

FIBRA – FACULDADE DO INSTITUTO BRASIL DE CIENCIAS E
TECNOLOGIAS

CARLITO SOARES DA SILVA

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM COLISÃO COM DIREITO À
HONRA**

ANÁPOLIS

2016

CARLITO SOARES DA SILVA

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM COLISÃO COM DIREITO À
HONRA**

Trabalho Apresentado à Disciplina
de conclusão Curso de Direito da Faculdade
Fibra, como requisito parcial à obtenção de
nota na disciplina trabalho de conclusão de
curso. Orientadora: Prof Mestra Márcia
Beatriz

ANÁPOLIS

2016

RESUMO

ABSTRACT

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO I - TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	7
1.1 ORIGEM HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	7
1.1.1 Gerações/Dimensões.....	9
1.1.2 Fases do Constitucionalismo.....	9
1.1.2.1 Origem do Constitucionalismo.....	10
1.1.2.2 Constitucionalismo na Idade Média.....	10
1.1.2.3 O Neoconstitucionalismo.....	11
1.2 TITULARIDADE, CARACTERÍSTICAS, EFICÁCIA E LIMITAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
1.2.1 Titularidade dos Direitos Fundamentais.....	11
1.2.2 Características dos Direitos Fundamentais.....	12
1.2.2.1 <i>São universais e absolutos</i>	12
1.2.2.2 Historicidade.....	13
1.2.2.3 Indisponibilidade.....	13
1.2.2.4 Constitucionalização.....	13
1.2.2.5 Vinculação aos poderes públicos.....	14
1.2.2.6 Aplicabilidade imediata.....	14
1.2.2.7 A eficácia dos direitos fundamentais.....	14
1.2.2.8 Limitações aos direitos fundamentais.....	15
1.3 O USO DA EXPRESSÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	16
CAPÍTULO II - A QUESTÃO DA COLISÃO. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À HONRA.....	19
2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	19
2.1.1 Conteúdo da liberdade de expressão.....	19
2.1.2 Sujeitos da liberdade de expressão.....	20
2.1.3 Acesso aos meios de comunicação.....	21
2.2 O DIREITO À HONRA EM COLISÃO COM A LIBERDADE DE EXPRESSÃO	22

2.2.1 O conteúdo conflitante dos direitos fundamentais.....	22
2.2.2 O princípio da proporcionalidade.....	24
2.3 VÁRIOS LIMITES A LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	26
2.3.1 Limites do direito de expressão.....	26
2.3.2 A verdade como limite.....	27
2.3.3 Pequenas formas de limite.....	28
2.3.4 A figura do dano moral como limite.....	28
CAPITULO III - A LIBERDADE E SEUS PROBLEMAS.....	30
3.1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS EXCESSOS.....	30
3.1.1 Objetização do individuo.....	30
3.1.2 Desrespeito aos Vulneráveis.....	31
3.1.3 Criatividades sem Limites Éticos.....	32
3.2 CENSURA A MORTE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	33
3.2.1 A morte da Criatividade.....	33
3.2.2 Retrocesso Democrático.....	34
3.2.3 Delimita a informação.....	34
3.3 A COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - O PROBLEMA.....	35
3.3.1 A colisão de direitos fundamentais.....	35
3.3.2 Tipos de Colisão.....	37
3.3.3 solução de conflitos.....	38
CONCLUSÃO.....	40
REFERENCIAS.....	41

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I - TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 ORIGEM HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para que se faça uma análise da origem histórica dos direitos fundamentais se faz necessário um retrospecto às gerações/dimensões dos direitos fundamentais, e as fases do constitucionalismo.

No capítulo sobre direitos fundamentais, o de número três, Paulo Gustavo Gonet Branco, diz que “a sedimentação dos direitos fundamentais (...) é resultado de maturação histórica (...)” (2014, 135). A seguir ele expõe um ponto de vista que recua para um passado distante dos primórdios do cristianismo quando afirma:

O cristianismo marca impulso relevante para o acolhimento da idéia de uma dignidade única do homem, a ensejar uma proteção especial. O ensinamento de que o homem é criado a imagem e semelhança de Deus e a idéia de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a elaboração do próprio direito positivo. (2014,136)

Cumprido acrescentar que referência histórica não menos antiga é a carta magna de 1215 de João Sem Terra “(...) Que é tida por muitos como o documento que deu origem aos direitos fundamentais (...)” (Marmelstein, 201 P.29), e que foi editada para conter o poder absoluto do monarca inglês em favor aos barões e iniciou a diminuição do absolutismo na Europa, ainda que timidamente. Como afirma Marmelstein (2014 P 31)

Os direitos fundamentais foram criados inicialmente, como instrumento de limitação do poder estatal, visando assegurar aos indivíduos um nível máximo de sua autonomia e liberdade.

Marmelstein informa na sua retrospectiva histórica que dois pensadores foram basilares para a formação do conceito de um estado absoluto: “ Thomas Hobbes de Malsmesbury publicou o seu mais famoso livro o leviatã , em 1256.” (2014, p 32) ele defendia entre outras coisas:

Hobbes defendia que o soberano deve possuir um poder absoluto, sem qualquer limitação jurídica ou política. Nada que o soberano fizesse poderia ser considerado injusto, até porque ele seria o Juiz de seus próprios atos e ninguém poderia questioná-lo (2014, p 32)

“(...) Nicolau Maquiavel, no clássico O Príncipe, escrito em 1512, aconselhava que o soberano, na condução dos negócios públicos, deveria fazer o possível para se manter no poder.” (2014, p 32).

O citado autor considera que o resultado da união do pensamento desses dois pensadores “É um estado forte (leviatã), absoluto sem limites e sem escrúpulos, onde o soberano poderia cometer as maiores barbaridades para se manter no poder.” (2014, p 33).

Ainda nessa linha de pensamento Marmelstein passa a considerar o surgimento dos direitos fundamentais como uma contraposição ao pensamento cristalizado de Hobbes e Maquiavel.

(...) A noção dos direitos fundamentais como normas jurídicas limitadoras do poder estatais surge justamente como reação ao estado absoluto, representando o oposto do pensamento Maquiavélico e Hobbeiano (2014,p.33)

Paulo Gustavo Gonet Branco por sua vez coloca um personagem que ele considera importante na compreensão nesse processo de construção dos direitos fundamentais que é Jean Bodin (1529-1596). “Em 1576 publicou em Paris, os seis livros da republica onde teoriza sobre o Poder Absoluto do soberano – O rei. Para esse autor, esse poder é perpetuo e absoluto”. (2014, p 40).

Ambos os autores citados concordam de que John Locke influenciou grandemente para esse novo modelo de estruturação do estado fornecendo (...) “A base teórica do estado democrático de direito.” (Marmelstein 2014, p 35; Gonet Branco 2014, p 42).

No menos importante nesse entendimento temos a figura de Montesquieu. Que aoque parece atribui grande importância a forma tri-partida de poderes:

(...) Todo o homem que tem o poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites. E o meio apto para a sociedade se precatar contra o desmando seria a correta”disposição das coisas” propicia a que “ o poder freio o poder”. Daí a separação entre os poderes, para que um contenha o outro”. (Gonet 2014, p 43)

Finalmente para fechar o elenco daquelas que desenharam o estado político moderno há que se incluir na lista, Jean Jacque Rousseau cuja contribuição escrita foi o seu conhecido contrato social, onde se afirma: “ A finalidade ética do estado, a partir de então, não é mais a mera satisfação dos interesses de um ou de poucos indivíduos, mais a busca do bem comum.(...)”(MARMELSTEIN, 2004 p 36)

1.1.1 Gerações/Dimensões

Os direito fundamentais estão evoluindo e se desenhando nas constituições e para que isto fique cristalizado didaticamente “um jurista tcheco, maturalizado francês, chamado KarelVazark, desenvolveu uma idéia bastante interessante que ficou conhecida como “Teoria das gerações dos direitos” (MARMELSTEIN 2014, P. 37).

Marcos Soares da Mota e Silva em direito constitucional para concursos faz uma classificação como segue

- Direitos da 1ª geração ou dimensão (Liberdades sociais)
- Direitos da 2ª geração ou dimensão (direitos Sociais)
- Direitos da 3ª geração ou dimensão (Direitos coletivos e difusos) (2007,P. 34)

O autor segue comentando sucintamente os aspectos de cada geração dos direitos fundamentais.

Os direitos de primeira geração objetivam dar ao homem o direito á liberdade na vida civil e o direito de participação política na vida do estado. São os direitos e garantias individuais clássicos (direitos civis e políticos). Eles vieram para proteger o cidadão em face do próprio estado (2007, p 34)

Segue discorrendo os direitos de segunda geração.

Os direitos de segunda geração abrangem os direitos sociais, econômicos e culturais. Esses direitos foram reconhecidos, principalmente, no início do século XX, quando surgiram os direitos sociais (direito ao trabalho, previdência social etc) (2007, p 35)

Por fim Marcos Soares da Mota arremata ressaltando os direitos da terceira geração.

Os direitos de terceira geração estão ligados ao principio da fraternidade, eles tem por objetivo proteger a coletividade, ou seja, todo o gênero humano, de forma indeterminada, e não especificamente os interesses de um individuo ou grupo indeterminado.

Os direitos de terceira geração refletem uma preocupação com as gerações presentes ou futuras. São exemplo de direitos fundamentais de terceira geração: O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao patrimônio comum da humanidade, á comunicação, a paz ao progresso etc. (2007. P 35)

1.1.2 Fases do Constitucionalismo

Celso Ribeiro Bastos no curso de direito constitucional discorrendo sobre constitucionalismo fala das dificuldades da tarefa ao tentar situar historicamente o fenômeno do constitucionalismo até os dias atuais visto que “ o avanço da noção de constituição não foi derivado de um golpe só, no mesmo lugar e tempo, mas sim resultado de uma gradual evolução.(...) (Bastos ,2002 p 147)

Apresenta também um conceito bastante adequado para figurar neste trabalho de valorização de matéria constitucional quando afirma:

Pode-se assim conceituar o constitucionalismo como sendo o movimento de valorização da judicialização do poder, com a finalidade de dividi-lo, organizá-lo, bem como da elevação de tal norma á condição de legislação suprema do estado. (Bastos,2002 p.148)

1.1.2.1 Origem do Constitucionalismo

Bastos citando Karl Lowenstein diz que o contituicionalismo remonta á antiguidade clássica. “ (2002, p 149) E vai situar a origem entre os hebreus em seu estado teocrático com a outorga da lei como primeiro evento de limitação de poder, que fixava limites de atuação do estado e o exercício absoluto do poder do governante. Alem dos hebreus o outro povo antigo que tem uma forma de limitação de poder são os gregos através do povo, ou seja, a democracia. No dizer do autor:“Esta fase do constitucionalismo, denominada pelos doutrinadores de “constitucionalismo antigo (...).” (2002, p 150)

1.1.2.2 Constitucionalismo na Idade Média

Embora a idade média sempre apareça descreta como a idade das trevas sob muitos aspectos, no entanto pelo exposto o constitucionalismo” apareceu como um movimento de conquista de liberdade individuais” exatamente neste período obscuro. Durante este período um estado vai se destacar e abrir caminho oferecendo um modelo a seguir:

A Inglaterra destacou-se nesse cenário como palco do surgimento dos primeiros diplomas constitucionais a despeito de sua tradição consuetudinária.

O direito constitucional Britânico formou-se por meio de um processo lento. gradual de estruturaçãodas instituições constitucionais o que acabou por gerar o aparecimento de uma monarquia constitucional. (Bastos, 2002 , p. 150)

1.1.2.3 O Neoconstitucionalismo

Esta fase encontra um grau de reflexão bem maior quanto ao papel que devem exercer as constituições. Bastos acentua que tem que haver “maior segurança nas relações com o estado, bem como uma maior clareza nos limites de atuação deste” (2002,p.152) Outro elemento importante nessa fase é a necessidade de elaboração escrita dos textos constitucionais: “tal fase é marcada pela exigência de constituição escrita” (2002, p. 152).

Em síntese o constitucionalismo moderno tem como elemento conquista históricas de todos os movimentos que ocorrem na Europa e Estados Unidos e que

somados constituíram a face do constitucionalismo atual esses elementos aparecem nitidamente nos textos de Bastos transcritos abaixo:

Desse modo, não se faz possível no direito constitucional moderno diferenciar o que advém de uma contribuição inglesa, americana, francesa, daquilo que surge de uma contribuição original daquele estado. De qualquer forma, faz-se possível identificar alguns institutos que nasceram destes regimes dentre os quais destacamos o da universalização dos direitos individuais, entendidos estes como limitações ao poder do estado em face do indivíduo, a divisão de poderes e o princípio de soberania nacional. (BASTOS, 2002, p.154)

1.2 TITULARIDADE, CARACTERÍSTICAS, EFICÁCIA E LIMITAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

1.2.1 Titularidade dos Direitos Fundamentais

Os autores consultados parecem não ter dúvida quanto à universalidade da titularidade dos direitos fundamentais, e a pergunta que fazem se limita a se somente pessoas físicas são foco desses direitos, e ainda que em sua origem exista referência a pessoa física há entendimento consolidado de que as pessoas jurídicas também podem exercê-los, como bem exemplifica. Paulo Gustavo Gomet Branco.

Os direitos fundamentais à honra e a imagem ensejando pretensão de reparação pecuniária também podem ser titularizados pela pessoa jurídica. O tema é Objeto da Súmula do STJ, que assenta a inteligência de que também a pessoa jurídica pode ser vítima de ato hostil a sua honra objetiva. A súmula 227/STJ consolida o entendimento de que "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral" (2014, p 172).

Prossegue incluindo neste rol os estrangeiros e o ponto em questão diz respeito se só os residentes são titulares dos direitos ou se podem ser estendidos a todos os estrangeiros e conclui:

(...) A declaração de direitos fundamentais da constituição abrange diversos direitos que radicam diretamente no princípio da dignidade do homem princípio que o art .1º, III, da constituição federal toma como estruturante do estado democrático brasileiro. O respeito devido à dignidade de todos os homens não se excepciona pelo fato meramente excepcional da nacionalidade.(2014, p.173)

Obviamente não estão contempladas as exceções existentes nos direitos, ou seja, aqueles que "são dirigidos ao indivíduo enquanto cidadão, tendo em conta a situação peculiar que oliga o País. Assim direitos políticos pressupõem a nacionalidade brasileira." (2014, p. 173)

1.2.2 Características dos Direitos Fundamentais

O texto de Paulo Gustavo Gonet Branco apresenta várias características dos direitos fundamentais, embora aponte dificuldades para, “fixar-lhes características que sejam sempre validas em todo lugar (...). (2014, p. 142), e acrescenta mais um motivo para tanto (...) especialmente das peculiaridades da cultura e da historia dos povos” (2014,p.142). Parece que tempo e lugar fazem com que surgem as necessidades cada vez mais distintas com relação aos direitos fundamentais e talvez por isso cada constituição os positive de maneira peculiar. Contudo o autor aponta características mais comuns e freqüentes a todos os povos tratados neste subtopico.

1.2.2.1 São universais e absolutos

Isto significa que todos indistintamente são titulares dos direitos fundamentais, embora eles também se dirijam a grupos limitados, tais como, a acessibilidade do cadeirante aos órgãos de saúde publica por meio de vias adequadas e que só alcançam obviamente quem tem necessidade especial. É universal porque alcança todos os sujeitos de direito, e se alcança todos alcança também os grupos específicos. (2014, p.143) Quando o ser absoluto é porque Paulo Gustavo considera “no sentido de que se situaram num patamar Maximo de hierarquia jurídica e de não tolerarem restrição”. (2014,p.143). Embora o mesmo autor levante questionamentos relacionados a isto no afirmar que vozes discordantes afirmam em linha contraria que direitos fundamentais sofram limitações (...) “ Quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais.” (2014, p.143)

1.2.2.2 Historicidade

A validade dos direitos fundamentais estão intimamente ligados ao contexto histórico. Aquilo que foi citado no inicio deste tópico “tempo e lugar” mostrando os direitos fundamentais no chão da historia de cada povo. Como eles se desenvolvem com o desenrolar da historia, isto explica o surgimento o desaparecimento e às vezes sua modificação ao longo da historia. (2014, p.144)

1.2.2.3 Indisponibilidade

Os direitos fundamentais são inalienáveis tendo em vista a dignidade humana sendo portanto vedado ao seu titular abrir mão desses direitos posto que inalienáveis, lhes pertencem, mas não pode se dispor ferindo com isto a dignidade, que os direitos fundamentais resguardam. Quanto a ser indisponível verbaliza o autor: "indisponíveis, portanto, seriam os direitos que visam resguardar a vida biológica – sem a qual não há substrato físico para o conceitos de dignidade". (...) (2014, p.146)

1.2.2.4 Constitucionalização

Uma característica básica para identificação de um direito fundamental é o fato desses direitos estarem positivados numa constituição de um estado soberano. Os direitos do homem, os direitos humanos e os fundamentais tem como valor básico a dignidade da pessoa humana, mas dentre os três somente os direitos fundamentais tem positivação constitucional.

Se é verdade que um direito fundamental peculiariza-se por estar recepcionado por algum preceito de direito positivo, é também fato que, no direito comparado, essa técnica de recepção pode variar. No direito Brasileiro, como nos sistemas que lhe são próximos, os direitos fundamentais se definem como direitos constitucionais. (Branco,2014, p.147)

1.2.2.5 Vinculação aos poderes públicos

Em decorrência da constitucionalização dos direitos fundamentais eles tem validade de forma que: "os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem." (Branco, 2014, p.148). A vinculação se dirige aos poderes de república, ao legislativo, ao executivo e ao judiciário.

1.2.2.6 Aplicabilidade imediata

Os direitos fundamentais "são de caráter preceptivo, e não meramente programático". (Branco. 2014, p. 154). Isto para que o direito não pereça pela passagem do tempo ele passa a produzir efeitos como bem define o art 5º 1º da

constituição de 1988: “ As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.” (Branco, 2014, p.154).

1.2.2.7 A eficácia dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais por suas características gozam também de eficácia plena o que para Celso Ribeiro Bastos decorre primeiramente do §1º do art. 5º da constituição federal de 1988: “ As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (2002, p.279) Para Bastos nem todas as normas constitucionais gozam desses efeitos “ porque nem todas ostentam os elementos para tanto exigíveis. “ (2002, p. 279) Após classifica as normas em:”

- a) normas de mera aplicação ou de eficácia plena;
- b) normas de integração completáveis ou normas de eficácia limitada;
- c) norma de integração de eficácia restringível ou normas de eficácia contida.” (2002, p.279).

Os direitos fundamentais tem efeitos plenos, imediatos não restando outra opção senão o cumprimento imediato dada a sua eficácia como bem sinalizar o autor:

As normas que batizamos como mera aplicação tem por nota caracterizadora o não deixar interstício entre o seu desígnio e o seu desencadeamento dos efeitos a que dão azo. Neste sentido, sua estrutura lógica nada apresenta de singular, quando cotejada com as demais regras admitidas no ordenamento jurídico. E assim como estas últimas são gestadas para atuar, independentemente de comandos intercalares, aqueles também nada reclamam em achega aos respectivos conteúdos ou quanto ao seu *modus operandi* (Bastos 2002, p.279)

1.2.2.8 Limitações aos direitos fundamentais

As limitações dos direitos fundamentais é um tema difícil, mas necessário e devido a isto Gilmar Mendes observa que “daí fazer mister a definição do âmbito ou núcleo de proteção, e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses direitos” (2014, p. 192). Para tanto devemos verificar as seguintes abordagens:

- a) **Âmbito de Proteção: Determinação**
Para que se analise o âmbito das restrições aos direitos fundamentais faz-se necessário identificar o âmbito de proteção, a partir de uma “interpretação

sistemática”, ou “em confronto com eventual restrição a esse direito.” (Mendes, 2014, p. 193)

- b) **Âmbito de Proteção Estritamente Normativo**
Dizem respeito “ aqueles direitos individuais que tem o âmbito de proteção instituído direta e expressamente pelo próprio ordenamento jurídico.” (Mendes, 2014. P 19)
- c) **Reserva Legal simples**
“A constituição autoriza, em diversas disposições a intervenção do legislador no âmbito de proteção de diferentes direitos fundamentais. “ (Mendes, 2014, p.203)
- d) **Reserva legal qualificada**
Tem-se uma reserva legal ou restrição legal qualificada quando a constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja previsto em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados. (Mendes, 2014, p.206)
- e) **Limitação – Teoria interna**
Esta teoria contempla as restrições que emanam de dentro da constituição que visam o “estado de necessidade (estado de defesa e estado de sitio)”. (Mendes, 2014,p.200).
- f) **Limitação – Teoria Externa**
Nesta teoria o fundamento para restrições dos direitos fundamentais se assentam na supremacia da lei, colisão de direitos, reserva legal, enfim questões relacionadas á preservação da ordem publica.

1.3 O USO DA EXPRESSÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Embora Marmelstein discorra sobre o uso banalizado da expressão direitos fundamentais num capítulo onde tem a intenção de conceitualizar os direitos fundamentais, o uso desse tópico tem a finalidade de expor a forma banalizada como o autor enxerga o uso que vem se fazendo desses direitos, para tanto faz-se necessário algum tipo de conceitualização ainda que superficial e que ficaria melhor aguçada de introdução. Contudo parece enquadrar bem neste fim de capítulo falar do uso generalizado com o qual vem sendo tratado o tema.

Marmelstein, denuncia que (...) “há direitos fundamentais para todos os gostos.” (2014, p.14) E enumera uma lista das mais extravagantes possíveis de reivindicação no campo dos direitos fundamentais que vão desde quem:

(...) se considere titular de u direito fundamental de andar armado, há quem defenda a existência de um direito de manifestar meios nazistas, há quem diga que existe um direito á embriagues. (2014,p.14)

Marmelstein afirma que: “(...) esses direitos são dotados de algumas características que facilitam extremamente a sua proteção e efetivação judicial.”

- a) Possuem aplicação imediata;
- b) São clausulas pétreas;
- c) Possuem hierarquia constitucional.” (2014,p.15)

Marmelstein enfatiza que os direitos fundamentais tem “conteúdo ético” que estão “ligados a idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder” (2014,p.15-6) A idéia de dignidade da pessoa humana nos referidas paginas.

O autor também afirma que o legislador enumerou “um rel muito abrangente que ás vezes gera uma sensação de exagero. “ (2014,p.20). E continua afirmando:

Nesse extenso rol, há direitos que não possuem uma ligação tão forte com a dignidade da pessoa humana nem com a limitação do poder.Pode-se mencionar por exemplo, o direito a marca, o direito no lazer (art. 6º) (...). Poderiam perfeitamente estar fora do titulo II ou até mesmo fora da constituição.

Os direitos fundamentais nesse mesmo raciocínio do autor tem conteúdo normativo (aspecto formal), que ensinam que “juridicamente somente dão direitos fundamentais aqueles valores que o povo (leia-se o poder constituinte) formalmente recomeçou como mercedores de uma proteção normativa especial (...).” (2014,p.17)

Marmeltsein reconhece como inegável “a existência de um elenco tão extenso (ou seja, aborto) de direitos fundamentais.” E ainda aconselha um critério importante para saber identificar a existência de um direito fundamental:

Por ora, é importante ter em mente que, para saber se determinado direito é fundamental, deve-se analisar se a constituição confere, ainda que implicitamente, alguma proteção especiais a ele. (2014, p.21)

Nesse sentidos com ênfase maior em afirmar o caráter não exaustivo do rol dos direitos fundamentais está posicionado Celso Ribeiro Bastos em seu curso de direito constitucional onde aponta para o art.:5º da constituição federal de 1988 no § 2º.

Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a republica do Brasil seja parte”, (2002, p.282)

Finalmente para que se delimite os direitos fundamentais é necessário dizer que existe três direitos que se confundem e que precisam ser diferenciados, que são:

- a) Direitos fundamentais que estão “intimamente levados á dignidade da pessoa humana e á limitação de poder, positivados na constituição.”
- b) Direitos do homem “também ligados a dignidade e a limitação do poder”, não positivados na constituição.
- c) Direitos humanos, do mesmo modo, ligados á dignidade e limitação do poder, porem positivados no plano internacional, nos tratados, pactos e convenções. (Marmelstein, 201. P 23-24)

CAPITULO II - A QUESTÃO DA COLISÃO. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À HONRA

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A liberdade de expressão desempenha um importante papel numa sociedade democrática e pluralista como pretende ser a maioria das sociedades modernas urbanizadas. Dá expressão á pluralidade de pensamentos que de outra forma ficariam represados e não ganhariam as formas mais variadas num ambiente livre. Para Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p.40) “ A liberdade de expressão é, então, enaltecida como instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático (o pluralismo de opiniões é vital para formação da vontade livre).” 2014, p.40

Sendo portanto um direito assegurado constitucionalmente no art 5º, V como segue: “É livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato”. As expressões do pensamento não podem ficar anônimas e isto é assegurado não para o prazer do sujeito titular do direito de expressão, mas para a sociedade objeto da manifestação desse pensamento, desta criatividade, do novo que surge quando o pensamento tem livre curso no seio de uma sociedade igualmente livre.

Para que esta liberdade seja possível há que ter garantias para que se exerça esta liberdade. Como bem acentua Celso Ribeiro Bastos: “O homem não se contenta com o mero fato de poder ter opiniões que quiser, vale dizer: ele necessita

antes de mais nada saber que não será apenado em função de suas crenças e opiniões.” 2002, p. 329.

Numa sociedade plural “A liberdade de pensamento também é exercida de múltiplas formas...” (Mermelstein, 2014 p. 124)

Gerando Portanto um ambiente cultural mais amplo, criativo e equilibrado, próprio das democracias onde o pensamento é livre.

2.1.1 Conteúdo da liberdade de expressão

A liberdade expressão tem como conteúdo valores ligados a elementos que são essenciais à caminhada humana em sociedade e sem os quais o relacionamento humano se estanca, se represa e o homem volta a idade das trevas sem difundir ou transmitir. No dizer de Paulo Gonet Branco é (...) “ toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa envolvendo temas de interesse publico ou não... (2014, p.264)”. Ter opinião sem correr risco de censura, fazer comentários, avaliar e julgar assunto ou pessoa consiste numa grande evolução, porque prepara terreno para a circulação do conhecimento do choque de idéias, das contradições do pensamento tão necessários para que surjam sínteses.

Pelo exposto o direito de expressão é bastante amplo abrangendo elementos variadíssimos, criando leque suficiente para conter desde opiniões cotidianas até comentários não elaborados, do homem mediano ao articulista dos meios de comunicações.

...Vale comentar essa importante liberdade que é um instrumento para a democracia, na medida em que permite que a vontade popular seja formada a partir do confronto de opiniões, em que todos os cidadãos, dos mais variados grupos sociais, devem poder participar falando, ouvindo escrevendo, desenhando, encenando, enfim colaborando da melhor forma que entenderem. (2014, p.123).

O autor entende a liberdade de expressão como uma forma de colaboração eficaz no contexto da democracia formando opiniões a partir da circulação de ideias.

Num outro parágrafo ele amplia esse leque de conteúdos da liberdade de expressão dizendo que ele é exercida “de múltiplas formas” e acrescenta discursos falados, escritos, desenhos, manifestações artísticas (músicas, filme, teatro etc) pinturas, cartazes, sátiras e assim sucessivamente.” (2014,p.124).

O conteúdo abarca desde o artista plástico que expõe trabalhos em museu até o grafiteiro que desenha cenas urbanas na faixa suja de um muro, enfim todos os modos pacíficos de manifestação da expressão humana e criativa.

Contudo, ainda, que exista uma amplitude de direitos o referido autor coloca em contraponto que:” existe uma discussão mais polêmica em torno dos materiais considerados pornográficos ou obscenos”. (2014,p.126) para tanto basta saber que a pornografia já tem disciplinamento e punição no art. 234 do código penal.

2.1.2 Sujeitos da liberdade de expressão

O estado e o indivíduo são sujeitos vistos que o que se exige na propositura desses direitos uma abstenção do estado, direito estes nunca exercidos em face de terceiros, embora o autor afirme que em certas circunstâncias especiais “ liberdade de expressão seja invocada em contexto privado”. (BRANCO, 2014. p.265).

O referido texto ao tratar da matéria sujeito do direito à liberdade de expressão se detém e fica limitado ao caso mais emblemático que é o ambiente das empresas de comunicação e o profissional que trabalha nesse ambiente com suas convicções pessoais em conflito com a pauta. Um bom exemplo disso seria um criacionista tendo que prender-se a uma pauta em que tivesse que exaltar o evolucionismo como ciência e deixar evidente sua viabilidade e confiabilidade. Ele é sujeito de direito, pode se omitir, contra a pauta? Ir contra os interesses econômicos da empresa? Deixa de ser sujeito de direito por causa das relações internas da empresa? Colocando assim os sujeitos legítimos são aqueles que podem de fato exercer-los que não estão restritos por nenhuma cláusula interna que os limite (“clause de conscience”). (BRANCO, 2014p.266).

Pela leitura e exposição do caso os sujeitos são todos aqueles que livres de alguma amarra contratual possam livremente exercer o direito à liberdade de expressão dentro do espaço amplo e variadíssimo das manifestações de pensamento.

2.1.3 Acesso aos meios de comunicação

Assegurada a liberdade de expressão faz-se necessário assegurar por outro lado o acesso aos meios de comunicação, para que se de oportunidade iguais a quem se sinta ofendido, atacado em sua honra para responder com igual intensidade.

Se a prática do direito de expressão for uma Faculdade Unilateral exercida pelo mais forte, mais criativo, mais competitivo no seu modo de expressar-se assistiremos a um massacre as pessoas ou grupos com índole mais passiva, menos reativa. Na verdade o que se assegura é a liberdade de expressão para somar ideias na constituição de uma sociedade democrática, e não o uso da expressão como arma de combate e ataque ao outro, ao diferente. Porém como o direito existe foi necessário oportunizar acesso de maneira proporcional ao agravo por meios iguais a quem se sintia ofendido.

Vejamos o que diz pelo Gustavo Gonet Branco num comentário sobre o assunto.

A lei maior assegura o direito de resposta, que corresponde a faculdade de retrucar uma ofensa veiculada por um meio de comunicação. O direito de resposta, basicamente, é uma reação ao uso indevido da mídia, ostentando nítida natureza de desagradado. BRANCO, 2014, p 267.

O direito de resposta existe exatamente por causa da existência da possibilidade de agravo. O exercício de um direito que acaba por gerar reverberações nos direitos de terceiros, que sentem agravados em sua honra. Por isso o direito de responder na mesma proporção gerando com isto equilíbrio de forças no contexto da sociedade.

O autor também amplia a discussão tratando o direito de resposta como um direito difuso exercido “ para atualizar notícias de interesse público “ seria o caso do veículo de comunicação noticiar algo com versão própria, desvirtuar os fatos e dar significado diverso do original e ser por lei obrigada a se retratar trazendo a público com igual proporção os fatos de maneira mais objetiva. Vale transcrever a citação a castanho de carvalho que bom ilustra a discussão:

Ao seu vêr, “a retificação da notícia deveria (ser possível) sem necessidade de demonstrar violação de direitos. Dever-se-ia caminhar para compreender a retificação como um mero direito de crítica ou de oposição ao que foi noticiado, em havendo, é claro, interesse público no debate.” APUD BRANCO, 2014,p.268.

As vezes o profissional enfoca a notícia a partir do seu viéz ideológico sem a devida isenção, e quem presencia os fatos fica chocado, não viu aquilo, viu o oposto, multidões enxergaram o oposto. A visão de um só se arvora em detentora de legitimidade. A sociedade tem sua versão para os fatos e quer responder dizendo: “os manifestantes são violentos; são vândalos,tenho medo de seu modo de expressão.

2.2 O DIREITO À HONRA EM COLISÃO COM A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

2.2.1 O conteúdo conflitante dos direitos fundamentais

George Marmelstein em seu livro curso de direitos fundamentais aponta bem as causas desse conflito que ao seu ver existem porque:

As normas constitucionais se potencialmente contraditórias, já que refletem uma diversidade ideológica típico de qualquer estado democrático de direito. Não é de estranhar, dessa forma, que elas frequentemente, no momento aplicativo, entre em “rota de colisão”. 2014,p.364.

Os conflitos são consequências que se deve pagar ao exercício de liberdade no seio de uma sociedade plural. O legislador poderia optar por proteger somente a expressão do pensamento em detrimento da honra, ou escolhido a honra e restringido a expressão do pensamento. Não teríamos colisão do direitos, porém grupos ficariam reprimidos ou encontrariam formas de manifestações um tanto subversivas, tais como as existentes no períodos ditatorial. Dentre os casos mais clássicos está a livre manifestação do pensamento violando a honra das pessoas, que para o autor “ tais direitos são essencialmente conflitantes por estabelecerem diretrizes em direções opostas.” Marmelstein, 2014, p.364.

A título exemplificativo um caso que se dou na esfera internacional mais especialmente na França em Paris no dia 07 de janeiro de 2015, quando dois muçulmanos entraram na redação da revista satírica francesa anticlerical, antiburguesa, de conteúdo ácido e radical, Charlie Hebdo e atiraram contra jornalistas e ao sair atiraram contra um policial e após gritaram palavras de ordem:” vingamos o profeta Maomé.

O Charlie Hebdo já havia retratado em suas capas Maomé, o que para os muçulmanos é ofensivo, por que incita ao seu ver a idolatria. Além do mais retrataram Maomé nú, noutro momento Maomé numa cadeira de rodas conduzido por um judeu. Noutro momento em 2011 uma capa do semanário trazia inscrições ofensivas à Sharia (lista de orientações islâmicas), nos seguintes moldes:” ChariaHebdo, ainda noutra um muçulmano aparece segurando o Corão (a bíblia dos muçulmanos) e seguia uma inscrição: “ Corão isto é a merda.” Exame.Abril.com.br:disponivelem : As capas charliehebdo que causaram furia em extremistas > acesso em 06. Dezembro de 2016.

O conflito nesse caso em tela assume proporções maiores que conflitos de direitos na ordem interna, visto que de um lado temos os franceses defendendo a liberdade de expressão como um direito quase absoluto e do outro os muçulmanos considerando a honra de sua cultura religiosa um direito igualmente absoluto e nenhuma cômte no meio para arbitrar o conflito.

Nesse sentido, a declaração universal dos direitos humanos em consonância com os direitos fundamentais defendidos pelo STF (MS 23.452-RJ, Rel. Min. Celso de Melo) declaram o caráter relativo desses direitos:

(...) reconhece, em seu artigo 29 que os direitos ali estabelecidos são relativos já que podem ser limitados no intuito de promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as exigências da moral da ordem pública e do bem estar numa sociedade democrática. Marmelstein, 2014, p. 367.

Esta relatividade existe em face de outros direitos contudo o autor acentua que existe um certo perigo quando se relativiza esses direitos, porque podem passar a “ ideia equivocada de que as proteções constitucionais são frágeis...” p.367 e que podem mudar quando houver interesses vagos de ordem pública.

2.2.2 O princípio da proporcionalidade

No exemplo do Charlie Hebdo que se deu no plano externo, ou seja, entre franceses e grupos radicais muçulmanos, o controle torna-se difícil. Mas no âmbito dos direitos fundamentais no plano interno existem dispositivos de controle: “... eles podem ser restringidos caso o seu exercício possa ameaçar a coexistência de outros valores constitucionais.” Marmelstein, 2014, p. 368.

Para Marmelstein isto é possível graças a um princípio defendido nas linhas como segue:

E é nesse ponto que entra em cena o mais importante princípio de interpretação dos direitos fundamentais, que é o princípio da proporcionalidade. Somente será legítima a restrição ao direito se for atendido o princípio da proporcionalidade. Marmelstein, 201r, p. 369.

Pelo visto o princípio da proporcionalidade é colocado como “instrumento capaz de afirmar a legitimidade de leis e atos administrativos que restringem direitos fundamentais.” (Marmelstein, 2014, p. 370.)

Este princípio se desenvolve em outras dimensões são adequação, necessidade ou vedação de excesso e de insuficiência e proporcionalidade em sentido estrito. Esses elementos estando presentes poder ser usados como

limitação a algum direito fundamental e seu exercício em prejuízo de outros. Vejamos pois esses três elementos sucintamente:

- a Adequação - A adequação parte da pergunta: "o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado?" Se a resposta for negativa o princípio da proporcionalidade pode ser aplicado, tendo em vista a existência de um de seus elementos também pode-se afirmar que o princípio da adequação tanto pode ser utilizado para restringir direitos fundamentais, bem como para "servir como mecanismo de balizamento da implementação de determinado direito fundamentais..." Marmelstein, 2014, p. 275.
- b Necessidade (vedação de excesso) para conter o excesso tem que haver estrita necessidade e por isso surge outra pergunta: "o meio escolhido foi o "mais suave" entre as opções existentes?" (p.375) Novamente se a resposta for negativa ela é anulável pelo judiciário, sendo que existem outras alternativas. Um bom exemplo apresentado pelo autor é o conhecido uso das algemas, que embora necessário, pode conter excessos "desde que haja fundada suspeita ou justificado receio" de fuga (p.376), em contrário o uso é considerado excessivo e desnecessário.
- c Necessidade (vedação de insuficiência) Em citação a Ingo Salert temos uma definição dessa dimensão do princípio da proporcionalidade.

A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso um imperativo de tutela ou dever de proteção." Apud, Marmelstein, 2014, p. 377.

A vedação de insuficiência está colocado não no sentido de restringir, mas antes no sentido de garantir os direitos fundamentais. Como é notória a existência de vários comandos insuficientes e quando isso ocorre "(...) é cabível o controle judicial a fim de corrigir a situação de institucionalidade daí decorrente". Marmelstein, 2014, p. 379.

- d Personalidade em sentido estrito (ponderação) Para maior precisão será necessário transcrever as orientações de George Marmelstein:

A proporcionalidade exige uma análise das vantagens e das desvantagens que a medida trará. A pergunta mental a ser feita para aferir a presença da proporcionalidade em sentido estrito é a seguinte: O benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes (axiológicamente) do que direitos que a medida buscou preservar? Em uma análise de custo-benefício, a medida trouxe mais vantagem ou mais desvantagens? (2014, p.380).

Segundo a lógica do texto ha que se avaliar custo e benefício e se o custo for maior não compensa, e se for menor justifica. Para tanto apresenta um caso concreto na chamada lei do abate (lei nº 9.614/98). Que autoriza tiro de destruição de aeronaves hostis usados no tráfico de drogas. A pergunta que se faz: justifica o abate de vidas para por fim no tráfico de drogas? Em caso afirmativo o abate é autorizado, mas em caso contrário verificando a desproporção o abate não deve ser autorizado. É uma questão valorativa complexa, mas ao mesmo tempo um exercício de reflexão.

2.3 VÁRIOS LIMITES A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

2.3.1 Limites do direito de expressão

Alguns bens jurídicos considerados de superior importância pelo constituinte são considerados como tendo status para operar como limites à liberdade de expressão. Esses bens mencionados pelo constituinte são “a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem.” (BRANCO, 2014, p.271)

Ainda neste sentido Paulo Gonet Branco traz o modo como a lei brasileira se comporta em face da juventude:

A carta brasileira não adotou a formula Alemã de prever, explicitamente, que a liberdade de expressão possa ser limitada por leis destinadas a proteger a juventude. Isso não impede que, no Brasil, sejam editadas leis, com o ** de preservar valores relevantes da juventude, restringindo a liberdade de expressão. (BRANCO, 2014, p. 271).

Ha além dos bens jurídicos listados na constituição como limitação à liberdade de expressão, há uma verdadeira cláusula de abertura, que prevê a possibilidade de legislar limitações, que protejam a juventude a exposição de ideias capazes de afetar contrariamente a formação da juventude. No caso específico do direito Germânico a proibição de “glorificar a guerra, crimes, a brutalidade, provocarem o ódio racial e retratarem a sexualidade de forma particularmente desabrida.” (BRANCO, 2014, p. 271)

Também pode-se elencar outros elementos importantes que podem restringir a liberdade de expressão, sendo que ela “ poderá sofrer recuo quando o seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituose fundada no superior valor intrínseco de todo ser humano.” (BRANCO, 2014, P. 271)

- a Vias de tráfego, proteção do patrimônio ambiental e turístico: Podem exercer efeitos de restrição como por exemplo buzinas em frente a hospitais, outdoor em certas regiões por questão de visibilidade. Tudo isto levando-se em conta critérios do princípio da proporcionalidade.
- b Reações violentas de quebra de ordem: como exemplo o autor introduz o cenário de um teatro e alguém gritando fogo: e afirma que isto não constitui exercício da liberdade de expressão. (p. 273)
- c Palavras belicosas: não estão protegidos pela liberdade de expressão, pois consistem no dizer do autor em estopins de ação, em vez de pauta de persuasão..." (p. 273)
- d Discurso de ódio: O exemplo histórico mais gritante vem no nazismo como seu anti-semitismo, arianismo, Eugênia. O ódio racial, a xenofobia.
- e A pornografia: neste quesito as vozes se dividem... De um lado o conservadorismo, do outro que defendem com fins artísticos, contudo "qualquer tipo de pornografia é punida no artigo 234 do Código Penal" (Marmelstein, 2014. P. 126-7)

2.3.2 A verdade como limite

A verdade como limite parece estar mais circunscrita a um ambiente da empresa, da propaganda. Mais uma vez seria bom lembrar que os direitos fundamentais objetivam a dignidade da pessoa humana e que uma informação de conteúdo falso não favorece em nada, para tornar a vida humana mais digna, antes pelo contrário atenta contra ela. No caso da propaganda " O Código de Defesa do Consumidor nessa linha, proíbe propaganda enganosa" (BRANCO, 2014, P. 274). E esta proibição deixa explícito que a informação enganosa não esta protegida pela liberdade de expressão. A boa formação de opinião precisa contar com a fidelidade daquilo que é veiculado.

Reforçando o raciocínio Paulo Gonet Branco apresenta excelente afirmação de que:

A informação falsa não seria protegida pela constituição, por que conduziria a uma Pseudo-operação da formação da opinião. Assinala-se a função social da liberdade de informação de "colocar a pessoa sintonizada com o mundo que a rodeia (...), para que possa desenvolver toda a potencialidade da sua personalidade e, assim, possa tomar as decisões que a comunidade exige de cada integrante. (BRANCO, 2014, p. 274).

Mais uma vez o foco está no ser humano e no desenvolvimento de todo o seu potencial criativo sendo estimulado.

2.3.3 Pequenas formas de limite

Celso Ribeiro Bastos em seu curso de Direito Constitucional traz algumas formas de limites também importantes, seu Rol de limitações é pequeno, mas acrescenta ao que outros autores elencaram. Eis portanto a pequena lista de Bastos:

- a Limite dentro das repartições públicas: Segundo Bastos o estado pode “impor restrições (...). Assim, pode limitar o direito de expor opiniões políticas dentro das próprias repartições públicas.” (BASTOS, 2002, p. 332). Parece lógico que o servidor está ali para servir, e não pode usar esse poder para influenciar, ou usar o peso da função para impor-se ideologicamente.
- b Limite para Magistrados: Os magistrados talvez pelo dever de imparcialidade são bastante comedidos quanto a expressão, além da função impor limites, há limites auto-impostos. Estes se expressam formalmente no momento certo. No dizer do autor “não são todos os lugares nem todos os momentos que se prestam a ela.” (Liberdade de expressão) (BATOS, 2002, p. 332)
- c Limite do Anonimato: Para que atitude omissas e irresponsáveis não sejam protegidos pelo Direito de expressão a constituição enunciou norma que “proíbe-se o anonimato”, isto para que ninguém se esconda e se evada de assumir aquilo que diz. (BASTOS, 2002, P. 333)

2.3.4 A figura do dano moral como limite

O dano moral foi disciplinado na carta de 1988 ainda no seu art 5º inc x, notadamente no capítulo que inicia uma seção dos direitos fundamentais, onde diz o seguinte:

“São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (art. 5º, x, cf)

Claro está que o dano moral não aparece explicitadamente como um limite à liberdade de expressão, mas percebemos através de sua natureza e função seu caráter limitador. Bastos diz que o dano moral “revela-se sob diversas formas, através de ofensa à honra da vítima...” O dano moral tem como finalidade reparar peculiarmente vítimas atingidas em sua honra, e isto tem a função didática de desestimular os excessos do direito de expressão. O temor de ter que indenizar serve como um componente limitador levando os sujeitos à reflexão com respeito as consequências do que se quer expressar.

Bastos fala da importância do inciso x no art 5º da Constituição Federal e da possibilidade de indenizar materialmente o dano moral: “A inclusão da responsabilidade civil reveste-se em muitas hipóteses de uma força intimidatória (...)” (BASTOS, 2002, p. 344), ou limitadora que mexe com o bolso das pessoas e das empresas de comunicação, de propaganda.

CAPITULO III - A LIBERDADE E SEUS PROBLEMAS

3.1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS EXCESSOS

A liberdade de expressão tem consigo problemas, não que ela seja em sua essência má, mas quem dela se utiliza e tende ao exagero, ao egoísmo, a exercê-la como direito absoluto, sem considerar os limites necessários para coexistir com outros sujeitos de direitos. A ausência de limites que culmina em excessos pro judiciais são considerados por alguns autores e dentre eles vejamos os seguintes:

3.1.1 Objetização do individuo

A esse respeito temos nos comentários de BRANCO (2014, p 278).

Respeita-se a dignidade da pessoa humana quando o indivíduo é tratado como sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade de direitos com os seus semelhantes, há o desrespeito ao princípio, quando a pessoa é reduzida á singela condição de objeto, apenas como meio para a satisfação de algum interesse imediato.

Pelo que sobressai desse texto há necessidade de preservar a igualdade com os semelhantes, que equivale dizer que ninguém tem mais direitos que outros. E quem no exercício do direito de expressão desrespeita o outro no seu direito à honra o trata como objeto violando assim a dignidade humana, o que se quer proteger no uso da liberdade cria-se com isto uma contradição: O direito fundamental quer proteger a dignidade humana, mas o exercício da liberdade não observando os limites vai violar a dignidade humana ao tratar a pessoa na condição de objeto. Os americanos sobre a bandeira da primeira emenda que protege a liberdade de expressão, tendo-a como preferencial sobre as demais vão permitir direitos que destoam da proteção da dignidade humana, saindo dos objetivos dos direitos fundamentais.

Segundo Marmelstein (2014, p. 129)

Assim, por exemplo, sob a ótica da suprema corte norte americana, os membros da famigerada KuKluxKlan, a seita que prega a supremacia Branca e o ódio racial, não podem ser punidos por queimarem cruzeiros em frente a residências de negros, pois isso limitaria seus direitos de manifestação do pensamento.

No parágrafo citado há também um exemplo do partido nazista norte-americano, que promove passeatas em “bairros ocupados por vários judeus sobreviventes do holocausto”. Tanto negros como os judeus são agredidos em sua dignidade humana e ficam na condição de objeto por causa de um dogma da suprema corte e do ódio de uma minoria, no caso a KuKluxKlan e o insignificante partido nazista dos EUA. Assim descer á condição de objeto como no caso das charges que escolhem grupos para ridicularizar, da KuKluxKlan que escolhem grupos para violentar, ou dos nazistas que elegem judeus objeto de sua política de extermínio, todos tratam os diferentes como objeto sem considerar a dignidade humana, não preenchendo o critério material para sustentar - se como direito fundamental. Um direito pode até estar num capítulo Direitos Fundamentais, mas se

ele não objetiva a dignidade da pessoa humana, ele tem apenas fundamentalidade formal, mas por lhe faltar conteúdo (o conteúdo é a dignidade da pessoa humana), pode-se dizer que ele não goza de fundamentalidade material, infelizmente o que prevalece é a fundamentalidade formal de natureza positivista. Guilherme de Moraes Bittar. Direito Constitucional. SARLET (2013, PP.279, 280).

3.1.2 Desrespeito aos Vulneráveis

Segundo Branco (2014, p 271) "Liberdade de expressão passa a ser limitada por leis destinadas a proteger a juventude." Esta medida de restrição mostra que o desrespeito à juventude tem implícito em sua intenção uma percepção da vulnerabilidade da juventude é que portanto carece de ser protegido. O poder absoluto que a liberdade de expressão goza nas sociedades modernas, pode tornar-se um problema, que mereça atenção e no dizer do autor um "Sopesamento, atendendo ao critério da proporcionalidade." (p. 271). Também na esteira da vulnerabilidade pode-se listar qualquer minoria, que tentam sua segurança ameaçada poderiam incluir-se nessa esfera de proteção, visto que a ideia é proteger quem se encontra numa situação de vulnerabilidade.

A liberdade de expressão não pode colocar a juventude em risco. Segundo BRANCO (2014, p. 271)

[...] A liberdade de expressão, num contexto que estimula a violência e exponha a juventude à exploração de toda a sorte, inclusive a comercial, tende a ceder ao valor *prima facie* prioritário da proteção da infância e da adolescência.

Pelo exposto há uma intencionalidade em proteger a juventude, isto porque, há implícito na liberdade de expressão um problema, que é o desrespeito a quem figura como vulnerável, que sozinho não tem condições de proteger-se e, que portanto precisa dessa proteção previa que bem indica o autor.

3.1.3 Criatividades sem Limites Éticos.

Os autores consultados repudiam a censura. As populações mais novas e que tem acesso a história recente do País também. Talvez um grupo reacionário ainda valorize este instrumento das ditaduras.

Ainda com relação a materiais vinculados aos meios de comunicação e produção de imagens, onde a criatividade se expande muito, correndo risco de exagerar um pouco em algum momento. Ainda referindo-se aos materiais obscenos que são produzidos e distribuídos, veiculados de maneira muito criativa, mas sem nenhum limite ético, limite estabelecido no artigo 221, inc IV da Constituição Federal. Segundo Marmelstein (2014, p. 127). (...) Na comunicação social, alguns artigos que sugerem a limitação da liberdade de comunicação em favor de valores morais conservadores, já que a comunicação sociais deve observar, entre outros princípios, o “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.”

A criatividade pode ser um problema e quando se quer alcançar um fim, vai se atropelando a tudo, não importam os mulçumanos quero publicar esta sátira, a melhor, a mais criativa, isto sem considerar os limites éticos.

Sem ética a criatividade da liberdade de expressão é um problema. Ouçamos Marmelstein (2014, p. 128)

Não cabe ao estado, nem mesmo ao juiz definir o que valor artístico ou o que é “pura pornografia”, è o individuo plenamente consciente e eticamente responsável pelas suas escolhas que deve exercer o juízo critico e pessoal sobre aquilo que ele considera capaz de lhe engrandecer como ser humano.

A ética aparece como um elemento, acima do estado ou do Juiz, como padrão valorativo e norteador da conduta do homem, um padrão ideal para uma sociedade bem educada e com acesso a muita informação, Segundo Marmelstein (2014, p. 128): “É plenamente justificável, por exemplo, a restrição dessa liberdade no intuito de impedir o contato do publico infantil com estímulos sexuais precoces. “Toda a criatividade dos filmes e da área de propaganda tem que ser exercida tendo em conta os limites éticos, caso contrario estaremos diante de um problema dentro das liberdades de expressão.

3.2 CENSURA A MORTE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Segundo Bulos (2014, p. 320): “Censura é o expediente contrario ao regime das liberdades publicas. Reveste-se de uma ordem de um comando, proveniente do

detentor do poder, o qual deseja impedir a circulação de ideias e ideais que se entrecrocavam com dogmas imutáveis. Isto tem como consequências:

3.2.1 A morte da Criatividade

Pelo que sobressai da leitura do texto em epígrafe a intenção do detentor do poder ao censurar: [...] “impedir a circulação de ideias e ideais...” isto caracteriza a morte da criatividade que preexiste na circulação de ideias e ideais. Se sufocarmos isto com qualquer tipo de censura as ideias não hão de se manifestar, não haverá descobertas, o mundo continuaria crendo no geocentrismo, isto caso Galileu tivesse abortado a sua visão de mundo em face dos detentores do poder de sua época.

O ministro Celso de Melo sobre esse tema decidiu o seguinte, STF, PT 3.4861 DF, REL. MIN. Celso de Melo j – 22/6/2005. “A constituição da república revelou hostilidade extrema a quaisquer práticas estatais tendentes a restringir ou reprimir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de ideias e de pensamento.” Pelo visto restringir e reprimir é situação de morte desse direito e por conseguinte da criatividade, que é o que resulta da livre circulação de ideias e ideais.

Jorge Miranda Silva o constitucionalista português denuncia exatamente o mesmo quando discorre sobre o tema. Afirma Silva (ano 1993, p. 453) “E sem liberdade de expressão atinge-se o direito ao desenvolvimento da personalidade.” O que significa afirmar que a morte da criatividade do conhecimento humano no que diz respeito ao campo das ideias ficara estéril, improdutivo.

3.2.2 Retrocesso Democrático

Além do fim da criatividade a censura também marca um intenso retrocesso democrático, por cercear liberdades, que caracterizam a democracia. Como bem reafirma BRANCO (2014, p. 264)

A liberdade de expressão é então, enaltecida como instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático (o pluralismo de opiniões é vital para a formação da vontade livre). Um outro argumento, que já foi rotulado como cético, formula-se dizendo que “a liberdade de criticar os governantes é um meio indispensável de controle de uma atividade [a política] que é tão interesseira e egoísta como a de qualquer outro agente social.”

A censura, pois, introduz no cenário um retrocesso democrático indesejável ao desenvolvimento de uma democracia plena. A censura denuncia um poder absoluto por parte do estado, ao passo que a liberdade mostra a sua limitação tão necessária para o crescimento das ideias.

Branco prossegue dizendo que: (2014, p. 265): "Não é o estado que estabelece quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis, essa tarefa cabe, antes ao público a que essas manifestações se dirigem". Como pode se notar a tarefa valorativa está nas mãos da sociedade, que vai eleger o que lhe parece importante é rejeitar o que lhe apresenta como prejudicial, sem valor, que pouco acrescenta ao campo das idéias.

Marmelstein assim argumenta (2014, p.123): [...] "vale comentar essa importante liberdade que é um instrumento essencial para democracia, na medida em que permite que a vontade popular seja formada a partir do confronto de opiniões ...". Mais um autor enfatiza a importância da liberdade, ou a ausência da censura como sendo essencial para que a democracia siga seu livre curso, sem retrocessos, sem jornais sendo fechados, sem censura.

3.2.3 Delimita a informação

A censura mata a criatividade, causa um retrocesso democrático, mas além disso, também, faz um recorte no todo ou em conteúdos da informação livre e para todos. Isto porque a intenção do detentor do poder é segundo Bulos (2014, p. 320): [...] impedir a circulação de ideias e ideais que se entrecrocaram com dogmas imutáveis." Isto nada mais é que delimitação de informações, a não circulação de ideias tão necessária a formação da criatividade, da democracia.

Neste sentido Branco comenta (2014 p. 270): O constituinte Brasileiro, no art 220 da lei maior, ao tempo em que proclama que não haverá restrição ao direito de manifestação de pensamento, criação, expressão e informação (...)" Mas uma barreira na constituição no sentido de proteger a informação livre de qualquer censura.

Ainda noutro parágrafo Branco comenta (2014, p. 278) Já se viu que a constituição repudia a censura, proclamando ilegítimo que se proíba a divulgação de certos conteúdos opinativos ou informativos sem prévia autorização do estado.

Como se compreende da leitura desse texto o que se resguarda é a informação de conteúdos variados, que se "entrechocam com os dogmas dos detentores do poder", e que precisam ser silenciadas, se isto, fosse possível, se não houvesse proteção constitucional para tanto.

Contudo para Alexandre de Moraes, em direito constitucional, a informação vai sofrer limitações quando se chocar com outros direitos. Segundo Moraes (2008 p. 52): "A inviolabilidade prevista no inciso X do art 5º, porém, traça os limites tanto para a liberdade de expressão do pensamento como para o direito à informação, vedando-se o atingimento, a vida privada, à honra e a imagem das pessoas. Pelo que se vê temos o direito à informação atingindo a dignidade das pessoas e quando isto acontece tem que se fazer a necessária ponderação para que se conclua qual dos valores deve sobreviver, e nesse caso a vida privada, a honra e a imagem das pessoas se afiguram com mais importância que a informação.

3.3 A COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - O PROBLEMA

3.3.1 A colisão de direitos fundamentais

No capítulo dois ficou inicialmente exposto o problema da colisão, mais especificamente a liberdade de expressão em colisão com o direito à honra, para fundamentar o caso do Charlie Hebbedo onde esses direitos aparecem mais especificados. Esse tópico tem a finalidade com auxílio de autores discutir um pouco mais o que se tentou naquele primeiro momento no capítulo II.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes (2014, p. 236).

Fala-se em colisão entre direitos fundamentais quando se identifica conflitos decorrentes do exercício de direitos fundamentais por diferentes titulares. A coisa pode decorrer de conflito entre (a) Direitos individuais, (b) Direitos individuais e bens jurídicos da comunidade, e (c) entre bens jurídicos coletivos.

Talvez a expressão contida no texto para compreensão do fenômeno colisão seja o "exercício de direitos fundamentais por diferentes titulares" (Mendes, 2014 p.236). Sujeitos titulares de direito com suas pretensões competindo com outros diferentes titulares de direito, e todos gozando da fruição de direitos, mas cada um em direções conflitantes em rota de colisão conseqüente e natural. A colisão é

conseqüente, inevitável e involuntária. Ocorre por via de conseqüência do exercício do direito no seio de uma sociedade democrática que tem que criar sistemas de contenção.

Contudo o texto aponta que os conflitos existentes são na maior parte conflitos aparentes, pela sua inexistência de legitimidade em figurar com direito fundamental, não sendo portanto alvo da proteção, pelo fato de não poderem figurar no rol (MENDES, 2014, p. 236)

Por exemplo temos afirmações da corte alemã citada por Mendes (2014, p. 236)

[...] O direito de manifestação de pensamento não autoriza o inquilino a colocar propagando eleitoral na casa do senhorio. Da mesma forma, parece inadmissível que a poligamia seja considerada com fundamento na liberdade de religião o que a liberdade científica se exerça em detrimento do Patrimônio alheio ou, ainda, que se pratique um assassinato no palco em nome da liberdade artística.

Pelo visto nem a poligamia, nem ciência, nem o assassinato em nome arte são direitos em colisão com outro direito qualquer, não gozando de proteção, porque nem direitos são. Nada tem que ver com a dignidade da pessoa humana.

Segundo Mendes (2014, p. 236)

Embora se cogite, não raras vezes, de uma suposta colisão de direitos, é certo que a conduta questionada já se encontra, nesses casos, fora do âmbito de proteção direito fundamental. Tem-se, pois, autentica colisão apenas quando um direito fundamental afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito fundamental.

Mais uma vez se confirma que a colisão só vai ocorrer quando um direito invade o âmbito de proteção de outro direito, não restando nos casos analisados esta ocorrência e entende-se que não houve colisão, não houve conflitos.

Para reforçar o que foi dito enfatizar Mendes (2014, p. 236)

Um típico exemplo de colisão de direitos fundamentais é assinalado por Edilson Farias: A liberdade artística, intelectual, científica ou de comunicação (CF, art. 5º, X) Pode entrar em colisão com a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas. (CF, art 5º X)

Estes direitos sim ferem o âmbito de proteção de outros direitos, que contra eles se entrechocam gerando colisões quase inevitáveis e um exercício constante para dar a eles resolutividade.

3.3.2 Tipos de Colisão

Os doutrinadores subdividem a colisão de direitos em duas linhas de pensamento: colisão em sentido estrito e sentido amplo. Sendo que o estrito diz respeito somente a conflito entre direitos fundamental, ao passo que colisão em sentido amplo tem a ver com conflito entre direitos fundamentais e outros princípios ou valores que estejam relacionados aos interesses da comunidade. Mendes (2014, p. 237)

Ainda comentando os direitos fundamentais no sentido estrito pontua Mendes (2014, p. 237)

- a Colisão de direitos fundamental enquanto liberal de defesa: v.g, a decisão de dois grupos adversos de realizar uma demonstração na mesma praça publica.
- b Colisão de direitos de defesa de caráter liberal e o direito de proteção: como exemplo, menciona-se a decisão de atirar no sequestrador para proteger a vida do refém ou da vitima.
- c Colisão do caráter negativo de um direito com o caráter positivo desse mesmo direito: é o que se verifica com a liberdade religiosa, que tanto pressupõe a pratica de uma religião como o direito de não desenvolver ou participar de qualquer pratica religiosa. Aqui cabe perguntar, por exemplo, se o estado pode impor que se coloquem crucifixos nas salas de aula.
- d Colisão entre o aspecto jurídico de um direito fundamental e o seu aspecto fático: Tem-se aqui um debate que é comum ao direito de igualdade. Se o legislador prevê a concessão de auxilio aos hipossuficientes, indaga-se sobre a dimensão fática ou jurídica do principio da igualdade.
- e

O que sobressai desse entendimento é a prevalência de um direito sobre o outro num ambiente onde os limites se confrontam e os dois não podem avançar, um há que recuar, posto que, mais urgente a reclamar mais dignidade humana.

Por ultimo o autor menciona a colisão em sentido amplo e complementa seu entendimento sobre os tipos de colisão.

Temos, então colisão em sentido amplo segundo Mendes (2014, p. 237-8)

Finalmente, mencionem-se as colisões em sentido amplo, que envolvem direitos fundamentais individuais e direitos fundamentais coletivos e difusos. Assim, é comum a colisão entre o direito de propriedade e interesses coletivos associados, v.g, a utilização da água ou a defesa de um meio ambiente equilibrado. Da mesma forma não raro surgem conflitos entre as liberdades individuais e a segurança interna como valor constitucional.

As colisões em sentido amplo abarcam um rol de direitos coletivos e difusos. Antes era direito se confrontando com direito individual, agora amplia-se o

entrechoque para direito individual versus direitos coletivos e difusos, o que deve introduzir tecnicismo maior no momento da resolução do conflito.

3.3.3 solução de conflitos

Um ponto dificultoso diz respeito a que direito que deve subsistir quando houver colisão verdadeira. Dito de maneira clara qual é o direito que teria possibilidade de ser solucionado em caso de conflito? Mendes (2014, p. 238)

Dentre as formulas colocadas no texto para solução de conflitos temos segundo Mendes (2014,p .238)

É possível que uma das formulas alvitadas para a solução de eventual conflito passe pela tentativa de estabelecimento de uma hierarquia entre direitos fundamentais. Embora não se possa negar que a unidade da constituição não repugna a identificação de normas de diferentes pesos numa determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de rigorosa hierarquia entre diferentes direitos acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurado, também a constituição como complexo normativo unitário e harmônico.

Embora pareça necessário estabelecer um critério hierárquico para solução de conflitos, não se nega o perigo que no dizer do autor seria “desfigurar a constituição como complexo normativo unitário e harmônico.” Mas para exemplificar a hierarquia temos “como inquestionável que o direito á vida tem precedência sobre os demais direitos individuais, uma vez que é pressuposto para o exercício de outros direitos. Mendes (2014, p. 238) Também alinhado a este pensamento temos segundo Mendes (2014, p. 238) [...] “valores relativos às pessoas tem procedência sobre valores de índole material.”

Para aprofundar esta técnica hierárquica temos mais um excelente texto levantado conforme Mendes (2014, p. 239).

Tomando um exemplo do direito alemão, esclarece Rufner que os direitos de reunião a céu aberto é mais importante para o processo de formação de opinião publica do que o direito de reunião em salas fechadas. Não obstante, houve por bem o constituinte submeter aquele direito e não este ao regime de restrição legal, contemplando não o maior significado de um ou de outro, mas sim o potencial de conflituosidade inerente ao primeiro.

Obviamente que dez reuniões a portas fechadas poderão ocorrer sem que com isto haja algum conflito. Ao céu aberto pode ocorrer entrechoques, razão porque, inteligentemente foi colocado a restrição legal. Por lógico o contexto, o valor

intrínseco do direito há de indicar hierarquicamente a sua prevalência em detrimento do outro direito em conflito, caso não fosse assim teria-se uma anarquia com todos se matando para fazer prevalecer seu direito, seria o retorno á barbárie.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo estudar os direitos fundamentais, mais especificamente a liberdade de expressão em colisão com o direito à honra.

Contudo dado a exigüidade de espaço tem-se um resumo das ideias que se afiguram mais importantes numa seleção de autores do Direito Constitucional.

Uma das conclusões a que se chegou diz respeito a importância dos Direitos Fundamentais dentro de uma realidade concreta, ou seja, no seio de uma sociedade democrática, onde os direitos relacionados a dignidade da pessoa humana assumem um valor tão grande quanto a pessoa humana.

Esses valores diversos, com comandos em varias direções começam o entrechocar-se demandando alguma técnica de resolução de conflitos, e isto é que foi buscando no presente estudo. Algumas técnicas explicitas em alguns textos constitucionais tais como a proporcionalidade, e outras não tão claras implícitas em escritos de autores do ramo do Direito Constitucional.

O que se tem é um texto não esgotado por cauda da infinitude da matéria e da sua complexidade, mas a visão quem enxerga de maneira inexperiente sem tecnicismos pode acrescentar uma forma nova de lidar com o texto, e talvez isto possa ser um acréscimo as visões já estabelecidas, cristalizadas.

Os direitos fundamentais assumem um papel cada vez mais importantes, são temas na avaliação do Enem neste final de 2016: Tolerância Religiosa , Preconceito Racial. Vão estar sempre na pauta, na convivência cotidiana.

Deveriam portanto figurar em currículos de fundamental e médio como matéria obrigatória, porque, forma cidadãos melhores mais conscientes dos seus direitos e também de seus limites.

Pode-se dizer que o exercício dos Direitos Fundamentais dão ao Estado um perfil democrático, visto que seu exercício só pode ocorrer numa sociedade livre de regimes ditatoriais. Daí exaltar-se nesse trabalho o valor dos Direitos fundamentais.

Conclui-se lembrando que vivemos na era dos Direitos e dentre os Direitos aqueles que estão num patamar Maximo os Direitos Fundamentais, tão essenciais para as sociedades contemporâneas.

REFERENCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro, **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; Mendes, Gilmar Ferreira, **Curso de Direito Constitucional**. 9º Ed, São Paulo: Saraiva, 2014

MARMELSTEIN, George, **Curso de Direito Fundamentais**. 5º Ed, São Paulo: Editora Atlas S.A – 2014

QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Direito Constitucional** 10º Ed, Goiânia: Editora Juridica -2000

SILVA, Marcos Soares da Mota. **Direito Constitucional para concursos**. Curitiba: Deste Brasil. S.A 2011

