

Colisão entre direitos fundamentais e direitos de personalidade: quando a liberdade de expressão ofende a integridade e a moralⁱ

Inaê Vargas de Oliveira¹

Cristiane Feldmann Dutra²

Resumo: O presente estudo tem por objetivo analisar aspectos do direito constitucional de liberdade de expressão e dos direitos de personalidade quando confrontados, além de discernir a abrangência da definição do direito constitucional de liberdade de expressão, trazendo para um caso prático de desclassificação do exercício do desse direito fundamental.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; Direitos fundamentais, Direitos de personalidade.

1 INTRODUÇÃO: UM NOVO POSITIVISMO E O VIÉS HUMANITÁRIO DO DIREITO

Com a queda do nazismo, a humanidade (especialmente os juristas) percebeu que a força obrigatória da norma no positivismo ideológico, aceito pelos maiores juristas da época, pode vir a ser uma arma poderosa nas mãos dos legisladores, a exemplo do nazismo. Como a lei era absoluta, devendo ser obedecida rigorosamente, a questão levantada quando do julgamento dos operadores do direito que aplicavam as leis nazistas³ foi de ponderação da responsabilidade por suas decisões: se a lei era absoluta, eles estariam apenas cumprindo ordens, ao passo de que era proibido aplicar qualquer juízo de valor.

Após a Segunda Guerra Mundial, com a prolação da sentença condenatória dos julgamentos de Nuremberg, surgiu uma nova ordem no âmbito jurídico mundial, em que a dignidade da pessoa humana foi reconhecida como pressuposto da positividade, ou seja, estando este valor acima da lei e do próprio Estado.(MARMELSTEIN,2019,p.19).

Inserido a valor da dignidade da pessoa humana no âmbito jurídico, surge uma nova corrente jusfilosófica, o pós-positivismo que, para Marmelstein George (2019, p.09), pode ser chamado de positivismo ético, uma vez que se busca aproximar a ciência jurídica dos valores éticos a fim de proteger a dignidade humana.

Antes, com o positivismo ideológico, tudo girava em torno da lei, e a lei, qualquer que fosse seu conteúdo, era tudo; agora, com o pós-positivismo, a lei cede espaço aos

¹ Centro Universitário Cesuca. Graduanda do curso de Direito. E-mail: inaevargas00@gmail.com

² Centro Universitário Cesuca. Docente do curso de Direito. E-mail: cristiane.dutra@cesuca.edu.br

³ O caso ficou conhecido pela dramatização no filme *Julgamento em Nuremberg (Judgement at Nuremberg)*, de Stanley Kramer, lançado em 1961.

valores e aos princípios, que se converteram “em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”(BONAVIDES, 1998, p. 237) tornando “a teoria dos princípios hoje o coração das Constituições” (BONAVIDES, 1998, p. 253) (MARMELSTEIN,2019,p.10).

Então, a norma continua sendo o principal objeto do estudo e da atuação do jurista, porém, têm-se a necessidade de uma constituição basilar contendo uma forte carga axiológica, elencando princípios de caráter vinculante, como o da igualdade, da autonomia da vontade, da liberdade de expressão, que, em sua soma, constroem a dignidade da pessoa humana, surge a teoria dos direitos fundamentais.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com a inserção de um conteúdo ético na norma, têm-se a criação dos direitos fundamentais, que nada mais são do que valores básicos para a vida digna em sociedade. Esses direitos possuem a própria ética como aspecto material e sua institucionalidade vem face à necessidade, formalmente reconhecida pelo poder constituinte, de proteger de forma especial esses valores, os direitos do homem, positivando-os como normas jurídicas, transformando os “direitos do homem” (MARMELSTEIN, 2019. p. 24) (não positivados) em direitos fundamentais (positivados).

Dentro dessa concepção, pode-se dizer que não há direitos fundamentais decorrentes da lei. A fonte primária dos direitos fundamentais é a Constituição. A lei, quando muito, irá densificar, ou seja, disciplinar o exercício do direito fundamental, nunca criá-lo diretamente. (MARMELSTEIN, 2019. p. 17).

Nota-se, então, uma faceta dos direitos fundamentais que revela um pouco sobre sua importância: Estes não são criados pelo legislador, apenas reconhecidos e positivados como norma. Também, sabe-se que esses direitos possuem caráter vinculante, de forma que limitam a atuação do próprio poder legislativo, como um sistema de freios e contrapesos.

Com base no que foi dito, pode-se formular a seguinte definição que nos acompanhará até o final do *Curso*: os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. (MARMELSTEIN, 2019. p. 18.).

Vale ressaltar que uma norma positivada não implica que esteja escrita, existem direitos e garantias fundamentais implícitos, ou seja, não escritos, e, até mesmo, há aqueles que se encontram fora do contexto constitucional, como discorre o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição de 1988. Estes decorrem dos princípios e do regime adotados pela Constituição ou, até mesmo, derivam dos direitos humanos, aqueles direitos e garantias versados em tratados

internacionais em que o Brasil faça parte (BRASIL, CF.1988) que, ao incorporarem à legislação brasileira, tornam-se direitos fundamentais, sendo equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, CF.1988).

3 O DIREITO FUNDAMENTAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A Constituição de 1988 ressalta o direito fundamental de liberdade de expressão, indispensável para o exercício e a garantia do Estado Democrático de direito. O constituinte de 88 foi enfático ao falar da importância de proteção do direito da liberdade de expressão e da necessidade e obrigação do Poder Público de proibir a censura, devido ao trauma social e político causado pelo regime militar, caracterizado pelo uso excessivo da censura.

Esse direito é expressamente mencionado no art. 5º, inciso IV da Constituição Federal, uma vez que garante “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, (BRASIL, CF.1988) nos demais incisos, o dispositivo garante a livre expressão de comunicação, a liberdade de consciência e de crença religiosa e proíbe, acima de tudo, o anonimato, conforme exposto anteriormente e a censura, e, inclusive, garante o livre acesso à informação.

Para a garantia do estado democrático de direito, é importante garantir a liberdade de expressão, uma vez que, ao oferecer diversidade de opiniões e pensamentos, permite, aos cidadãos, que escolham seus ideais e valores, e confrontem entre si. Nesse sentido, versa George, Marmelstein:

Já que mencionou o direito à manifestação do pensamento, vale comentar essa importante liberdade que é um instrumento essencial 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, dever poder participar, falando, ouvindo, escrevendo, desenhando, encenando, enfim, colaborando da melhor forma que entenderem. (MARMELESTEIN, 2019. p. 127).

A importância desse direito, e a dificuldade de sua definição, dada a abrangência do termo “expressão”, não se resguarda apenas para a garantia da democracia, mas também para a garantia da dignidade da pessoa humana, viver dignamente é possuir o poder de escolha, o direito de autodeterminação de acordo com seus ideais, e a possibilidade e a proteção do direito de expressá-los, garantindo voz aos cidadãos.

4 A PESSOA E A PERSONALIDADE

Previamente à análise dos direitos de personalidade elencados pelo Código Civil de 2002, importante desenvolver e entendimento sobre pessoa e personalidade. Sabe-se que “a

todo direito deve corresponder um sujeito” (TARTUCE, 2018. p. 129), no caso dos direitos de personalidade, estes correspondem à pessoa natural, que nada mais é do que o sujeito de direito, ao ente físico sobre o qual recaem direitos e obrigações (DINIZ, 2012. p. 130), excluindo, conforme leciona Flávio Tartuce, “os animais, os seres inanimados e as entidades místicas e metafísicas, todos tidos, eventualmente, como objetos do direito (TARTUCE, 2018. p. 129),” À pessoa natural liga-se a ideia de personalidade.

1.1. DA PERSONALIDADE

Conforme acima exposto, liga-se à pessoa o conceito de personalidade porque se esta é o sujeito de direito sobre o qual recaem direitos e obrigações, aquela é a aptidão a ele reconhecida para adquirir esses direitos e contrair essas obrigações (DINIZ, 2012. p. 129).

Segundo Maria Helena Diniz: “A personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade” (DINIZ, 2012. p. 130). Assim, não se deve confundir personalidade com capacidade, pois a primeira é estendida a todas as pessoas naturais, sendo que, “para ser ‘pessoa’, basta que o homem exista (DINIZ, 2012. p. 131).”, enquanto para ter capacidade, é necessária a soma de características, sejam elas corpóreas ou não (TARTUCE, 2018. p. 129) que preencham os requisitos necessário para que o homem consiga determinar-se de acordo com sua vontade. À personalidade, pode-se atribuir outra acepção além do ponto de vista estrutural, ao passo que a pessoa, dotada de personalidade, torna-se sujeito coberto de direitos e deveres, este sujeito possui um conjunto de atributos e características que deverão ser protegidos pelo ordenamento jurídico. (BENTIVEGNA, 2019, p. 6) Ou seja, não só recai a personalidade sobre o sujeito mas, como sua consequência direta, recai a responsabilidade de proteção ao Estado.

5 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Apesar de a dignidade da pessoa humana ter incorporado o âmbito jurídico após a segunda Guerra Mundial, na esfera do direito privado sua introdução foi lenta (DINIZ, 2012. p. 131). O Código Civil de 2002 distribui, em 10 artigos, os direitos de personalidade, de modo breve, em seu capítulo II (BRASIL. Código Civil .2002). Conforme exposto anteriormente, o ser humano não possui direito à personalidade, pois esta deriva de sua existência, ela é que apoia os direitos e deveres que dela própria irradiam (DINIZ, 2012. p. 134).

Então, os direitos de personalidades, seriam os valores sensíveis à pessoa natural que necessitam de normas que os positivem para, assim, serem protegidos e garantidos como direito ao sujeito, a fim de que possa exercer e defender a própria personalidade. Bem leciona Maria Helena Diniz:

O direito objetivo autoriza a pessoa a defender sua personalidade, de forma que, para Goffredo Telles Jr., os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria etc. Por outras palavras, os direitos da personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta. (DINIZ, 2012. p. 134).

Vale destacar que os direitos de personalidade, por serem direitos e garantias individuais, são considerados como *cláusulas pétreas* não podendo, conforme versa o inciso IV do parágrafo 4º do art. 60 da Constituição Federal, ser objetos em propostas de emenda com objetivo de abolir esses direitos (BRASIL. CF. 1988).

Pois bem, em sendo direitos de *personalidade*, pode-se destacar dois direitos abordados no Capítulo II do Código Civil: o direito ao nome, tratado nos artigos 16 a 19, e o direito de imagem, que trata o art. 20. A relevância do nome reside no fato de que é o que identifica e individualiza a pessoa no seio social em que ela está inserida, daí a importância de assegurar sua proteção, uma vez que o uso indevido, mesmo que o caráter difamatório não seja intencional, conforme descreve o art. 17 do Código Civil, pode lesar a honra e a imagem daquela pessoa perante a sociedade.

A fim de coibir e oportunizar defesa quando do uso indevido do nome, o Código Civil proíbe seu uso em publicações ou representações que o expõem a pessoa ao desprezo (art. 17, Código Civil) bem como proíbe seu uso em propaganda comercial sem autorização, seja o uso do nome ou de que pseudônimos empregados em atividades lícitas (de acordo com o artigo 19 do diploma legal).

A preocupação em proteger a imagem e a honra da pessoa também é encontrada na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X, temos a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, trazendo a possibilidade da indenização, seja por danos materiais ou morais, quando há a violação desses direitos. (BRASIL. C F. 1988).

6 A RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Pode-se entender, portanto, que os direitos fundamentais tutelam direitos de personalidade, pois estes tratam de direito privas e aqueles tratam de direito públicos que

protegem poderes de liberdade e acabam por assegurar, também, direitos de personalidade, na relação entre os particulares detentores desses direitos e o Estado. (BENTIVEGNA, 2019. p.69). Pode-se citar, como exemplo da reação entre s direitos fundamentais e os direitos de personalidade, a correlação entre o nome e à imagem, logo, a honra. Considerando-se que o nome – e aqui inclui-se os pseudônimos adotados pela pessoa – é o que identifica e materializa o cidadão na sociedade, o uso indevido do nome pode ferir tanto este direito de personalidade, quanto, caso o ato de expressar acarrete venha a depreciar, fazendo o uso do nome, o direito fundamental de integridade de imagem e, em alguns casos, da honra. Logo, além da colisão entre o direito fundamental de liberdade de expressão e o direito de personalidade (nome), há uma colisão entre dois direitos fundamentais (de liberdade de expressão e a inviolabilidade da imagem e da honra).

7 COLISÃO ENTRE OS DIREITOS

Quando há a violação entre dois direitos de estaturas diferentes – consideram-se estaturas diferentes uma vez que os direitos fundamentais estão previstos na Constituição Federal, normativa hierarquicamente superior ao Código Civil, onde encontram-se os direitos de personalidade – está resguardada no binômio liberdade e responsabilidade. (BENTIVEGNA, 2019. p.32) Com a liberdade, advém a responsabilidade do sujeito em responder por seus atos.

A Constituição Federal adota a premissa de que é livre e deve ser plenamente usado o direito de expressão. Carlos Frederico Bentivegna leciona:

O que precisa ficar claro é que a premissa constitucional é esta: não é pela possibilidade de agravo a terceiros, ou de abuso, que se vai coibir a primitiva liberdade de expressão. A liberdade de expressão é de ser plenamente **usada** e livre de qualquer espécie de censura, dando margem *a posteriori* ao recurso de quem atingido por eventual **abuso**, ao direito de resposta ou à indenização dos danos materiais e mitigação dos danos morais dele decorrentes. (BENTIVEGNA, 2019. p.32).

Portanto, é pleno o direito de liberdade de expressão. Contudo, o inciso IV da carta Magna, veda o anonimato quando da exteriorização do direito de manifestação e, ainda, o inciso V do art. 5º do mesmo diploma legal traz a possibilidade de resposta, equivalente ao agravo. (BRASIL. Constituição Federal. 1988).

Daí, depreende-se alguns aspectos importantes acerca do exercício do direito de liberdade de expressão (i) este é pleno, uma vez que a Constituição Federal não impõe censura ao seu exercício, mas, assegura o direito de resposta, (ii) para que seja possível essa resposta, veda o anonimato quando do exercício do direito e (iii) tem-se por “exercício do direito”, apenas quando da exteriorização do pensamento, trata-se do requisito jurídico da *exteriorização*: uma

conduta só pode ser juridicamente repreendida quando exteriorizada, ou seja, nenhum tipo de represália pode ser juridicamente aplicada, uma vez que impossível, ao pensamento, sendo necessária sua manifestação.

O legislador, de certa forma, ao permitir a livre expressão, assume o risco de violação aos direitos de personalidade que ficam, portanto, em um nível hierarquicamente inferior, quando da sua proteção.

1.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS *VERSUS* DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em se tratando de colisão de direitos de mesma estatura, há a ponderação da proporcionalidade no caso fático, não havendo a antinomia presente entre normas legais, em que uma é descartada ao validar a outra, isso porque, os direitos fundamentais, também são considerados princípios e cláusulas pétreas, não podendo ser descartados. Ou seja, haverá uma conciliação entre os direitos (princípios) em conflito (BENTIVEGNA, 2019. p. 188).

Contudo, há que se observar que a própria Constituição regula limites à interpretação abrangente do direito fundamental de liberdade de expressão, os quais pode-se citar, por exemplo, os incisos IV e X do art. 5º do diploma legal (BRASIL. Constituição Federal, 1988), que vedam o anonimato e declaram a inviolabilidade, e, portanto, o resguardo, da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, respectivamente. Portanto, conforme leciona Carlos Frederico Bentivegna (BENTIVEGNA, 2019. p. 188), pode-se dizer que há uma reserva de lei qualificada, que seria uma fase prévia à análise da resolução do conflito pelo juiz, sendo a resolução dada pelo próprio legislador, ao definir “requisitos” e limitar a definição de liberdade de expressão.

8 UMA ABORDAGEM PRÁTICA: O DISCURSO DE ÓDIO

Uma vez facilitado o acesso e a disseminação de conteúdo por meio de plataformas digitais, restou facilitada a proliferação dos discursos de ódio que. Gilberto Schäfer, Paulo Gilberto Cogo Leivas e Rodrigo Hamilton (SCHÄFER; LEIVAS, HAMILTON, 2015) dos Santos versam sobre o discurso de ódio:

O discurso de ódio está dirigido a estigmatizar, escolher e marcar um inimigo, manter ou alterar um estado de coisas, baseando-se numa segregação. Para isso, entoa uma fala articulada, sedutora para um determinado grupo, que articula meios de opressão. (SCHÄFER; LEIVAS, HAMILTON, 2015).

Ainda, trazem uma perspectiva substancial e outra formal do discurso de ódio, nesta, enquadrar-se-iam todas as manifestações explícita e diretamente odiosas, naquela, discorrem:

O *hate speech in substance* pode apresentar-se **disfarçado por argumentos de proteção moral e social**, o que, no contexto de uma democracia em fase de consolidação, que ainda sofre com as reminiscências de uma ditadura recente, pode provocar agressões a grupos não dominantes. Ele produz violência moral, preconceito, discriminação e ódio contra grupos vulneráveis e intenciona articuladamente a sua segregação. **Grifo nosso** (SCHÄFER; LEIVAS, HAMILTON, 2015).

Nota-se que, no dito *hate speech in substance*, sublima-se o discurso de ódio com o pretexto de proteção social e moral que, poderia aqui encaixar-se no escopo do direito de liberdade de expressão, na tentativa de legitimar o a manifestação odiosa.

Conforme dito acima, quando do conflito de dois preceitos fundamentais, haverá a conciliação entre eles. Contudo, não se pode olvidar que, no seio abrangente da definição da liberdade de expressão, o discurso de ódio não se enquadra. Ainda que o Brasil não tenha ratificado a Convenção Interamericana Contra Toda a Forma de Discriminação e Intolerância, deve-se atentar aos preceitos constitucionais estabelecidos. Uma vez que a manifestação de pensamento promove a discriminação, e o preconceito, fere o princípio da igualdade. Uma vez que promove a violência, fere a honra, a imagem. Por vezes, dada a facilidade tecnológica, o emissor da mensagem odiosa tem a possibilidade, e a facilidade, e esconder-se por detrás do anonimato, também proibido constitucionalmente.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se que a Constituição Federal de 1988 muito abordou acerca do direito de liberdade de expressão e da proibição de qualquer tipo de censura, o que demonstra a preocupação do constituinte em garantir e proteger esse direito que muito foi infringido na ditadura militar. A regulamentação de direitos fundamentais invioláveis e a garantia da dignidade da pessoa humana trouxe à tona preocupações com a definição da abrangência do termo “pessoa” e quais seriam as características aplicáveis ao sujeito que o fizessem detentor de direitos e obrigações. Para tanto, o Código Civil trouxe as definições de personalidade e capacidade, e os direitos da primeira, que são abrangidos pelos direitos fundamentais.

Não se pode olvidar que a legislação brasileira acompanha a sociedade, mas, entende-se, que a sociedade evoluiu rapidamente com o advento da tecnologia, pondo à prova a legislação brasileira e seu caráter garantista. Uma das dificuldades encontradas, por exemplo, é a facilidade de anonimato, tal preocupação se agrava com a agilidade em que pode ser disseminado e acessado os discursos de ódio, sublimados e “legitimados” como o exercício da liberdade de expressão. Esses discursos ferem direitos de fundamentais, ofendem a honra e a personalidade da pessoa, uma vez que podem afetar sua imagem perante à sociedade, sendo um

risco à cidadania e ao estado democrático de direito, ao passo que tenta discriminar e reprimir, seja pela raça, cor, opinião política, orientação sexual, religião.

Para tanto, ressalva-se que há limitações legais para a abrangência da definição de uso da liberdade de expressão. Para ser protegido como direito fundamental de livre manifestação de pensamento, não deve estar embargado de opiniões que ponham em risco a igualdade, que discriminem e tampouco deve o emissor estar acobertado pelo anonimato. Note-se que, portanto, no embate entre direitos fundamentais em que, de um lado, haja o princípio constitucional de liberdade de expressão para justificar o discurso odioso, resta invalidado, uma vez não estar no escopo de proteção deste princípio.

REFERÊNCIAS

BENTIVEGNA, C.F. B. *Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito*. São Paulo: Editora Manole, 2019. 9788520463321. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520463321/>. Acesso em: 28 set. 2020. E-book. p. 94.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 237.

BRASIL. *Constituição Federal da República de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. *Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 set. 2020.

DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Volume 1: Teoria Geral do Direito Civil, 29ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 134.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, 8ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2019. 9788597021097. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021097/>. Acesso em: 23 ago. 2020. E-book. p. 17.

SCHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; HAMILTON, Rodrigo. Discurso de Ódio: Da Abordagem Conceitual ao Discurso Parlamentar. *Revista de informação legislativa*, v. 52, n. 207, p. 143-158, jul./set. 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/515193>. Acesso em 02 out. 2020.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Vol. 1. Lei de Introdução Parte Geral, 15ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. 9788530984052. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984052/>. Acesso em: 23 ago. 2020. E-book. p. 129.

ⁱ Este artigo foi destaque na XIV Mostra de Iniciação Científica do Cesuca 2020.