possível reconstruir com prática certeza a vida de cada um. Nomeadamente, passou a ser possível que o Estado, ou máfias poderosas ou seus cúmplices instalados no poder, descubram sempre algo com que possam destruir quem lhes não convém, com verdade ou com aparência. Manifestada essa preocupação, Ascensão propõe então a adoção de “cautelas indispensáveis para evitar que da revelação ou do mero conhecimento de dados individuais resulte o afrontamento das pessoas a que respeitam.” E conclui com a lúcida observação de que “todo direito da pessoa não pode dispensar a ligação ética que o justifica. A privacidade existe antes de mais para permitir que cada pessoa prossiga, em sua consciência, o seu desenvolvimento pessoal” (Ascenção, 2008, p.107).

Ao mesmo tempo em que a democracia saudável depende da plena liberdade de expressão, também não se pode deixar de considerar o esforço dos Estados democráticos em proteger o direito à privacidade e outros direitos da personalidade com estes relacionados. Contudo, neste caso, impõe-se imperiosa necessidade de que sejam observados critérios de proporcionalidade para permitir a convivência de todos os direitos fundamentais, principalmente a liberdade de expressão.

Neste sentido, na Europa, mais que outros lugares, havendo convertido-se em uma “sociedade da informação”, o poder público tem sido instado a equilibrar os notáveis benefícios do acesso a novas tecnologias e possibilidade de desenvolvimento da liberdade de expressão com as permanentes tensões que dessa nova realidade emergem, seja pelo aspecto da privacidade ou mesmo pela possibilidade da prática de crimes cibernéticos. Ante esse irrecusável imperativo de atuação Estados e organismos internacionais tem-se oferecido algumas respostas legislativas.

O Parlamento alemão, em junho de 2017, aprovou a “lei de execução de rede” ( NetzDG , ou em alemão, *Gesetzzur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken*) que visa combater notícias falsas (*fake news*), a incitação à violência e proteger a privacidade.

No entanto, esta lei já nasceu sob pesadas críticas por intervir desproporcionalemente no direito à liberdade de expressão, por exemplo, ao determinar, em seu art. 3º, § 1º, a exclusão de conteúdos ilícitos das redes socias, tais como as mensagens cujo conteúdo atente contra a segurança nacional e a ordem pública, os direitos das “figuras públicas ou que neguem o holocausto judeu. Assim, o Comissariado Especial da ONU e a ONG Repórteres sem Fronteiras já emitiram notas, e embora não caiba neste trabalho analisar-se detalhadamente a legitimidade da referida lei, impõe-se o registro de que, à primeira vista contraria a Carta Europeia de Direitos Fundamentais e a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

3.4.1. O Regulamento Geral para Tratamento e Livre Circulação de Dados da União Europeia e a liberdade de expressão.

Pelas mesmas demandas acima referidas, como seja, a necessidade de regulamentar o uso de dados informáticos, em maio de 2018 entrou em vigor o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, assim revogando a Diretiva 95/46/CE.

Em seu artigo 1º estabeleceu o propósito do referido Regulamento, que é o estabelecimento de regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, para tanto defendendo “os direitos e as liberdades fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente o seu direito à proteção dos dados pessoais.”

Em seu art. 17º, o aludido Regulamento estabeleceu o “direito ao apagamento dos dados (“direito a ser esquecido”).

Do referido dispositivo, extrai-se que o titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos:

a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;

b) O titular retira o consentimento anteriormente dado mas, para tanto, não poderá existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento;

c) O titular opõe-se ao tratamento invocando seu direito de “oposição” (artigo 21.o, 1 e 2 do Regulamento) e não existam interesses legítimos prevalecentes que justifiquem;

d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente;

e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; ou se os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação.

No entanto esse direito ao apagamento não se imporá se os dados forem necessários nos seguintes casos:

a) Ao exercício da liberdade de expressão e de informação;

b) Ao cumprimento de uma obrigação legal que exija o tratamento prevista pelo direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável esteja sujeito, ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável pelo tratamento;

c) Por motivos de interesse público no domínio da saúde pública ou para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos (...), seja suscetível de tornar impossível ou prejudicar gravemente a obtenção dos objetivos desse tratamento;

d) Para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial;

e) Para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, seja suscetível de tornar impossível ou prejudicar gravemente a obtenção dos objetivos desse tratamento; ou nos termos do artigo 85 os Estados-Membros devem conciliar por lei o direito à proteção de dados pessoais, nos termos do Regulamento de Proteção de Dados, com o direito à liberdade de expressão e de informação, incluindo o tratamento para fins jornalísticos e para fins de expressão acadêmica, artística ou literária.

O artigo 18, do Regulamento em exame, dispõe que o titular dos dados tem o direito de obter do responsável pelo tratamento a limitação do tratamento, se se aplicar uma das seguintes situações:

a) Contestar a exatidão dos dados pessoais, durante um período que permita ao responsável pelo tratamento verificar a sua exatidão;

b) O tratamento for ilícito e o titular dos dados se opuser ao apagamento dos dados pessoais e solicitar, em contrapartida, a limitação da sua utilização;

c) O responsável pelo tratamento já não precisar dos dados pessoais para fins de tratamento, mas esses dados sejam requeridos pelo titular para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial;

d) Se tiver oposto ao tratamento nos (...) até se verificar que os motivos legítimos do responsável pelo tratamento prevalecem sobre os do titular dos dados.”

O Regulamento Geral de Proteção de Dados, como se nota, contemplou proteção equilibrada à proteção de dados, da privacidade com o direito à liberdade de expressão. E de certa forma parece mesmo haver positivado o entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e do Tribunal de Justiça da União Europeia acerca da tensa relação entre os direitos da personalidade e a liberdade de expressão.

Tanto assim que, dentre os seus “considerandos”, destaca-se o de nº 4 quando afirma que o tratamento dos dados deverá servir as pessoas, mas não é absoluto, devendo ser considerado em relação a sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, por meio do princípio da proporcionalidade, devendo ainda respeitar os direitos fundamentais previstos na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, nomeadamente o direito à vida privada e familiar, ao domicílio, a proteção de dados pessoais, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, direito à liberdade de expressão e de informação, a liberdade de empresa, o direito à ação e a um tribunal imparcial, à diversidade cultural, religiosa e linguística.

3.4.2. A positivação dos direitos fundamentais em âmbito internacional, comunitário, europeu e nacionais, no tocante à proteção de dados, à privacidade e à liberdade de expressão.

Diante dos inevitáveis conflitos entre essas duas liberdades, no âmbito das constituições nacionais e regulamentações comunitárias, em forma de garantias, há um amplo leque normativos que, além de assegurar-lhes, estabelecem limites ao seu exercício, dado que e não sendo absolutas, em certas situações devem admitir intervenções recíprocas.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, da ONU enuncia que em seu artigo 19, 1 e 2, que “ninguém poderá ser molestado por suas opiniões; toda pessoa terá direito à liberdade de expressão;". E completa dispondo que esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, "independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.”

Contudo, esse diploma normativo internacional adverte que o exercício do direito à liberdade de expressão implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

Para mais disso, o direito à liberdade de expressão está prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, quando em seu artigo preceitua que a toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão, sendo que esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

Esse Diploma do Continente Americano estabelece ainda, no mesmo dispositivo, que o exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

Ademais, de tal diploma normativo emerge a proibição de restrições ao direito à liberdade de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

Ainda no âmbito do direito internacional regional, tem-se a Convenção Europeia de Direitos Humanos, adotada em 1953 pelo Conselho da Europa, quando, em seu artigo 10º estabelece que qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. Contudo, o referido artigo 10, da Convenção Europeia, não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia para funcionamento.

Para mais o referido catálogo europeu de direitos, dispõe que o exercício das liberdades de comunicação, posto que implica em deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir.

Tem-se ainda a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de 1986, que prevê no art. 9º que “toda a pessoa tem direito à informação; toda a pessoa tem direito de exprimir e de difundir as suas opiniões no quadro das leis e dos regulamentos.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, do ano 2000, dispõe que em seu artigo 11 que todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão. No mencionado direito, compreende-se a liberdade de opinião, a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras.

3.5. Limites ao exercício da liberdade de expressão.

As Constituições de países como Portugal, Espanha e Alemanha já contemplam em próprio texto constitucional as possibilidades expressas de restrição ao direito à liberdade de expressão. De Portugal, por exemplo, o art. 18, números 1 e 2, permitem que a lei restrinja direitos fundamentais, nos casos previstos no texto constitucional, mas “limitando-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

A Lei Fundamental alemã, por sua vez, em seu artigo 19, dispõe que quando a Lei Fundamental autoriza que um direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de uma lei, “esta deverá ter caráter e não ser limitada ao caso individual. Ademais, deverá citar o direito fundamental indicando o artigo correspondente. Em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência.”

A Constituição da Espanha também contempla igual disposição ao dispor que os direitos e liberdades presentes em seu texto vinculam todas as autoridades públicas, e o “exercício de tais direitos e liberdades só pode ser regulado por lei, que em todo o caso deve respeitar o seu conteúdo essencial, e que deve ser protegido em conformidade com o disposto no artigo 161º, nº 1, alínea a).”

O art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos assegura que qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão, sendo que “este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras.”[[78]](#footnote-78)

Contudo, no número 2 do mesmo dispositivo mencionado, abrem-se várias possibilidades de limitação ao exercício do direito à liberdade de expressão, quando autoriza sua submissão a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

Por serem tais permissões de limitação demasiado abertas, assim dando azo até mesmo à negação de efetividade ao referido direito fundamental, tais possibilidades, como não poderia ser diferente, devem ser interpretadas restritivamente. Nesse sentido, assinala Manuel António Lopes Rocha que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem-se mostrado particularmente exigente no exame das condições a que essas restrições devem obedecer para serem compatíveis com a Convenção. "Podemos resumi-las deste modo: a liberdade de expressão é um princípio fundamental da sociedade democrática; as restrições autorizadas são excepcões que carecem de uma interpretação estrita”(Rocha, 1999, p.22).

Extrai-se ainda, do mesmo autor, que a Convenção Europeia de Direitos Humanos “não organiza qualquer hierarquia entre os direitos proclamados e opera uma ‘neutralização’ recíproca do direito à liberdade de expressão e do direito do respeito à vida privada, devendo as autoridades esforçar-se para garantir ambos estes direitos” (Rocha, 1999, p.22).

Vale pontuar, a propósito do tema que, para uma significativa parcela da doutrina, principalmente espanhola, o direito à liberdade de expressão é “direito preferente”.

Para Ignácio Berdugo de La Torre, por exemplo, “a liberdade de expressão pode ocupar uma posição preferente, não por si, mas pelo bem jurídico que por meio dela ganha plena vigência que repousa em sua contribuição para a formação da opinião pública” (Berdugo de La Torre, 1987, p.120).

Essa posição é endossada pelo Tribunal Constitucional espanhol quando assenta que não cabe olvidar que a ponderação entre direitos constitucionais em conflito requer que se tenha em conta a posição prevalente, ainda que não hierárquica, dos direitos à livre comunicação e liberdade de expressão, porquanto não se tratam apenas de liberdades individuais mas também de garantia de uma opinião pública indissoluvelmente unida ao pluralismo político.[[79]](#footnote-79)

Essa doutrina da posição preferente, surgida nos Estados Unidos[[80]](#footnote-80), não significa que haja sobreposição de um direito fundamental, mas que tal direito deverá receber maior valoração nos juízos de ponderação dado seu caráter institucional, conforme mencionou o Tribunal Constitucional espanhol.

Contudo, há que haver "limites para os limites". Ou seja, há a imperiosa necessidade de que se estabeleça critérios claros e definitivos para o poder delimitador do aplicador da lei e legislador.

Os "limites dos limites", São definidos por Luis Aguiar Luque como “o conjunto de institutos que, enquanto requisitos formais e materiais para as leis restritivas dos direitos e liberdades, operam como modo de limite a capacidade do legislador” (Luque, 1993, p.25).

Luque acrescenta que na medida em que toda limitação de direitos há que estar por explícita habilitação constitucional ou para assegurar outros direitos, bens ou valores constitucionais, a justificação da limitação e sua correlata proporcionalidade entre aquela e o sacrifício imposto também podem ser considerados limites dos limites. E mais diz que tais limites dos limites gozam de “força expansiva fruto do papel decisivo dos direitos na determinação na ordem básica de valores constitucionais” (Luque, 1993, p.25).

Um outro aspecto que se pode tomar como “limite dos limites”, colhe-se da Lei Fundamental alemã quando em seu artigo 18 para admitir que direitos fundamentais recebam restrições exige que sejam levadas a efeito por lei de caráter geral e “não ser limitada ao caso individual.”

Além disso, com se verá nas linhas que se seguem, as limitações aos direitos fundamentais deverão respeitar a “garantia de preservação do conteúdo essencial ou núcleo essencial dos direitos humanos.”

3.6. Conteúdo essencial (ou núcleo essencial) dos direitos fundamentais.

Segundo assinala Peter Härbele, "o legislador tem, no âmbito dos direitos fundamentais uma dupla função: a de limitação e a de conformação dos direitos fundamentais"( Härbele, 2003, p.168). Dessarte, do que se expôs até aqui, sem perder de vista que “os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade” (Alexy, 2015, p.296), feito desse modo, já se pode aceitar a noção de que a necessidade de se viabilizar ou afirmar a validade de certos direitos fundamentais implica em que, sob certas circunstâncias, outros direitos invocados para estribar interesses contrapostos possam sofrer restrições quanto a sua aplicação ou exercício.

No entanto – presente noção de que os direitos fundamentais compõem um sistema que não admite sua negação recíproca, e que ante essa incindível unidade constitucional, tais direitos devem conviver harmonicamente –, ganha força a ideia de que há partes essenciais dos direitos fundamentais que não podem sofrer intervenção, sob pena de que tal direito como um todo pereça ou reste desfigurado.

Assim, a Lei Fundamental alemã (Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949), pioneiramente, em seu artigo 19.2, estabelece que “em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência”.

No mesmo sentido, a Constituição Portuguesa, em seu art. 18, nº 2 e 3, estabelece que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, e que tais “leis restritivas têm de revestir caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

A Constituição da Espanha, de 31 de outubro de 1978, também prevê de forma explicitada tal princípio, aduzindo em seu artigo 53.1 que “somente por lei, que em todos os casos deve respeitar seu conteúdo essencial, poderão ser regulados esses direitos e liberdades”.

Nesse sentido, também a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece que qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades (artigo 52, 1). Portanto, além de impor uma reserva de lei formal, adequação e necessidade, para a introdução das ditas restrições, determina ainda que tais limitações correspondam efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União Europeia ou à necessidade de proteção aos direitos e liberdades de terceiros e na própria Constituição Europeia.

A Constituição Federal do Brasil (1988) não prevê expressamente a garantia de um núcleo essencial. Contudo, é bem aceita a noção de que existir como princípio implícito decorrente das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, da CF) que impede o poder derivado de obliterar cláusulas pétreas, e da conjugação com o princípio da dignidade humana (Art. 1º, III).

O conteúdo essencial, nos parece, recebeu sua melhor definição pelo Tribunal Constitucional da Espanha (STC 11/1981), quando assinala ser “a parte do conteúdo do direito fundamental que é absolutamente necessária para que os interesses juridicamente protegidos, e que dão vida a tal direito, resultem real, concreta e efetivamente protegidos.” E completa o seu sentido, consignando que “vulnera-se certo direito quando submetido a limitações que o tornem impraticável ao restringi-lo para além do que seria razoável e assim despojando-a da necessaria de proteção."

Jorge Reis Novais, com base em G. Durig, faz referência ao princípio da dignidade da pessoa humana identificada com parte primordial dos direitos fundamentais: a garantia de preservação de um núcleo essencial, que na Constituição Portuguesa encontra-se insculpido no art. 18, 3, e que traduz a ideia de um “derradeiro e inultrapassável ‘limite dos limites’ dos direitos fundamentais, ou seja, em termos de conformação, no conteúdo de cada direito fundamental, de um âmbito nuclear de proteção irredutível” (Novais, 2016, p.183).

Por tal concepção, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais tem natureza essencialmente subjetiva, porquanto a dignidade da pessoa humana reveste o núcleo essencial quando põe a tutelar “a pessoa em si mesma que merece proteção por esta via quando está a ser eventualmente posta em causa, desconsiderada”(Novais, 2016, p.183). O eminente professor da Universidade de Lisboa conclui então que “a natureza absoluta da proteção significa a insuptibilidade de cedência e, logo, de sujeição a eventual ponderação daquele núcleo determinado pela dignidade da pessoa da pessoa humana com outros valores” (Novais, 2016, p.183).

Segundo observa Prieto Sanchís, definir-se o significado e o alcance da garantia de conteúdo essencial "não é um tarefa simples, porque trata-se de um conteúdo indeterminado e, além disso, cada direito tem seu próprio núcleo de essencialidade", e, assim, conclui não haver uma definição geral aplicável a todos os direitos (Prieto Sanchis, 1990, p. 142). Não se estranha então que o Tribunal Constitucional alemão, após ter afirmado o caráter absoluto da garantia de conteúdo essencial ao cuidar do direito à privacidade, não tenha mantido a mesma rigidez em relação a outros direitos em colisão.

Parejo Alfonso define, não a garantia de conteúdo essencial, mas o que significa o próprio conteúdo essencial que precisa de proteção. Com efeito, assinala então que se trata da parte do conteúdo “que sejam absolutamente indispensáveis para o reconhecimento jurídico do direito enquanto tal, tanto em seu aspecto interno (faculdades), como em sua compleição externa (proteção), que pode considerar-se constitutiva do conteúdo essencial" (Parejo Alfonso, 1981, p.187).

3.6.1. Valor e alcance do princípio da garantia do núcleo essencial.

Sobre o valor ou alcance a proteção ao núcleo fundamental, há defensores de uma teoria absoluta, que torna certa esfera dos direitos fundamentais permanente e invariavelmente imune à circunstâncias, condições singulares dos titulares ou espécies de direitos fundamentais. Martinez-Pujalte, por exemplo, defende que a garantia do conteúdo essencial constitui “um mandato incondicionado aos poderes públicos de respeito ao conteúdo dos direitos”( Martinez-Pujalte, 1997, p.22).

Segundo definição de Gomes Canotilho, como resultado de um processo de ponderação, a teoria relativa constitui “aquela parte do direito fundamental que, em face de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos e com ele colidentes, acaba por ser julgada prevalecente e consequentemente subtraída à disposição do legislador" (Canotilho 2008, p. 459).

Alexy, a partir das teorias subjetivas, opta pela teoria relativa afirmando que o núcleo essencial é aquilo que resta após o sopesamento. Afirma mais, que restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental. “A garantia do conteúdo essencial é reduzido à máxima de proporcionalidade. Já, segundo a teoria absoluta, cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese alguma" (Alexy, 2015, p.297).

O jusfilósofo alemão, debruçado sobre o sentido do artigo 19, §º, da Lei Fundamental alemã, dispositivo que, como se referiu, prevê que a garantia de conteúdo essencial, em relação à máxima de proporcionalidade, não havendo nenhum limite adicional à restringibilidade dos direitos fundamentais. Visto que ela é equivalente a uma parte da proporcionalidade, fornece ela mais uma razão a favor da vigência dessa máxima (Alexy, 2015, p.301).

Embora haja respeitáveis opiniões e decisões de importantes cortes constitucionais a afirmar a natureza absoluta da garantia de conteúdo essencial,[[81]](#footnote-81) de nossa parte entendemos que, assim como não podem existir direitos ilimitados ou absolutos,[[82]](#footnote-82) não se pode acatar a ideia de que a garantia do conteúdo essencial possa ser considerada absoluta, posto sempre a realidade e o próprio dinamismo das mudanças na sociedade, de suas concepções de valores e mesmo os crescentes riscos que surgem diariamente, mais e mais estão a demandar uma maior intervenção sobre certos direitos.

Apoia o entendimento que propomos a doutrina de Canotilho quando assevera que a solução do problema não pode restringir-se “a alternativas radicais porque a restrição dos direitos, liberdades e garantias deve ter em atenção a função dos direitos na vida comunitária quotidianamente confrontada com a necessidade de limitação de direitos fundamentais” (Canotilho, 2008, p.459).

Canotilho opõe-se às teorias absolutas ao argumento de que o âmbito de proteção de somente é determinável com sua “a equação com outros bens, havendo possibilidade de o núcleo de certos direitos, liberdades e garantias poder vir a ser relativizado em face da necessidade de defesa destes outros bens” (Canotilho, 2008, p.460). Recusa também a teoria relativa por, segundo afirma, acabaria por “reconduzir o núcleo essencial ao princípio da proporcionalidade, proibindo designadamente o legislador de, na solução de conflitos, limitar direitos, liberdades e garantias para além do justo e do necessário” (Canotilho, 2008, p.460).

Canotilho também recusa a compreensão de que a garantia do núcleo essencial seja uma “mera proclamação e sinalização da ponderação e vinculação do legislador ordinário e restantes dos poderes constituídos pelos direitos fundamentais.” Para demonstrar a atuação da garantia do núcleo essencial cita como exemplo que “quando se proíbe a pena de morte não se pretende dizer que esta é apenas excessiva. Pretende-se salientar que, depois do cumprimento desta pena, não resta nada ” (Canotilho, 2008, p.461).

Com efeito, a esfera íntima, a rotina doméstica de alguém, aparentemente, pode não intervir ou merecer intervenção. Mas se, por exemplo, por trás da rotina de quem se pensa ser um indivíduo comum estiver alguém que se prepara para cometer um crime de terrorismo, a sua esfera de intimidade, em razão de um contraposto direito à segurança, deverá merecer intervenção para viabilizar a investigação e possível prevenção de tal crime.

As concepções acerca do significado e alcance da proteção ao conteúdo essencial têm um ponto de consenso: trata-se de uma limitação ao poder limitador, principalmente por parte do legislador. Um limite para os limites, para assim se sintetizar.

Contudo, não nos parece desarrazoado concluir-se que, em se tratando de aplicação da garantia de respeito ao conteúdo essencial, o aplicador dos direitos fundamentais (neste debate, tribunais constitucionais e o poder judiciário de forma geral pelo controle em concreto de constitucionalidade) pode mais que o legislador.

Embora a garantia do conteúdo essencial dirija-se essencialmente contra intervenções do legislador, quer nos parecer que seu grau de atuação somente pode ser adequadamente aferido quando da apreciação de casos concretos por meio de juízos de ponderação, ou de equilíbrio, à luz da proporcionalidade em sentido estrito.

Com efeito, um órgão com função judiciária, com o correto manuseio das máximas de proporcionalidade, em função de outro direito fundamental, pode negar completamente a força normativa de um direito fundamental no tocante a determinada situação ou caso concreto sob sua apreciação.

De outro flanco, tem-se que os próprios direitos fundamentais "são, por um lado, autorização ao legislador para conformar e limitar a liberdade, e, por outro lado, é limite para o legislador" (Härbele, 2003, 121). Em reforço a essa linha conformativa e protetiva, emerge a garantia de conteúdo essencial e assim, jungindo-se tudo isso, a capacidade restritiva da função legislativa restará bem mais limitada que as possibilidades de que pode lançar mão o aplicador da norma.

O legislador constitucional derivado, por exemplo, ao intentar exercer seu poder de reforma à Constituição, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade não poderia, por meio de emenda à Constituição, suprimir um direito fundamental com sede constitucional; nem tampouco poderia alterá-lo a ponto de perder a sua substância. Assim, por exemplo, se, por meio de uma emenda à Constituição o legislador constitucional derivado pretendesse suprimir a idade mínima para imputabilidade penal haveria que tomar em consideração a necessidade de proteção à infância, que para o Estado é dever, correlatamente é direito fundamental dos infantes. Nesse caso, o que pode o legislador reformador é reduzir a maioridade penal para certa idade que sob o ponto de vista jurídico (e este tome em consideração fatores biológicos, sociológicos,etc.) não desfigure o direito fundamental à proteção da infância, para que só assim reste preservado o seu conteúdo essencial.

O mesmo se diga em relação ao legislador ordinário cuja atuação, ao delimitar direitos fundamentais, deve conformar-se à geral e específica da Constituição. Neste particular, o controle de constitucionalidade, ao se considerar a garantia de conteúdo fundamental, se daria no sentido de se aferir se "ao final a regulação legislativa o direito fundamental pode seguir sendo reconhecível como pertencente ao tipo descrito na Constituição segundo os critérios de significado de nossa linguagem e cultura jurídica" (Sanchis Prieto, 2000, pp.440-441).

# CONCLUSÃO

Entre muitas perguntas que ainda continuaram a gravitar em torno do tema, algumas convicções emergem desta investigação.

Os direitos fundamentais, neste particular, os direitos à liberdade de expressão, são resultado direto de um processo histórico que, a partir da dignidade humana, elegeu a democracia como regime indispensável à existência das liberdades. Os direitos fundamentais, na precisão leitura de Norberto Bobbio, "são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas" (Bobbio, 2004, p.24). No mesmo sentido, em Peter Härbele, para quem “os direitos fundamentais são a resposta, segundo a experiência histórica as principais ameaças ao homem”(Härbele, 1993. p.177).

Nos Estados Unidos, por exemplo, somente após longa e sangrenta guerra de independência surgiram os *"Bill of Rights",* sendo que alguns direitos nasceram e inspiraram a sua instituição em outros países sem que sequer tenham sido cogitados pelo legislador constituinte estadunidense. Caso do direito à privacidade que, sem estar positivado na Constituição deste País, foi construído pela doutrina e jurisprudência e hoje recebe a mesma dignidade de outros direitos fundamentais com sede constitucional, tal como o direito à liberdade de expressão com quem, recorrentemente, disputa prevalência no campo de sua aplicação ou na sua regulamentação.

De um evento histórico que traduziu um ponto de ruptura com um regime absolutista, na França, surgiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. De duas guerras que colocaram as nações do mundo em conflito, na Alemanha, pela Constituição de Weimar e pela Lei Fundamental, emergiram dois importantíssimos catálogos de direitos fundamentais. Após regimes de exceção, com o restabelecimento da democracia países como Portugal, Espanha e Brasil promulgaram novas Constituições, com amplos catálogos de direitos fundamentais.

Com efeito, postas as circunstâncias e condições, os direitos fundamentais nasceram nos países com regimes democráticos.

Contudo, há que considerar-se que embora não seja correto ou prudente afirmar-se que a valoração excessiva e a eficácia desmedida de um direito, frente a outros direitos, seja tão nocivo quanto a ausência de direitos, parece forçoso concluir-se que a atuação hegemônica de um direito também implica na negação de eficácia a outros direitos. Assim, se por hipótese, o direito à privacidade pudesse ser exercitado de forma absoluta, ou próximo a essa consideração – quando todas as esferas da personalidade seriam consideradas invioláveis ou insondáveis, não se teria dúvida de que a repercussão imediata seria soerguer-se barreira insuperável para a liberdade de expressão e, consequentemente –, isso impediria a formação da opinião pública e, por conseguinte, da participação política, comprometendo até mesmo própria existência da democracia.

Disso emergem os “porquês” de todo o esforço empreendido nesta investigação para a identificação dos limites de restrição dos direitos à liberdade de expressão e da privacidade, dos “limites dos limites” (*Schranken der Schranken*) e das possibilidades de intervenção recíproca. Feito desse modo, tem-se que os direitos não são criados com marcos exatos acerca de seu alcance e de se submeterem à restrições em nome da convivência com outros direitos, embora todos devam convergir para a dignidade do ser humano, por serem percebidos de diferentes modos ou recebam diferentes valorações das sociedades (a depender das circunstâncias e interesses que os justificam), colidem e as tensões resultantes passam a reclamar soluções.

A maior barreira aos excessos restritivos radica na garantia de preservação do núcleo essencial, e encontra-se expressamente presente nas Constituições de Portugal, Alemanha, Espanha e na Carta Europeia de Direitos Fundamentais e, implicitamente, na Constituição do Brasil.

As concepções acerca do significado e alcance da proteção ao conteúdo essencial, embora destoantes, convergem para admitir tratar-se de uma limitação ao poder limitador, principalmente por parte do legislador. Embora a garantia do conteúdo essencial dirija-se essencialmente contra intervenções do legislador, à nossa leitura, seu grau de atuação somente pode ser adequadamente aferido quando da apreciação de casos concretos por meio de juízos de ponderação, ou de equilíbrio, à luz da proporcionalidade em sentido estrito.

Com efeito, um órgão com função judiciária, com o correto manuseio das máximas de proporcionalidade, em função de outro direito fundamental, pode excluir por completo a força normativa de um direito fundamental no tocante a determinada situação ou caso concreto sob sua apreciação. Isso é possível porquanto a matriz fundamental do direito permanecerá intacta e poderá ser invocada para a proteção de outros titulares, sob outras circunstâncias. Ou seja, a sua forma original abstrata do direito fundamental permanecerá incólume.

Sob outra perspectiva, o próprio sistema protetivo que decorre dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo que autoriza o legislador a limitar ou conformar as liberdades, também soergue-se como limite de atuação. Em reforço a essa linha conformativa e protetiva, emerge a garantia de conteúdo essencial e assim, juntado-se tudo isso a capacidade restritiva da função legislativa restará bem mais limitada que as possibilidades de que pode lançar mão o aplicador da norma. O legislador constitucional derivado, por exemplo, ao intentar exercer seu poder de reforma à Constituição, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade, não poderia, por meio de emenda à Constituição, suprimir um direito fundamental com sede constitucional. Também não poderá alterá-lo a ponto de perder a sua substância. O mesmo se diga em relação ao legislador ordinário cuja atuação, ao delimitar direitos fundamentais, deve conformar-se à geral e específica da Constituição. Neste particular, o controle de constitucionalidade, ao considerar-se a garantia de conteúdo fundamental, dar-se-ia no sentido de se aferir se "ao final a regulação legislativa o direito fundamental pode seguir sendo reconhecível como pertencente ao tipo descrito na Constituição segundo os critérios de significado de nossa linguagem e cultura jurídica" (Sanchis Prieto, 2000, pp.440-441).

Os direitos fundamentais, relembre-se de HÄBERLE, são integrados reciprocamente, formando um sistema unitário, e são configurados como componentes constitutivos do conjunto constitucional e “estão em uma relação de condicionamento recíproco com outros requisitos legais e constitucionais, daí que seu conteúdo deve ser determinado e seus limites de atenção aos outros ativos constitucionais legais reconhecidos ao lado deles” (Härbele, 2003, p.33).

Na Europa, a aplicação dos direitos fundamentais tem se servido do princípio da proporcionalidade quando da adoção de restrição a direito fundamental, com a utilização de seus requisitos para, primeiro, saber se tal medida é consentânea à consecução do objetivo proposto (juízo de adequação ou idoneidade); segundo, se realmente é necessária, caso em que se deve avaliar se não existe medida suficiente mais moderada ou menos invasiva (juízo de necessidade); e, terceiro, se a referida medida é ponderada suficiente para que a partir dela se tenha mais benefícios e vantagens para o interesse geral que prejuízos para os bens ou valores em conflito.[[83]](#footnote-83)

Contudo, à vista da larga utilização do princípio da proporcionalidade, não só por aplicadores da lei como também por legisladores, há que se ter em vista, como pressuposto irrenunciável, que as disposições jurídicas que estabelecem princípios (e os direitos, garantias e liberdades quase sempre se apresentam em forma de princípios) afluem, na generalidade dos casos, abertos ou indeterminados e, por isso, a aplicação dos direitos fundamentais não está imune a uma boa dose de subjetivismo, sendo de todo recomendável que em tal agir, principalmente no caso de colisões direitos em colisão se pratique valorações mais objetivas e racionais quanto possível.

Desse modo, há que se tomar em consideração a natureza e a severidade das sanções impostas na avaliação da proporcionalidade de uma ingerência no exercício da liberdade de expressão. Por exemplo, quando houver condenação penal ou por danos morais, representando tais medidas uma intervenção no direito contraposto, deve-se tomar em consideração sua proporcionalidade. Neste caso, pesa-se se o nível de intervenção no direito fundamental. Assim se a intervenção (por alguém que se julga em exercício do direito à liberdade de expressão) no direito à privacidade for apenas leve, haverá desproporcionalidade se se aplica sanção grave em desfavor daquele que externou opinião ou informação, sendo esta nova intervenção indevida.

Portanto, para o sistema de proteção constitucional por meio de direitos fundamentais, a existência de limites ao exercício de cada um deles é tão importante quanto a própria existência de tais direitos. Essa necessidade se torna mais premente quando já se tem a emergência de novos direitos tais como o direito fundamental à proteção de dados, que traz consigo uma carga imensa de possibilidades de conflitos com outros direitos, máxime com o direito à liberdade de expressão.

Assim, não basta que se disponha de fórmulas de resolução de conflitos ou para o estabelecimento de limites. Antes, faz-se necessário a fixação de critérios mais seguros quanto possível para a segurança jurídica e máxima eficácia dos valores fundamentais.

Esse esforço foi identificado por esta investigação, por exemplo, em acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia-TEDH, no caso *Google Spain e Google Inc,* ocasião em que diante dos interesses de alguém que reclamava a exclusão de seu nome de listas de motores de busca, sopesou o interesse “legítimo dos internautas potencialmente interessados em ter acesso a tais informações” (direito à liberdade de expressão na espécie direito à informação) com o direito do referido interessado à privacidade, neste particular, na modalidade direito à proteção de dados. Assim, consignou o referido tribunal, que o equilíbrio impõe-se a depender “da natureza da informação em questão e da sua sensibilidade para a vida privada da pessoa em causa, bem como do interesse público em dispor da informação, que pode variar, designadamente, em função do papel desempenhado por essa pessoa na vida pública.”

A vida na designada "sociedade da informação", sua velocidade e complexidade, tem reclamado "imperativos de tutela" por parte dos Estados para fixar parâmetros ao exercício de novos direitos ligados ao direito à privacidade (tais como o direito à proteção de dados) com o direito à liberdade de expressão. Ante esse inafastável imperativo de atuação, Estados e organismos internacionais tem oferecido algumas respostas legislativas.

O Parlamento alemão, em junho de 2017, aprovou a “lei de execução de rede” ao propósito de combater notícias falsas, a incitação à violência e proteger a privacidade. Contudo, esta lei já nasceu sob fundadas críticas por intervir desproporcionalemente no direito à liberdade de expressão, por exemplo, ao determinar, em seu art. 3º, § 1º, a exclusão de conteúdos ilícitos das redes socias, tais como as mensagens cujo conteúdo atente contra a segurança nacional e a ordem pública, os direitos das “figuras públicas" ou que neguem o holocausto judeu.

Em maio de 2018 entrou em vigor o Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e a sua livre circulação.

Considerando intenso debate nas jurisprudências nacionais e comunitárias, o referido Regulamento, estabeleceu o “direito ao apagamento dos dados (“direito a ser esquecido”) e definiu em que situações este direito, derivado do direito à privacidade poderá ser exercido que, a saber, se darão quando: a) os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento; b) O titular retira o consentimento anteriormente dado mas, para tanto, não poderá existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento; c) O titular opõe-se ao tratamento invocando seu direito de “oposição” não existam interesses legítimos prevalecentes que justifiquem; d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente; e) Os dados pessoais devam ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; ou se os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação.

Neste caso, contudo, acertadamente o legislador comunitário balanceou o "direito ao esquecimento" com a liberdade de expressão. Assim, o esse direito ao apagamento não se imporá se os dados forem necessários a) ao exercício da liberdade de expressão e de informação;

b) Por motivos de interesse público no domínio da saúde pública ou para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos; c) para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos.

Nesse sentido, o artigo 85 do referido Regulamento determina, peremptoriamente, que os Estados-Membros devem conciliar por lei o direito à proteção de dados pessoais "com o direito à liberdade de expressão e de informação, incluindo o tratamento para fins jornalísticos e para fins de expressão acadêmica, artística ou literária”e. em um de seus "considerandos" (nº 4) afirma que o tratamento dos dados deverá servir as pessoas, mas não é absoluto, devendo ser considerado em relação a sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, por meio do princípio da proporcionalidade, devendo ainda respeitar os direitos fundamentais previstos na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, nomeadamente o direito à vida privada e familiar, ao domicílio, a proteção de dados pessoais, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, direito à liberdade de expressão e de informação, a liberdade de empresa, o direito à ação e a um tribunal imparcial, à diversidade cultural, religiosa e linguística.

Em semelhante esmero para fixar critérios para o balanceamento entre o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, estabeleceu os seguintes critérios de ponderação quando tais direitos estejam colisão.

O direito à liberdade à liberdade de expressão será tomado como preponderante se a informação pude oferecer:

a) Contribuição da informação para um debate de interesse geral, caso em que “as circunstâncias do caso” orientarão essa qualificação;

b) O grau de reconhecimento público ou notoriedade da pessoa em questão e qual é o assunto contido na publicação. Neste caso, há que se realizar uma distinção entre particulares e pessoas que atuam no contexto público, tais como figuras políticas e figuras públicas. Destarte, enquanto um indivíduo privado desconhecido do público pode reivindicar uma proteção particular do seu direito à vida privada, o mesmo não acontece com figuras públicas. Contudo, resguardou o direito à privacidade a políticos ou pessoas públicas ou notórias quanto à atividades não oficiais ou não relacionadas à ações públicas.

c) A conduta anterior da pessoa em causa. O “comportamento da pessoa em questão antes da publicação e o fato de fotografias e informações relacionadas já terem aparecido em publicação anterior também constituem fatores a serem levados em consideração.

d) Modo de obtenção da informação, veracidade, boa-fé e ética jornalística. O modo como a informação foi obtida e sua veracidade também solevam-se como fator importante. e) Conteúdo, forma e consequências da publicação.

f) Natureza e gravidade da sanção imposta pelos tribunais.

Neste esforço investigativo, examinou-se os valores postos como justificativa, os critérios e os instrumentos de que lançam mão países como Estados Unidos, Alemanha, Espanha, Portugal e Brasil para dirimir conflitos aparentes entre os direitos à liberdade de expressão e o direito à privacidade. Buscou-se aferir, principalmente, a proporcionalidade das intervenções e sua inevitabilidade a propósito dos antagonismos entre direitos e se as soluções mais aproximam de um justo equilíbrio ou, perspectiva inversa, que buscam evitar os juízos de desproporcionalidade.

Como se viu para a doutrina e jurisprudência dos Estados Unidos o direito à liberdade de expressão deve receber maior valoração ante outros bens constitucionais. Isso ocorre como se pode verificar pela forma e pelo processo com que as individualidades e autonomias foram desenvolvidas neste país. Assim, não nos parece haver desproporcionalidade ou distanciamento do justo equilíbrio se para combater as intolerâncias os maus discursos e más ideias, se permite e se forneça os meios para que a tolerância, os bons discursos e a boas ideias possam ser postas em contraposição.

Mesmo na Europa, tendo a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o Tribunal de Justiça da União Europeia têm passado a tomar o direito à liberdade de expressão como ponto de partida para só depois se cuidar de delimitá-la na forma das permissões constitucionais de cada país e no ordenamento fundamental comunitário.

A aceitação da ideia de uma garantia de um núcleo essencial na solução de conflitos, para assim não se permitir que as intervenções em direitos fundamentais não possam ir além “do justo do justo e do necessário” constitui importante e indispensável opção em favor da convivência equilibrada entre os direitos à liberdade de expressão.

Contudo, é de se lamentar que a doutrina e jurisprudência de países como Alemanha e Espanha, majoritariamente, perfilhem entendimento haurido de teorias absolutas no que diz respeito à atuação do núcleo da garantia de núcleo essencial, por exemplo, considerando que no direito à privacidade há uma esfera absolutamente intocável, neste caso, postando como principal argumento a equivocada ideia de alguns aspectos da vida privada nunca interferem e nem recebem interferência de outros direitos fundamentais.

Embora não se discuta que alguns momentos e sob determinadas circunstâncias isso possa ser verdadeiro, não se pode converter essa noção em uma regra. Se é fato que o quotidiano de uma pessoa, em seu ambiente doméstico e com conduta lícita, não interfere e nem recebe interferência de outros direitos, não é menos verdadeiro que, diante das possibilidades que as novas tecnologias oferecem, principalmente a *internet*, mesmo no recinto doméstico, alguém pode praticar toda sorte de crimes cibernéticos. Neste caso, compulsório será admitir-se que mesmo a esfera protetiva mais íntima da vida privada intervirá em outros direitos, por exemplo, no direito à proteção da infância no caso de crimes de pedofilia infantil praticado via *WEB.* Por outro, lado sofrerá intervenção dos direitos à segurança, e, com isso, tangenciará o direito à liberdade de expressão nas modalidades informar e ser informado.

Se se pretende proteger algum direito ou algum aspecto deste em maior intensidade que outros, que se faça como a própria Espanha quanto ao direito à liberdade de expressão, que o toma como prevalente ou preferente sem conferir-lhe, abstratamente, nenhuma hierarquia. O que se tem, neste caso, é uma maior valoração para fins de ponderação quando posto em balanceamento com outros direitos.

Os direitos fundamentais, quanto a sua aplicação, não entram conflito em razão do seu conteúdo ou da natureza dos bens jurídicos que objetivam tutelar, mas em razão das circunstâncias, virtudes ou veleidades que cada pretensão dos titulares carrega consigo. Por exemplo, argumentou o Tribunal Constitucional alemão, no caso “Lebach”, a solução de conflitos entre os direitos à liberdade de expressão e o direito à privacidade “deve basear-se no pressuposto de que, de acordo com a vontade da Constituição, ambos os valores constitucionais constituem componentes essenciais da ordem democrática livre da Lei Fundamental, e, desse modo, nenhum deles pode reivindicar uma prioridade fundamental, sendo que “ambos os valores constitucionais devem ser equilibrados tanto quanto possível em caso de conflito, mas se isso não puder ser alcançado, então há que decidir qual o interesse que deve ser retirado, tendo em conta as configurações específicas do caso e as suas circunstâncias.

Ainda da Alemanha, cuja produção de sua dogmática foi e continua a ser o mais importante farol para o desenvolvimento dos direitos fundamentais, em tema importantíssimo não se aferiu corretamente o direito à liberdade de expressão.

Eis que conforme cuidamos no corpo deste trabalho, o respeitável Tribunal Constitucional Federal, em 2018, confirmou condenações a uma senhora de 89 anos à acusação de incitação ao ódio e por negar o holocausto judeu pelos nazistas por meio de artigos que escreveu. Não haveria o que se criticar quanto ao pronunciamento do Tribunal Constitucional alemão, já que o direito à liberdade de expressão não tem na Europa a mesma dimensão e amplitude de eficácia que tem nos Estados Unidos. Ocorre que em 2018 absolveu um homem que também em conduta “negacionista”, em seu canal *YouTube* e em seu site, publicou um vídeo criticando uma exposição sobre as forças armadas nazistas, afirmando que as fotos dos soldados, em parte, foram apresentadas de forma imprecisa, acusando ainda os responsáveis pela dita exposição de falsificar e manipular o material e que as forças aliadas fizeram ‘propaganda’ mentirosa, e que pessoas que sustentaram a versão verdadeira da história foram processadas e punidas.

Como critério, que reputamos falho e impreciso acerca do que significa opinião ou juízo de valor, o Tribunal Constitucional alemão argumentou que, no primeiro caso, a condenada louvou-se de “posições factuais” para expressar-se, ao passo que no segundo, o queixoso externou opiniões, e, assim, o primeiro caso comporta prova da verdade e no segundo isso não é possível. À nossa ótica em ambas as posições haveria que se chegar a um só resultado, já que, no primeiro caso, as afirmações fáticas que negavam fatos históricos foram emitidas por pessoa que não detinha possibilidades historiográficas, posto que sem formação técnica na área, suas afirmações diletantes e toscas, também não passaram de “opiniões” e assim também, e, desse modo, também estaria protegida pelo art. 5º, 1, da Lei Fundamental Alemã.

De todo modo, a nosso ver, tem caminhado bem a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, especialmente, quando tem considerado que, das permissões de limitações intrínsecas ao direito à liberdade de expressão, embora contemple exigências adicionais para a interferência em tal direito (tais como nos casos em que a manifestação à primeira vista podem por em "perigo a paz pública"), devem ser interpretadas de modo estrito, mesmo que se trate de manifestações subjetivas carregadas de ideologias provocativas, porquanto a convivência com tais ideias faz parte da vivência em regimes democráticos.

Em Portugal, um dos países mais resistentes em conferir maior valoração do direito à liberdade de expressão frente ao direito à privacidade, mas após várias condenações pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, passou a emitir sinais de alquebrar-se ao entendimento da indispensabilidade para o regime democrático de um direito à liberdade de expressão amplamente exercitável. Essa percepção materializa-ze em julgado recente do Supremo Tribunal de Justiça em que este órgão do poder judiciário português, cotejando o direito à honra com a liberdade de expressão o entendimento de que no conflito entre o direito à honra e a liberdade de expressão, tem vindo a verificar-se um ponto de de viragem, tendo por base e fundamento o relevo, a dignidade e a dimensão da liberdade de expressão considerada numa dupla dimensão, concretamente como direito fundamental individual e como princípio conformador e essencial à manutenção e aprofundamento do Estado de Direito democrático, reconhecendo-se que o exercício do direito de expressão, designadamente enquanto direito de informar, de opinião e de crítica, constitui o próprio fundamento do sistema democrático, o que justifica a assunção de uma nova perspectiva na resolução do conflito.[[84]](#footnote-84)

Do Brasil, alvissareiro foi o julgamento, pelo Supremo Tribual Federal, do caso "biografias não autorizadas", quando se concluiu que embora admita-se limitações ao direito à liberdade de expressão, pois faz-se necessário harmonizar-se com os princípios que regem a sociedade democrática, há que se ter presente a noção de que "qualquer limitação ao exercício dos direitos fundamentais deve conduzir-se pela conclusão de serem os danos produzidos maiores que os causados ao interesse público se a informação fosse retida". Destarte, no Brasil, a atual tendência da jurisprudência é de prestigiar mais a liberdade de expressão em função dos direitos da personalidade, mormente, do direito à privacidade.

Na Europa, o direito à liberdade de expressão, em um balanço de erros e acertos, não só em relação à jurisprudência como também no tocante ao legislador e sua produção, especialmente no direito comunitário, para que possa ser exercido com mais precisa indicação de onde começa e de onde termina, a sua conformação legislativa e aplicação tem evoluído para, antes de tudo, um ajustamento de sua convivência em conformidade com as regras postas nas próprias Constituições ou em razão das circunstâncias e particularidades de sua relação com outros direitos, especialmente ante a emergência de novas tecnologias de comunicação.

Ademais, tem sido bem recebida a noção de que a liberdade de expressão não representa apenas uma liberdade individual, mas que também possui a inestimável função institucional de contribuir para a formação da opinião pública, participação na vida política e para a sustentação do regime democrático, e, desse modo, tem se consolidado ou evoluído nos países sobre os quais nossa pesquisa deitou sua investigação.

De resto, há um esforço adicional em fixar-se a dignidade humana como ponto de convergência de todos os direitos fundamentais, posto que existência e validade destes depende da observância daquele princípio. Se não se perde de vista essa noção, as intervenções que impliquem em fazer prevalente um direito sobre o outro nunca serão desproporcionais, e, portanto, não estarão a merecer censura sob o ponto de vista de sua legitimidade e constitucionalidade.

# REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguiar Luque, L. A. (1993). *Los límites de los derechos fundamentales*. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* (14).

Alexy, R. (1993). *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.

\_\_\_\_\_\_ (2003). *Direitos Fundamentais, balaceamento e racionalidade. Ratio Juris,* 16(2), 12-19. Alexy, R. (2015).*Teoria dos Direitos Fundamentais*. (2ª.ed.). São Paulo: Malheiros.

\_\_\_\_\_\_ (2004). *A theory of constitucional rights.* Reino Unido: Oxford University Press.

Andrade, M. C. A. (1996). *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade da Pessoa*: uma perspectiva jurídico-criminal. Lisboa: Coimbra Editora.

Ascensão, J. O. (2008). A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. *Revista da Ordem dos Advogados,(*68), 107.

Bisbal Torres, M. (2006 ). La libertad de expression em la filosofia de John Stuart Mill*. Anuario de filosofía del derecho*, (23).

Bobbio, N. (2004). *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier.

Campos, D. L. (2000). Lições de Direitos da Personalidade. Lisboa: Almedina.

Canaris, Claus-Wilhelm. (2006). *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Lisboa: Edições Almedina.

\_\_\_\_\_\_. (2003). *Direitos fundamentais e direito privado.* Coimbra: Almedina.

Canotilho, J. J., Gomes. M. (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Editus.

\_\_\_\_\_\_. (2008). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina.

\_\_\_\_\_\_. (2008). *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos tribunais.

Charlesworth, M.P. (1943). *Freedom of Speech in Republican Rome*. *The Classical Review,* 57(1), 49.

Coutinho, P. F. (2014). O Tribunal Europeu dos direitos do homem e a liberdade de imprensa: os casos portugueses (*The European Court of Human Rights and Freedom of Press: The Portuguese Cases*).

Dicey, A. V. (2010). *Introduction to the study of the law of the constitution*. Indianapolis: Liberty Fund.

Dworkin, R. (2005). *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes.

Franklin, B. (1996). An apology for printers, 10 june 1731. Founders online, Recuperado de: https://founders.archives.gov/documents/Franklin/01-01-02-0061.

Garcia Herrera, M. A. (1982). Estado democrático y libertad de expresió.In*:* *Revista de la Facultad de derecho de la complutense,* (64),150.

Gaspar, A. H. (2009). Liberdade de expressão: o artigo 10º da convenção européia dos direitos do homem: uma leitura da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, In *Estudos de homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, 1(1), 687-715.

Günther, K. (2004). *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação.* São Paulo: Landi.

Häberle, P. (2003). *La garantia del contenido de los derechos fundamentales. Una contribuición a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. Dykinson-Constitucional. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madri.

\_\_\_\_\_\_. (1997). *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição, contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: S. A. Fabris.

Habermas, J. (1998). *Between Facts and Norms*. Cambridge: MIT Press.

Helmholz, R. H. (2009). *Bonham’s Case.* Judicial Review, and the Law of Nature. In: *Journal of Legal Analysis*. 1(1), 54-62.

Hesse, K. (1998 ). *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.* Porto Alegre: Fabris.

Jefferson, T. (1987). *Autobiografía y otros escritos*. Madrid: Tecnos.

Kant, I. (2007). *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70.

Kommers, D. (1997). *The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. (2ª. ed.). Durham: Duke University Press.

Larenz, Karl. (1983). *Metodologia da Ciência do Direito*. (2ª. ed.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Lopes Ulla, J.M. (1994). *Libertad de informar y derecho a expresarse: la jurisprudencia del tribunal constitucional.* Cadiz: universidad de Cadiz.

Maria Desantes, J. (2010). *El derecho fundamental a la Intimidad*. *Revista Estudios Públicos*. CEP. 1992.

Martinez-Pujalte, A. L. (1997). *La garantia del contenido esencial de los derechos fundamentales.*  Madrid: Centro de estudios constiutucionales.

Mateu Carbonell, J. C. (1985). *Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal. Estudios Penales y Criminológicos*. vol. XVIII (1995). Cursos e Congresos nº 87, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela.

Mill, J. S. (1991). *Sobre la libertad e outros escritos*. Madrid: Cento de Publicaciones.

\_\_\_\_\_\_. *Utilitarismo:* um sistema de la lógica. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

Milton, J. (1973). *Aeropagitica and Education*. London: Oxford University Press.

Miranda, J. M., Medeiros, R. (2005). *Constituição da República Portuguesa Anotada.* Lisboa: Coimbra Editora.

\_\_\_\_\_\_. (2008). *Manual de Direito Constitucional*: direitos fundamentais, Coimbra, Coimbra editora.

Miranda, F.(1984). *Articulo 20:* libertad de expresion y derecho de la informacion, en O. Alzaga (dir), Comentários a las leyes politicas, II, Madrid.

Miranda, J. (1986). Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Portuguesa. *Revista espãnola de derecho Constitucional*, 6 (2),16-32.

\_\_\_\_\_\_. (2003). Controle da constitucionalidade e direitos fundamentais. *Revista da EMERJ*, 6(21),61-84.

\_\_\_\_\_\_.(2009). *Manual de direito constitucional*.(8ª. ed.). Lisboa: Coimbra.

Nogueira Alcalá, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Instituto de Investigaciones jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Cidade do México.

Novais, Jorge Reis. (2016). A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais. v.2. Coimbra: Almedina.

Novick, S. M. (1992). *The unrevised holmes and freedom of expression*. The Supreme Court Review, 1(1).

Ollero Tassara, A. (2000). *La poderación delimitadora de los derechos humanos, libertad informativa e intidadad personal em contribuicion a las Sessiones de la Real academia de jurisprudência e legislaciona de Granada em conmomoración del 50 aniversario de declaracion universal de los derechos humanos.* *Revista pensamiento y cultura,*(3), 8-18.

Ortega y Gasset, J. (1966). Meditaciones del Quijote. *In Obras completas de José Ortega y Gasset* (7a ed., Vol. 1, pp. 310-400). Madrid: Revista de Occidente.

Parejo Alfonso, L. (1981). *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*. Liosboa: Tempus editores.

Parker, R. B. (1974). *A definition of privacy.* *Rutgers Law Review*, 27(275).

Pascual Huerta, P. (2016). *La génesis del derecho fundamental a la protección de datos personales.* (Tese de Doutorado em ciências jurídicas, Universidade Complutense de Madrid). Retirada de <https://eprints.ucm.es>

Peces-Barba, G. (1995). *Cursos de derechos fundamentales:* teoria general*,* Madrid: Universidad Carlos III.

Pérez Luño, A. E. (2005). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.

\_\_\_\_\_\_. (1978). La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española *de 1978. Revista de estudios políticos*, (9).

Pieroth, B., Schlink, B. (2012). *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva.

Pinto, P. M., Campos, D. L.(2004). Direitos fundamentais de terceira geração. In: *O direito contemporâneo em Portugal e no Brasil*. São Paulo: Saraiva.

Polakiewicz, J. (1993).*El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania*. *Revista de estudios políticos,* (81).

Prosser, W. L. (1960). Privacy. California: *Law Review*, 48(383).

Raaflaub, K., OBER, J., WALLACE, R.( ). *Origins democracy in ancient*. Los angeles: University of California.

Rivero, J., Moutouh, H. (1999). *Liberdades públicas*. São Paulo: Martins Fontes.

Rocha, M. A. L. (1999). A liberdade de expressão como direito do homem: princípios e limites. *Sub judice: Justiça e Sociedade*, 6(15/16).

Sabau P. J. R. (2005). En torno a la naturaleza jurídica de la libertad ideológica y religiosa en la constitución española*.* *Revista de estudios político,* 2(129),137-162.

Sanchìs, L.P. (1990). Estudios sobre derechos fundamestales*.* Madrid: Debate.

\_\_\_\_\_\_.(2000). La limitacion de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades, In: *Revista Derechos y Libertades,* (8).

Solozábal Echavarría. J. J. (2003). *Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales*.  *Revista de estudios políticos*, 87 (71), 85-94.

Torre, I. B.T. (1987). *Honor y libertad de expresion*.Madrid: Tecnos.

Vega Ruiz, J. A. (1996). Conferência inaugural*: derechos y libertades en los medios de comunicacion social. l*os limites de la libertad de expresión. *Revista del Poder Judicial*, 20/22, 13-28.

**BIBLIOGRAFIAS CONSULTADAS NÃO CITADAS**

Cordeiro, A. M.C. (2007). *Tratado de Direito Civil Português*: parte geral, tomo IV. Lisboa: Almedina.

\_\_\_\_\_\_. (2004). *Tratado de Direito Civil Português*. Lisboa: Almedina.

Fernández Abelardo, H. (2009). *El Honor, latimidad y la Imagen como Derechos Fundamentales*. Madrid: Colex.

Fernandez Segado, F. (1991). *La* teoría jurídica de los derechos constitucionales en la doctrina constitucional. Revista española de derecho constitucional. (39).

Garrido Gómez, M. I. (2007). *Derechos fundamentales y estado social y democrático de derecho.* Madrid: University of California Press.

Meiklejohn, A. (1965*). Political freedom: the constitucional powers of the people*. Oxford: Oxford University Press.

Mello, C.A. (2006). Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: *O novo Código civil e a constituição*. (2ª. ed.) Porto Alegre: Fabris.

Morais, C. B. (2008). *Curso de direito constituciona*l. Lisboa: Coimbra Editora.

Mota, F. T. ( 2009). *O Tribunal Europeu dos direitos do homem e a liberdade de expressão*: os casos portugueses, Lisboa: Coimbra Editora.

Molinero, C. (1995). *Teoría y fuentes del derecho de la información.* (2ª. ed.). Barcelona: EUB.

Novais, Jorge Reis. (2003). As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Lisboa: Coimbra Editora.

\_\_\_\_\_\_. (2006). *Direitos Fundamentais-Trunfos contra a maioria*. Lisboa: Coimbra Editora.

Ordeig Orero, M. J. (1965). *El derecho a comunicar libremente información veraz: sus limites.* *Cuadernos y etudios de derecho judicial*, England: Oxford University Press. London.

Pinto, A. M. (1999). Uma questão de honra ou o outro lado dos direitos de expressão e de informação. *Sub Judice* : Justiça e Sociedade, (15-16),75-81.

Pinto, P. M. (2001). A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. In: *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*.(2), 2-21.

\_\_\_\_\_\_. (2000). Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: *A Constituição concretizada, construindo pontes com o público e o privado Porto* Alegre: Juris.

\_\_\_\_\_\_. (2006). Mota. Reflexões sobre jurisdição constitucional e direitos fundamentais nos 30 anos da Constituição da República Portuguesa. *Themis: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, (2),201-216.

Queiroz, C. (2010). *Direitos Fundamentais*: teoria geral. Lisboa: Coimbra Editora.

Pires, Alex Sander Xavier. (2013). *Justiça na perspectiva kelseniana.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora.

Sarlet, I. W., Michelman, F.(2007). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Simões, E. D. ( 2008). A liberdade de expressão na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista do Ministério Público*,(113).

Siqueira, E. V. (2004). *Dos pressupostos da colisão de direitos no direito civil*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa Editora.

\_\_\_\_\_\_. (2004). Dos pressupostos da colisão de direitos no direito civil. Lisboa: Universidade Católica Editora.

Sousa, R. C. (2011). *Direito Geral de Personalidade*. Lisboa: Coimbra Editora, Novais, J. R. (2011). *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa.* Lisboa: Coimbra Editora.

Vasconcelos, P. P. ( 2006). *Direito de Personalidade*. Lisboa: Coimbra Editora.

Varela, A. P. (2010). Lima, Código civil anotado v.I. Lisboa: Coimbra Editora.

1. Como contraponto as concepções liberais que passaram a predominar após a Revolução Francesa, convém mencionar-se, por necessário, os direitos sociais previstos nas Constituições do México (1917). [↑](#footnote-ref-1)
2. Que em livre tradução nossa significa: “a liberdade de imprensa é um dos maiores baluartes da liberdade e nunca pode ser restringida exceto por governos despóticos.”. [↑](#footnote-ref-2)
3. BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85. [↑](#footnote-ref-3)
4. STC 25/1981, FJ 3 [↑](#footnote-ref-4)
5. Por exemplo, BVerfG, Urteil v. 14.03.1972, Az. 2 BvR 41/71, do Tribunal Constitucional alemão. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia 297/2016, de 05 de mayo de 2016 Recurso núm: 1261/2015: " A proteção do direito à honra deve prevalecer contra a liberdade de expressão quando frases e expressões ultrajantes ou ofensivas forem utilizadas, sem relação com as idéias ou opiniões expostas e, portanto, desnecessárias a esse fim, uma vez que o Artigo 20.1 a) da Constituição não reconhece um alegado direito de insulto."(tradução do autor deste trabalho.) [↑](#footnote-ref-6)
7. STC 19/1996, FJ 2 [↑](#footnote-ref-7)
8. STC 6/1981, FJ 3,4 e 6. [↑](#footnote-ref-8)
9. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 15. Januar 1958 - 1 BvR 400/51 -, Rn. (1-75). [↑](#footnote-ref-9)
10. BVerfGE 6, 389 [433]; 27, 1 [7]; 27, 344 [351]; 32, 373 [379]; 33, 367 [376 f.]; 2 BvR 454/71 B II 1). [↑](#footnote-ref-10)
11. BVerG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 25. November 1999 – BvR 348/98 -, Rn. 1450. [↑](#footnote-ref-11)
12. STC 207-1996 FJ4. [↑](#footnote-ref-12)
13. National Socialist Party of America v. Village of Skokie, [432](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_United_States_Supreme_Court_cases,_volume_432) [U.S.](https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_Reports) [43](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/432/43/) (1977). [↑](#footnote-ref-13)
14. Smith v. Collin, [439](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_United_States_Supreme_Court_cases,_volume_439) [U.S.](https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_Reports) [916](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/439/916/) (1978) (denying certiorari). [↑](#footnote-ref-14)
15. 447 F. Supp.676. (ND III. 1978) 23 de fevereiro de 1978.**.** [↑](#footnote-ref-15)
16. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018 - 1 BvR 673/18 -, Rn. (1-37). [↑](#footnote-ref-16)
17. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018 - 1 BvR 2083/15 -, Rn. (1-35). [↑](#footnote-ref-17)
18. *Minnesota v Carter*, 525, US 83, 119 S. Ct. 469, 142 L. Ed. 2d 373 (1998). [↑](#footnote-ref-18)
19. *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128, 99 S. Ct. 421, 58 L. Ed. 2d 387 (1978). [↑](#footnote-ref-19)
20. *Board of Education of Independent School District of Pottawatomie County, et al. v. Earls* (2002). [↑](#footnote-ref-20)
21. Abrams v. Estados Unidos , 250 US 616, 630 ( [1919](#B10) ) (Holmes, J., dissidente). [↑](#footnote-ref-21)
22. *US Supreme Court Center*, 274 EUA 357, 1927. [↑](#footnote-ref-22)
23. Brandeburg v. Ohio, 395. U.S. 447 (1969). [↑](#footnote-ref-23)
24. BARROS, Oliveira rel. - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça com o número 02B2751, de 10 de outubro de 2002. [↑](#footnote-ref-24)
25. STJ, processo 07P440, Relator: Conselheiro Oliveira Mendes. [↑](#footnote-ref-25)
26. STJ, Ac. de 30/06/2011, proferido P. 1272/04.7TBBCL.G1.S1 [↑](#footnote-ref-26)
27. Referido no processo 07P440, Relator: Conselheiro Oliveira Mendes. [↑](#footnote-ref-27)
28. Constituição da República Portuguesa, artigo 26.º: *Outros direitos pessoais 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação. 2. A lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica. 4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efetuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.* [↑](#footnote-ref-28)
29. *Constituição da República Portuguesa, artigo 37.º 1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura. 3. As infrações cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respetivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei.4. A todas as pessoas, singulares ou coletivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de retificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos.* [↑](#footnote-ref-29)
30. 15-02-2005 - Revista n.º 3875/04 - 1.ª Secção - Faria Antunes (Relator), Moreira Alves e Alves Velho [↑](#footnote-ref-30)
31. Supremo Tribunal de Justiça, Processo 24412/02.6TVLLSB.L1.S1., 7ª Secção, Relator Távora Victor. Acórdão 29.01.2015. [↑](#footnote-ref-31)
32. STJ, Processo 24412/02.6TVLLSB.L1.S1., 7ª Secção, Relator Távora Victor. Acórdão 29.01.2015. [↑](#footnote-ref-32)
33. *Ibidem*. [↑](#footnote-ref-33)
34. STJ, Revista n.º 945/05 - 6.ª Secção - Nuno Cameira (Relator) \*, Sousa Leite e Salreta Pereira [↑](#footnote-ref-34)
35. STJ, Revista n.º 218/11.0TBPDL.L1.S1 - 1.ª Secção - Martins de Sousa (Relator) - Gabriel Catarino - Maria Clara Sottomayor Direito à honra - Liberdade de informação. [↑](#footnote-ref-35)
36. O art. 10º da Convenção estabelece que “toda a pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito inclui a liberdade de ter opiniões e de receber e transmitir informações e ideias sem interferência da autoridade pública e sem consideração de fronteiras. Este artigo (art. 10) não impede os Estados de exigirem o licenciamento de empresas de radiodifusão, televisão ou cinema”. [↑](#footnote-ref-36)
37. “Lingens *versus* Áustria”, acórdão do TEDH de 8 de julho de 1986, nº 46 [↑](#footnote-ref-37)
38. Hertel v Suiça, acórdão do TEDH 181/94  25 August 1998. [↑](#footnote-ref-38)
39. *Prager e Oberschlickv. Áustria*, 26 de Abril de 1995, § 36, Série A nº 313). [↑](#footnote-ref-39)
40. Jerusalém v. Áustria, n.o 26958/95, § 43, CEDH 2001-II; Feldek c. Eslováquia, n.º 29032/95, §§ 73-76, CEDH 2001. VIII; e Genner v. Áustria, n.º 55495/08, § 38, de 12 de Janeiro de 2016). [↑](#footnote-ref-40)
41. PEDERSEN AND BAADSGAARD v. DENMARK, TEDH, 49017/99, julgamento em 17 December 2004 [↑](#footnote-ref-41)
42. BVerfG, Urteil v. 14.03.1972, Az. 2 BvR 41/71 [↑](#footnote-ref-42)
43. BVerfG, Urteil v. 14.03.1972, Az. 2 BvR 41/71 [↑](#footnote-ref-43)
44. *Ibidem*. [↑](#footnote-ref-44)
45. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 17. September 2012 - 1 BvR 2979/10 -, Rn. (1-40). [↑](#footnote-ref-45)
46. Com estas palavras: “Quem, como você, pensa que o mundo é basicamente dominado por um grupo de judeus de Khazar, que estão puxando as cordas em segredo, deve ser chamado de radical de direita.” [↑](#footnote-ref-46)
47. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 17. September 2012 - 1 BvR 2979/10 -, Rn. (1-40). [↑](#footnote-ref-47)
48. *Ibidem*. [↑](#footnote-ref-48)
49. TEDH, queixa no. 27510/08, acórdão de 17 Dezembro 2013. [↑](#footnote-ref-49)
50. TEDH, *Case of GÜNDÜZ v. TURKEY, Application no.* [*35071/97*](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":["35071/97"]}) 4 December 2003. [↑](#footnote-ref-50)
51. Por exemplo, BVerfG, Urteil v. 14.03.1972, Az. 2 BvR 41/71, do Tribunal Constitucional alemão [↑](#footnote-ref-51)
52. Por exemplo, 35.35. STC 28-1996, F.J., do Tribunal Constitucional espanhol. [↑](#footnote-ref-52)
53. “Lingens *versus* Áustria”, acórdão do TEDH de 8 de julho de 1986, nº 46 [↑](#footnote-ref-53)
54. Hertel *versus* Suiça, acórdão do TEDH 181/94  25 August 1998. [↑](#footnote-ref-54)
55. STC 171-1990, F.J. 5. [↑](#footnote-ref-55)
56. "Dado o reconhecimento expresso e novo do direito de receber informações verdadeiras no Art. 20.1.d. CE, sua importância como elemento sintetizador dos direitos incluídos na "liberdade de informação" deste artigo e sua colaboração na formação de uma opinião pública livre, pode-se afirmar que desde a atual CE de 1978 existe um genuíno direito fundamental dos cidadãos de receber informação verdadeira, um direito que, no entanto, apresenta alguma dificuldade de aplicação prática (entre outras razões devido à ausência de precedentes)." [↑](#footnote-ref-56)
57. STC 28-1996, F.J. 3. [↑](#footnote-ref-57)
58. STC 57/1994, de 28 de febrero (FJ 6º) [↑](#footnote-ref-58)
59. STC [106/1986](http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/669) e [159/1986](http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/722), entre outros. [↑](#footnote-ref-59)
60. STC[107/1988](http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1048) , base jurídica 2. [↑](#footnote-ref-60)
61. STC[105/1990](http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1530) , base jurídica 8. [↑](#footnote-ref-61)
62. STC[105/1990](http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1530) , base jurídica 8 [↑](#footnote-ref-62)
63. STC 197/1991 [↑](#footnote-ref-63)
64. Nesse sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos concluiu: “ainda que exista um direito do público ser informado, direito essencial de uma sociedade democrática que, em circunstancias concretas, podem inclusive referir-se a aspectos da vida privada das pessoas públicas, concretamente quando se trata de personalidades da política, no caso em exame [Caroline de Mônaco], em que as fotografías e comentarios que lhes acompanhava faziam referencia exclusiva a detalhes da vida privada da demandante, se situa fora do debate político ou público.” [↑](#footnote-ref-64)
65. STF – ADI 4815/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJE e DOU 16/02/2016 [↑](#footnote-ref-65)
66. A Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 37, 1, denomina “outros direitos pessoais” o*s direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.*

    [↑](#footnote-ref-66)
67. BVerfGE 202 (220), *apud* ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Tradução de Virgilio Afonso da Silva.p. 361. [↑](#footnote-ref-67)
68. TEDH, Terceira Seção, caso VON HANNOVER contra ALEMANHA, Pedido n.º 59320/00, Julgamento 24 de Junho de 2004 - Estrasbugo. [↑](#footnote-ref-68)
69. [Friedl *versus* Austria de 31 enero 1995 [TEDH 1995, 4]](javaScript:enlaza('TEDH%201995%5c%5c4','.','APD.52')), serie A núm. 305-B. [↑](#footnote-ref-69)
70. TEDH, Terceira Seção, caso VON HANNOVER contra ALEMANHA, Pedido n.º 59320/00, Julgamento 24 de Junho de 2004 - Estrasbugo. [↑](#footnote-ref-70)
71. [Keegan *versus* Irlanda de 26 mayo 1994. TEDH 1994, 21](javaScript:enlaza('TEDH%201994%5c%5c21','.','APD.57')), serie A núm. 290, pg. 19, ap. 49 y [↑](#footnote-ref-71)
72. TEDH, Terceira Seção, caso VON HANNOVER *versus* ALEMANHA, Pedido n.º 59320/00, Julgamento 24 de Junho de 2004 - Estrasbugo. [↑](#footnote-ref-72)
73. TEDH 2004\45 núm. 59320/2000. 3ª Seção.Von Hannover *versus* Alemanha. [↑](#footnote-ref-73)
74. BVerfGR 39, p. 1. Ss Schwangershaftsabbrunch I. [↑](#footnote-ref-74)
75. BVERFGE 25, 256. [↑](#footnote-ref-75)
76. BVerfGE 20, 162 (175 s.) [↑](#footnote-ref-76)
77. Nikowitz e Verlagsgruppe News GmbH v. Áustria, n. 5266 / 03, § 25, 22 de fevereiro de 2007, Colaço Mestre e SIC - Sociedade Independente de Comunicação, SA v. Portugal, n 11182/03 e 11319/03, § 28, 26 de abril de 2007 e Sapan v. Turquia, n ° 44102 / 04, § 34, 8 de junho de 2010 [↑](#footnote-ref-77)
78. As possibilidades de limitação de direitos fundamentais também estão previstas na Declaração Universal de Direitos Humanos e na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. [↑](#footnote-ref-78)
79. STC 336/1993, novembro. [↑](#footnote-ref-79)
80. Consolidada nos casos principalmente nos casos *Murdock v Pennsylvania -319 US(1943)* e *Martin v. Struters* julgados pela Suprema Corte. [↑](#footnote-ref-80)
81. BVerfGE 34, 238 (245) “nem mesmo interesses preponderantes da coletividade podem justificar uma intervenção na esfera nuclear da configuração da vida privada, protegida de forma absoluta; não há lugar para sopesamento nos termos da máxima de proporcionalidade” *apud* ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Tradução de Virgilio Afonso da Silva.p. 298. [↑](#footnote-ref-81)
82. STC *53/1985, 11 de abril, FJ 7: "Ello no signifIca que dicha protección protección constitucional del nasciturus) haya de revestir carácter absoluto; pues como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitueionalmente reconocidos, en determinados supuestos pucde y aún debe estar sujeta a Iimitaciones”.* [↑](#footnote-ref-82)
83. STC 207-1996 FJ4. [↑](#footnote-ref-83)
84. processo 07P440, Relator: Conselheiro Oliveira Mendes. [↑](#footnote-ref-84)