

Data da aprovação \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

## **A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO PREJULGAMENTO E A INFRINGÊNCIA ILÍCITA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Paula Beatriz Cavalcante Araújo<sup>1</sup>

Felipe Maciel<sup>2</sup>

### **RESUMO**

A influência midiática no prejulgamento contrariando ilicitamente os direitos fundamentais resulta em um embate de normas constitucionais, devido à proteção da Lei Maior à liberdade de imprensa, assim como a demais direitos diretamente conflitantes a este, como os de personalidade, por exemplo. E a razão desse conflito reside, muitas vezes, em uma mídia gradativamente dominante e com grau de influência emergente frente a sociedade, que correlacionada à globalização, aos avanços tecnológicos e ao compartilhamento de informações falsas, viabiliza ultrapassar os limites, atingindo a dignidade de indivíduos por intermédio de um prejulgamento social, principalmente em casos de grandes repercussões. O presente artigo tem como objetivo propor a solução do conflito entre direitos fundamentais, averiguando a maneira mais adequada para a efetivação de valores constitucionais através da teoria da ponderação, analisando as normas e princípios garantidores envolvidos nos conflitos e, exemplificando, ainda, com casos concretos. Assim, propõe a aplicação do método dedutivo, o qual a partir de ideias doutrinárias e legislativas auxilia na busca pelas soluções das colisões entre direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Influência midiática. Direitos fundamentais. Conflito. Teoria da Ponderação.

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Integrado do Rio Grande do Norte. E-mail: paulacaraujoo@gmail.com.

<sup>2</sup> Professor Orientador do Curso de Direito Constitucional do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: felipemaciel@hotmail.com.

## THE MEDIA'S INFLUENCE ON PREJUDICE AND UNLAWFUL INFRINGEMENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS

### ABSTRACT

The leverage press in the prejudgmento contradicting the fundamental rights illicitly results in a collision of constitutional norms, due to the protection of the Larger Law to the freedom of press, as well as the other rights directly conflicting to this, as the one of personality, for instance. And the reason of that conflict lives, a lot of times, in a media gradually dominant and with degree of influence emerging front the society, that correlated to the globalização, to the technological progress and the sharing of false information, makes possible to cross the limits, reaching the individuals' dignity through a social prejudgmento, mainly in cases of great repercussions. The present article has as objective looks for the solution of the conflict among fundamental rights, discovering the most appropriate way for the tenure of constitutional values through the theory of the consideration, analyzing the norms and beginnings covenantors involved in the conflicts and, exemplifying, still, with concrete cases. Like this, it proposes the application of the deductive method, which aids in the search for the solutions of the collisions among fundamental rights starting from doctrinaire and legislative ideas.

**Keywords:** Leverage press. Fundamental rights. Conflict. Theory of the Consideration.

### 1 INTRODUÇÃO

A mídia, que se define pela transmissão de notícias através de diversos meios, é formadora de opinião e comportamentos que, de maneira persuasiva e técnica, influenciam a massa social. Assim, por alcançar um lugar dominante na sociedade atual, é relevante o seu papel no Estado Democrático, sendo resguardada a manifestação de pensamento e informações, concernente aos meios de veiculação de mensagens, pela Constituição Federal.

Diante disso, é de extrema importância ter uma visão enfatizada à mídia, que, através da sua ação irresponsável, parcial e indevida dos meios de comunicação em

massa, possibilitam a interferência ilícita aos direitos fundamentais de indivíduos particulares ou não, como, por exemplo, através do prejulgamento social provocado a partir da propagação de informações inverossímeis ou sensacionalistas, anteriores às decisões penais do caso concreto, em que muitas vezes não possui uma base judicial penal adequada, atingindo assim algumas garantias fundamentais como os direitos de personalidade, o princípio da presunção de inocência e devido processo legal, viabilizando o conflito entre normas supremas, caracterizadas pela inviolabilidade, efetividade e indisponibilidade.

Diante disso, pela relevância das normas constitucionais no nosso ordenamento jurídico, surge a necessidade de solucionar possíveis embates entre elas diante de casos concretos. Dessa forma, de que maneira deve se dar a solução do conflito entre os direitos fundamentais?

A partir disso, o objetivo geral deste artigo consiste em propor a solução para a colisão entre direitos fundamentais dentro de um caso concreto. No que concerne aos objetivos específicos, eles residem em relatar a influência midiática na sociedade, analisar os princípios e a colisão deles diante da interferência ilícita da mídia nos direitos fundamentais, indicar as garantias envolvidas nessa colisão e exemplificar com casos concretos o embate entre as normas constitucionais supramencionadas.

O artigo se inicia com a conceituação de liberdade na Constituição Federal de 1988, abordando a liberdade de expressão e imprensa contextualizada com o conceito e desdobramentos da mídia no prejulgamento e sua influência na sociedade atual. A partir disso, há a análise da necessidade de normas limitadoras para uma convivência social pacífica e com o intuito de efetivação dos direitos fundamentais resguardados pela Carta Magna.

Seguindo, no capítulo posterior, explana-se a proteção pela Constituição aos direitos fundamentais, assim como a evolução histórica destes na sociedade. Posteriormente, analisa os princípios fundamentais envolvidos e a colisão entre eles diante da influência da mídia em assuntos, os quais ela não possuindo domínio técnico, como as matérias penais, propaga informações possibilitando o surgimento de um prejulgamento social, acarretando na colisão de direitos fundamentais.

Após, esclarece-se a liberdade de imprensa, ou seja, a que resguarda a mídia, enquanto direito fundamental, protegido pelo Texto Constitucional, explanando-se ainda quais outras garantias estarão presentes em uma provável

colisão. Posterior a isso, há a exemplificação de casos concretos do embate entre esses direitos, como o caso da Escola Base, caso Lebach e caso Cicarelli. Por fim, há a demonstração de solução dos conflitos envolvendo as normas fundamentais recorrendo a técnica da ponderação e seus desdobramentos a partir da análise das contribuições teóricas formuladas por Alexy e Dworkin acerca dessa colisão.

Por fim, quanto à finalidade, o presente artigo baseia-se em uma pesquisa básica estratégica com a busca do desenvolvimento de conhecimentos que possam ser utilizados. Quanto aos objetivos, se trata de uma pesquisa descritiva, utilizando-se de uma abordagem qualitativa, através do método dedutivo, uma vez que parte de uma situação geral para desenvolver o desdobramento de uma situação específica. E quanto ao procedimento, a realização do artigo é através de pesquisa bibliográfica e documental, com a utilização e análise de livros, jornais e artigos.

## **2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E IMPRENSA**

### **2.1 DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E IMPRENSA**

A liberdade é um tema que abrange muitas discussões, e a sua compreensão está associada a fatores como cultura, política, religião e acontecimentos históricos em geral. Diante das várias definições do que poderia ser liberdade, como por exemplo, a independência que um cidadão, povo ou nação elege como ideal, pode-se expor ainda que, segundo Marmelstein (2013, p. 104): “a ideia que inspira a proteção da autonomia privada, onde o Estado deve tratar as pessoas sob seu domínio como agentes responsáveis e capazes de tomar por si próprios as decisões que lhes dizem respeito”.

O conceito de liberdade foi ganhando forma e diversas interpretações no decorrer da evolução histórica social, fazendo-se necessário destacar seu papel atual, prevista expressamente na nossa Constituição Federal. Assim, é indispensável salientar, que a garantia de liberdade consiste em um direito fundamental protegido pelo Texto de 1988 – sendo ela física; de expressão; coletiva ou individual; de ação profissional; de conteúdo econômico ou social e de pensamento.

Logo, diante dessas diferentes espécies de direito à liberdade presentes na Carta Magna, a qual deve se manifestar de acordo com a realidade e não apenas

através de uma mera escrita, destaca-se uma das mais importantes: a liberdade de expressão, descrita como “um instrumento essencial para democracia, na medida que permite que a vontade colabore da melhor forma que entenderem” (MARMELESTEIN, 2013, p. 121).

Por ser de extrema importância, tal liberdade é resguarda pela Constituição no artigo 5º, estabelecendo a “livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (inc.IV), assim como “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença” (inc.IX). E além destes incisos, vale enfatizar o artigo 220<sup>3</sup>, que em razão do regime militar e sua herança deixada no Brasil caracterizada pela censura, repete os mesmos direitos.

Diante do exposto, é perceptível a abrangência do direito de se expressar, e que a liberdade de manifestação do pensamento é efetivada de variadas formas, como demonstrações artísticas por intermédio de músicas, filmes, teatro, assim como através de cartazes, desenhos, falados, e ainda, segundo Marmelstein, (2013, p. 122) “através do silêncio que, muitas vezes, pode simbolizar o exercício da liberdade, cabendo tudo o que se possa comunicar”.

Ressalta-se também, que conforme Branco (2013, p. 264):

A liberdade de expressão enquanto não colidir com outros direitos fundamentais e com outros valores estabelecidos constitucionalmente, tutela toda convicção, comentário, opinião, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não, cabendo então tudo o que se pode comunicar.

Ou seja, o direito à liberdade de expressão, se não utilizado com cautela, pode entrar em conflito com outros direitos fundamentais, deixando assim de tutelar seu objeto central.

É válido acrescentar que a nossa Carta Magna, assim como qualquer direito fundamental, não prevê a liberdade de expressão como um direito absoluto, encontrando limitações dentro do próprio Texto Federal, como a vedação do anonimato e o respeito aos limites morais, éticos, a dignidade da pessoa humana,

---

<sup>3</sup> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

sendo proibido a ofensa contra a integridade e imagem do homem. Essa liberdade consiste em uma garantia ao desempenho da cidadania, onde de acordo com Branco (2013, p. 264), enquanto direito fundamental, tem um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura, posto que não é este que deva estabelecer quais as opiniões válidas, uma vez que, antes, isso cabe ao público a que estas manifestações se dirigem.

Concomitante à liberdade de expressão, e intrinsecamente relacionada a ela, há a liberdade de imprensa, a qual é direcionada a veículos de comunicação com o objetivo de prestar à sociedade civil informações, notícias, denúncias sobre tudo o que possa ser de interesse público, sendo assim, de altíssima relevância para a sociedade de modo que proporciona informações, fatos e verdades para que as pessoas tirem suas próprias conclusões. Inquestionavelmente, diante de todos esses desdobramentos trazidos pelo Texto de 1998, a imprensa alcançou um patamar de destaque dentro da sociedade brasileira, informando e denunciando ao público questões que podem atingi-los de alguma forma.

Entretanto, conforme estabelecido constitucionalmente, a liberdade de imprensa deve suportar uma responsabilização caso haja violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem dos cidadãos brasileiros, resultando assim em indenização material ou moral pela violação constitucional. Frente a isso, é assegurado, por exemplo, o direito de resposta, que funciona como uma forma de proteção a imagem e honra do ser humano decorrentes de uma manifestação imprópria da liberdade.

Deste modo, é perceptível que a transmissão de informações e opiniões para os cidadãos realizadas através da mídia devem ser colocadas de forma objetiva e séria, sem modificar a verdade dos fatos, pois os fatos inverossímeis que buscam sensacionalismo extrapolam limites e possibilitam uma desarmonia na sociedade, afrontando a pessoa humana e sem contribuição positiva alguma para a sociedade.

## 2.2 INFLUÊNCIA, MIDIÁTICA NA SOCIEDADE E NO PREJULGAMENTO

É notório que atualmente a mídia tem funcionado como um instrumento manipulador e dominador de uma cultura, seja de forma positiva ou negativa, exercendo uma grande influência nos hábitos da população, instigando comportamentos e atitudes, em que as mensagens transmitidas estão interligadas a

estratégias de transmissão da informação, orientadas por técnicos em publicidade e marketing.

Por estar amplamente presente na vida contemporânea, a propagação de informações deve ter um filtro para de que maneira e o que deve ser transmitido aos cidadãos submetidos a tal influência, visto que, principalmente com relação a fatos de menor conhecimento do senso comum, como os que envolvam assuntos penais, por exemplo, a massa social pode não receber as mensagens de forma adequada.

Ricardo Tinoco de Góes, fazendo uma alusão à herança racional fundamentada por Kant nesse sentido, expõe que o conhecimento do mundo interior para cada sujeito (o intramundano) servirá de referência para a captação da realidade fatídica, a seu modo, segundo suas referências próprias. Portanto ele afirma que “o conhecimento que se possibilita é sempre parcial e, mais que isso, corresponde não a verdade sugerida pela realidade em si, mais ao que é racionalmente aceitável pelo que aparenta ser” (GÓES, 2013, p. 64).

Além disso, a mídia, apesar do seu objetivo principal de informar e trocar experiências propositando a formação de um patrimônio comum, muitas vezes – de maneira equivocada- se posiciona como verdadeiros julgadores diante dos fatos e circunstâncias de um caso concreto, intervindo de forma absolutamente parcial diante dos acontecimentos, além de propagar informações com veracidade duvidosa objetivando o sensacionalismo na notícia, como poderemos observar em casos concretos infra.

E isso pode acarretar na ocorrência da formação do que podemos chamar de um prejulgamento social, atingindo a dignidade, honra e imagem de indivíduos, possivelmente, inocentes, e que, por diversas vezes, não conseguem retomar o acesso a esses direitos, devido ao fato desse prejulgamento desencadear uma série de sanções sociais, como: atos de exclusão, desrespeito, tortura, desprezo, além de uma extrema pressão psicológica e emocional. Fazendo com que a condenação dos envolvidos se efetive anteriormente, ou até mesmo, na ausência de uma sentença penal condenatória, tornando a pena moral mais severa do que a punitiva estatal.

Ainda, é válido salientar que, os meios de comunicação em massa, além dos critérios profissionais envolvidos como publicidade e jornalismo, estão envoltos em uma contextualização econômica conservadora, trabalhando somente o que já foi assimilado socialmente, seguindo apenas as leis do mercado. Podendo isso se tornar o alvo mais importante, e assim afastando-se da ética profissional devida e o

respeito aos direitos fundamentais inerentes aos seres humanos atingidos, os inserindo, como explicitado acima, em consequências sociais e jurídicas não favoráveis.

Pois é parte do dever dos veículos de comunicação apurar “com boa fé e dentro de critérios de razoabilidade” (BARROSO, 2004, p. 25), a veracidade dos fatos que estes irão investir de publicidade. Além disso, pontua o Ministro Luís Roberto Barroso que “a informação que goza de proteção constitucional é a informação verdadeira.” Ele atesta que “a divulgação deliberada de uma notícia falsa, em detrimento do direito da personalidade de outrem, não constitui direito fundamental do emissor” (BARROSO, p. 25).

### 2.3 NECESSIDADE DE NORMAS LIMITADORAS

No cenário atual, imersa a avanços tecnológicos, a sociedade se encontra envolta a informações e comunicações, onde o respeito à liberdade de imprensa e o direito de informação, funcionam como institutos essenciais num Estado Democrático. Resguardado constitucionalmente, o direito de informação está envolvido no acesso e recebimento de diversas informações ou ideias, sendo proibida a censura, mas sendo o autor responsável pelos excessos cometidos.

É válido mencionar que, o direito de informação jornalística se difere do direito de imprensa por ser mais abrangente, uma vez que aborda qualquer forma de propagação de notícias, ideias e opiniões através de variados meios de comunicação. Porém pode-se afirmar que “a liberdade de informação jornalística é por assim dizer a herdeira primogênita da antiga liberdade de imprensa” (ARAUJO, 2001 apud OLIVEIRA, 2018, p. 4), constatando-se, portanto, que o direito de informação jornalística se incorporou a tal liberdade, e por isso ambos possuem o objetivo de propagar livremente opiniões e informações.

Positivado na CF/88, conforme o artigo 5º, XIV, da Carta Magna, esse direito “assegura a todos o acesso à informação e resguardo do sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”, além do já anteriormente exposto inciso IX, em que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação independentemente de censura ou licença”. Sendo possível assim, observar sua proteção, visto que se engloba aos direitos de comunicação, que estão associados a imprensa e ao direito de informação, que tem uma proteção mais

específica.

Ainda, de acordo com SILVA (2004) apud LEAL; THOMAZI (2012, p. 6), o direito à informação jornalística “Não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial.”

Ou seja, o direito de informação deve ser efetivado com prudência, moderação e de forma verídica, sendo então limitada pelo estabelecido nas normas, uma vez que “sem regulamentação da comunicação social e política, não haveria a possibilidade de se garantir juridicamente as liberdades de comunicação” (BLOTTA, 2012, p. 230).

Essa necessidade de regulamentação tem uma relação direta com a indispensabilidade das normas para guiar uma sociedade, pois é através do direito que há uma regulamentação do comportamento das pessoas na sociedade, em virtude de “o direito estabelece um *dever ser*, uma série de mandamentos que devem ser seguidos pelos destinatários” (DIMOULIS, 2014, p. 33).

Essa característica do *dever ser* do direito é resistente e ameaçadora, de forma que sua aplicação é imposta por intermédio de ameaça a penalidades. Logo, a sociedade deve estar normatizada pelo direito, o qual funciona como uma limitação do comportamento humano para a manutenção de uma convivência social com respeito aos direitos e garantias fundamentais de todo ser humano, ordenando e organizando essa sociedade demonstrando que a tutela jurídica é a forma para uma pacificação dos conflitos.

Assim, pode ser estabelecida uma relação direta entre a liberdade de imprensa, o direito de informação e o direito a imagem, honra, dignidade da pessoa humana com o “*ubi societas ibi jus*”, ou seja, “onde há sociedade há direito”, pois no exercício da liberdade de fornecer informações através do jornalismo, por exemplo, este fornecimento deve se enquadrar a certos princípios sociais, morais, e até mesmo legais, para não ultrapassar limites e atingir outros direitos igualmente fundamentais dos seres humanos.

A própria Constituição autoriza expressamente – em alguns casos - aplicar-se restrição a um direito fundamental, corroborado ser entendimento pacífico da doutrina majoritária a atuação do legislador nesse sentido, compreendendo que há limites imanentes a esses direitos.

Porém, podemos observar que transcorre no limite da inconstitucionalidade, as legislações que tentam arbitrar diretamente colisões entre direitos. Acerca disso, Luís Roberto Barroso acentua, que “uma regra que estabeleça uma preferência abstrata de um direito fundamental sobre o outro não será válida por desrespeitar o direito preterido de forma permanente e violar a unidade da Constituição” (BARROSO, 2004, p. 6).

Logo, para ilustrar o parágrafo anterior, podemos tomar como exemplo, a Lei 5.250/67 (Lei da Imprensa) e a sua “recepção” no nosso ordenamento jurídico. Instituída na vigência da Constituição de 67 e da Ditadura Militar, a Lei da Imprensa trazia em seu corpo restrições de “difícil compatibilização com um Estado plural e democrático” (BARROSO, 2004, p. 30), e então, através da procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, por maioria, o Supremo Tribunal Federal a declaro incompatível com a atual Lei Maior que rege o nosso ordenamento jurídico. De modo geral, sob a argumentação da época que fora criada a Lei Federal, na Ditadura Militar, esta seria incompatível com o ordenamento democrático atual e, portanto, revestindo-se do caráter de inconstitucionalidade.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA “LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA”, EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A “PLENA” LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS

Além dos mecanismos constitucionais aqui mencionados, destaca-se a necessidade da utilização da técnica ponderação com mais evidência pelos tribunais, que, por ser caracterizada como uma prática limitadora a estas ações arbitrárias exercidas pela mídia, funciona como uma ferramenta de equacionamento da colisão de princípios pelos aplicadores do direito, no intuito da efetivação do propósito legislativo diante dos casos concretos e visando resguardar os direitos e garantias fundamentais em sua totalidade máxima possível.

Luís Roberto Barroso assinala nesse sentido que “como técnica de raciocínio e de decisão”, a ponderação passou a conviver com a antiga técnica de interpretação constitucional da subsunção. E que, é cabível que o legislador infraconstitucional atue no sentido de oferecer mecanismos “de solução e balizamentos” para a ponderação nos casos que haja o embate de princípios constitucionais. Porém, em detrimento do princípio da unidade da Constituição, “não poderá determinar, em abstrato, a prevalência de um direito sobre o outro, retirando do intérprete a competência para verificar, *in concreto*, a solução constitucionalmente adequada para o problema” (BARROSO, 2004, p. 36).

### 3 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

#### 3.1 CONCEITO

Para Hans Kelsen (1996, p. 221):

A norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o costume, através do qual a Constituição surgiu, ou quando o ato constituinte (produtor da Constituição) posto conscientemente por determinados indivíduos são objetivamente interpretados como fatos produtores de normas [...].

Os Direitos Fundamentais são os valores precípuos de uma vida digna em sociedade, possuindo um conteúdo ético (aspecto material) e um conteúdo normativo (aspecto formal). Em seu aspecto material os direitos fundamentais estão intimamente ligados com a noção de dignidade da pessoa humana e da limitação do poder, uma vez que, em um contexto de opressão não sobra espaço para uma vida

digna e justa. A dignidade da pessoa humana traduz-se, portanto, como a base axiológica desses direitos. Mas o que seria a dignidade da pessoa humana?

Segundo Ingo Sarlet (2002 apud MARMELESTEIN, 2013, p. 16):

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde a condição mínima para uma existência digna não for assegurada, onde não houver uma limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade em direitos e dignidade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana.

Em seu conteúdo normativo ou sob o aspecto jurídico-normativo, são apenas considerados direitos fundamentais aqueles que o povo concebeu de maneira formal como merecedores de uma proteção jurídica, ou seja, o poder constituinte, e, portanto, foram inseridos na organização jurídica de cada país (MARMELESTEIN, 2013, p. 17).

Dessa forma, pode-se concluir que os direitos fundamentais consistem no “fato fundamental da criação jurídica” (KELSEN, 1996, p. 222), que é o ponto de largada do processo da criação do Direito positivo em cada ordenamento jurídico. Kelsen afirma, ainda, que, a norma fundamental “constitui a unidade na pluralidade destas normas” (KELSEN, 1996, p. 228), ela é o “fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem jurídica”.

### 3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

É válido salientar que os direitos fundamentais são fruto de uma importante evolução histórica e social. Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia dos direitos e garantias individuais vêm paulatinamente se consolidando frente à sociedade jurídica internacional em virtude da crença cada vez mais intensa de que a dignidade da pessoa humana, como base de todas as outras garantias, é um valor máximo que deve legitimar, fundamentar e orientar todo e qualquer exercício de poder.

Destaca-se que, em razão da estabilidade e tradição das instituições inglesas, a Inglaterra foi considerada o terreno propício para as primeiras declarações de direitos fundamentais, efetuadas através de pactos, forais e Cartas de franquia, como a Petition of Right (1628), o Habeas Corpus Amendment Act (1679) e o Bill of Rights (1688). Mas, consoante Bulos (2012, p. 523-524), o primeiro

instrumento responsável por assegurar os Direitos Fundamentais foi a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (12-1-1776), antes mesmo da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América.

Esses documentos jurídicos representam o instrumento de luta política da burguesia contra o Estado absolutista centralizador à época. Invocavam a democracia, a educação, a liberdade, a igualdade, a fraternidade. A partir da criação destas declarações e pactos, praticamente todas as Constituições modernas passaram a reservar um capítulo de seu texto para positivar os direitos do homem, os denominando de direitos fundamentais, os quais, é válido salientar, são revestidos de valores completamente dinâmicos.

Para ilustrar essa evolução, o jurista tcheco, chamado Karel Vasak, fundou a ideia da "teoria das gerações dos direitos", a qual à princípio eram subdivididas em três gerações, sendo elas: A primeira geração, surgida no final do século XVII com as revoluções burguesas, fundamentava-se nos direitos e garantias individuais clássicos (liberté); a segunda geração, impulsionada pela Revolução Industrial, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais (égalité) e, por fim, a terceira geração, que fora responsável por englobar os direitos de solidariedade ou fraternidade (fraternité).

Mas as teorias das gerações dos direitos, com a evolução histórica e as novas demandas sociais conferiu uma continuidade com, pelo menos, a concepção de mais três gerações, sendo elas: a quarta geração que é reconhecida por proteger os direitos dos povos, a quinta geração correspondendo ao direito a paz e a sexta geração que veio proteger o direito à democracia, à informação e ao pluralismo político (BULOS, 2012, p. 524-528).

No Brasil, a sociedade após 30 anos de supressão de liberdades em detrimento do regime militar, isenção total de liberdade de expressão e política, onde a tortura, a repressão e as perseguições ideológicas eram práticas altamente comuns, conforme entendimento de Marmelstein (2014, p. 62) "sofreu modificações no ordenamento jurídico, pelo fato de uma nova Constituição ter realizado uma ruptura com o passado e compromisso com o futuro, assim como é retratado na Carta Magna."

Dessa forma, a Carta Magna surgiu para omitir as consequências deixadas pela ditadura militar e apresentar para o brasileiro "a certidão de nascimento e o primeiro sopro de democracia" atribuindo a CF/88 o grande mérito alcançado pela

teoria dos direitos fundamentais nos últimos tempos, implantando um novo ciclo no ordenamento jurídico brasileiro (MARMELESTEIN, 2014, p. 62).

Assim, “o texto constitucional assumiu desde o seu preâmbulo, uma postura corajosa e desenvolvida a favor de todos os valores ligados à dignidade da pessoa humana, e atribuiu uma posição topográfica privilegiada aos direitos fundamentais” (MARMELESTEIN, 2014, p. 63), não apenas inaugurando o texto constitucional a partir desses direitos, dispostos dos artigos 5º ao 17ª, mas os atribuindo o título de cláusulas pétreas, onde, devido a essa denominação, não podem ser suprimidos nem através de Emenda constitucional.

### 3.3 PRINCÍPIOS E COLISÃO DE PRINCÍPIOS

A potencial capacidade contraditória das normas constitucionais é reflexo da diversidade de ideais existente em qualquer Estado Democrático, que por esse motivo, frequentemente, entram em colisão e se caracterizam por ser de complexa solução. Ademais, no âmbito dos direitos fundamentais, são mais frequentes as normas que configuram princípios, os quais geralmente instrumentalizam os direitos fundamentais e podem ser caracterizados, conforme entende Canotilho, como ordens para que determinado bem jurídico seja completo e protegido da melhor forma que as circunstâncias que os envolvem permitir de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. (2003, p.1123 apud BRANCO, 2013 p.183).

O embate entre princípios pode atribuir-se tanto na forma de colisão de direitos fundamentais como de um conflito entre direito fundamental e outro valor constitucional. Em um casual confronto de princípios sobre uma situação concreta, a solução não se dará da mesma forma nos casos de conflitos entre regras, caracterizada esta pelo fato das duas normas não poderem coexistir concomitantemente no ordenamento jurídico, mas sim na busca de um acordo, sem que haja um direito fundamental excluído.

Sobre as colisões dos direitos fundamentais, vale-se ressaltar os conflitos que compreendem o direito de informação e o direito à imagem; a liberdade jornalística em confronto com o direito de intimidade; a liberdade de comunicação invadindo a esfera de privacidade dos indivíduos; a livre manifestação do pensamento violando a honra de pessoas (MARMELESTEIN, 2013, p. 160).

Assim, percebe-se que tais direitos são intrinsecamente conflitantes por

possuírem direções opostas, uma vez que os direitos de personalidade se encontram no sentido da esfera privada, da não informação pessoal, não explanação da imagem; já a liberdade de expressão tem como intuito a transparência, livre circulação de informação.

Conforme decisão do STJ<sup>5</sup>, constata-se um desdobramento do assunto, em que os abusos causados pela imprensa, gera a colisão de dois direitos fundamentais opostos, o da liberdade de informação e os direitos de personalidade, representados pela honra, imagem e privacidade. Mas apesar de inserido em uma democracia, o direito de informação é relativo, vedando-se então, a veiculação de notícias sem fundamentos e que atinjam a imagem e a honra do ser humano.

Assim, diante do exposto, pode-se afirmar que a colisão de normas constitucionais deriva da natureza principiológica dos direitos fundamentais, circunstanciados quase sempre através de princípios, os quais estabelecem diversas obrigações (dever de respeito, proteção e promoção) que são cumpridas em diferentes graus. Portanto, no conflito, “deve-se buscar a máxima otimização da norma, efetivando-a até o atingir ao máximo a vontade constitucional sem sacrificar outros direitos igualmente protegidos.” (MARMELESTEIN, 2013, p.362).

Levando em conta o objetivo do trabalho, deve-se focar na característica da limitabilidade dos direitos fundamentais, a qual pressupõe a noção que os direitos fundamentais poderão colidir entre si, pois não são absolutos, possuindo um caráter de relatividade. Kelsen explicita que, pelos direitos fundamentais possuírem dois sentidos, quando estes são analisados diante de seu sentido subjetivo constituem meramente um mandamento de “dever-ser” e que, quando esse mesmo ato passa a ser interpretado diante de uma ótica objetiva, quando são postos como normas propriamente ditas, passam a entrar em conflito direto com outras (KELSEN, 1996, p. 228).

Porém, sobre a relação entre a dimensão objetiva e subjetiva das normas fundamentais, o filósofo Robert Alexy defende que haja uma “presunção em favor da dimensão subjetiva”. Pois, o mesmo utiliza como um dos seus argumentos o

---

<sup>5</sup> A responsabilidade civil decorrente de abusos perpetrados por meio da imprensa abrange a colisão de dois direitos fundamentais: a liberdade de informação e a tutela dos direitos de personalidade (honra, imagem e privacidade). A atividade jornalística deve ser livre para informar a sociedade acerca dos fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de direito; contudo, o direito de informação não é absoluto, vedando-se a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretam danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao fundamento constitucional (STJ, 2007).

conceito de que “o fundamento para os direitos fundamentais é a proteção do particular e não a garantia de ordens objetivas ou bens coletivos”. Além disso, apoia-se na sentença, ainda referindo-se aos direitos fundamentais, que “Segundo a sua história e seu conteúdo atual, eles são, em primeiro lugar, direitos individuais” (ALEXY, 2010, p. 211).

Assim, propõe-se que o embate entre as normas fundamentais do direito à honra e à imagem confrontando com o direito à informação jornalística, por exemplo, pode ser solucionado na busca da compatibilização desses direitos, através de uma harmonização entre eles de modo que não impeça a imprensa no seu exercício ao mesmo tempo que resguarda a garantia do direito da pessoa humana a sua imagem e honra. E o dever de atuar na busca de tal harmonização é do Estado, no exercício da sua função social e jurídica.

#### **4 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIBERDADE DE IMPRENSA X GARANTIAS INDIVIDUAIS**

##### **4.1 A LIBERDADE DE IMPRENSA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL**

Conforme já abordado, a liberdade é uma garantia fundamental e está disposta de diferentes formas na Carta Magna, sendo elas a liberdade de locomoção, de crença e religião, de profissão e economia, de reunião e associação e de expressão, sendo esta a tratada no presente trabalho e se caracterizando pela liberdade de expressar o pensamento, pelo exercício de atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, é própria do Estado Democrático de Direito, não se sujeitando a qualquer tipo de censura ou licença prévia. Assim como explicitado nos capítulos anteriores, na liberdade de expressão estão incluídas diversas faculdades como a de comunicação do pensamento, informações, ideias, por imagens, comportamentos, dentre outras. E todas essas formas de manifestação estão confortadas pela Constituição.

Associada a liberdade de expressão, pertencente a qualquer cidadão, tem-se a liberdade de imprensa, a qual é direcionada aos meios de comunicação com o intuito de fornecer opiniões e informações relevantes a sociedade com o objetivo de fazê-la ter conhecimento de fatos e se defender. É a manifestação de pensamento através de veículos de comunicação. Herdeira da liberdade de imprensa e com o

mesmo objetivo, é válido mencionar a liberdade de informação jornalística a qual é mais abrangente e reafirma a necessidade da imprensa para propagação de informações.

Ressalta-se ainda dois institutos relacionados a liberdade de imprensa, os quais são proibidos pelo constituinte: a censura, que se caracteriza por uma ordem vinda de um detentor do poder que tem como intuito impedir a propagação de ideias e ideais; e a licença, que é a autorização da veiculação de notícias, jornais, folhetos etc. Ambas são proibidas pelo fato de ser livre o ato de uma pessoa exteriorizar seus pensamentos, sendo estes morais, literários, éticos. Essa proibição geral, aplicando-se ao Estado, aos poderes sociais, às entidades privadas e aos meios de comunicação voltados a sociedade. Além disso, vale-se salientar que, a liberdade de expressão, artística, científica, intelectual e de comunicação são consideradas um direito relativo, assim como todo direito fundamental, e, o Texto Federal em seu artigo 5º, X, tem o mesmo grau de eficácia, onde a inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra e imagem dos cidadãos, pode acarretar o dever de indenização material e moral, no caso de haver a violação de tais garantias.

Ademais, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (1999 apud BARROSO, 2004, p. 14) disserta que:

Antonio Scalise, depois de examinar a jurisprudência italiana, concluiu que a informação jornalística é legítima se preencher três requisitos: o interesse social da notícia, a verdade do fato narrado e a continência da narração. Finalmente, é continente a narrativa quando a exposição do fato e sua valorização não integra, os extremos de uma agressão moral, mas é expressão de uma harmônica fusão do dado objetivo de percepção e do pensamento de quem recebe, além de um justo temperamento do momento histórico e do momento crítico da notícia.

#### 4.2 DEMAIS GARANTIAS ENVOLVIDAS

Diante disso, pode-se afirmar que o usufruto da liberdade de expressão e do direito à informação, entram em conflito com outros direitos fundamentais diretamente envolvidos, como os denominados direitos de personalidade, formados pela intimidade, a honra, a privacidade e a imagem, os quais “foram criados pelo constituinte brasileiro com o objetivo de criar uma redoma protetora em torno da pessoa dentro da qual não cabe, em regra, a intervenção de terceiros” (MARMELESTEIN, 2013, p. 130). E essa proteção constitucional, de acordo com

Alexandre de Moraes, refere-se, inclusive, à necessária proteção frente aos meios de comunicação em massa como televisão, rádio, jornais e revistas (MORAES, 2013, p.154).

Além do conflito entre direitos de personalidade do indivíduo, destaca-se ainda ao explicitado no art. 5, inciso LVII da CF/88, em que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, burlando assim mais um princípio – expresse- constitucional, o princípio da presunção de inocência. O qual é transgredido no instante em que é veiculado notícias através da mídia ausentes de uma fundamentação corretamente embasada e que carregam a suposta culpabilidade do prejudicado de forma intrínseca, manifestada no meio social, antes de uma devida sentença penal condenatória.

Ademais, há ainda a transgressão do princípio do devido processo legal, resguardado nos incisos LIV e LV do art.5º da Constituição, o qual pode ser transgredido por não ser resguardado ao prejulgado os princípios do contraditório e da ampla defesa, os quais garantem que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma sentença sem ter sido parte de um processo onde correlaciona-se totalmente com o prejulgamento social, que proporciona a parte prejudicada os efeitos de uma decisão penal ainda inexistente.

E é a partir disso que o legislador brasileiro ao tratar da liberdade de manifestação do pensamento vedou o anonimato, com o objetivo de possibilitar reparação de danos causados. Além disso, a Carta Magna ainda traz o já tratado direito de resposta, que é assegurado proporcionalmente a afronta, além de indenização por danos materiais, morais e à imagem. O objetivo desse direito é de permitir, diante de informações mentirosas e falsas, que a vítima possa no mesmo lugar onde foi feita as ofensas, manifestar sua versão dos fatos com o intuito de corrigir as informações que foram contra os direitos de personalidade ou ao resguardo aos princípios da presunção de inocência e devido processo legal.

Ressaltando-se ainda que essa utilização equivocada possivelmente configura-se em crimes punidos pelo Código Penal, uma vez que a ofensa aos direitos de personalidade manifestada de maneira muito intensa, sendo possível então, a responsabilização criminal pelo autor das ofensas pela prática de crimes de injúria, calúnia e difamação de acordo com o caso. (MARMELESTEIN, 2013, p.133).

Dessa forma, constata-se a colisão entre o direito fundamental da liberdade de expressão, manifestação de pensamento e direito à informação com outros

direitos fundamentais, onde àqueles afetam o âmbito destes.

#### 4.3 EXAME DE SITUAÇÕES CONCRETAS DE COLISÃO (ESCOLA BASE E OUTROS)

Analizando e expondo alguns casos reais com o intuito de ilustrar como este embate entre princípios fundamentais ocorre na prática, é possível citar o caso Escola Base, caracterizado como “o maior crime da imprensa brasileira”. Ocorrido em 28 de março de 1994, na cidade de São Paulo, Zona Sul, iniciou-se quando duas mães se dirigiram à 6ª Delegacia de Polícia com o objetivo de denunciar suposto abuso sexual contra seus filhos. A denúncia em questão alegava que os sócios e proprietários da Escola Base, onde os seus filhos estudavam, teriam abusado sexualmente de duas crianças de dois anos. Além dos acusados, a delação envolvia pais de outro aluno da instituição que, segundo as mães deladoras, seria na casa destes que orgias aconteciam.

Primeiramente, a mãe de uma das crianças envolvidas, resolveu fazer a denúncia após as indagações presenciadas através de atitudes do seu filho, o que segundo Alex Ribeiro (2003, p.20), a mãe afirmara, baseada nos relatos do menor, que este teria visto uma fita pornográfica na casa de um colega da Escola Base, e que se locomovera a esta casa em uma Kombi, dirigida pelo marido da proprietária da escola, onde o impúbere teria sido beijado na boca por uma “mulher de traços orientais”, características da proprietária da Escola Base. A mãe afirmou, ainda, que o seu filho teria relatado que houvera sido agredido fisicamente. A partir disso, a história se dispersou entre as mães dos menores envolvidos, que passaram a inquirir seus filhos e adicionar inúmeras alegações de uma verdadeira cena de crime ao caso, sendo todas essas inquirições realizadas de forma reservada entre as mães e seus respectivos filhos.

O delegado de plantão, mediante a denúncia, prosseguiu com o procedimento encaminhando as crianças para o IML, para que fosse efetuado o exame de corpo de delito. Após obter um mandato de busca e apreensão, dirigiu-se a localidade onde as crianças teriam alegado ocorrerem as orgias, mas chegando ao local, não foi percebido nenhum indício do crime, resultando em indignações por parte das mães, as quais reagiram entrando em contato com a emissora de televisão Rede Globo.

Vale-se ressaltar, que na semana anterior, o delegado supracitado havia passado por um desentendimento com o jornal Diário Popular, e, visando se redimir de uma arbitrariedade anteriormente praticada em detrimento do referido jornal, no momento em que o caso chegou à delegacia, ele teria telefonado para o editor do Diário Popular, emitindo informações “privilegiadas” a título de exclusividade.

Ainda em fase de inquérito policial, o caso passou a ser amplamente divulgado pelos diversos meios midiáticos, inclusive pelo Jornal Nacional, considerado o principal jornal da rede televisiva brasileira à época, veiculando fatos inconclusivos, com ausência do direito de resposta aos acusados, onde declarações realizadas pelo delegado titular do caso e informações extraoficiais ao inquérito repassadas pelas mãos começaram a ser amplamente divulgadas na mídia em geral, o suficiente para a conquista de uma completa indignação popular.

O delegado frente ao caso, chegou a afirmar, ainda, em rede nacional, que àquele ponto não haveria necessidade de mais provas para obter certeza da culpabilidade dos indiciados. E, após informações transmitidas pela mídia e os diversos equívocos procedimentais acometidos neste caso, o convencimento e o clamor popular já estava suficientemente fundamentado na certeza da culpabilidade dos envolvidos. E, a partir daí, deu-se início a uma série de sanções sociais – que perpetuam até os dias atuais – impostas aos acusados e às suas vidas privadas, como terem suas casas pichadas e depredadas, a escola destruída, além de diversos casos de total desrespeito e completa exclusão social.

Após duas décadas do ocorrido, os envolvidos não conseguiram restituir sua dignidade e as sanções ainda deixam marcas em suas vidas privadas, tendo sido os envolvidos acometidos por doenças como síndrome do pânico, manias de perseguição, depressão, entre outros. Assim, torna-se claro o total desrespeito aos direitos de personalidade e todas as garantias constitucionalmente asseguradas a estes indivíduos, com a participação da mídia e sua influência, assim como o procedimento errôneo de todo o processo penal, indo de encontro ao preceito do devido processo legal.

Dessa forma, pode observar que o estabelecido na CF/88, em seu art. 5º, inc. LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, não condiz honestamente com a realidade fática do caso em comento e de vários outros que nos deparamos cotidianamente similares ao da Escola Base, uma vez que, indivíduos que, em tese, devem estar sob a custódia do

princípio da presunção de inocência, figurando apenas como meros suspeitos dentro de uma fase inquisitória processual, são considerados culpados e sofrem imputações sociais direcionadas pela mídia que ceifam sua dignidade humana de tal maneira, que nem através de uma devida sentença penal condenatória se alcançaria tal forma de sanção.

Felizmente, ao contrário do caso Escola Base, pode-se observar casos em que a justiça pôde ser efetivada, através do uso da técnica da ponderação adotada por alguns tribunais, como o caso Lebach, ocorrido na Alemanha, o qual também representa uma colisão entre liberdade de expressão *versus* direitos de personalidade, porém, com o preceito de dignidade humana- felizmente - minimamente preservado.

Em 1969, dois homens mataram quatro guardas que guardavam um depósito de munições em um vilarejo chamado Lebach. Os assassinos visavam, juntamente com um terceiro que não cooperou no assalto, mas que esteve junto nas ideias, à fundação de uma comunidade de vida fora da sociedade. Ainda no ano de 1969, os três foram presos. O tribunal de Saarbrücken, procedeu com a condenação dos autores principais a prisão perpétua e o terceiro, a uma pena privativa de liberdade de seis anos (ALEXY, 2010).

Quatro anos após o crime, em 1972, a rede televisiva alemã Zweites Deutsches Fernsehen, pelo elevado grau de interesse da opinião pública no caso, produziu um documentário, especificando a relação homossexual dos três amigos, denominado “O assassinato dos soldados de Lebach”, o qual indica o nome dos assassinos não só no início da projeção, mas também no decorrer.

Diante do ocorrido, Robert Alexy (2010) discorre que um dos condenados solicitou no tribunal de segunda instância de Mainz, a promulgação de uma medida cautelar para interditar à televisão emitir o filme à medida que sua pessoa é mencionada ou apresentada, mas foi recusado, assim como a apelação contra isso no tribunal de terceira instância. A partir de tais fatos, o condenado promoveu um recurso constitucional e a promulgação de uma ordenação cautelar e assim, o tribunal constitucional federal interditou à reprodução do documentário na rede televisiva e acolheu o recurso constitucional, anulando as sentenças dos tribunais civis e promulgando a medida cautelar.

Diante do exposto, percebe-se que tanto no tribunal de terceira instância como na sentença do tribunal constitucional federal, “tem como fundamentação nas

decisões uma ponderação entre o direito de personalidade e o direito de liberdade de reportagem” (ALEXY, 2010, p. 29). Logo, houve uma pequena limitação à liberdade de expressão em favor de um interesse que, em acordo com o entendimento da Corte, estava necessitado de maior proteção dentro do caso e das suas realidades fáticas, que seriam os direitos de personalidade do acusado.

Por fim, vale-se citar o caso Cicarelli, da modelo Daniela Cicarelli e seu então namorado, que protagonizaram um dos casos jurídicos mais polêmicos do Brasil, quando imagens íntimas dos dois foram capturadas por um *paparazzo*, em uma praia na Espanha. As imagens foram reproduzidas por um canal de televisão pago neste país, e que rapidamente, “viralizou” pela internet, transformando-se em uma polêmica mundial. No intuito de coibir a divulgação do vídeo íntimo, Daniela e seu namorado, entraram com uma ação judicial, no Brasil, em desfavor de portais eletrônicos que estavam disponibilizando a reprodução do arquivo para seus usuários, como o Youtube e a Globo.com. A partir disso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em análise a um Agravo de Instrumento<sup>6</sup> impetrado pelo casal, concedeu a antecipação de tutela através do deferimento da medida liminar para proibir a veiculação do referido material.

#### 4.4 PROPORCIONALIDADE E PONDERAÇÃO

Diante da explanação dos casos concretos, surge a indagação: como proceder diante do choque de normas de mesma hierarquia dentro do ordenamento jurídico? O conflito ocorrendo no âmbito das regras em sentido estrito, quando, em uma mesma situação, há uma regra que disponha em contrário de outra, este problema será resolvido no âmbito da validade das mesmas, uma regra irá suprimir a outra completamente, ou seja, apenas uma delas subsistirá no caso concreto. Pois, duas normas não convivem simultaneamente em um ordenamento jurídico. (BRANCO, 2013, p. 183).

Quando este conflito se dá na esfera dos Direitos Fundamentais a resolução

---

<sup>6</sup> Ementa: Pedido de antecipação de sentença por violação do direito à imagem, privacidade, intimidade e honra de pessoas fotografadas e filmadas em posições amorosas em areia e mar espanhóis - Tutela inibitória que se revela adequada para fazer cessar a exposição dos filmes e fotografias em web-sites, por ser verossímil a presunção de falta de consentimento para a publicação [art. 273, do CPC] - Interpretação do art. 461, do CPC e 12 e 21, do CC - Provimento, com cominação de multa diária de R\$ 250.000,00, para inibir transgressão ao comando de abstenção. – TJSP, Agravo de Instrumento 472.738-4, rel. Ênio Zuliane, j. 28/09/2006.

se torna mais dificultosa, pois tais direitos são, em regra, instrumentalizados através de princípios, que, de acordo com a concepção de Robert “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.” (ALEXY, 2002 apud SOUSA, 2011, p.99).

Conforme tese desenvolvida por este mesmo autor, ele afirma ainda, que “os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto a colisão de princípios, ocorrem para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (ALEXY, 2008, p.55). Ainda, os princípios são caracterizados por serem uma espécie de *mandado de otimização*, ou seja, como princípios no sentido técnico normativo e não como meras regras (ALEXY, 2007, p.156)

Logo, no conflito entre princípios, deve-se alcançar a conciliação entre ambos, havendo-se a aplicação de cada qual em extensão variadas, na medida do que for cabível e mais adequado ao caso concreto, e não a supressão total de um em detrimento do outro, como ocorre no âmbito das regras/normas. (ALEXY, 2008, p.55)

Diante disso, como já preceituava Dworkin (2002) apud Sousa (2011, p.98) em um dos seus critérios elaborados na distinção entre princípios e regras, o princípio contém uma dimensão ausente na regra: a dimensão do peso (*dimension of weight*), e, para o autor, esse critério é caracterizado pela relevância ou peso que um princípio exerce em detrimento de outro princípio quando ambos colidem em um mesmo caso concreto. Nesse sentido, assinala o doutrinador Paulo Gustavo Gonet Branco que a normatividade dos princípios é, nesse ponto de vista, provisória, “potencial, com virtualidades de se adaptar à situação fática, na busca de uma solução ótima. (MATOS, 1998 apud BRANCO, 2013, p. 184).

Dessa forma, conceber os direitos fundamentais como princípios, traduz que não há direitos revestidos de caráter absoluto, já que estão sujeitos a restrições recíprocas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, já atestava o caráter relativo que os direitos fundamentais estão revestidos ao estipular em seu artigo 29, a possibilidade de limitação dos direitos ali estabelecidos com o objetivo de promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros a fim de satisfazer às exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática (MARMELESTEIN, 2013, p. 363).

Assim, embora ocupem o ponto mais alto da nossa hierarquia jurídica, serem

a base axiológica de todo nosso ordenamento jurídico, os direitos fundamentais não só podem, como devem ser restringidos e limitados nas hipóteses em que seu exercício venha a ameaçar a coexistência de outros valores constitucionais. A Carta Magna cuidou de traçar limites a estes direitos quando, por exemplo, estabelece o direito à vida, mas prevê a adoção da pena de morte em caso de guerra declarada, garante o direito de liberdade, mas permite a prisão por ordem judicial escrita e fundamentada ou em caso de flagrante delito. Conforme entende Marmelstein (2013, p. 365), isso pode ser reforçado quando ele expõe que “se não houvesse limites para o exercício de direitos fundamentais, seria um verdadeiro caos [...] voltaríamos à lei do mais forte”.

Porém, levando-se em consideração o elevado grau de importância que os direitos fundamentais possuem no nosso ordenamento, qualquer limitação a estes direitos deve passar por um exame rigoroso. Diante disso, vários autores vêm dando suas contribuições acerca da propositura de solução desses conflitos, uma vez que, a nossa realidade social vem se modificando e, por consequência, se distanciando do que podemos chamar da *Constituição Jurídica*, de acordo com a teoria desenvolvida por Konrad Hesse.

Hesse, atenta para além da Constituição expressa, o surgimento de uma *Constituição Real*, a qual seria “a realidade social que determina a “condição fática de vigência para a Carta” (PEREIRA; JORDÃO, 2017, p. 31) encontrando a *Constituição Real* regida pelo “ser”, enquanto a *Constituição Jurídica* é regida pelo “dever ser” representando, esta última, “a eficácia jurídico-política da Constituição, devendo produzir a conformação com a realidade social” (HESSE, 2006, p. 15 apud PEREIRA; JORDÃO, 2017, p. 31).

Robert Alexy (SOUSA, 2011, p. 7) defendia, em sua tese acerca da colisão entre princípios, que esta deveria ser solucionada mediante a utilização da *ponderação*. E, em relação a isso, Marmelstein (2013, p. 178) expõe que “a ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes.” Ou seja, é exatamente o que ocorre no âmbito de conflito entre direitos fundamentais, uma vez que, se torna impossibilitada nesse caso a adoção de critérios clássicos como o da hierarquia, especialidade, dentre outros utilizados na resolução de antinomias entre preceitos legais. Ainda acerca dessa temática, Marmelstein (2013, p. 178) preceitua

que:

Essa técnica é o melhor que se tem até o presente momento em matéria de interpretação dos direitos fundamentais, pois ela fornece e desenvolve algumas ferramentas para aguçar nosso sentimento de justiça e nosso bom-senso, como a busca pelo dever de prudência, de equilíbrio e de proporcionalidade, sempre nos forçando a seguir os valores constitucionais.

Dessa forma, com a técnica da ponderação, o jurista deve, a princípio, procurar conciliar os interesses envolvidos no caso, por meio do princípio da *concordância prática*. Onde, de acordo com esse princípio, todos os direitos fundamentais em jogo devem ser efetivados em sua máxima possibilidade diante da realidade fática, de maneira que atinjam o mínimo possível uns aos outros. Fazendo uma alusão a Robert Alexy (2008, p. 55): “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto mais alto deve ser a importância do cumprimento do outro”.

Porém, faz-se necessário reconhecer que em alguns casos - denominados por Dworkin (DWORKIN, 2002 apud SOUSA, 2011, p. 97) como *hard cases* - torna-se impossível a proteção a dois preceitos fundamentais, uma vez que, “ambos apontam para duas normas que demandam condutas ou estados de coisas incompatíveis entre si” (SOUSA, 2011, p. 100), e é neste momento que surge a necessidade da utilização do *sopesamento de valores* ou a ponderação propriamente dita onde, basicamente, deve ser avaliado, diante do caso e das circunstâncias fáticas inerentes a ele, qual dos princípios conflitantes possui maior peso.

Segundo Alexy (2013, p. 386), seria como estipular uma hierarquia axiológica entre direitos fundamentais, à luz do caso concreto, e que, para Marmelstein seria como uma atividade extremamente complexa, onde seriam utilizados critérios pouco objetivos de decisão, dependentes do perfil ideológico do sujeito que realizará a ponderação. Cabendo, a princípio, ao legislado primário, baseado na sua liberdade de conformação, intensificar as normas constitucionais com o objetivo de torná-las mais seguras e previsíveis no processo decisório”.

Porém, Fernando Bastos de Ávila (199, p. 172 DIMOULIS, 2010, p. 168) conclui que onde haja a “proteção a bens jurídicos que concretamente se correlacionem e uma relação meio-fim objetivamente demonstrável, haverá campo aplicativo para o dever da proporcionalidade”.

## 5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente artigo possibilitou a compreensão de que a influência da mídia, a qual é resguardada constitucionalmente na sociedade moderna, cresce gradativamente, e quando utilizada de maneira ilícita, podem infringir normas constitucionais através de um prejulgamento social, corroborando para uma colisão entre direitos fundamentais. A título de exemplo, tem-se o conflito entre a liberdade de expressão e imprensa e outras garantias fundamentais, como os denominados direitos de personalidade, princípio do devido processo legal e a presunção de inocência diante de casos concretos.

Diante disso, o conflito entre os direitos fundamentais necessita ser solucionado, uma vez que, por serem normas supremas, a elas devem ser garantidas o máximo de eficácia. Concomitante a isso, foi exposta a necessidade de normas limitadoras em uma sociedade, visto ser fator necessário para guiar uma sociedade.

Entretanto, de um modo geral, buscou-se através na teoria da ponderação, a solução desses conflitos, com a utilização desta técnica pelo judiciário frente a cada caso concreto. A ponderação é uma técnica que pode ser utilizada para solucionar conflitos que envolvam normas constitucionais, e que diante de casos concretos, não adotará critério cronológico, hierárquico ou de especialidade. Assim, este método leva o jurista a buscar uma conciliação ou harmonia, mas caso não obtendo êxito, parte-se para a ponderação propriamente dita, ou para o chamado sopesamento de valores.

Diante da influência excessiva empreendida atualmente pelos meios midiáticos em geral para com a sociedade, e suas consequências jurídicas e sociais, o objetivo de relatar essa influência foi cumprida, expondo os desdobramentos das divulgações de informações, as características do direito de liberdade que a envolve, em quais valores a mídia pode estar inserida e como ela é efetivada, expondo ao mesmo tempo que é importante que ela se valha de informações verídicas e fundamentadas para alcançar seus objetivos na sociedade.

Ademais, foram analisados os princípios e as suas colisões inseridas em casos concretos, analisando o princípio da liberdade de expressão e imprensa em conflito com os direitos de personalidade e os princípios do devido processo legal e da presunção de inocência. Além disso, foi exemplificado com casos concretos tais

colisões, como o caso da Escola Base e o caso Lebach, os esmiuçando para expor como os direitos fundamentais envolvidos podem ser transgredidos de maneira ilícita pela mídia através de um prejulgamento social.

Dada a importância do tema, torna-se necessário que a posição exercida pelos canais midiáticos seja progressivamente voltada pela busca da verdade fundamentada, com observância a direitos fundamentais que se relacionam com a liberdade de expressão e imprensa, uma vez que os meios de comunicação estão em uma relação cada vez mais estreita com a sociedade e seus valores. Nesse sentido, verificou-se que há a necessidade de solução para a colisão entre direitos fundamentais de acordo com a realidade fática na qual estiverem inseridos, protegendo-os ao máximo e garantindo sua eficácia de maneira plena e adequada.

Assim, ao final, foi averiguado, através de análises de estudiosos como Alexy e Dworkin que isto pode ser alcançado com a utilização mais evidente da proporcionalidade e ponderação pelo judiciário frente a cada caso concreto, uma vez que ponderando as normas conflitantes, é possível as adequar mediante a realidade fática diante de cada situação, através do sopesamento dos interesses ali envolvidos, analisando, ainda, qual método empregar, com observância às garantias e valores constitucionais abrangidos.

Dessa forma, ao utilizar-se desta técnica, preservando a segurança e utilizando-se da fundamentação jurídica necessária, faz-se possível alcançar a solução ou, ao menos, efetivar algum grau de justiça neste embate constitucional que é a colisão de princípios fundamentais nos casos concretos quando envolve a mídia e sua proteção colidindo com os direitos inerentes ao ser humano, em que ambos devem ser protegidos em sua plenitude.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade: Critérios de Ponderação.** Interpretação constitucionalmente adequada ao Código Civil e da Lei de Imprensa. Rio de Janeiro, n. 235, 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>> Acesso em: 13 nov. 2018.

BAYER, Diego; AQUINO, Bel. **Da série “julgamentos históricos”:** Escola Base, o julgamento que não veio pelo judiciário. 2014. Disponível em: <<http://www.justificando.cartacapital.com.br/2014/12/10/da-serie-julgamentos-historicos-escola-base-o-julgamento-que-nao-veio-pelo-judiciario/>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

BLOTTA, Vitor Souza Lima. **O direito da comunicação:** reconstrução dos princípios normativos da esfera pública política a partir do pensamento de Jürgen Habermas. 2012. 390f. Tese (Doutorado em Direito pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto por Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990..

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

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada.** 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously.** 9. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

GÓES, Ricardo. **Democracia Deliberativa e Jurisdição.** Curitiba: Juruá, 2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JÚNIOR, Paulo José da Costa. **O direito de estar só**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LEAL, Magnólia Moreira; THOMAZI, Letícia Rossato. A liberdade de informação pela imprensa e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **1º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade**. Santa Maria/RS, p.01-12, maio/jun, 2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MATOS, Varela de. **Conflitos de direitos fundamentais em direito constitucional e conflitos de direitos em direito civil**. Porto: Almeida e Leitão, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humano fundamentais: teoria geral**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Pedro Henrique Barbosa Salgado de. **O direito de informação jornalística e o papel da imprensa no Estado democrático de direito**. Uberlândia/MG, p. 1-21. Disponível em: <file:///C:/Users/larissacosta/Downloads/3922-14563-1-PB.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2018.

PEREIRA, Carlos André Pinheiro; JORDÃO, Marco Aurélio Medeiros. A figura do Amicus Curiae e a concretização da democracia deliberativa pela justiça constitucional brasileira. **Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v.5, n.1, p.27-39, maio, 2017.

PINZANI, Alessandro; SCHIMDT, Rainer. **Um pensamento interdisciplinar: ensaios sobre Habermas**. Florianópolis: Nefipoline, 2016.

PORTAL, Imprensa. “**Imprensa aprendeu com Escola Base, mas, segue errando**”, diz autor de livro sobre o caso. Disponível em: <<http://www.portalimprensa.com.br/noticias/brasil/79035/imprensa+aprendeu+com+o+caso+escola+base+mas+segue+errando+diz+autor+de+livro+sobre+caso>> Acesso em: 14 nov.2017.

RIBEIRO, Alex. **Caso Escola Base**: os abusos da imprensa. São Paulo: Ática, 2003.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Ementa. **Apelação Cível nº 5660904400**. Relator: Enio Zuliani. 17/07/2088.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, Fernando Lopes da. O caso Escola Base e a importância da ética no jornalismo. **Revista Católica**, Uberlândia/MG, v.1, n.2, p. 131-139, 2009.

SOUSA, Felipe Oliveira de. **O raciocínio jurídico entre princípios e regras**. Brasília, a. 48, n. 192, p. 95-109, 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Ementa. **Recurso Especial nº 700206**. Relator Ministro LUIZ FUX.19/03/2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **RESP 818.764/ED**. Relator Ministro Jorge Scartezzini, j. 15/2/2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 130. Relator Ministro Carlos Britto. **DJE 6/11/2009**.