



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Rodrigo da Silveira Barcellos

RIDENDO CASTIGAT MORES:
O HUMOR, SEUS LIMITES E A POSSÍVEL COLISÃO COM OS
DIREITOS DE PERSONALIDADE

Tese no âmbito do Doutoramento em Direito, Direito Civil, orientada pela
Senhora Professora Doutora Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda
Barbosa e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Agosto de 2023

Aos que permitiram que o riso fosse uma arte e um ato de resistência: Charles Chaplin, Ariano Suassuna, Renato Aragão, Dedé Santana, Mussum, Zacarias, Ricardo Araújo Pereira, Laurel & Hardy, Jerry Lewis, Moe, Larry e Curley, Lucille Ball, Amácio Mazzaropi, Don Adams, Rafael Portugal, Dercy Gonçalves, Leslie Nielsen, Chico Anysio, Paulo Gustavo, Rafinha Bastos, Bette Midler, Fábio Porchat, Eddie Murphy, Marcelo Adnet, Dani Calabresa, Roberto Gómez Bolaños, Murilo Couto, Adam Sandler, Rowan Atkinson, Jim Carrey, Grande Otelo...

Aos Professores e Professoras que me proporcionaram bagagem e desafios até ao dia de hoje: Rosires da Silveira Barcellos, José Luiz Gavião de Almeida, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda Barbosa, Jónatas Eduardo Mendes Machado, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa, Heros Elier Martins Neto, Pedro Pais de Vasconcelos, Elsa Vaz Sequeira, Walter Piva Rodrigues, Antônio Carlos Malheiros, Anderson Schreiber, Maria Ângela Borges Salvadori, Maria Tereza Freire Mello, Miriam Saiki, Iara Berber...

Ao meu Pai, que assiste à vida no privilegiado camarote da Eternidade.
Ao meu porto seguro de amor e exemplo: minha mãe amada.
Aos meus irmãos e irmãs: Alexandre, Andréa, Elisângela e Jairo Filho.
Aos meus sobrinhos Jairo Neto e Thaís.
Ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em especial ao gabinete 2914.
Ao CELAV.
Aos meus Alunos e Alunas.
Aos meus familiares, amigos e amigas: *sem vocês a vida não teria a menor graça.*

As próximas páginas serão uma homenagem a Portugal, que me proporcionou uma das melhores fases da vida. Com gentileza e estudo, tentei humildemente devolver à altura, com esta Tese.

Mas estas breves palavras abaixo são uma homenagem ao meu país e aos meus conterrâneos, na figura doce e simpática de Ariano Suassuna, que traduz a essência de um povo um pouco indisciplinado e contraditório, mas feliz e de fácil riso:

Os povos muito disciplinados, muitas vezes por causa dessa disciplina, coisas horríveis dão certo lá e não dão certo aqui (Brasil). Nazismo, por exemplo, deu certo na Alemanha, porque o povo era disciplinado demais; aqui (Brasil), jamais daria certo.

Molière dizia uma frase extraordinária: 'não existe tirania que resista a alguma gargalhada que dê três voltas em torno dela'. Notem que os ditadores são normalmente muito sérios, vivem de cara amarrada, e o nosso povo brasileiro, com as dificuldades que a gente tem, vive tudo contente: é um povo com uma energia rara, não é? Tem uma arte que me deixa orgulhoso e contente, é um povo que eu admiro muito.

Não sei se vocês viveram a ditadura; eu vivi as duas: a ditadura de Getúlio Vargas, e a ditadura militar. Mas vou dizer alguma coisa que vocês ainda não terão cogitado sobre a ditadura de Getúlio Vargas. Eu tenho grande admiração por ele. O que Getúlio tinha de ruim era o autoritarismo. Mas ele tinha uma coisa muito boa: amor pelo país, procurava respeitar e que respeitassem a soberania nacional, e uma preocupação pelos mais pobres – tem gente, ainda hoje, que não lhe perdoa a legislação trabalhista, que não existia: foi ele quem a criou.

Conta a sabedoria popular que Getúlio viveu no tempo do nazismo e do fascismo, e que havia pessoas a quererem que Getúlio enveredasse por essa linha. O ministro dele, no tempo chamava-se Ministro da Guerra, era o General Pedro Aurélio de Góis Monteiro. Então, o povo brasileiro inventou que o Ministro da Guerra nazi convidou o Ministro da Guerra do Brasil e o Ministro da Guerra de Itália para irem visitar Berlim e tomar conhecimento da organização e da disciplina das forças armadas alemãs.

Diz-se que, ao chegar à capital alemã, ia na companhia de 10 soldados, junto com o italiano e seus 10 soldados, e um alemão com 10 soldados também. Subiram em um avião de transporte de tropas, e quando já estavam a dez mil metros de altura, o Ministro da Guerra alemão disse:

- Eu vou dar a vocês uma demonstração da disciplina do povo alemão e do exército alemão.

Chamou um soldado, que prontamente se apresentou.

- Você ama a Alemanha? Respeita o nosso Führer Adolf Hitler?

- Respeito – respondeu firmemente o soldado.

- Pois então pule de cabeça e sem paraquedas – disse o ministro, que viu seu soldado pulando, conforme suas ordens.

Então, o ministro italiano quis demonstrar como funciona na Itália, chamando um soldado italiano e fazendo as mesmas perguntas e dando a mesma ordem:

- Você ama a Itália? Respeita o nosso Duce Mussolini? Então, pule de cabeça e sem paraquedas – sendo atendido pelo soldado italiano.

Aí, Góis Monteiro chamou seu soldado e disse:

- Você ama o Brasil? Respeita o nosso chefe nacional Getúlio Vargas? Então pule de cabeça e sem paraquedas.

O soldado brasileiro então responde:

- Mas é possível Góis: são 9 horas da manhã e você já está bêbado? Pule você, sua patente é maior.

RESUMO

Esta tese propõe um mergulho na esfera do humor, apresentando seus limites, problemas, imperfeições, exageros, e propõe uma expressão pleonástica recorrente: “excessivamente excessivo”, noção segundo a qual o humor estará abusando da sua proteção constitucional.

O riso fez sempre parte da vida humana, tendo sido encarado como pecaminoso e como mostra de uma realidade grotesca. Na realidade, mesmo diante de preconceitos e atitudes politicamente incorretas, de costumes e de religiões, o humor é um ato rebelde, ao ponto de até a psiquiatria avaliar o humor do paciente para determinar o tratamento.

O humor também pode aviltar, ultrajar, e nesse sentido ele é chamado de escárnio, porque produz conflito. Apesar das diferenças, o conceito de humor pressupõe liberdade, que não necessita de classificação ou regulamentação, existindo por isso a dificuldade de ponderar entre direitos fundamentais.

A questão do humor na sociedade tem sido a de sensibilizar para os temas mais polêmicos nos gracejos, com conflito entre a função social do humor e a garantia de proteção dos direitos individuais.

Esta tese trata do tema do humor enquanto propulsor de mudanças sociais, e suscita discussões que visam corrigir costumes ou educar socialmente os limites inerentes a uma sociedade globalizada e integrada, respaldando as tradições e características dos locais onde as piadas são contadas.

As definições de humor que são utilizadas incluem os aspectos filosóficos, psicológicos, antropológicos e sociais, sem contudo esgotar o tema, ou definir o humor, buscando entender e garantir essa liberdade conquistada com muita dificuldade pelos povos que nos antecederam.

A estrutura deste estudo comporta uma análise conceitual e histórica do humor, sem pretensão de o esgotar ou definir, passando pelas teorias que explicam a arte de fazer rir.

Através dos estudos de Jónatas Eduardo Mendes Machado, mergulha-se em uma análise histórica do direito à liberdade de expressão, o qual não configura um direito absoluto e obriga a ponderar interesses sociais e individuais. Tal é o mote do presente estudo.

Em homenagem ao Professor Dr. Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa, introduz-se o direito à personalidade, passando pela integridade moral, honra, intimidade, privacidade, e o direito a não ser objecto de riso, também com análise da colisão entre direitos intrínsecos.

Neste contexto, percebe-se que a sociedade moderna, globalizada e na era da pós-verdade, torna cada vez mais difícil fazer humor sem que os direitos relacionados com a intimidade e a privacidade sejam colocados à prova. Notadamente, existe uma exacerbação da sensibilidade da opinião pública, ainda que em parte ela seja avessa ao humor mais carregado, explícito, generalista, patrulhado pelo politicamente incorreto, uma vez que o humor de antigamente poderia não ser mais aceito nos dias atuais.

A tese busca, através da teoria das esferas, uma junção entre o local onde o humor é realizado e as camadas de proteção que o envolve, com a definição e a análise partindo de uma visão individualista e de uma visão personalista.

A partir da colisão entre direitos fundamentais, a Tese deparou com a necessidade de apurar aspectos metodológico-jurídicos relacionados com a materialização da liberdade de expressão, com as teorias tradicionais e modernas de interpretação, com o núcleo essencial dos direitos fundamentais, principiológicos e de ponderação, verificando o que é juridicamente permitido e socialmente aceito e o que é considerado abuso do direito. Foram ainda analisados os problemas que o humor arrasta consigo, nomeadamente em matéria do politicamente (in)correto, ou da piada como ato de ofensa ou discurso do ódio, com exemplificação da jurisprudência do TEDH e do TJUE, dos Tribunais Nacionais e das experiências internacionais sobre o tema.

Palavras-chave: humor; liberdade de expressão; colisão entre direitos; direitos da personalidade, abuso do direito.

ABSTRACT

This dissertation aims at diving into the sphere of humor, presenting its limits, issues, imperfections, exaggerations, and proposes a recurrent pleonastic expression: “excessively excessive”, a notion according to which humor is abusing its constitutional protection.

Laughter has always been part of human life, having been seen as sinful and as a sign of a grotesque reality. In reality, even in the face of prejudices and politically incorrect attitudes, customs and religions, humor is a rebellious act, to the point that even psychiatry assesses the patient’s humor to determine the treatment.

Humor can also demean, outrage, and in that sense it is called mockery, because it produces conflict. Despite the differences, the concept of humor presupposes freedom, which does not need classification or regulation – hence the difficulty in weighing between fundamental rights.

The issue of humor in society has been to raise awareness of the most controversial themes in jokes, with a conflict between the social function of humor and the guarantee of protection of individual rights.

This Thesis deals with the theme of humor as a driver of social change, and raises discussions that aim to correct customs or socially educate the limits inherent in a globalized and integrated society, supporting the traditions and characteristics of the places where jokes are told.

The definitions of humor that are used include philosophical, psychological, anthropological and social aspects, without, however, exhausting the theme, or defining humor, so as to understand and guarantee this freedom conquered with great difficulty by our ancestors.

The structure of this study includes a conceptual and historical analysis of humour, without intending to exhaust or define it, with an overview of the theories that explain the art of making people laugh.

Drawing upon the studies of Jónatas Eduardo Mendes Machado, we delve into a historical analysis of the right to freedom of expression, which does not constitute an absolute right and obliges us to consider social and individual interests. Such is the motto of the present study.

In honor of Professor Dr. Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa, the right to personality is introduced, as it includes moral integrity, honor, intimacy, privacy, and the right not to be laughed at, also with an analysis of the clash between intrinsic rights.

In this context, it is clear that modern, globalized, post-truth society makes it increasingly difficult to make humor without putting the rights related to intimacy and privacy to the test. Notably, there is an exacerbation of the sensitivity of public opinion, even though it is partly averse to the more loaded, explicit, generalist humor, patrolled by the politically incorrect, since the humor of the past could no longer be accepted today.

The thesis seeks, through the theory of spheres, a junction between the place where humor is performed and the layers of protection that surround it, with the definition and analysis of it starting from an individualistic and a personalist viewpoint.

Given the clash between fundamental rights, the Thesis was faced with the need to investigate methodological-legal aspects related to the materialization of freedom of expression, with traditional and modern theories of interpretation, with the essential core of fundamental, principled and weighting rights, in order to determine what is legally allowed and socially accepted and what is considered an abuse of rights. The problems that humor brings with it were also analysed, namely in terms of political (in)correctness, or the joke as an act of offense or hate speech, with examples from ECHR and CJUE case law, National Courts and international experiences on the subject.

Keywords: humor; freedom of expression; collision of rights; personality rights; abuse of right.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO I - (RE)CONSTRUINDO O CONCEITO DE HUMOR	19
1 Histórico do humor.....	19
2 Teorias que explicam a arte de fazer rir.....	32
3 O humor e a liberdade de expressão.....	41
CAPÍTULO II – DIREITOS DE PERSONALIDADE	53
4 Histórico dos direitos de personalidade.....	53
5 A problemática dos direitos da personalidade.....	62
6 Algumas espécies: integridade moral, honra, intimidade, privacidade e o direito a que não riam de si.....	85
7 Teoria das esferas	101
8 Os limites dos direitos de personalidade – colisão de direitos intrínsecos.....	118
9 Oposição entre uma visão individualista e uma visão personalista	136
CAPÍTULO III – LIBERDADE DE EXPRESSÃO	157
10 Análise histórica do direito à liberdade de expressão	157
11 Entendimentos acerca da liberdade de expressão	178
12 As teorias tradicionais e modernas da interpretação	211
13 Aspectos metodológico-jurídicos da materialização da liberdade de expressão.....	234
14 O núcleo essencial dos direitos fundamentais: princípios e ponderação.....	254
15 Casuística internacional	274
15.1 A experiência americana	275
15.2 Os limites trazidos pelo modelo jurisprudencial italiano	280
15.3 O modelo francês de liberdade de expressão.....	288
CAPÍTULO IV – OS PROBLEMAS QUE O HUMOR ARRASTA CONSIGO	287
16 O abuso do direito	288

17 O politicamente (in)correto.....	335
18 As piadas como ato de ofensa ou discurso do ódio	365
19 A jurisprudência dos tribunais nacionais.....	395
20 A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e do Tribunal de Justiça da União Europeia	406
CONCLUSÕES.....	412
REFERÊNCIAS	418

INTRODUÇÃO

Linguistas, psicólogos e antropólogos têm sido unânimes em classificar o humor como uma categoria englobante, que cobre diversas situações ou produções verbais suscetíveis de provocarem o riso ou serem percebidas como cômicas. “*Ridendo castigat mores*”, expressão latina utilizada indiretamente por Gil Vicente, na obra *Auto da Barca do Inferno*, está estritamente relacionada com a utilização do humor como ferramenta de intervenção e crítica social.

Por esse motivo, apesar de ser possível tal visualização do humor, certo é que seu conteúdo abrangente e pluriforme exige uma análise interdisciplinar, de modo que sua conceituação não é tarefa fácil. Há uma evidente vocação interdisciplinar no fenômeno humorístico, compreendendo aspectos da arte, da linguagem e do discurso, tais como a poética, a estética e a retórica, relacionando-se diretamente com a filosofia, a história, a psicologia, a antropologia, a psiquiatria e a sociologia, o que clarifica a sua complexidade.

Nesse sentido, a presente tese pretende realizar um estudo aprofundado acerca do humor, analisando seus limites e os diálogos possíveis com os direitos da personalidade, propondo-se o estabelecimento de critérios para a intervenção estatal nos casos de abuso de direito ou prática de ato ilícito.

Na verdade, não se consegue delimitar o que é humor, mas, por outro lado, é possível distinguir o que é de bom ou mau gosto, o que é tirano ou progressivo, se conversa com o preconceito das pessoas ou menospreza determinados grupos. Essa delimitação é importante, já que alguns humoristas se aproveitam da arte do humor para odiar, discriminar e ofender.

O ponto de partida desta Tese surgiu em 2015, após o ato terrorista em Paris, na *Charlie Hebdo*. O humor virou alvo de uma mitigação do direito à liberdade de expressão artística e, nesse sentido, despertou o interesse do estudo desta categoria sofisticada, e muitas vezes exagerada, de ver a vida.

A expressão do humor pode representar, sob o prisma do humorista, o exercício da sua liberdade de opinião, um juízo crítico, ou mesmo sua expressão artística. Já para o destinatário, essa mesma manifestação pode ser apreciada no contexto do livre desenvolvimento de sua personalidade ou, caso se sinta ofendido, como uma afronta à sua integridade moral. A vítima da piada, por sua vez, pode sentir-se violada em sua honra, imagem ou privacidade.

Assim sendo, a Tese desenvolve critérios para ponderar direitos e diferenciar o excesso do humor “excessivamente excessivo”. O primeiro, socialmente aceito e juridicamente perdoável; o segundo, capaz de ensejar a reparação civil.

A sequência articulada dos capítulos deste estudo comporta uma análise conceitual e histórica do humor, sem pretensão de o esgotar ou definir, passando pelas teorias que explicam a arte de fazer rir: atravessando a inarredável ponte que o interliga com os direitos da personalidade, de modo a verificar se há atributos da pessoa que não devem ser atingidos pelo humor; reafirmando a expressão humorística dentro da perspectiva da liberdade de expressão, enquanto direito fundamental; e culminando no enfrentamento dos possíveis problemas que o humor pode acarretar, quando mal empregue.

Na primeira parte deste trabalho, a análise de humor apresenta uma roupagem teórica de grandes sociólogos, filósofos e humoristas, empreendendo uma (re)construção do conceito de humor. Os primeiros registros de estudos acerca do riso são quase tão antigos quanto a história da humanidade, variando a intensidade de sua manifestação consoante o transcorrer da história, ora sendo tido como ato pecaminoso, ora como privilégio espiritual, já que, enquanto manifestação artística, está em permanente transformação, acompanhando o processo de evolução da civilização. Assim, são expostos os principais tipos de humor, incluindo a piada, as anedotas, charges e sátiras, e as principais teorias que estabelecem a função do humor.

Após a explanação teórica, passa-se a desenvolver a relação do humor com a liberdade de expressão e as dificuldades encontradas pelo direito para ponderar os conflitos que surgem quando há embate entre direitos fundamentais e direitos da personalidade, individuais e coletivos. O estudo da liberdade de expressão é, então, conjugado às expressões humorísticas, promovendo-se uma exposição dos casos mais emblemáticos, ocorridos em âmbito nacional e estrangeiro, de abuso do direito e configuração do ilícito civil, sendo necessário pontuar alguns aspectos, como, por exemplo, quando se determina o início e o fim da personalidade jurídica da pessoa para que se possa entender o que pode configurar excesso no humor.

Introduzidos os aspectos conflituais entre a liberdade de expressão e os direitos fundamentais, passa-se no segundo capítulo ao estudo detalhado dos direitos de personalidade, entendida esta como atributo pertencente a todo e qualquer indivíduo. A ideia do conceito da personalidade deve ser analisada a partir do sistema jurídico ao tempo de sua tutela, de modo que se propôs uma investigação sobre o histórico dos direitos da personalidade, utilizando a obra de Capelo de Souza para detalhar essa evolução legislativa.

Em Portugal, no âmbito da tutela da personalidade os direitos de personalidade possuem considerável proteção jurídica, sendo abarcados nos diferentes ramos da legislação, em outros, desde a Constituição da República Portuguesa, ao Código Civil, Código Penal, e mesmo no Código do Trabalho.

Considerando a importância que os direitos da personalidade assumem para este estudo, promove-se uma discussão abrangente sobre estes, delineando-se conceitos doutrinários, suas principais características, extensão de sua aplicação, e conduzindo-se o debate para o questionamento acerca da existência ou não de um direito geral de personalidade.

Os direitos da personalidade trazem consigo a problemática sobre seu choque com outros direitos, inclusive com direitos coletivos. Assim, o direito à liberdade de expressão pode conflitar com espécies do direito de personalidade, sendo analisadas aquelas que mais são colocadas em confronto com este, com o objetivo de estabelecer limites para que o humor não viole a honra, a integridade moral, a privacidade e a intimidade das pessoas, além também de se dedicar espaço ao direito que as pessoas têm de que outras não se riem de si.

Promovida a tipologia dos direitos da personalidade, analisados em conjunto com o direito à liberdade de expressão, prossegue-se com a contextualização do tema dos direitos da personalidade, através de um corte epistemológico que divide a intimidade humana em algumas camadas. A diferenciação entre as camadas é importante para a teorização do dano moral no ordenamento jurídico, visto que, quanto mais íntima for a interferência na esfera da vida privada da vítima, será entendida como maior a afronta aos direitos da personalidade e, nessa linha, maior deve ser a represália contra o sujeito que cometeu o dano.

Outro importante assunto debatido na temática dos direitos de personalidade é a questão dos seus limites, visto que, geralmente, nenhum direito é absoluto e pode chocar com outros direitos. De modo geral, é possível visualizar três possibilidades de limitações dos direitos de personalidade: as limitações decorrentes da tutela de outros bens jurídicos, em que ocorre a colisão de direitos; as limitações do plano organizacional, decorrentes da imposição do poder público; e as limitações voluntárias, traduzidas através de uma relação contratual, sendo o foco do trabalho as colisões de direitos, decorrentes da necessidade de tutela de outros bens jurídicos. Caso ocorra choque entre direitos da personalidade, será necessária uma subsequente ponderação técnica. Em seguida, promove-se um estudo comparativo entre a teoria do individualismo e a teoria personalista, que será essencial para o bom entendimento do tratamento contemporâneo dado aos problemas que o humor pode arrastar consigo.

Em continuidade, o terceiro capítulo da tese se dedica ao esquadramento da liberdade de expressão, substrato para o exercício do humor enquanto manifestação humana, e para a garantia da dignidade da pessoa e o desenvolvimento democrático do Estado.

Para sua boa compreensão, propõe-se uma retomada histórica, para se entender o seu surgimento no contexto social, cultural e político da época, bem como o seu desenrolar na história da humanidade e as primeiras tentativas de se limitar a sua utilização. Assim, na Idade

Média, lembramos que a arte era intensamente incentivada e a ideia de Democracia surgia no âmbito de um pensamento de respeito pela liberdade do cidadão. Surgiam aí os princípios que vieram a permitir resolver disputas e organizar ideias, como a Declaração de Direitos, que conferia garantia institucional e protegia os direitos fundamentais do cidadão; a Declaração de Independência dos Estados Unidos, que reconheceu a legitimidade da soberania popular e a existência dos direitos humanos; e também a Revolução Francesa, que renovou as estruturas políticas em um processo que proclamou o direito à liberdade de expressão, com a previsão de que todo o homem tem direito à opinião e à expressão; a esse direito, a Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, acrescenta que não seja limitado por qualquer meio ou fronteiras.

Toda esta evolução do direito caminha para a plena liberdade de expressão e também, eventualmente, para a colisão de direitos fundamentais. À medida que nesta civilização evolui o processo de liberdade, aumentam os conflitos com direitos individuais igualmente protegidos constitucionalmente. Assim, após a abordagem histórica, analisa-se o ponto de vista jurídico do conceito de liberdade de expressão, enquanto manifestação do pensamento em suas múltiplas interfaces, incluindo tanto a dimensão do pensamento íntimo quanto à natureza externa, as quais por sua vez convocam a garantia dos direitos fundamentais coletivos e também individuais. Também nesse momento são expostas as regulamentações existentes em matéria de liberdade de imprensa no âmbito nacional português.

O contexto que envolve os direitos fundamentais, especialmente o direito à liberdade de expressão, demanda igualmente uma referência às teorias tradicionais e modernas da interpretação, permitindo colher elementos teóricos suficientes para entender como ocorre sua aplicabilidade, enquanto direito fundamental passível de sofrer restrições. Dessa forma, busca-se compreender a restringibilidade do direito fundamental à liberdade de expressão, bem como seus possíveis limites, através da teoria interna e externa dos limites dos direitos fundamentais.

Ocorre que há um limite intransponível para os direitos fundamentais, representando seu núcleo essencial, propondo-se, nessa linha, uma investigação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e da relação entre a sua proteção e as possíveis restrições. Retoma-se, aqui, a ideia da ponderação para os casos de colisões de direitos iguais ou da mesma espécie, permitindo decidir qual deles possui maior relevância. Por fim, são discutidas experiências internacionais de conflito entre direitos, passando pela experiência americana, pelo modelo jurisprudencial italiano e pelo modelo francês de liberdade de expressão.

Traçar todas essas diretrizes será fundamental para, no capítulo quarto, se realizar uma intersecção entre os direitos de personalidade, a liberdade de expressão e a teoria do humor. Os critérios objetivos para a limitação do humor são, na verdade, o desafio e o convite à análise e

discussão do tema: o riso corrige os costumes, educando e potencializando socialmente a risada como um meio de transformação individual e coletiva.

Inicia-se, assim, com a exposição da teoria do abuso do direito, buscando identificá-lo, bem como os limites internos e intimamente relacionados com a função do direito subjetivo, enquanto elementos essenciais para se caracterizar a responsabilização do agente que excede os limiares do humor e ofende direitos fundamentais individuais e coletivos. Retoma-se, depois, o debate acerca da ideia do direito subjetivo, a partir da perspectiva de que seu exercício pode causar conflitos, com o objetivo de entender como harmonizar as liberdades humanas, especialmente a liberdade de expressão, através da sua limitação, fixando os parâmetros para o abuso do direito, que possibilitem a responsabilização civil e penal daqueles que ultrapassam essas fronteiras.

Percebe-se que na sociedade moderna, globalizada e na era da pós-verdade, se torna cada vez mais difícil fazer humor sem que os direitos com relação à intimidade e à privacidade sejam colocados à prova. Notadamente, existe uma exacerbação da sensibilidade da opinião pública.

Desse modo, dedica-se um tópico a este estudo, porquanto a conduta ou linguagem politicamente (in)correta será sempre definida pelos valores e princípios prevalentes em uma determinada sociedade, a qual pode sempre descambar para um ato de ofensa e um discurso de ódio, consoante o contexto e a complexidade que caracterizam esse tipo de análise. Neste contexto, analisa-se a forma de enquadramento do discurso de ódio em determinados países, de acordo com a sua tradição histórica, doutrinária e jurisprudencial, apresentando-se alguns casos que remetem, em sua maioria, para a prevalência da liberdade de expressão. Passa-se, ainda, pela cultura do cancelamento, prática social possibilitada e potencializada pelo uso da tecnologia e das interações humanas pelas redes sociais, que se fundamenta como um ajustamento de condutas em face de alguma transgressão social.

Com o intuito de garantir e preservar a liberdade de expressão e manifestação cultural, a jurisprudência portuguesa consagra, na parte dos direitos, as liberdades e garantias pessoais, a fim de preservar a pluralidade de opiniões, a liberdade de pensamento e sua efetivação através do humor, sem o caracterizar como um direito absoluto, uma vez que a lei ordinária pode restringir alguns direitos expressamente previstos na Constituição, para proteger outros direitos ou interesses igualmente protegidos. Realiza-se, assim, a análise de julgados portugueses, em que é possível analisar o conflito gerado entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. Por fim, analisa-se a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Ainda que leis e regulamentações não sejam o melhor caminho para definir os limites do humor, este trabalho traz a lume, sem a pretensão de esgotar o assunto, elementos importantes para que humoristas, juristas e estudantes procurem equilibrar e limitar direitos conflituosos, como, por exemplo, a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. A relevância do assunto traduz-se na manifesta consideração e preocupação pela frequente discussão e evolução da matéria, principalmente quando da sua conexão com outros direitos de personalidade.

CAPÍTULO I - (RE)CONSTRUINDO O CONCEITO DE HUMOR

1 Histórico do humor

*“O riso subverte o medo. Corrói-o, domina-o, torna-o menor”*¹

Humor é uma palavra originária da latina *humor*, que significa húmido, molhado, líquido.² Este significado liga-se à crença grega de que o corpo humano estaria supostamente preenchido com quatro líquidos básicos, e cada elemento simbolizaria um elemento da natureza: o sangue (ar), a bÍlis negra (terra), a bÍlis amarela (fogo) e a fleuma (Água). Da associação errÔnea à palavra *humus*, que em latim significa terra, surgiu a palavra humor, pois dizia-se que a pessoa estava de “bom humor” quando se supunha que tinha equilibrados estes líquidos. A mesma “[...] crença levou primeiramente ao sentido de ‘humor’ como estado de espírito (bom humor/mau humor), e, mais recentemente (séc. XVIII), ao sentido relacionado com algo cômico ou engraçado.”³ O mesmo cognato existe em várias línguas⁴.

Se é certo que numerosos pensadores célebres se debruçaram sobre este tipo de emoção humana, não há, todavia, uma definição própria conhecida, e a tarefa de uma definição precisa revela-se problemática, já que seu conceito é abrangente, pluriforme e exige uma análise interdisciplinar.

A cartunista Laerte entende que o humor dialoga com o preconceito das pessoas. Para se realizar, o humor teria de falar a mesma linguagem. Seja um comediante ou um contador de piadas, todos estão partilhando com a plateia um repertório de conceitos e pré-conceitos. O humor não surge sem essa partilha.⁵ Revela-se assim uma função social do humor, uma vez que pode abordar um assunto delicado de forma inclusiva ou educativa.

A mesma dificuldade surgiu nos Estados Unidos em meados do século XX, relativamente à definição de pornografia; buscava-se limitá-la à obscenidade grotesca de algumas cenas. O juiz Potter Stewart, da Suprema Corte Americana, proferiu em seu voto o

¹ PEREIRA, Ricardo Araújo. *A doença, o sofrimento e a morte entram num bar uma espécie de manual de escrita humorística*. Rio de Janeiro: Tinta da China, 2016. p. 107.

² ATTARDO, Salvatore. *Linguistic theories of humor*. Berlin, New York: Mouton de Gruyter, 1994. p. 6.

³ HUMOR E ÚMIDO. In: DICIONÁRIO etimológico. Disponível em: <https://www.dicionarioetimologico.com.br/humor-e-umido/>. Acesso em: 14 out. 2021.

⁴ BREMMER, Jan; ROODENBURG, Herman (org.). *A Cultural History of Humour*. Cambridge: Polity Press, 1997. p. 13.

⁵ DOCUMENTÁRIO – O Riso dos Outros. Direção: Pedro Arantes. Publicado pelo canal MrThetopvideos. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=uVyKY_qgd54. Acesso em: 10 nov. 2018.

seguinte despacho: “[...] eu não conseguirei definir obscenidade e talvez jamais consiga. Mas sei o que ela é quando a vejo.”⁶

Não se consegue delimitar o que é humor; consegue-se saber se é de bom ou mau gosto, se é tirano ou progressivo, se conversa com o preconceito das pessoas ou menospreza determinados grupos. Conforme observa Cláudio Luiz Bueno de Godoy, relativamente a *programas humorísticos e a caricaturas* em especial, hão-de encarar-se os direitos da personalidade a partir da noção de que o exagero é inerente a essas manifestações de humor, pelo que “o exagero não pode ser causa de dano à personalidade como o é em outros campos”. De resto, acrescenta o autor, só em situações “*extremas e explícitas*” decorrentes de alguma tirada exagerada com intuito humorístico haveria “*ofensa à honra ou à imagem*”, porquanto o *telos* do humor não é “ *mascarar ou justificar conduta que seja deliberadamente ofensiva*”, salvaguardando também que *a roupagem humorística não constitui um salvo-conduto contra a infração propositada de direitos da personalidade*.⁷

O humorista português Ricardo Araújo Pereira, ferrenho defensor da ampla possibilidade do humorista na sua criação, adjetivação, provocação do riso e usufruto de um salvo conduto em nome da arte de rir, entende que o humor torna o medo menos medonho; acredita que há limitações e que essas limitações devem pautar-se pelas determinações do Supremo Tribunal Americano: o “*excessivamente excessivo*” ocorre quando há intenção, probabilidade e iminência de violência contida no humor – só nesses casos a piada seria objeto de contenção, mas não de maneira prévia.⁸

O humor constitui uma ferramenta essencial para a socialidade humana, a convivência, o equilíbrio e a sobrevivência. O seu discurso traz consigo um poder libertador, desestabilizador, desconstrutivo, destrutivo, contagiante, na procura de suscitar polémica e chamar à discussão assuntos que merecem tratamento especial, mas que, muitas vezes em virtude da delicadeza das situações, são deixados de lado por conta do politicamente correto.⁹

⁶ LATTMAN, Peter. *The origins of Justice Stewart’s “I know it when I see it”*. *The Wall Street Journal*, 27 set. 2007. Disponível em: <http://blogs.wsj.com/law/2007/09/27/the-origins-of-justice-stewarts-i-know-it-when-i-see-it/>. Acesso em: 08 nov. 2018. Tradução nossa.

⁷ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 104.

⁸ PEREIRA, Ricardo Araújo. *A doença, o sofrimento e a morte entram num bar – Uma espécie de manual de escrita humorística*. Lisboa: Tinta da China, 2016.

⁹ Ricardo Araújo Pereira concorda com tal ideia, quando afirma: “E, no entanto, como disse Aristóteles, o riso é próprio do homem. É o que nos distingue dos animais, mas também de Deus. Eis a minha hipótese: o homem é o único que ri porque também é o único que tem consciência da sua própria extinção. Os animais desconhecem que vão morrer, e Deus sabe que é eterno.” (PEREIRA, Ricardo Araújo. *A doença, o sofrimento e a morte entram num bar – Uma espécie de manual de escrita humorística*. Lisboa: Tinta da China, 2016. p. 108).

Como determinar o *politicamente correto*? Aponta-se que a expressão “politicamente correto” aparece, pela primeira vez, por volta da década de 80, nos Estados Unidos¹⁰, não havendo consenso sobre a causa de seu surgimento. Alguns apontam que o termo foi inicialmente usado por movimentos sociais, em uma tentativa de proteger grupos vulneráveis e respeitar o multiculturalismo¹¹, enquanto outros apontam tratar-se de um termo arquitetado pelos conservadores para criticar esses comportamentos devido à preocupação com as diferenças.¹²

Assim, o que se pode afirmar é que o conceito do politicamente correto requer uma análise da linguagem em conjunto, com a apreciação do contexto das posturas sociais de cada época. Hoje em dia, percebe-se que o politicamente correto governa as avaliações do uso da linguagem, sendo relevante que se questione quais são as variáveis que implica na esfera do linguisticamente adequado, e se há uma transfiguração de atitudes que investigam e apreciam, através de ações e reações que acabam se banalizando no lugar-comum, ou que até se desconfiguram na insensatez; ou seja, se o uso contínuo e impensado dessa denominação fez com que esta fosse completamente incorporada na linguagem cotidiana, sem que, ao certo, se pensasse acerca das suas possíveis significações.

Partindo-se do pressuposto de que a comunicação envolve a coordenação cognitiva entre sujeitos distintos envolvidos na interlocução¹³, pode-se dizer que ela reflete uma regulação e avaliação do comportamento dos outros, o que dá ensejo à intersubjetividade na condução do discurso. A análise mais aprofundada acerca do politicamente (in)correto será feita mais adiante, em capítulo específico.

Seguindo as conceituações, tem-se que, na decisão da Ministra do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, Nancy Andrighi, ficou evidenciado que não se pode definir como humor aquilo que é ou não engraçado para nós, sob pena de se elitizar, segregar e limitar o humor.¹⁴

¹⁰ CAMERON, Deborah. ‘Words, words, words’: the power of language. In: DUNANT, Sarah (org.). *The war of the words: the Political Correctness debate*. London: Virago, 1994.

¹¹ SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Tradução de Laureano Pelegrin. Bauru: Edusc, 1999.

¹² CAMERON, op. cit.

¹³ VERHAGEN, André. *Constructions of intersubjectivity: discourse, syntax and cognition*. New York: Oxford University Press, 2005.

¹⁴ Decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o “nível” do humor e sua análise: “*Em primeiro lugar, a conduta praticada não carrega a necessária potencialidade lesiva para causar a dor que as recorrentes desejam ver reconhecida, porquanto carecedora da menor seriedade a suposta ofensa perpetrada, estando o texto dentro dos limites daquilo que se entende por prática humorística e em veículo a tal destinado. Em segundo lugar, conforme demonstrado, nada houve para além de uma crítica genérica de costumes pela reportagem; não houve um ataque pessoal à memória do Barão, porquanto a expressão tida por injuriosa pertence ao domínio público e foi utilizada em sentido meramente alegórico, em total coerência com as finalidades da publicação. A questão paralela posta pelas recorrentes, a respeito do ‘nível’ do humor praticado pelo periódico – apontado como ‘chulo’ – não é tema a ser debatido pelo Judiciário, uma vez que não cabe a este órgão estender-se em análises*”

O risível funciona de forma diferente entre as pessoas de uma sociedade, consoante seus predicados, traumas, medos, educação, nível social, etc. Uma piada dita entre pessoas do mesmo grupo não terá necessariamente a mesma repercussão; e quanto mais heterogêneo for esse grupo, mais difícil será prever a reação frente à piada.

O humor pode ser duro, ácido, vigoroso, lavrado em linguagem veemente. Por vezes, reveste-se de certa contundência, especialmente quando o humor consiste na manifestação do direito de crítica, ou comporta *animus narrandi* da realidade, cada vez mais próxima do absurdo. Nesse sentido, o humor constitui uma forma inesgotável de análise da sociedade, através de uma linguagem mais próxima e mais aceita pela sociedade em geral.

Para o filósofo francês Henri Bergson, *não há comicidade fora do que é propriamente humano*¹⁵. Sendo o riso umas das principais experiências do ser humano, inerente ao seu comportamento e facilitadora da comunicação com os grupos sociais em que estamos inseridos, é uma forma de manifestar insatisfação frente às opressões, e até mesmo de proporcionar inclusão social e tratar o preconceito, permitindo à sociedade ponderar e discutir sobre o seu nível de (pré)conceito relativamente a determinados grupos e/ou minorias.

Encontramos já na Babilônia registro de festas anuais em que uma personagem era escolhida para brincadeiras obscenas, tornando-se o Rei Cômico, o *Zogane*, que durante cinco dias poderia dar ordens, usar as concubinas e viver as piores extravagâncias, sendo no final morta.¹⁶ Essa agressividade, que no início divertia, mas tinha um trágico desenlace, despertava

críticas sobre o talento dos humoristas envolvidos; a prestação jurisdicional deve se limitar a dizer se houve ou não ofensa a direitos morais das pessoas envolvidas pela publicação. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, portanto, dizer se o humor é 'inteligente' ou 'popular'. Tal classificação é, de per se, odiosa, porquanto discrimina a atividade humorística não com base nela mesma, mas em função do público que a consome, levando a crer que todos os produtos culturais destinados à parcela menos culta da população são, necessariamente, pejorativos, vulgares, abjetos, se analisados por pessoas de formação intelectual 'superior' – e, só por isso, já dariam ensejo à compensação moral quando envolvessem uma dessas pessoas, categoria na qual as recorrentes expressamente se incluem logo na petição inicial do presente processo (fls. 05). A tarefa de examinar aquilo que se poderia chamar de 'inteligência' do humor praticado cabe, apenas, aos setores especializados da imprensa, que concedem prêmios aos artistas de acordo com o desempenho por eles demonstrado em suas obras". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 736015 RJ 2005/0048150-7. Relatora Ministra Nancy Andrighi).

¹⁵ *"Chamamos atenção para isto: não há comicidade fora do que é propriamente humano. Uma paisagem poderá ser bela, graciosa, sublime, insignificante ou feia, porém jamais risível. Riremos de um animal, mas porque teremos surpreendido nele uma atitude de homem ou certa expressão humana. Riremos de um chapéu, mas no caso o cômico não será um pedaço de feltro ou palha, senão a forma que alguém lhe deu, o molde da fantasia humana que ele assumiu. Como é possível que fato tão importante, em sua simplicidade, não tenha merecido atenção mais acurada dos filósofos? Já se definiu o homem como "um animal que ri". Poderia também ter sido definido como um animal que faz rir, pois se outro animal o conseguisse, ou algum objeto inanimado, seria por semelhança com o homem, pela característica impressa pelo homem ou pelo uso que o homem dele faz". (BERGSON, Henri. *O Riso: ensaio sobre a significação do cômico*. Rio de Janeiro: Zahar, 1983. p. 2).*

¹⁶ MINOIS, Georges. *História do Riso e do Escárnio*. Tradução de Maria Elena Ortiz Assumpção. São Paulo: UNESP, 2003. p. 31.

simultaneamente a ideia de comédia e tragédia. Com efeito, enquanto por um lado se exageravam os defeitos, por outro provocaria a catarse da redenção.

A história é fértil em registros sobre o riso e o escárnio. Na mitologia Grega, onde os deuses governavam o mundo, e sobretudo no Teatro, surgem personagens como os *Komoidoi* (na origem da palavra *comédia*, que em grego antigo combina “*kômos*”, que significa folia, e “*oidein*”, cantar), que usavam símbolos fálicos, simulavam orgias, e executavam cantos que faziam rir, misturando tragédia e comédia como forma de expressão.

Do mesmo modo, encontramos em Esparta, no âmbito da passagem para a vida adulta, um ritual que compreendia uma *mascarada*. Ainda no teatro grego, assistimos na tragédia *As bacantes*, de Eurípides, a uma festa clássica em honra de Dionísio, com características tradicionais: a eliminação das diferenças, a inversão, *a igualdade de homens e mulheres nos risos e gritos, e no final tudo degenera em violência e massacre*.¹⁷

Os primeiros registros de estudos acerca do riso são quase tão antigos quanto a história da humanidade. Não há grande controvérsia entre os estudiosos sobre o facto de Platão (427-347 a.C.) ser um dos primeiros teóricos do humor¹⁸, e segundo o qual este seria uma mistura de sentimentos da alma: dor e prazer. Na verdade, o filósofo promove uma condenação ética do humor grosseiro, ao ponto de, para ele, o riso exagerado ser um prazer falso, dirigido aos que têm relativamente menos poder, considerando o riso de quem profere e o risível, sobre quem se ri, como algo negativo, um comportamento medíocre.¹⁹

Assim, no século V antes de Cristo, já não se admitia mais o ridículo na Grécia. A democracia tornou-se a política dominante, e o escárnio deixou de ser aceito, iniciando-se um novo marco do humor em que a religião e os deveres cívicos se impõem como os novos horizontes norteadores. O humor recebe a sua primeira tábula de bons modos no tratado *sobre os deuses, de Protágoras: no mesmo ano é condenado Diágoras, o ateu, em 399 a.C., e Sócrates será acusado de impiedade*.²⁰

Não por acaso, o politicamente correto da época inclui os primeiros ataques ao ateísmo e os primeiros questionamentos do riso, os quais *começam a ser percebidos como fatores de perversão dos valores cívicos*²¹, levando o riso a desafiar outros alvos, de forma velada, impessoal e alusiva. O riso torna-se mais brando, nasce uma nova plateia, desaparecem os

¹⁷ GIRARD, René. *La violence et le sacré*. Paris: Pluriel, 1972. p. 180.

¹⁸ ATTARDO, Salvatore. *Linguistic theories of humor*. New York: Mouton de Gruyter, 1994. p. 18.

¹⁹ BREMMER, Jan; ROODENBURG, Herman (org.). *A Cultural History of Humour*. Cambridge: Polity Press, 1997. p. 24.

²⁰ MINOIS, Georges. *História do Riso e do Escárnio*. Tradução de Maria Elena Ortiz Assumpção. São Paulo: UNESP, 2003. p. 41.

²¹ *Ibid.*

símbolos eróticos, assim como o grotesco e o agressivo modo de expressão, passando o riso a ser praticado de forma mais polida e com mais limites²².

Eis então que nasce o pai da Comédia. No festival anual de dramaturgia de Atenas, em 426 a.C., venceu o concurso uma peça cômica chamada *Os Babilônios*, da autoria do poeta Aristófanes (447 a.C. – 385 a.C.), o principal representante da comédia antiga.²³ Contudo, a representação foi tida como controversa e, depois dela, um político chamado Cléon levou o autor aos tribunais por caluniar o povo ateniense, inclusive os estrangeiros. Com suas ideias e incentivo à autocrítica da sociedade ateniense, Aristófanes satirizou seus compatriotas, moldando a forma da comédia, “[...] desde a palhaçada, com as duplas cômicas e as imitações, à sátira política. Mercê da exaltação da liberdade de expressão e da celebração de heróis comuns, as peças de Aristófanes levavam o público a pensar enquanto ria”. Ainda hoje ressoa a sua réplica a Cléon, em 425 a.C.: “Eu sou comediante, e por isso falarei sobre justiça, não me importando que isso te soe mal aos ouvidos.”²⁴

Se para Platão o riso era associado a um verdadeiro exagero da alma, para Aristóteles, o riso representa um estímulo à boa vontade do ouvinte, percebendo-se, neste, uma atitude em

²² MINOIS, Georges. *História do Riso e do Escárnio*. Tradução de Maria Elena Ortiz Assumpção. São Paulo: UNESP, 2003. p. 41.

²³ GRAF, Fritz. Cicero, Plautus and Roman Laughter. In: BREMMER, Jan; ROODENBURG, Herman. *A Cultural History of Humour*. Cambridge: Polity Press, 1997.

²⁴ ROBINSON, Mark. *How to present to keep your audience's attention*. TEDxEindhoven. Disponível em: <https://www.markrobinsontraining.com/tedx/>. Acesso em: 25 mar. 2021. O autor detalha a vida e obra do pai da Comédia: “Aristófanes se vingou dois anos depois com uma peça chamada *“The Knights [Os cavaleiros]”*. Nela ele zombou de Cléon abertamente, terminando com o personagem que interpretava o político ateniense como um humilde vendedor de salsichas trabalhando fora dos portões da cidade. Este estilo de sátira foi uma consequência da democracia irrestrita da Atenas do século V, e agora é chamado de “velha comédia”. As peças de Aristófanes, os dramas cômicos sobreviventes mais antigos do mundo, estão repletos de paródias, músicas, piadas sexuais e fantasia surreal. Elas costumam usar situações extravagantes, marcando o modo como a comédia tem sido escrita e executada desde então, essas comédias celebravam pessoas comuns e atacavam os poderosos, tendo como alvos, políticos arrogantes, generais de guerra e intelectuais, exatamente àqueles que sentavam-se na primeira fila do teatro. Como resultado, eles eram chamados de “komoidoumenoi”: “aqueles que eram zombados na comédia”. O escárnio malicioso e muitas vezes obsceno de Aristófanes, responsabilizava esses líderes, testando o compromisso deles com a cidade. Uma questão, em particular, inspirou muito o trabalho de Aristófanes: a guerra do Peloponeso entre Atenas e Esparta. Em *“A Paz”*, escrita em 421 a.C., um ateniense de meia-idade liberta a encarnação da paz de uma caverna, onde ela tinha sido exilada por políticos especuladores, então como resultado de uma derrota naval esmagadora para Atenas. Em 411 a.C., outra obra nasce: *“Lisístrata”*. Nesta peça, as mulheres de Atenas ficam cansadas da guerra e fazem uma greve de sexo até que seus maridos declarem paz. Outras peças usam cenários similarmente fantásticos para espantar situações atuais, como em *“As Nuvens”*, onde zomba-se do pensamento filosófico da moda. O personagem principal, herói, matricula-se na nova escola filosófica de Sócrates, na qual ele aprende como provar que o errado está certo e que uma dívida não é uma dívida. Aristófanes também tornou-se o mestre da transgressão, uma técnica cômica na qual os atores dirigem-se diretamente ao público, muitas vezes elogiando o dramaturgo ou fazendo comentários e piadas atuais, como por exemplo, em *“As Aves”*, o coro assume o papel de diferentes aves e ameaça os juízes atenienses dizendo que se a peça não ganhar o primeiro lugar, vão defecar neles enquanto eles andarem pela cidade. Talvez os juízes não tenham apreciado a piada, já que a peça ficou em segundo lugar”.

relação ao riso muito mais positiva do que aquela que o seu mestre promoveu²⁵. No entanto, ainda condena os excessos: “*De fato, tanto Platão como Aristóteles, os principais filósofos do século IV, opuseram-se ao humor grosseiro e à obscenidade, acentuando a necessidade do riso contido, inofensivo*”.²⁶ A capacidade de rir seria um diferencial da espécie humana, um privilégio espiritual.

O historiador e filósofo Plutarco (46-120 d.C.) considera que rir é colocar-se em oposição ao sagrado; ou seja, a qualidade do humor é justamente encontrar de qualquer forma um modo de expressão que se torna válvula de escape, de sedução e de ternura, até entre os deuses.²⁷

Com essa nova postura social democrática, aparece o cinismo, em tom aparentemente pessimista, que na verdade encobre o riso desesperado, a falsa moral. Surgem também as Sátiras de Lucílio, a Oratória de Cícero, os pensamentos de Aristóteles, e o chamado humor latino. Caçoa-se dos próprios defeitos, e criam-se caricaturas fingidas que aparentam ingenuidade e fazem rir.

O modo romano de fazer rir incluía também a histeria, o horror e o grotesco, como em *As Metamorfoses* de Apuleio, onde um asno demonstra instintos maléficos e uma sexualidade absurda. Conjuntamente, marcam esse período as festas do povo, chamadas Saturnais e Luperciais.²⁸ Tudo é feito ao contrário: durante o dia, as luzes são acesas, e à noite homens e mulheres invertem suas indumentárias, cantam e dançam com linguagem cômica, durante dozes dias em que se sucedem todos os tipos de grosserias, obscenidades, jogos e cantos.

Em contraste, refira-se também o movimento do eremitismo, que é trazido do Oriente, fazendo com que a ideia do riso seja afastada, uma vez que o Eremita que vive sozinho não teria motivos para rir, por força da ideia de solidão, de afastamento das paixões e da busca austera da beatitude. E no entanto, esse movimento traz o humor absoluto: zombar de si mesmo, da própria miséria, sem plateia e sem interferências.

Esta tendência só acaba por ocasião do declínio do Império Romano, com a chegada do Cristianismo, movimento religioso que tem receio do riso, excluindo-o do ideal da santidade e inculcando a ideia de que não se faz troça da purificação da humanidade; ao mesmo tempo que

²⁵ ATTARDO, Salvatore. *Linguistic theories of humor*. New York: Mouton de Gruyter, 1994. p. 20.

²⁶ BREMMER, Jan; ROODENBURG, Herman (org.). *A Cultural History of Humour*. Cambridge: Polity Press, 1997. p. 24.

²⁷ PLUTARCO. *As vidas dos homens ilustres*. Tradução de Aristides da Silveira Lobo. São Paulo: Editora das Américas, 1951. p. 100.

²⁸ MINOIS, Georges. *História do Riso e do Escárnio*. Tradução de Maria Elena Ortiz Assumpção. São Paulo: UNESP, 2003. p. 97.

passa a visão de que Jesus nunca riu. Com efeito, observam os autores cristãos que quem riu e zombou foram os adversários de Jesus, e não os seus seguidores²⁹.

O riso torna-se pecaminoso. Os monges não podem rir nem brincar. Sendo o riso visto como coisa do diabo, um mundo cristão, católico e judaico inclui o ideal de se combater o humor. Nessa linha, Santo Agostinho (354-397 d.C.) considera que:

*[...] mesmo que o riso seja uma faculdade humana, ele é desprezível. Mais, “há certos atos que parecem estranhos aos animais, mas que não são o que há de mais elevado no homem, como a brincadeira e o riso; e qualquer um que julgue a natureza humana estima que, se esses atos são do homem, são o que há de mais ínfimo nele.”*³⁰

Embora no cristianismo o riso não fosse bem visto, na Bíblia aparecem citações sobre o tema, como no passo de Génesis sobre Abraão e Sara, ele com cem anos e ela com noventa:

*Riu-se, portanto, Sara em seu íntimo, considerando: Agora que estou velha e velho também está o meu senhor, como ainda teremos prazer sexual? Entretanto, o Senhor questionou Abraão: Por que se ri Sara, conjecturando: Será possível que vou dar à luz, agora que sou velha? Acaso existe algo extraordinário demais para Yahweh? Nesta mesma época de primavera, no próximo ano, retornarei à tua presença, e Sara terá um filho. Sara ao ouvir essas palavras ficou amedrontada e mentiu: Não! Eu não ri! No entanto ele foi categórico: Sim! É verdade que tu riste!*³¹

Em outro episódio, Jacó “[...] foi substituído por seu irmão Esaú, uma espécie de comédia picaresca com um anti-herói imoral.”³² Há ainda outros textos, como os escritos apócrifos, em que Jesus ri quando Zaqueu vê com maravilha a sua sabedoria; e na vida de Jesus em árabe o riso está também presente.

²⁹ MINOIS, Georges. *História do Riso e do Escárnio*. Tradução de Maria Elena Ortiz Assumpção. São Paulo: UNESP, 2003. p. 79.

³⁰ Ibid. p. 87 e 127.

³¹ BÍBLIA, A. T. Génesis 18:12.

³² MINOIS, Georges. *História do Riso e do Escárnio*. Tradução de Maria Elena Ortiz Assumpção. São Paulo: UNESP, 2003. p. 79.

Mesmo assim, a Igreja encarou o humor e sua expressão como algo diabólico, desprezível, pois o prazer, encarado como pecaminoso, é desejo a ser combatido para equilíbrio dos fiéis. Todavia, sempre houve uma forma de o riso encontrar maneira de se instalar: aparecem as fábulas, e as histórias trazem uma nova forma de provocar o riso, através de analogias com bobos e diabos que dizem a verdade rindo.

Para o historiador russo Mikhaïl Bakhtin, “[...] *existiria uma dupla visão de mundo: a visão séria, que é a das autoridades, e a visão cômica, que é a do povo*”. Contudo, “[...] *nas etapas primitivas, em um regime social que não conhecia ainda nem classes nem Estado, os aspectos sérios e cômicos da divindade, do mundo e do homem, eram, tudo indica, igualmente sagrados, igualmente, poder-se-ia dizer, ‘oficiais’.*”³³

Francisco de Assis foi portador de uma espiritualidade que celebrava a alegria. Além de um contraste com a forma cristã anterior, sua desvalorização das riquezas e seu exemplo de ajuda aos necessitados destacaram-se no estilo franciscano. Nessa época de crise, o século XIII, havia poucos alimentos, pouca alegria, pelo que rir tornou-se aceitável, ao ponto de S. Tomás de Aquino o entender como uma forma de profissão (comediantes) para distração das populações.

Essa forma de diversão aparece no final da Idade Média, que culmina nas “alegres sociedades”, onde se organiza a festa dos *Bobos-Alegres*, como a *Companhia da Mãe-Louca* e, com caráter marcadamente aristocrático, a *Companhia dos Cavaleiros da Ordem dos Loucos*, fundada em 1381, companhias nas quais os notáveis da cidade – comerciantes, mestres de ofício, celebridades – financiavam as festas e as caracterizações, cantadas em versos satíricos: “*E que loucos sem perigo/ Do costume de nossa capela/ Façam a festa boa e bela/ Sem ultraje ou derrisão.*”³⁴

Torna-se mais comum o uso de máscaras e fantasias de carnaval, mas só em 1478, na obra *Till Eulenspiegel* – em que se descreve um herói conhecido que, enquanto morto, ironizava sobre os aristocratas, os sacerdotes, e mesmo sobre o papa, em uma série de peripécias cômicas, revestidas de crítica social – é que o humor volta a ter uma função social de desestabilizar o poder em troca do riso.³⁵

Na Renascença, uma nova cultura com mais consciência do mundo e da literatura setoriza o riso, o sorriso e o sério. Surge então uma inversão de paradigmas: os ricos sendo

³³ BAKHTIN, 1940 apud MINOIS, Georges. *História do Riso e do Escárnio*. Tradução de Maria Elena Ortiz Assumpção. São Paulo: UNESP, 2003. p. 156.

³⁴ MINOIS, Georges. *História do Riso e do Escárnio*. Tradução de Maria Elena Ortiz Assumpção. São Paulo: UNESP, 2003. p. 258.

³⁵ HEERS, Jacques. *Fêtes des fous et carnivals*. Paris: Favard, 1983. p. 251.

humilhados pelos pequenos surgem nas farsas suscitando um riso mais próximo daquele que atualmente conhecemos.

Em 1556, o cartunista Jean de Lery visita o Brasil, numa expedição conhecida como França Antártica. Permanece no Rio de Janeiro 22 anos e, de regresso a França, publica as *Histórias de uma Viagem feita à Terra do Brasil*. A obra acolhe as suas notas e constatações em relação aos índios com que o autor se cruzou. Observa que o índio não sente tristeza e que se ri muito, sem cessar, da atitude dos europeus e do modo como falavam, se vestiam, e até mesmo dos próprios atos de canibalismo. Não classificou o índio como ingênuo, nem o seu riso como maldade dionisíaca ou como conduta humana desprovida da razão.³⁶

A gargalhada e o drama encontram uma barreira na perfeição realística de William Shakespeare, mostrando a realidade do homem grotesco e a ambiguidade, nos moldes de Lutero e Calvino, que novamente estabelecem que o riso não cabe em assuntos de religião.³⁷

Em meados do século XVII, impera o Puritanismo. As brincadeiras burlescas deixam de ser aceitas, passando a ser vistas como sem razão e indiscretas; o indivíduo é vigiado, mesmo ao fim de semana e nos feriados, para se evitarem festas e risos. Em contrapartida, com a ascensão da *Commedia dell'arte*, tudo é uma forma de rir, como que uma caricatura dos costumes onde os empregados mandam nos senhores, “[...] onde há aspereza e morbidez em atos que causam humilhação. Tereza de Ávila e João da Cruz condenam essa brutalidade de costumes, e a Igreja define os jogos e diversões que podem ser permitidos ou proibidos aos cristãos segundo as regras e os sentimentos do país.”³⁸

Entretanto, surge a caricatura, para desestabilizar, aviltar. Seu fundador, Annibale Carracci (1560-1609), da então famosa escola de arte de Bolonha, carregava nos traços e fazia alusões às dores e delícias da época, para protestar ou exaltar a sociedade da época. Os desenhos trazem a marca e a frescura da modernidade, do riso fácil e simples que conquistava seu espaço.

A França também toma partido pelo humor. Destaca-se Jean-Baptiste Poquelin Molière (1622-1673), insigne cultor da comédia e da paródia. Não sendo partidário de nenhum pensador, nas suas apresentações, semiclandestinas, sobressaem elementos fortes do carácter humano como motivo de zombaria. Será contrariado por Bossuet, que, em 1694, compõe e publica as *Máximas e Reflexões sobre a Comédia*, onde conclui que “[...] a índole dessas peças cômicas é procurar a bufonaria: o próprio César não achava que Terêncio era divertido; sempre se

³⁶ MINOIS, Georges. *História do Riso e do Escárnio*. Tradução de Maria Elena Ortiz Assumpção. São Paulo: UNESP, 2003. p. 294.

³⁷ *Ibid.* p. 294.

³⁸ *Ibid.* p. 300.

quer mais elevação no risível, e o gosto que se tem por Aristóphanes e por Plauto demonstra a que grau de licenciosidade a brincadeira pode chegar.”³⁹

O riso mantém-se firme na sociedade europeia dos séculos XVII e XVIII, onde predomina o burlesco. Durante mais de vinte anos, de 1792 a 1815, este continente mergulha em uma guerra sem precedentes, nascendo assim o romantismo e a sua atmosfera de absurdo em forma de caricatura com cores fortes (Goya), “*misturando a política e o governo com as táticas de Maquiavel, e o tão conhecido Pão e Circo. O riso se torna o ópio do povo, mostrando-se mais efetivo do que a religião.*”⁴⁰

Voltam a aparecer as festas que durante séculos tinham sido proibidas, a diversão do povo nas fogueiras acesas, as danças e as representações com máscaras, chifres e pinturas que remetem para as festas carnavalescas. Mas para a Igreja, o conceito de riso, mesmo no século XIX, ainda é controverso, pois qualquer pessoa que ri de outra acredita ser-lhe superior, sinal de que essa superioridade será expressão do mal. Eis um caso revelador que exemplifica isso mesmo: em 1833, em Taulé, na França, o reitor solicita a troca do vigário, pelo motivo de que “*ele ri, é alegre, tem sempre um ar de contentamento, sorri até mesmo dando a comunhão.*”⁴¹

Daí que o século XIX forneça aos cristãos todas as formas de tristeza e de flagelos. Em contrapartida, os pensadores e filósofos acham no riso, na blasfêmia, um modo cômico com conteúdo libertador. O riso se transforma numa maneira de ataque e de estudo filosófico. A ironia ultrapassa a ética e se aproxima do humor.

Schopenhauer tem uma visão mais profunda do riso, sendo considerado o mais sinistro dos filósofos ridentes, ao mostrar “*que o pessimismo e as situações difíceis são, por mais curioso que possa parecer, uma forma de fazer humor e de rir da situação.*”⁴² Para Nietzsche,

³⁹ MINOIS, Georges. *História do Riso e do Escárnio*. Tradução de Maria Elena Ortiz Assumpção. São Paulo: UNESP, 2003. p. 358.

⁴⁰ Ibid. p. 471.

⁴¹ O reitor comunica ao bispo seu espanto e suas suspeitas em uma carta que revela muito sobre a mentalidade da época: “*Percebo que, quando mais exijo dele (como me substituir perante os doentes, dar uma instrução ou um sermão), quanto mais os fiéis, em grande número, o retêm no confessional, mais ele fica alegre e contente: nada parece capaz de diminuir seu zelo nem desanimá-lo. ... Ele está sempre contente por pregar, deseja mesmo fazer mais do que lhe é pedido; isso não seria vaidade, presunção, vontade desmedida de aparecer? Ele está sempre feliz por assistir meus doentes. ... Isso faria crer que todo mundo o admira. Daí vem, parece-nos, essa grande necessidade de se produzir ... suas maneiras sempre joviais e muito familiares com os fiéis e as muitas palavras indiscretas eu diz. Já cansei de dizer que gostaria que fosse mais tímido, mais reservado e mais prudente*”. O reitor pede essa mudança para que o vigário volte ao caminho da tristeza já que a comunidade reclama dos modos escandalosos. Acaba retirado de seus serviços, com a alegação de que não se pode confiar em alguém que sorri ao dar a comunhão. O vigário Bramoullé é interditado em 1839 e morre em 1840, aos 37 anos. (MINOIS, Georges. *História do Riso e do Escárnio*. Tradução de Maria Elena Ortiz Assumpção. Paulo: UNESP, 2003. p. 501).

⁴² Define que “*a causa do riso em todos os casos é simplesmente a percepção súbita de uma incongruência entre um conceito e os objetos reais que foram pensados a partir de determinada relação estabelecida, e o próprio*

o riso de Schopenhauer é onde se encontra solidão, crise e a não existência de Deus. Ou seja, estaremos sem rumo, e isso dá que rir, e não que chorar; quando muito, chorar de rir, de tal modo que o homem aprenda a rir de si mesmo, tornando seu espírito leve, barulhento, diante das maravilhas do existir. O riso faz parte da vida e ajuda a conservar a espécie, o riso e o silêncio; isso é vida: “*É belo calar-se juntos, Mais belo é rir juntos, Se eu fizer bem, calaremos, Se eu fizer mal, riremos.*”⁴³

Segundo Freud, uma das formas de se atingir o prazer é através do riso, não obstante a dificuldade e os obstáculos. O humor suaviza o pesar, evita o desgaste afetivo, pode ser compreensivo e até mesmo piedoso, “*permitindo atingir o prazer, apesar das dores e das dificuldades que deveriam perturbá-lo; ele suplanta a evolução de seus afetos, coloca-se no lugar deles.*”⁴⁴ No entender deste autor, a capital do riso seria Paris, onde existia uma imprensa livre, vários escritores cômicos e a possibilidade de se zombar e rir do que se quisesse, com liberdade total.

Surgiram por essa época os *fumistas* da *Belle Époque*, provocadores de anarquia, como os *niilistas* russos ou os *taciturnos* alemães; os fumistas riem até de Félix Faure, o presidente que morreu nos braços da amante, abusando de um remédio estimulante, e provocando o ridículo.⁴⁵

O humor volta a invadir a religião, contestando fatos, e a nova humorística provoca no teatro tanto o riso autêntico como o humor mais pesado, o humor conivente, que mostra como tudo é medíocre, falho ou sinistro, utilizando muitas vezes o burlesco, sem limites nem piedade. A aparente liberdade da época autoriza o escárnio de santos, deuses, representações e figuras religiosas antes proibidas e coibidas, como na cena de George Tabori em que Cristo cai e o centurião lhe oferece vinagre, perguntando-lhe: “- *Dói? - Cristo responde – Só quando rio.*”⁴⁶

riso é apenas uma expressão desta incongruência”. (SCHOPENHAUER, Arthur. *The World as Will and Idea*. v. 2. Alemanha: Project Gutenberg, 2012. p. 95. *E-book*. Disponível em: www.gutenberg.org/ebooks/40097. Acesso em: 16 mar. 2021.

⁴³ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Humain, trop humain*. França: Gallimard Education, 1995. p. 694. Continua o autor: “*Hegel não quer rir, Schopenhauer não pode parar de rir, Nietzsche quer rir, mas nenhum dos três, na realidade, é alegre. Bergson, por sua vez, vê os outros rirem e se interessa pelo fenômeno enquanto técnico. Procura desmontar o mecanismo sacudindo o homem que ri, e aos 25 anos profere uma conferência intitulada “O riso. Do que rimos? Por que rimos?”*” (NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Humain, trop humain*. França: Gallimard Education, 1995. p. 910).

⁴⁴ FREUD, Sigmund. *Os chistes e sua relação com o inconsciente*. Tradução de José Luis Etcheverry. Buenos Aires & Madrid, 1960. p. 384.

⁴⁵ MINOIS, Georges. *História do Riso e do Escárnio*. Tradução de Maria Elena Ortiz Assumpção. São Paulo: UNESP, 2003. p. 551.

⁴⁶ MINOIS, Georges. *História do Riso e do Escárnio*. Tradução de Maria Elena Ortiz Assumpção. São Paulo: UNESP, 2003. p. 586.

O cinema surge no século XX para acabar com a angústia, veiculando inclusivamente conceitos que mudam a forma de encarar a tristeza e de transformar em comédia. Chaplin não é motivo de riso, mas sua imagem, suas malogradas atitudes suscitam a divisão no público, pelo menos até à exibição de “O Ditador”, onde o riso é substituído pela raiva.

Woody Allen é outro exemplo que encontra na religião, na morte, na sensualidade, matéria jocosa. Entre outros grandes do cinema, aparece Pierre Desproges, que, doente, promove o livro intitulado “Vivamos felizes esperando a morte”, como motivo para rir de si próprio e do câncer, e sobreviver com um olhar diferente do trágico.

Tudo pode ser usado para fomentar a fábrica do riso: festas de cerveja, dia das mães, feira do livro, dia do índio, ano novo, etc. As pinturas de Kubin, o grotesco de Tanguy, mostram a arte popular onde nada se cria, a não ser repetir o consumismo da época em que tudo é registrado com etiquetas, com gravações ou com filmes. Desaparece a caricatura, submerge o poético, tudo se transforma em política satírica, e nos países democratas há crítica dos costumes, ficando famosas as falas espirituosas de Churchill e De Gaulle.

Em 1934, o dramaturgo italiano Luigi Pirandello, Nobel de Literatura, escreveu *O Humorismo*, ensaio que retrata o humor a partir de obras de teatro, refletindo que o humor carrega “*um espelho em que o sentimento se vai remirar. Colocando-se diante dele como um juiz, analisa-o desapassionadamente e decompõe sua imagem*”. E acrescenta Pirandello, numa alusão ao *Dom Quixote*:

*[...] tínhamos uma representação cômica, mas dela exala um sentimento que nos impede de rir ou nos turba o riso da comicidade representada, tornando-o mais amargo. Aqui, através do cômico, temos também o sentimento do contrário. O autor desperta isso em nós porque primeiro despertou nele.*⁴⁷

E no início do século XXI um vídeo é feito com o presidente Clinton vestido de palhaço. Até mesmo um humorista famoso se candidata à presidência, provocando indignação; não é eleito, mas abre caminho a que em 2019 o humorista Volodymyr Zelensky vença na Ucrânia a presidência. Este jogo político, repleto de publicidade e teatralidade, jogando com falsas aparências e usando os meios de comunicação como grandes aliados, torna-se motivo de piadas, sendo um verdadeiro teatro de humor, tensão, antagonismo e promessas.

⁴⁷ PIRANDELLO, Luigi. *Pirandello: do teatro ao teatro*. Organizado por J. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2009. p. 147-149.

No Brasil, um palhaço semianalfabeto, com um humor simplório e filiado num partido envolvido em diversas ações penais, consegue 1.016.796 votos e consolida-se como o 2º deputado mais votado nas eleições de 2014. É reeleito em 2018 com 445 mil votos, com o discurso: “Vota Tiririca. Pior que está não fica”.

Assim, de acordo com a Civilização do Espetáculo, não existiria “*forma mais eficaz de entreter e divertir do que alimentar as paixões baixas comuns entre os mortais.*”⁴⁸ O riso e a religião continuam disputando limites e regramentos, com vantagem pequena para o humor, o qual, como vimos, aumentou sua representatividade política. Esta milenar disputa procura o Direito para estabelecer limites à fruição do direito à liberdade de expressão artística e cultural. Torna-se evidente que existe um conflito entre direitos fundamentais a respeito da liberdade religiosa. Se para atingir a liberdade de expressão é preciso evitar a censura governamental, para se alcançar a igualdade política é igualmente necessário proibir a discriminação ou a exclusão que, de qualquer maneira, pretenda negar exercícios de direitos a alguns.

2 Teorias que explicam a arte de fazer rir

O humor é dor que arde sem querer.

O mundo é mais unido pelo humor do que se imagina. As pessoas riem das mesmas cenas ou piadas em todo o planeta; pessoas mais abastadas riem das mesmas coisas que as pessoas humildes. Isto significa que o erudito ri de um homem que escorrega em uma casca de banana ou leva com uma torta de creme na cara, num daqueles programas de auditório que qualquer país tem. Este tipo de humor desencadeia nos seres humanos reflexos de medo e agressividade tais, que todas as barreiras aos bons modos desmoronam como monte de copos de palhaço no circo. Podemos até ter vergonha do nosso mau gosto, mas não vamos parar de rir por causa disso.

Assim é que se diz que o riso é um fenômeno de sociabilidade, desempenhando um importante papel nas estratégias sociais, culturais e até políticas. No entanto, o que é que determina que as expectativas de ser cômico ou de ter piada sejam alcançadas? O que se sabe é que, conceitualmente, a arte está em permanente transformação, acompanhando o processo de evolução da civilização.

⁴⁸ LLOSA, Mário Vargas. *A civilização do Espetáculo: Uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. p. 69.

Refletir sobre o fenômeno da “inundação humorística”⁴⁹ e da banalização do humor, revela que o humor, quando praticado sem carácter de ligação relacional e envolvimento, pode produzir efeitos perversos, como o da irresponsabilidade pelo conteúdo, a falta de compaixão pelos envolvidos e a promoção de preconceitos cristalizados pelas representações discursivas do humor.⁵⁰ Diante deste cenário, não há como não abordar a questão da responsabilização.

Uma ponderação muito importante trazida por Attardo considera que o riso não implica fundamentalmente a presença de humor, uma vez que o riso pode ser causado por outros fatores, como a repetição de sinais, uma vez que, tal como as palmas e o bocejar, o riso tem a função de contagiar as pessoas em volta, as quais, mesmo sem entenderem o contexto, repetem inconscientemente o gesto, as cócegas. Também é possível rir quando estamos nervosos.⁵¹

Algumas teorias buscam estabelecer os padrões, as características e as funções do humor, a partir da observação dos seus aspectos conhecidos, sendo essencial que tais teorias sejam observadas em conjunto com o entendimento do período histórico correspondente, do estilo e da concepção de humor.

Como resultado dos estudos do riso e do humor, do seu processo de desenvolvimento e trajetória histórica, foram formuladas centenas de teorias que explicam a arte de fazer rir. Contudo, pode-se dizer que há três teorias clássicas, básicas e comuns a toda a literatura sobre o tema: a teoria da incongruência, a teoria da superioridade e a teoria do alívio; e duas principais teorias clássicas sobre o tema: a teoria da manutenção e a teoria do enquadramento. Todas essas teorias serão apresentadas e discutidas neste capítulo.

Não existe nenhum consenso sobre qual das teorias apresenta melhor uma explicação completa sobre as funções e características do humor. Tais teorias são, na verdade, complementares e podem explicar, em conjunto ou separadamente, diferentes tipos e situações de produção humorística.

A pesquisadora inglesa Mary Beard assevera que as piadas e o humor que conhecemos hoje foram herdadas dos gregos.⁵² Tendo por base o mais antigo livro de humor de que se tem notícia, o *Philogelos*, um compêndio do século V, com 260 brincadeiras e anedotas, conclui a autora que hoje rimos das mesmas coisas e que o formato básico continua o mesmo. Somos,

⁴⁹ JERÓNIMO, Nuno Amaral. *Humor na sociedade contemporânea*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade da Beira Interior, Ciências Sociais e Humanas, Covilhã, 2015. Disponível em: <https://ubibliorum.ubi.pt/handle/10400.6/3974>. Acesso em: mar. 2022.

⁵⁰ MORREALL, John. *Comic Relief – A comprehensive philosophy of humor*. Chichester: West Sussex: Wiley-Blackwell, 2009.

⁵¹ ATTARDO, Salvatore. *Introduction: the pragmatics of humor*. In: *Journal of pragmatics of humour*. Elsevier, v. 35, n. 9, p. 1287-1294, 2003.

⁵² BEARD, Mary. *Laughter in Ancient Rome: On Joking, Tickling and Cracking Up*. Oakland, CA: University of California Press, 2014. p. 336.

porém, mais cuidadosos, por conta do politicamente correto, pois praticamente já não se zomba de pessoas com deficiência, ao passo que naquela época era muito comum, embora nos dias atuais riamos de piadas sobre crianças, o que na época não acontecia.

Este estudo comprova que certas piadas são, não apenas internacionais, mas imortais, sendo por vezes modernizadas e transformadas. O fato é que voltam. Com efeito, piadas nascidas no calor da inflação alemã nos anos após a Primeira Guerra Mundial, reapareceram meio século depois no Brasil ou na Itália. Outras foram ditas contra regimes ditatoriais, por exemplo na Grécia, Chile e Espanha, tendo sido primeiro ditas contra Hitler, contra Napoleão III ou contra Calígula.

O humor não respeita fronteiras nacionais, o que não quer dizer que as piadas e o humor não viajem com mais facilidade do que o vinho, por exemplo. Existem vinhos que não viajam; muitas pessoas detestam os vinhos gregos; os ingleses se recusam a beber vinhos franceses; os brasileiros não têm dinheiro para vinhos europeus; e outros detestam todo o tipo de vinho, e assim por diante. Da mesma forma, a popularidade da piada depende de vários fatores: caráter e identidade nacional, sentido de humor, psicologia nacional ou individual, educação, crise ou euforia em questões monetárias, gostos, etc.

Para o pai da psicanálise, o “*humor não é resignado, mas rebelde*”⁵³, possuindo uma dignidade. É um dos processos da mente humana para desviar o sofrimento. Sendo “*um dom precioso e raro*”, ao mesmo tempo que transgressor, o humor capta a fragilidade do ser humano, revela as nossas falhas, as nossas contradições e imperfeições. Freud considera ainda que, quando expostas em termos humorísticos, as teorias perdem sua pomposidade e as ideologias e as religiões mostram sua face frágil e nua, mesmo se a piada não possui essa dignidade, podendo ser apenas produção do prazer de quem conta, ou estar ao serviço de uma agressividade.

Mas o ponto principal é que o humor pode viajar, e em muitos casos viaja, de um país para outro. Na questão do humor, urge estabelecer um verdadeiro internacionalismo, porquanto as pessoas estão mais inclinadas a rir do que a fazer concessões políticas, desse modo cumprindo elas mesmas a máxima: “*faça humor, e não a guerra*”.

O humor não pode, em princípio, estar subordinado a nada. A função desta ferramenta da arte é, muitas vezes, subverter os costumes do país e da época, não se podendo, portanto, submeter essa manifestação artística ao arbítrio de um conceito próprio, carregado de moral e bons costumes.⁵⁴

⁵³ FREUD, Sigmund. *O humor* (1927). Edição standard brasileira das obras psicológicas completas. Rio de Janeiro: Imago, 1980. v. XXI, p. 190.

⁵⁴ SILVA, José Afonso. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 58.

Por outro lado, os humoristas não se apresentam relacionados com profissões que dependam de regulamentação governamental. Os humoristas têm limites, sem a permissão deliberada de fazer rir, a qualquer custo. Neste mesmo sentido, o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Celso de Mello, assevera que não é “*qualquer atividade profissional que poderá ser validamente submetida a restrições impostas pelo Estado*”, uma vez que “*profissões, empregos e ofícios cujo exercício não faça instaurar situações impregnadas de potencialidade lesiva constituem atividades insuscetíveis de regulação normativa por parte do Poder Público.*”⁵⁵

Ainda que no tema do humor não haja muitos estudos jurídicos, os filósofos, linguistas, sociólogos e psicólogos definem vários tipos de humor, na mira de os diferenciar e categorizar, nomeadamente: humor situacional, piada, anedotas, charges, sátira, humor de constrangimento, a comédia observacional, as de costumes, entre outras, que podem variar de classificação ou distinção, mas basicamente encontram abrigo na literatura com suas variáveis.

Para o linguista Salvatore Attardo, humor situacional (*reused jokes*) são falas humorísticas que acontecem na própria situação. São co-construídas na interação entre os participantes da conversa, têm contextualização e improvisação, impossibilitando serem reusadas da mesma forma ou noutra situação sem perda de seu significado. Afirma, ainda, que o uso do humor na interação fortalece os laços sociais e aumenta a coesão entre seus participantes.⁵⁶ Na comédia romântica, o humor é um tempero do amor.

Fritz Graf afirma que a sátira seria um dos gêneros do humor, ao lado da comédia.⁵⁷ O que se percebe na literatura, é uma amplitude semântica em relação à sátira, sendo tomada ora como gênero histórico, ora como forma de se perceber a realidade, ou no contexto do dia-a-dia, para designar imitações grosseiras, ou mesmo na representação crítica daquilo que se considera errado, contrário à norma vigente.⁵⁸

Já a piada (*original jokes*) tem uma forma de humor utilizada com métrica e dinâmica já conhecida, sem depender da contextualização; encontra-se geralmente em periódicos, e pode

⁵⁵ Continua o Ex-Ministro: “*A liberdade de expressão artística não se sujeita a controles estatais, pois o espírito humano, que há de ser permanentemente livre, não pode expor-se no processo de criação, a mecanismos burocráticos que imprimam restrições administrativas, que estabeleçam limitações ideológicas ou que imponham condicionamentos estéticos à exteriorização do sentimento*”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 414.426-SC*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628395>. Acesso em: 15 mar. 2021.

⁵⁶ ATTARDO, Salvatore. *Linguistic theories of humor*. Berlin, New York: Mouton de Gruyter, 1994. p. 298.

⁵⁷ GRAF, Fritz. Cicero, Plautus and Roman Laughter. In: BREMMER, Jan; ROODENBURG, Herman. *A Cultural History of Humour*. Cambridge: Polity Press, 1997.

⁵⁸ BRUMMACK, 1971 apud SOETHE, Paulo Astor. Sobre a sátira: contribuições da teoria literária alemã na década de 60. *Revista Fragmentos*, Florianópolis, v.7, n. 2, p. 07-27, jan./jun., 1998. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/fragmentos/article/download/6014/5559/0>. Acesso em: mar. 2022.

ser reutilizada sempre que a situação permitir, necessitando frequentemente de uma introdução para chamar a atenção do interlocutor, e possuindo uma narração.⁵⁹ Complementando essa definição, as autoras Diana e Florencia⁶⁰ explicam que a piada equivale a uma atividade limitada, regrada, estritamente planejada e normalmente introduzida por “*pistas de contextualização*”, como seria a frase “*conhece a piada do papagaio?*”; já o humor situacional é uma espécie de brincadeira criada pelos participantes de uma conversa que compartilham do mesmo conhecimento, incluindo aspectos suprasegmentais e não-verbais.

No quadro do humorismo, o conceito de anedota, por sua vez, comunga largamente com o de piada, já que etimologicamente são próximas.⁶¹ Uma possível diferença, apontada por Attardo, está em que as piadas exigem uma posição final, um desfecho, enquanto as anedotas não.⁶² Além disso, diz-se que as anedotas contrastam os desejos reprimidos com os tabus da sociedade.⁶³

O humor ácido foi definido por André Breton, na obra *Anthologie de l'Humour Noir*, de 1940.⁶⁴ No Brasil, foi tratado como “humor negro”, e substituído pelo “humor ácido”, em virtude da forma mais coerente por que se define, tratando de temas sérios sem cuidado, ou até mesmo caçoando deles. O tipo pastelão é outro tipo de humor muito comum, eternizado pelos *Três Patetas* e pelo *Gordo e o Magro*. Este tipo de humor tem texto escrachado, com violência deliberada.

Há ainda a comédia de bordões, os quais eram utilizados em programas que eternizaram Roberto Bolaños, criador do Chaves no México, e no Brasil Chico Anysio, com a Escolinha do Professor Raimundo. Traduzia-se na repetição de frases de efeito que cada personagem proferia.

A paródia é outra forma de humor muito comum: transforma algo já existente numa nova versão, provocando o riso por essa nova interpretação. Logo, a paródia se configura a partir de duas perspectivas principais: “[...] como uma imitação total ou parcial, de forma

⁵⁹ ATTARDO, Salvatore. *Linguistic theories of humor*. Berlin, New York: Mouton de Gruyter, 1994. p. 298-299.

⁶⁰ BOXER, Diana; CORTÉS-CONDE, Florencia. *From bonding to biting: Conversational joking and identity display*. *Journal of Pragmatics*, v. 27. p. 275-294, 1997.

⁶¹ DOS ANJOS, Marco Antônio. *O humor: estudo à luz do direito de autor e da personalidade*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-03052010-111135/pt-br.php>. Acesso em: mar. 2022.

⁶² ATTARDO, op. cit. p. 228.

⁶³ JERÓNIMO, Nuno Amaral. *Humor na sociedade contemporânea*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade da Beira Interior, Ciências Sociais e Humanas, Covilhã, 2015. Disponível em: <https://ubibliorum.ubi.pt/handle/10400.6/3974>. Acesso em: mar. 2022. p. 65.

⁶⁴ BRETON, André. *Antología del humor negro*. 8. ed. Tradução de Joaquín Jordá. Barcelona: Editorial Anagrama, 2007.

humorística, de uma obra específica ou como imitação de todo um gênero ou estilo.”⁶⁵ Assim sendo, entendemos que se trata da reconfiguração de uma música, um texto, um filme, um gênero cujo enredo possa ser modificado, adquirindo um novo caráter, mais contestador, irônico, crítico ou humorístico.

Já o humor de constrangimento é utilizado, por exemplo, pelo comediante Sacha Basron Cohen, que trataremos adiante como uma forma contestável de humor. A comédia de situação e a observacional são muito utilizadas para extrair do humor sua face cotidiana; é muito utilizada em shows de *stand-up*.

Oscar Wilde foi um dos precursores da comédia de costumes, ao introduzir no humor uma crítica ativa da sociedade. No século XIX, era muito comum o burlesco, como vimos, com paródias, cantos, cores e vestes exageradas para ridicularizar determinados grupos da política. Outra forma antiga de humor, comum entre os séculos XVI e XVIII, é a *Commedia dell'Arte*, com máscaras, fantoches e textos de improviso. Já a farsa é muito utilizada no teatro, com a mistura de *sketches* pouco prováveis, e situações implausíveis.

É importante mencionar, após feitas tais conceituações, que as formas principais de expressão das piadas são a escrita gestual e a oral, que possibilitam o vínculo entre o conteúdo e o receptor. A forma oral é mais comum, considerando que as piadas se aproximam mais das pessoas e do seu cotidiano, prescindindo-se do título “humorista” para se fazer uso desta expressão do humor.

Há ainda três principais teorias que estabelecem a função do humor, sendo uma ferramenta importante para a conceituação. Dividem-se em teorias clássicas e contemporâneas. Na clássica, encontramos a teoria da incongruência, da superioridade e do alívio, utilizadas para explicar o humor sob o ponto de vista sociológico, adotadas por Attardo⁶⁶; enquanto nas contemporâneas, temos a teoria de Minsky, a teoria da manutenção e a do enquadramento.⁶⁷

A teoria da incongruência caracteriza o humor a partir de um derivativo incongruente ou disjuntivo da aceção da realidade, resultado de um paradoxo ilógico, fazendo com que os envolvidos mergulhem na sua própria definição de realidade.

⁶⁵ DOS ANJOS, Marco Antônio. *O humor: estudo à luz do direito de autor e da personalidade*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 08. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-03052010-111135/pt-br.php>. Acesso em: mar. 2022.

⁶⁶ ATTARDO, Salvatore (org.). *Encyclopedia of humor studies*. Thousand Oaks: SAGE, 2014.

⁶⁷ MINSKY, Marvin. Jokes and the logic of the cognitive unconscious. In: VAINA, Lucia; HINTIKKA, Jaakko. *Cognitive Constraints on Communication: representations and processes*. Alemanha: Springer Science+Business Media Dordrecht, 1984. p. 175-200.

O riso seria provocado pela desconexão entre a percepção e o conceito, a partir de uma premissa simples, alimentada por alegorias mundanas ou fictícias. Essa definição de Kant⁶⁸ teria sido aperfeiçoada posteriormente por Schopenhauer e, na linha do que vimos no capítulo anterior, abarca situações de humor como o momento em que os participantes se *apercebem de que a relação entre um objeto real e o seu conceito se tornou, de um determinado ponto de vista, incongruente*⁶⁹, aplicando-se um significante (conceito) utilizado para descrever significados (objetos) diferentes, sendo incongruente no desenrolar de uma piada com essa classificação. A diferença primordial entre os objetos inicialmente confundidos torna-se óbvia, fazendo com que os humoristas desconstruam atitudes e desmontem estereótipos, sendo bem captada por Carroll a sua definição: “*o cerne desta teria assenta nos desvios à norma e nos contrastes que são considerados a causa do riso.*”⁷⁰

Schopenhauer é explicado pelo historiador tcheco Manfred Geier, asseverando que na piada o ponto de partida é representações diversas (heterogêneas) e explícitas. Depois de compreendida através de uma narrativa engraçada e no quadro de um conceito (homogêneo) que nada tem a ver com elas, provoca “*prazer ao rir, porque a observação aparece como vencedora inequívoca na incongruência entre aquilo que é percebido sensorialmente e o que é pensado no plano abstrato.*”⁷¹

Já a teoria da superioridade é categorizada a partir da retórica de Aristóteles. Sendo a mais antiga das teorias, corresponde às formas de humor da antiguidade, que incluem a ridicularização e traços fortes dos desenhos da caricatura, tendo a premissa básica do poder ou a posição hierárquica superior de quem conta a piada e a exclusão de grupos considerados inferiores, excluídos ou marginalizados, procurando rir ou fazer rir da desgraça alheia, em tom malicioso. Esta teoria foi reformulada por Charles Gruner⁷², que passou a considerar três elementos essenciais: vencedor e derrotado, incongruência e elemento surpresa⁷³.

⁶⁸ RASKIN, Victor. Humor theories. In: ATTARDO, Salvatore (org.). *Encyclopedia of humor studies*. Thousand Oaks: SAGE, 2014. p. 368.

⁶⁹ JERÓNIMO, Nuno Amaral. *Humor na sociedade contemporânea*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade da Beira Interior, Ciências Sociais e Humanas, Covilhã, 2015. Disponível em: <https://ubibliorum.ubi.pt/handle/10400.6/3974>. Acesso em: mar. 2022. p. 65.

⁷⁰ CARROLL, Noel. *Humor: a very short introduction*. New York: Oxford, 2014. p. 17.

⁷¹ GEIER, Manfred. *Do que riem as pessoas inteligentes? Uma pequena filosofia do humor*. Tradução de André Delmonte e Kristina Michahelles. Rio de Janeiro: Record, 2011. p. 162.

⁷² GRUNER, Charles R. *The game of humor: a comprehensive theory of why we laugh*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1997.

⁷³ À luz desta teoria, o humor e o riso são uma forma de desprezo e malícia para aqueles que são alvo de ridicularização. Os defensores desta teoria consideram que o riso é uma forma de expressar prazer motivado pelas imperfeições ou falhas dos outros. (OLIVEIRA, Ângela Catarina Pereira. *O Humor na Rádio em Portugal: Os mecanismos que nos fazem rir*. Dissertação (Mestrado em Jornalismo) – Universidade da Beira Interior, 2015. p. 35).

A última das teorias clássicas é a teoria do alívio ou da liberação. Traduz elementos freudianos para definir o humor como forma de libertação das tensões humanas, provocando alegria e prazer momentâneo ou duradouro. Era entendida como decorrente das teorias evolucionistas do darwinismo para compreender o comportamento humano. Acredita-se que esta teoria se baseia na integração psicologia-filosofia, por exprimir requisitos de ordem cultural e social, diferenciando-se da teoria da incongruência, porquanto esta contém como elemento crucial do humor as ligações inesperadas e o prazer intelectual. “*Já a teoria do alívio tem a função de desarmar o “censor interno”, o que pressupõe que a desativação desses mecanismos psíquicos é fonte de satisfação.*”⁷⁴

Recentemente, novas teorias tidas como contemporâneas alargaram a definição e a categorização do humor, como por exemplo a teoria do cientista cognitivo americano Marvin Minsky, contida na obra *Piadas e a Lógica Inconsciente Cognitiva*. Atualizando a teoria freudiana, e alegando que os indivíduos tendem a pensar dentro de enquadramentos determinados, surgindo assim situações estereotipadas com o emprego de palavras que geralmente têm duplos significados, esse jogo de palavras é parte de um complexo emaranhado de definições, levando os indivíduos a necessitarem de criar mecanismos em várias dimensões e significados para atingirem o raciocínio esperado.⁷⁵

Já a teoria da violação é capitaneada por Thomas Veatch, a partir da sua publicação *Uma Teoria do Humor*, de 1998. No intuito de criar uma teoria abrangente de todos os tipos de humor, analisa três condições para se perceber o humor, o qual estará ausente se alguma uma delas faltar. Por exemplo, com “[...] a violação de um compromisso particular do receptor no que diz respeito ao funcionamento da realidade, o receptor tem um sentimento dominante em relação à tipicidade de uma situação”. Outra condição é a “simultaneidade, que exige a

⁷⁴ MULDER, M.P. e NIJHOLT, Antinus. *Humour Research: state of the art*. CTIT Technical Report Series, n. 02-34. Centre for Telematics and Information Technology (CTIT), 2002.

⁷⁵ JERÓNIMO, Nuno Amaral. *Humor na sociedade contemporânea*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade da Beira Interior, Ciências Sociais e Humanas, Covilhã, 2015. Disponível em: <https://ubibliorum.ubi.pt/handle/10400.6/3974>. Acesso em: mar. 2022. p. 70.

presença das duas condições anteriores na mente do receptor”⁷⁶, traduzindo-se essa máxima em “*humor é dor (emocional) que não magoa.*”⁷⁷

A socióloga e educadora norte-americana Rose Coser ajuda a definir a teoria da manutenção afirmando que o humor mantém os papéis sociais pré-definidos, mas ao mesmo tempo tolera as cisões internas, e por isso a arte de fazer rir elenca as esferas profissionais, familiares ou qualquer grupo que lhes pertença, concentrando o *animus jocandi* nas diferenças mútuas entre o interlocutor, o receptor e ainda o alvo da piada⁷⁸. Já seus conterrâneos Peter e Joel, preferiram aderir a uma nova categoria, a do Enquadramento (*frame theories*), descrevendo o humor como a ruptura entre o cotidiano e a vida séria, modificando a seriedade da vida, fundamentada na cultura da normalidade, quebrando as normas, sem necessariamente causar ofensa, mas introduzindo uma comunicação potencialmente volátil.⁷⁹

Conforme já referido, até a psiquiatria tenta categorizar o humor do paciente para definir o melhor tratamento, definindo-o como “*uma emoção abrangente e constante que matiza a percepção do mundo [...]; o humor refere-se a um clima emocional mais abrangente e constante*”. Pode ser disfórico, se for desagradável; elevado, como uma sensação exagerada de bem-estar; eutímico, seria a faixa de humor normal do paciente; expansivo, como a falta de restrições na expressão dos próprios sentimentos; e irritável, como facilmente aborrecido e levado à raiva.⁸⁰

Apesar das diferenciações trazidas pelas teorias clássicas e contemporâneas, a conceituação do humor é apenas semântica, uma vez que a linguagem utilizada para fazer rir

⁷⁶ JERÓNIMO, Nuno Amaral. *Humor na sociedade contemporânea*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade da Beira Interior, Ciências Sociais e Humanas, Covilhã, 2015. Disponível em: <https://ubibliorum.ubi.pt/handle/10400.6/3974>. Acesso em: mar. 2022. p. 71. Continua o autor: “*Veatch afirma que a primeira condição pode ser entendida como uma violação moral subjetiva, que deve ser a violação que importa para o receptor. De modo semelhante, isto pode ser mais bem explicado na razão em que a escolha recai no receptor, ou seja, naquilo que este percebe como uma violação. Além disso, depende também do compromisso e ligação que cada indivíduo tem com cada situação particular*” (...) “*o grau de ligação do receptor é crucial, nomeadamente se este percebe a situação como divertida ou ofensiva. A explicação do fenómeno implica uma escala de três níveis de compromisso*” (...) “*Se uma piada não provocar emoção, não existe compromisso e não é entendida como tal; se provoca emoção e um nível de compromisso fraco com o conteúdo, a piada é compreendida e recebida com humor; se provocar emoção mas com um nível de compromisso forte, a piada é entendida, mas recebida como ofensa. De acordo com Veatch, o fator de normalidade é crucial e por ter influência forte e profunda na forma como o receptor vai entender a violação. O fato de normalidade é a quantidade de informação normal numa determinada piada.*”

⁷⁷ VEATCH, Thomas C. *A Theory of Humor*. *Humor – Internacional Journal os Humor Research*, De Gruyter, v. 11, n. 2, p. 161-215, 1998. p. 164.

⁷⁸ COSER, Rose Laub. *Laughter Among Colleagues. A Study of the Social Functions of Humor Among the Staff of a Mental Hospital*. *Psychiatry*, v. 23, p. 81-95, 1960.

⁷⁹ MCGRAW, Peter; WARNER, Joel. *The Humor Code – A Global Search for What Makes Things Funny*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2014. p. 61-75.

⁸⁰ GLOSSÁRIO de termos técnicos. Disponível em: <http://www.psiquiatriageral.com.br/glossario/h.htm>. Acesso em: 18 mar. 2021.

pressupõe uma liberdade que não necessita de classificação. O humorista promove sua piada, não a partir do seu conceito técnico, mas da proposta que desenvolve a partir do seu tipo de humor favorito.

Após esta breve explanação teórica, passamos a desenvolver a relação do humor com a liberdade de expressão e as dificuldades encontradas pelo direito para ponderar conflitos entre direitos fundamentais e da personalidade, individuais e coletivos.

3. O humor e a liberdade de expressão

Nada descreve melhor o caráter dos homens do que aquilo que eles acham ridículo.

Goethe

Neste trabalho, procura-se defender que a atividade humorística é extremamente relevante para o ser humano, constituindo parte da sua essência enquanto ser social. O humor, além de se caracterizar como atividade prazerosa e uma das principais experiências do ser humano, inerente ao seu comportamento e facilitadora da comunicação, também se tem mostrado como um importante instrumento de manifestação do pensamento, de crítica e de estudo da sua sociedade.

Dessa forma, o discurso humorístico, expresso através das categorias listadas, como a piada, as anedotas, a paródia, dentre outras, está presente no cotidiano dos indivíduos e desempenha diversos papéis, como o de divertir, informar ou mesmo criticar. No entanto, esse diferencial não pode se caracterizar como um salvo-conduto, de modo que a liberdade de expressão que acompanha o humor não pode ser exercida ilimitadamente, sob pena de incorrer em ato abusivo e ensejar a responsabilização civil do humorista em relação ao ofendido.

Este capítulo cuida, portanto, de inaugurar o estudo da liberdade de expressão conjugada com as expressões humorísticas, fazendo uma exposição dos casos mais emblemáticos, ocorridos em âmbito nacional e estrangeiro, de abuso do direito e de configuração do ilícito civil. O estudo sistemático do instituto da responsabilidade civil, aplicado às situações subjetivas existenciais apresentadas a partir da liberdade de expressão, será feito em capítulo próprio.

Inicia-se com o seguinte exemplo: “*Um tempo atrás eu usei um preservativo com efeito retardante... efeito retardante... efeito retardante... retardou... retardou... retardou... tive que internar meu pênis*⁸¹ *na APAE*⁸²... *está completamente retardado hoje em dia.*”⁸³

Esta piada, contada em um show intitulado “*A Arte do Insulto*”, do humorista Rafinha Bastos, no Brasil, em 2012, causou enorme alvoroço na imprensa brasileira, na entidade que cuida dos interesses da pessoa excepcional (a APAE, associação de amparo e cuidado ao portador da síndrome de *Down*), nos humoristas e em todo o meio jurídico.

A associação autora da ação entendeu que “*saiu de cena a arte, restando apenas o insulto à honra e à imagem de pessoas com deficiência mental*”. Na ação, e em sua defesa, o humorista argumenta que “*o humor desfruta de proteção constitucional e que não poderia se sujeitar à censura ou repressão*”.

A respeito da decisão do humorista, a decisão proferida pelo Col. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Nº 1.487.089 - SP (2014/0199523-6), em 23/06/2015, de que foi Relator o Ministro Marco Buzzi, destaca que:

[...] usar de sua liberdade de expressão de modo a pôr em risco valores ainda maiores, como a dignidade da pessoa, (...) indo além do limite do aceitável ao se manifestar na forma nos autos questionada, e, na média de tais críticas, se extrai que o limite do humor antes referido é a graça. Logo, quando o humor seja sem graça, mas ofenda sem que divirta, não cumpre sua função: o fazer rir [...] Assim, não se pode admitir venha alguém querer se escudar no fato de fazer humor para escapar à responsabilidade quanto ao conteúdo de certa manifestação que tenha emitido. Também não se pode aceitar que a título de liberdade de expressão possa alguém dizer o que bem entende, mesmo de forma

⁸¹ O termo que realmente foi utilizado na piada foi considerado desnecessário para ser aqui reproduzido.

⁸² APAE é a Associação de Pais e Amigos do Excepcional. Missão da entidade: Promover e articular ações de defesa dos direitos das pessoas com deficiência e representar o movimento perante os organismos nacionais e internacionais, para a melhoria da qualidade dos serviços prestados pelas APAEs, na perspectiva da inclusão social de seus usuários. (FENAPAES. *Projeto Águia, Manual de Conceitos*. Federação Nacional das Apaes, 2003).

⁸³ MANDEL, Gabriel. Piada não é literal, diz juiz ao absolver Rafinha Bastos. *Consultor Jurídico*, 24 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-24/juiz-absolve-rafinha-bastos-afirma-interpretacao-piada-nao-litera>. Acesso em: mar. 2022.

*agressiva, ofensiva, sem esperar venha a ser responsabilizado pelos seus ditos.*⁸⁴

A liberdade de expressão tem sido usada de forma absoluta pelos humoristas na criação e proliferação de suas ideias. Outro caso emblemático envolvendo o humor e a garantia fundamental aconteceu em um comentário num programa de televisão pronunciado pelo mesmo

⁸⁴ Trecho do Julgamento: “No ofício judicante, a ‘opinião pública’ desempenha papel importante, sem dúvida, uma vez que o magistrado deve estar atento à avaliação social sobre determinado tema, porém, neste caso concreto são as provas, os fatos/atos apontados como violadores de direitos, as consequências jurídicas e os requisitos explícitos constantes na lei os fatores determinantes para que seja a parte responsabilizada civilmente pela sua conduta. Verifica-se que na origem houve uma análise categórica de todo o contexto no qual inserido o comentário, tudo objetivando constatar se havia, embora mediante o uso de eventual humor/piada, efetivo animus diffamandi/injuriandi, ou negligência/imprudência na verbalização, e ainda, se essa foi capaz de causar real dano moral, atingindo a esfera do direito de personalidade (honra, vida privada, intimidade, imagem, etc) dos autores. Da sentença depreende-se que o demandado, por ocasião dos fatos, pelo comentário que fez e palavras que utilizou, foi muito além do propósito meramente jocoso, inusitado, irônico e perspicaz, tudo o que se admite na fala do humorista atuante em meios de comunicação social. [...] O Tribunal local, também, no juízo de ponderação de valores constitucionalmente assegurados (direito de personalidade X direito de expressão) afirmou a prevalência do primeiro no caso concreto e, ainda, tomando como base o discurso de diversas pessoas de variadas mídias asseverou que a piada sem graça não seria humor, motivo pelo qual não poderia o réu, estando a participar de um dos maiores meios de comunicação de massa da atualidade, a televisão (...) usar de sua liberdade de expressão de modo a por em risco valores ainda maiores, como a dignidade da pessoa humana. Confira-se, por oportuno, trechos do acórdão: ‘Descabe perquirir a respeito da intenção verdadeira ou não de o réu pretender manter relações sexuais com Wanessa e J M, embora se acredite que não fosse intuito daquele ver materializado aquilo que disse a pretexto de fazer humor. Todavia, dito o que foi dito, é necessário anotar que o poder do discurso é capaz de causar repercussão social e impulsionar comportamentos, especialmente quando tal discurso é feito em programa televisivo, de grande audiência, no qual é usada a via do humor como forma direta de comunicação, passando a ideia de que tudo o que ali é falado, sempre e somente, o é para fazer rir. Ocorre que, na hipótese em análise, foi suplantado o limite do humor, e o réu, na realidade, ao se pronunciar na forma acima assinalada procedeu de modo extremamente agressivo contra os autores. Ora, pelo quanto consta do processo, diversas pessoas de variadas mídias perceberam e afirmaram ter o réu ido além do limite do aceitável ao se manifestar na forma nos autos questionada, e, na média de tais críticas, se extrai que o limite do humor antes referido é a graça. Logo, quando o humor seja sem graça, mais ofenda que divirta, não cumpre sua função: o fazer rir. Assim, não se pode admitir venha alguém querer se escudar no fato de fazer humor para escapar à responsabilidade quanto ao conteúdo de certa manifestação que tenha emitido. Também não se pode aceitar que a título de liberdade de expressão possa alguém dizer o que bem entende, mesmo de forma agressiva, ofensiva, sem esperar venha a ser responsabilizado pelos seus ditos. (...) Não se tome o quanto aqui se afirma por censura, pois é fato que não se pode retirar de quem quer que seja o direito de se expressar, dizer tudo o que entenda razoável e adequado dizer, o que, inclusive, está constitucionalmente consagrado (art. 5º, inc. IX; e art. 220, § 2º, da CR). Entretanto, deve se entender que ao par desta liberdade está a responsabilidade que a mesma gera (art. 5º, inc. X, da CR), a qual atua como fator repressivo de eventuais excessos, do mau uso de comentada liberdade. Para evitar-se este inadequado uso, é necessário que o profissional que, atue na área da comunicação, tal como o réu, tenha preocupações éticas - como orienta o disposto no inc. IV, do art. 221, da Constituição da República -, perceba que, estando a participar de um dos maiores meios de comunicação de massa da atualidade, a televisão, não pode usar de sua liberdade de expressão de modo a por em risco valores ainda maiores, como a dignidade da pessoa humana, esta que, de acordo com o inc. III, do art. 1º, da Constituição da República, aparece como um dos fundamentos de nossa Nação (cf. José Miguel Garcia Medina. Constituição Federal Comentada. São Paulo: RT, p. 30-31). É a dignidade da pessoa humana sobreprincípio, que tem, assim, um peso maior que outros princípios, sendo em nosso ordenamento embaixador de todos os direitos e garantias elencados no art. 5º, da Constituição da República, o que nos dá a perfeita noção de que quando em conflito este valor com o representado pela liberdade de expressão, deve prevalecer o primeiro, sem que venha a implicar isto derrogação do último)”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.487.089 - SP (2014/0199523-6), julgado em: 23 jun. 2015).

humorista, que naquela época compunha o programa brasileiro de origem argentina *CQC* (*Custe o que Custar*). Realmente, o nome do programa já previa que tal comentário iria ser julgado impróprio, condenando-o à indenização por danos morais.

Em 19 de setembro de 2011, o humorista fez uma piada com a notícia do empresário Marcus Buaiz e da cantora Wanessa Camargo, que esperavam seu primeiro filho. Em uma determinada parte do programa, Bastos indicou que manteria relações sexuais com a mãe, com o pai e com o filho. A brincadeira não surtiu o efeito desejado, e o tribunal, em um dos erros mais grosseiros do humor no Brasil, condenou o humorista ao pagamento de R\$ 150.000,00, determinando R\$ 50.000,00 por “vítima”, pai, mãe e nascituro.

A falha mencionada diz respeito principalmente à questão da indenização direcionada ao nascituro. É certo que os debates que surgem em torno do nascituro sempre estiveram rodeados de polêmicas e dissensos, já que diretamente relacionado ao direito à vida, sustentáculo da proteção dispensada aos demais direitos da personalidade.

Elsa Vaz de Sequeira, ao relacionar os direitos do nascituro, exemplifica-os como a aceitação de doações feitas ao nascituro, a admissão da perfilhação, a previsão de responsabilidades parentais e a capacidade sucessória, citando apenas dois exemplos no tocante à responsabilização civil relativas a eventuais lesões, v.g. a falha médica e a morte dos pais por ato ilícito de outrem, deixando de fora a possibilidade de lesão à honra do nascituro⁸⁵.

Em relação à inviolabilidade da vida humana, sabe-se que o art. 24.º da Constituição da República Portuguesa cuida de prescrevê-la, representando o ápice do personalismo ético, que coloca a pessoa no “[...] *epicentro da fundamentação da juridicidade*”; ou seja, há aqui, a aplicação direta do princípio da dignidade humana enquanto princípio fundamental reconhecido e aplicado constitucional e infraconstitucionalmente, mas também enquanto referencial de sentido imposto ao legislador.⁸⁶ É nesse sentido, de compreensão do princípio da dignidade da pessoa como referencial de sentido, que a inviolabilidade da vida humana se estende da previsão constitucional ao quadro do direito civil.

Por outro lado, como previsto no artigo 66º do Código Civil português: “1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”⁸⁷, entende-se que as lesões

⁸⁵ SEQUEIRA, Elsa Vaz de. *Teoria geral do direito civil: princípios fundamentais e sujeitos*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020.p.177.

⁸⁶ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Direito e pessoa não nascida: o problema do estatuto jurídico do nascituro*. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 5.

⁸⁷ DE VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 74. O § 1º do BGB enuncia que “a capacidade jurídica de uma pessoa começa com a realização do parto”. (tradução nossa).

sofridas pelo nascituro se tornam, após o nascimento completo e com vida, próprias de um ser com personalidade. O art. 70.º do mesmo código interpreta uma proteção geral da personalidade física e moral dos nascituros concebidos, ao estabelecer que a lei protege “os indivíduos” contra violações da sua “personalidade física ou moral”.

Assim, o direito português reconhece que os direitos legitimados aos nascituros dependem de seu nascimento, enquanto a personalidade surge somente com o nascimento com vida, adotando-se, portanto, a corrente natalista⁸⁸. Ocorre que a jurisprudência portuguesa já dialogou, por vezes, com a corrente concepcionista, entendendo que o nascituro seria considerado pessoa desde sua concepção, sendo acompanhado, em todo o seu desenvolvimento, de sua personalidade jurídica, de modo que o nascimento seria um simples fato de continuidade de seu desenvolvimento, e não um divisor de águas capaz de influir no assunto. Nesse sentido, a brilhante perspectiva de Pais de Vasconcelos, ao expor que o Código Civil português e a Constituição da República:

*[...] com as coordenadas axiológicas do sistema e com a natureza das coisas, «tem de ser interpretado como referido, não à personalidade jurídica, cuja existência, início e termo são extra e supra legais, mas antes à capacidade jurídica, como fazia o seu antecessor, artigo 6º do Código Civil de 1867 e o § 1 do BGB.»*⁸⁹

Não se duvida que o nascituro tenha direitos, conforme anuncia o artigo 2º do Código Civil brasileiro: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”⁹⁰, o que pode ser aplicado no caso à genitora grávida que foi torturada⁹¹, julgado em 1994, considerando indubitáveis os

⁸⁸ As principais correntes doutrinárias, que buscam delimitar o começo da personalidade jurídica, são: natalista, pela qual se adquire a personalidade jurídica com o nascimento com vida (CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Tratado de Direito Civil IV: pessoas*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 437); e concepcionista, pela qual se adquire a personalidade jurídica desde a concepção (BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao património genético*. Lisboa: Almedina, 2006. p. 73).

⁸⁹ DE VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 74. O § 1º do BGB enuncia que “a capacidade jurídica de uma pessoa começa com a realização do parto”. (tradução nossa).

⁹⁰ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002, Brasília, DF, Poder Legislativo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 18 out. 2021.

⁹¹ João Carlos Graboius, torturado na barriga da sua mãe, a ex-guerrilheira Criméia Grabois, receberá indenização de R\$ 22 mil. A decisão é da Comissão Estadual de Ex-Presos Políticos de São Paulo, que reconheceu o feto como preso político e vítima de tortura pela ditadura militar (1964-1985). Segundo relatos de testemunha, em dezembro de 1972, depois de voltar da região do Araguaia, grávida de sete meses, Criméia foi presa e torturada

sofrimentos, angústia e tensões, durante a gravidez. O que pode ser passível de questionamento é o entendimento de “previsível”⁹² prejuízo à vida e à integridade física do nascituro.

Também nesse sentido, o Supremo Tribunal de Justiça português declarou que o:

*[...] nascituro não é uma simples massa orgânica, uma parte do organismo da mãe, ou, na clássica expressão latina, uma ‘portio viscerum matris’, mas um ser humano, com dignidade de pessoa humana, independentemente de as ordens jurídicas de cada Estado lhe reconhecerem ou não personificação jurídica.*⁹³

pelo DOI-Codi, em São Paulo. (FILHO de mãe torturada na gravidez quer indenização. *Consultor Jurídico*, 08 de fevereiro de 2007. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-fev-08/filho_mae_torturada_gravidez_indenizacao. Acesso em: 18 maio 2021).

⁹² Tratando-se da legislação brasileira, cumpre pontuar que é comum o recurso à figura dos danos *in res ipsa*, em que se verifica a ocorrência da responsabilidade civil, mesmo sem a prova do dano concretamente sofrido, falando-se em presunção do dano.

⁹³ Sumário do Acórdão: “I - Repugna ao mais elementar sentido de justiça – e viola o direito constitucional da igualdade – que dois irmãos, que sofrem a perda do mesmo progenitor, tenham tratamento jurídico diferenciado pela circunstância de um deles já ter nascido à data do falecimento do pai (tendo 16 meses de idade) e o outro ter nascido apenas 18 dias depois de tal acontecimento fatídico, reconhecendo-se a um e negando-se a outro, respectivamente, a compensação por danos não patrimoniais próprios decorrentes da morte do seu pai. II - Seguindo o entendimento magistral do Prof. Pedro Pais de Vasconcelos, o art. 66.º, n.º 1, do CC, deve ser entendido como referindo-se à capacidade de gozo, e não propriamente à personalidade jurídica – como aliás sucedia com o art. 6.º do Código de Seabra e com o §1 do BGB -, uma vez que o reconhecimento da personalidade de seres humanos está fora do alcance e da competência da lei, seja ela ordinária ou constitucional. III - O nascituro não é uma simples massa orgânica, uma parte do organismo da mãe, ou, na clássica expressão latina, uma *portio viscerum matris*, mas um ser humano, com dignidade de pessoa humana, independentemente de as ordens jurídicas de cada Estado lhe reconhecerem ou não personificação jurídica. IV - Ainda na fase intra-uterina os efeitos da supressão da vida paterna fazem-se sentir no ser humano, sendo os danos não patrimoniais daí decorrentes – traduzidos na falta desta figura, quer durante o período de gestação, quer depois do nascimento, com o vazio que tal ausência provoca – merecedores de compensação. V - No momento do nascimento, completo e com vida, as lesões sofridas pelo nascituro tornam-se lesões da própria criança, ou seja, de um ser com personalidade (Heinrich Ewald Hörster, in «A Parte Geral do Código Civil Português», Almedina, 1992). VI - Não constitui óbice ao reconhecimento de tal direito o argumento da exigência da contemporaneidade da personalidade com a lesão uma vez que: (i) nos Estados de Direito contemporâneos é cada vez mais frequente a demanda cível e a responsabilização de agentes cujos actos se produzem a longo prazo (de que são exemplo transmissão de doenças cujos efeitos se manifestam anos depois, catástrofes cujos efeitos se revelam a posteriori e traumatismos causados por acidentes cuja evolução para neoplasias malignas acontece a considerável distância cronológica); (ii) a relação entre a causa e o efeito não implica necessariamente que os danos ocorram imediatamente, apenas se exigindo o «nexo umbilical» que determine que o efeito ocorreu devido ao evento causado por terceiro (cf. voto de vencido do Exmo. Sr. Conselheiro Mário Cruz no Acórdão do STJ de 17-02-2009, proc. n.º 08A2124). VII - Considera-se justa e adequada a quantia pedida pela Autora (filha da vítima) de € 20 000,00, a título de danos não patrimoniais próprios decorrentes da perda do seu pai. VIII - Na fixação do quantum indemnizatório por danos patrimoniais futuros, a utilização de critérios matemáticos contidos em diplomas legais não se mostra proibida – desde que se mostrem facilitadores do cálculo para a determinação da pensão justa –, mas não substitui a devida ponderação judicial com base na equidade. IX - Os arts. 805.º e 566.º do CC, ao estatuírem sobre o cálculo da indemnização e efeitos da mora, não fazem qualquer distinção entre danos patrimoniais e não patrimoniais, razão pela qual os juros serão devidos desde a sentença ou desde a citação apenas e tão somente com base na existência, ou não, na sentença de um raciocínio atualizador”. (ACÓRDÃO do Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/portugal-direito-nascituro.pdf>. Acesso em: 18 maio 2021).

Assim, no caso em questão, o que mais chamou a atenção na condenação, além do excesso de punibilidade do *animus jocandi*, foi a indenização ao nascituro. A decisão equivocada do Ministro do Superior Tribunal de Justiça brasileiro considerou que o comentário possivelmente traria mácula à formação do infante.⁹⁴

O Relator considerou o comentário, que envolvia o humorista, reprovável, grosseiro e agressivo, reconhecendo o abalo moral. Mas a piada contada pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil ainda estava para vir: reconheceu ao nascituro o direito moral, “*ainda que não tenha consciência do ato lesivo, uma vez que os direitos da personalidade devem ser tutelados sempre tendo em conta o princípio da dignidade da pessoa.*”⁹⁵

⁹⁴ Em Portugal, reconhece-se que a função primordial da responsabilidade civil é a reparação, o ressarcimento, de modo que inexistente responsabilidade sem dano, sendo este considerado como aquele concretamente verificado, e não o dano abstratamente considerado, conforme o fez a decisão brasileira ora analisada. Em terras lusitanas, recusa-se a ideia do dano *in res ipsa*. Segundo Barbosa: “Não basta, portanto, a emergência do evento lesivo – a traduzir-se naquela ilicitude, quando desvelada pelo resultado “violação do direito absoluto” –, requerendo-se a verificação dos danos atuais. E para a determinação da relevância destes – para efeitos indemnizatórios – não podemos deixar de ter em conta o impacto específico que a lesão teve na esfera jurídica da vítima.” (BARBOSA, Mafalda Miranda. Direitos disponíveis e indisponíveis: repercussões em sede aquiliana. *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 3, 06 de abril de 2021. Disponível em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2021/direitos-disponiveis-e-indisponiveis-repercussoes-em-sede-aquiliana-mafalda-miranda-barbosa/>. Acesso em: jul. 2022.)

⁹⁵ Ementa do Julgado: “*O réu se equivoca quando entende ser bastante a sua não intenção, de ofender aos autores para evitar ser obrigado a indenizá-los pelas consequências de seu ato. Ao proferir as palavras já aludidas no corpo desta decisão o fez conscientemente, dirigindo-as aos autores, vinculando sua manifestação à pessoa destes. Sendo assim, ensejou ficassem estes últimos ofendidos com o teor de mencionado pronunciamento. Esqueceu o réu que, ao dizer o que disse, estava se comunicando, e de que toda comunicação envolve sistema relacional, onde não existe apenas um lado, o do emissor, mas, necessariamente, outro, do receptor, este, então, que pode contestar o que ouve, inclusive, sentir-se ofendido. No caso concreto o problema se potencializa, e gera dano moral indenizável, pela circunstância de que o emissor identificou o objeto de seu pronunciamento, e os autores, também receptores, com a identificação feita, expostos à injustificada agressividade, particularmente, a eles dirigida. Todos que se manifestam ficam sujeitos à crítica, todos que exacerbam em determinadas práticas acabam por responder pelo excesso, especialmente quando envolva agressão verbal, assim sentida como tal pelos autores. É claro que fossem outras pessoas, talvez as que se manifestaram em prol do réu, aceitariam a brincadeira, e nada tivesse acontecido. Estas certamente, achariam tratar-se de piada alguém dizer, em rede de televisão, abrangência em todo território nacional, que gostaria de manter relações sexuais com sua esposa, e praticar atentado violento ao pudor contra seu filho' identificando seus nomes. Ocorre que os autores não pertencem a este grupo e ficaram efetivamente ofendidos, com expressões a eles dirigidas que não podem ser tomadas como inofensivas, ou apenas perturbadoras de seu sossego. O quanto dito pelo réu é grave e porta conteúdo reprovável, capaz de produzir abalo moral. Não se pode impor aos autores a aceitação daquilo que o réu intitula piada, pois se este teve o direito de se expressar da forma como o fez, evidente que os autores têm o direito de se sentirem humilhados com a galhofa, entenderem comprometida a sua honra em virtude das desairosas palavras do réu. (...) A ofensa perpetrada aos autores decorreu do conteúdo explícito das palavras do réu contra os primeiros dirigidas, conteúdo o qual, inegavelmente, carrega potencial lesivo, acentuado pela conotação sexual envolvida nas expressões utilizadas, como em outra passagem desta decisão já frisado, capazes de atingir a intimidade e a honra dos autores, sua dignidade enquanto pessoas humanas. (...) Esta situação é resultado direto do proceder do réu, devendo ele responder de modo mais significativo por algo que atormentará os autores, seja pela própria lembrança do acontecido, seja pela exploração que na mídia ocorrência desta natureza acaba por determinar. Feitas estas considerações, observada a orientação que fornecem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como atento ao fato de que a indenização por dano moral não deve ser irrisória a ponto de frustrar o escopo a que serve, o que seja, aplacar o sofrimento imposto ao ofendido; assim também à circunstância de que não deve ser elevada a ponto de ensejar enriquecimento sem causa de seu credor, estabeleço o valor da indenização pelos danos morais sofridos pelos*

O riso perdeu a graça, o humorista foi demitido do programa, que logo teve seu fim e, com medo de novas indenizações, foi cerceado o direito de admirar e revelar admiração por alguém, pelos seus atributos de beleza, ainda que em tom jocoso, mudando-se para os Estados Unidos, por entender que no Brasil seu humor estaria fadado ao ilícito. Esta condenação aconteceu em um ano marcado pela tragédia terrorista do periódico francês de sátira *Charlie Hebdo*. A Justiça brasileira começou a condenar humoristas a indenizações densas, para limitar o riso.

Ante a enorme repercussão que o caso teve, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça acabou por desconsiderar que o humor tem seu papel de relativização dessa possibilidade, dado o *animus jocandi* do comentário, uma vez que não se pune o possível dano ocasionado por um chiste. A presença deste, isto é, o ânimo de fazer piada, deve ser diferenciada

autores em R\$ 50.000,00 para cada um destes. RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - COMENTÁRIO REALIZADO POR APRESENTADOR DE PROGRAMA TELEVISIVO, EM RAZÃO DE ENTREVISTA CONCEDIDA POR CANTORA EM MOMENTO ANTECEDENTE - INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE AFIRMARAM A OCORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO ANTE A AGRESSIVIDADE DAS PALAVRAS UTILIZADAS E, COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DETERMINARAM A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO RÉU PELOS DANOS MORAIS SUPORTADOS PELOS AUTORES, APLICANDO VERBA INDENIZATÓRIA NO MONTANTE DE R\$ 150.000,00 (CENTO E CINQUENTA MIL REAIS). IRRESIGNAÇÃO DO RÉU. Hipótese: A controvérsia cinge-se a aferir a existência ou não de dano moral indenizável em razão do conteúdo de frase pronunciada em programa humorístico veiculado na televisão aberta. 1. Revela-se inviável o pleito de concessão de efeito suspensivo ao recurso especial, ante a inadequação da via eleita, pois, nos termos da jurisprudência desta Corte, tal pedido deve ser formulado de forma apartada, ou seja, mediante ação cautelar (artigo 288 do RISTJ), não se admitindo sua inserção nas razões do apelo extremo. Precedentes. 2. Quanto à apontada violação do art. 535, inciso II, do CPC, aplicável à hipótese o óbice da súmula 284/STF, porquanto das razões recursais não é possível extrair qual o objeto de irresignação do recorrente, uma vez que apenas alegou, genericamente, a ocorrência de omissão no julgado quanto aos dispositivos apontados, sem especificação das teses que supostamente deveriam ter sido analisadas pelo acórdão recorrido. 3. Inaplicável, ao caso, o óbice sumular nº 7/STJ, porquanto incontestado o teor do comentário tecido pelo recorrente e, estando a controvérsia afeta exclusivamente à ponderação/valoração jurídica acerca da potencialidade ofensiva dos fatos tidos como certos e inquestionáveis, expressamente delineados pelas instâncias ordinárias, descabida a incidência do referido enunciado sumular. Precedentes. 4. Quanto à tese de responsabilização civil do réu pelo comentário tecido, aplicável o óbice da súmula 320 desta Corte Superior, pois o fato de o voto vencido ter apreciado a questão à luz dos dispositivos legais apontados como violados não é suficiente para satisfazer o requisito do prequestionamento. Precedentes do STJ. 5. Apesar de em dados e específicos momentos ter o Tribunal a quo, implicitamente se referido a questões existentes no ordenamento legal infraconstitucional, é certa a índole eminentemente constitucional dos fundamentos adotados pelo acórdão recorrido, não tendo o recorrente interposto o regular recurso extraordinário, a atrair o óbice da súmula 126 desta Corte Superior. Precedentes. 6. No que tange ao pedido subsidiário de redução do quantum indenizatório fixado pela Corte local em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos autores, totalizando a quantia de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), ponto sobre o qual, implicitamente, houve o prequestionamento de dispositivo de lei federal, haja vista que nos termos do artigo 944 do Código Civil "a indenização mede-se pela extensão do dano" - não merece acolhida a irresignação ante a aplicação do óbice da súmula 7/STJ. O Tribunal local analisou detidamente a conduta do ofensor, as consequências do seu comentário, a carga ofensiva do discurso, o abalo moral sofrido pelos autores e, de forma proporcional e razoável, o valor da indenização a ser custeada pelo réu para aplacar o sofrimento, a angústia e a comoção imposta aos ofendidos. Para modificar as conclusões consignadas no acórdão impugnado e concluir estar exagerado o quantum indenizatório como quer a parte recorrente, seria necessária a incursão no conjunto fático-probatório das provas e nos elementos de convicção dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula nº 7 do STJ). 7. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, desprovido". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.487.089 - SP (2014/0199523-6).

e desprendida do *animus injuriandi*, dolo específico consistente na vontade de ofender, macular a honra do ofendido.

Por outro lado, um momento em que a liberdade de expressão da criação humorística superou o limite entre o riso e o escárnio ocorreu em 2010, no *stand-up* do humorista canadense Mike Ward, que formulou chistes com várias personalidades, incluindo o jovem cantor Jérémy Gabriel, com apenas 13 anos de idade à época dos fatos. Jérémy nasceu com deficiência auditiva e com uma síndrome rara, de Treacher Collins, que lhe causou deformidades na face.

Na condenável apresentação, o humorista ridicularizava a aparência e a voz do “Pequeno Jérémy” como era conhecido, descrevendo que, além da fealdade, o menino tinha um *subwoofer*⁹⁶ na cabeça, em referência ao seu implante auditivo. O humorista, ganhador do *Canadian Comedy Awards* de 2016 e dos Festivais de Inverno *Les Olivier* de 2016 e 2019, ainda alegou que sempre defendeu o pequeno notável, pois achava que ele estava à beira da morte e, ao descobrir que era uma deformação decorrente da doença, incluiu-o na lista de personalidades a serem zombadas em seus mais de 200 shows nos três anos seguintes.

A batalha judicial desencadeada por esta piada durou mais de 11 anos, dividindo opiniões acerca da liberdade de expressão, uma vez que o pequeno artista se tornou alvo de *bullying* no colégio onde estudava no ensino médio, acometendo-o a depressão e pensamentos suicidas.

O advogado de defesa alega, em síntese, que a liberdade de expressão apenas condena o “*discurso de ódio ou formas extremas de pornografia*”, e que seria extremamente preocupante viver em um mundo “*politicamente correto e de conformidade*”, ressaltando que a arte não sobreviveria se o humorista tivesse de perguntar, em cada chiste, se alguém vai ter sua dignidade ofendida. Entretanto, a lei vigente na província do Quebec garante a dignidade e o “*direito contra a discriminação, incluindo cor, raça, identidade, sexo, orientação sexual, religião, idade, convicções políticas, status social, idioma, origens étnicas ou nacionais*”⁹⁷, e também deficiências, sendo considerado discriminação e violação desse direito o comentário ou piada cujo conteúdo seja suficientemente grave para afetar a dignidade da pessoa.

A advogada de Gabriel afirma que o direito à liberdade de expressão deve ser equilibrado com outros direitos, como a dignidade, onde a participação de todos é aceita e encorajada, e que o uso ocasional da restrição à liberdade de expressão deve ser observado a

⁹⁶ *Subwoofer* é um tipo de alto-falante específico para a reprodução de frequências baixas.

⁹⁷ CORRÊA, Alessandra. *A piada que pode redefinir limites de liberdade de expressão no Canadá*. *BBC News*, 26 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-56217257>. Acesso em: 20 maio 2021.

fim de se evitar a dor sofrida por grupos que a legislação decidiu proteger: “*Arte não significa permissão para fazer e dizer qualquer coisa. Os artistas devem ser sensíveis à natureza e ao alcance de seus comentários e não tentar esconder-se atrás do manto artístico para justificar a violação dos direitos dos outros.*”⁹⁸

No ano de 2016, o Tribunal de Direitos Humanos do Quebec decidiu que a piada com base na deficiência do artista configuravam discriminação, e que houve excesso e abuso do direito na aplicação da liberdade de expressão, condenando Ward ao pagamento de 35 mil dólares canadenses ao cantor, e 7 mil dólares canadenses à sua mãe, Sylvie Gabriel, decisão parcialmente reformada pelo Tribunal de Apelação de Quebec, que retirou a indenização à mãe de Jérémy, fundamentando que “*a intenção não é restringir a criatividade ou censurar as opiniões, muito menos a liberdade de expressão. Entretanto, os humoristas, tal como qualquer outro cidadão, são responsáveis pelas consequências de suas palavras quando estas ultrapassam certos limites.*”⁹⁹

Outra situação aviltante aconteceu na gravação do filme de Sacha Baron Cohen, o intérprete de *Borat* em conluio com a atriz Maria Bakalova, que interpreta no filme sua filha. A atriz marca uma entrevista com o então advogado de Donald Trump e ex-prefeito de Nova York, Rudy Giuliani, em um quarto de hotel. Transcorrida a entrevista em tom amistoso, destinada a um programa conservador, falso, com inúmeras câmaras escondidas, a atriz retira o microfone do advogado e, para isso, abre a camisa do político em nuance sensual. Nesse momento, Giuliani é visto abrindo o zíper da calça, possivelmente para a prática de intimidade entre os dois, e entra no quarto o ator Sacha Baron, correndo, vestindo um traje de banho rosa e gritando: “Ela só tem 15 anos. Velha demais para você”. É possível ver a cara de assustado do político diante da invasão, e os atores saindo do hotel correndo e rindo, com o êxito da “pegadinha” ao advogado.

Em uma entrevista a uma rádio após a divulgação da cena, em julho de 2020, Giuliani afirmou que apenas estava tirando o microfone, sem segundas intenções, com a falsa jornalista, menor de idade.¹⁰⁰ Já o ator Sacha Baron, em tom divulgador do filme, *pede para que as pessoas*

⁹⁸ CORRÊA, Alessandra. *A piada que pode redefinir limites de liberdade de expressão no Canadá*. BBC News, 26 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-56217257>. Acesso em: 20 maio 2021.

⁹⁹ CORRÊA, Alessandra. *A piada que pode redefinir limites de liberdade de expressão no Canadá*. BBC News, 26 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-56217257>. Acesso em: 20 maio 2021.

¹⁰⁰ Continua a entrevista à WBBC: “*E quando o equipamento eletrônico saiu, um pouco ficou na parte de trás e minha camisa saiu um pouco, embora minha roupa estivesse toda vestida. Eu me inclinei para trás e enfiei minha camisa para dentro, e nesse ponto, naquele ponto, eles têm a foto que tiraram e que parece adulterada,*

assistam ao filme e tirem suas conclusões. O produtor do filme Ben Affleck ficou maravilhado com a ousadia dos atores e com a “*capacidade extraordinária de fazer com que essas pessoas poderosas se exponham.*”¹⁰¹

É sobre essa exposição e as armadilhas criadas que o humor avança para o sinal vermelho, deixando o *animus jocandi*, passando a um crime que não pode estar vinculado à justificativa da liberdade de criação artística quando estiver em causa a divulgação de filme com conteúdo produzido a partir de uma violação dos direitos da personalidade. Mesmo este caso seria ocasião, não para censura prévia, mas para reparação indenizatória, conforme trataremos em capítulo específico.

Outro caso emblemático ocorrido no Brasil é o da influenciadora e dançarina Thaís Carla, que ganhou uma ação indenizatória no valor de mil euros por danos morais contra o humorista Léo Lins, na sequência de comentários gordofóbicos em seu show de humor. Entenderam os magistrados que o comportamento do humorista promoveu discurso de ódio, incitando outras pessoas a agredirem a dançarina nas redes sociais, “*exalando inequívoca gordofobia*”.

A Juíza Carolina Almeida da Cunha Guedes exaltou o direito à liberdade de expressão, garantida no Estado Democrático de Direito, sem, portanto, condicionar esse direito a um “*salvo-conduto*” para humilhar e expor à execração pública, alegando ser dever do Estado a proteção das minorias¹⁰². Portanto, com o comportamento inadequado e a extrapolação do direito à liberdade de expressão, o humorista não tem cerceado seu direito à criação. O limite

mas, de qualquer forma, estou enfiando minha camisa por dentro. Garanto que era tudo que eu estava fazendo.” (WILSTEIN, Matt. *Rudy Giuliani Claims Borat ‘Hit Job’ Is Retaliation for Hunter Biden Attack*. *Daily Beast*, 21 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.thedailybeast.com/rudy-giuliani-claims-borat-hit-job-is-retaliation-for-hunter-biden-attack/>. Acesso em: 17 ago. 2021). Tradução nossa.

¹⁰¹ Continua a entrevista à *Variety*: “*Foi chocante!*”. Affleck interrompeu. “*E parecia que era melhor entrarmos e interrompermos, antes que aquilo se transformasse em algo tão horrível que pudéssemos colocar no filme*”. (AURTHUR, Kate. *Sacha Baron Cohen Was ‘Scared’ of What Would Happen During the Rudy Giuliani Scene in ‘Borat’*. *Variety*, 22 de Janeiro de 2021. Disponível em: <https://variety.com/2021/film/news/sacha-baron-cohen-rudy-giuliani-borat-1234889875/>. Acesso em: 17 ago. 2021). Tradução nossa.

¹⁰² Continua a sentença: “*O réu exalou inequívoca gordofobia, inclusive encorajando que as pessoas inscritas na suas redes sociais publicasse mensagens igualmente ofensivas contra ela. Não há dúvidas da ofensa sofrida. No Estado Democrático de Direito é livre a manifestação do pensamento, o intercâmbio de ideias é louvável, até fomentado, sobre pena de retornarmos aos tempos da censura. No entanto, é dever estatal proteger as minorias. Dessa maneira, não é tolerável o discurso de ódio ou quaisquer atividades nocivas à Dignidade do outro. Liberdade de expressão não é um salvo-conduto para humilhar, expor a execração pública. (...) A imagem da autora foi utilizada para promoção do réu, com nítido proveito econômico, esse, se valeu de uma pessoa pública para gerar conteúdo e propagar ofensas. A ofensa ao direito à imagem materializa-se com a utilização da imagem sem autorização para fins comerciais, ainda que não tenha caráter vexatório ou que não viole a honra ou a intimidade da pessoa*”. (...) *A autora foi gratuitamente ofendida, avacalhada nas redes sociais pelo réu e seus seguidores. Desta forma, a obrigação de reparar o dano decorrente do próprio uso indevido da imagem, notadamente quando viola a dignidade da parte autora.*” (Disponível em: <https://projudi.tjba.jus.br/projudi/interno.jsp?endereco=/projudi/buscas/ConclusoesRealizadas?instancia=2>. Acesso em: 06 out. 2021.

estabelecido neste caso é o pagamento de indenização por danos morais em razão dos direitos da personalidade, neste caso a imagem e a honra, abrindo assim o próximo capítulo, que analisará o abuso do direito.

O relator da apelação cível entendeu que o direito à liberdade de expressão, protegido constitucionalmente, não exclui direitos de personalidade como a honra, a moral e a intimidade, e, portanto, a autoria teria seu dano efetivado, por lesão à sua autoestima e à dignidade, caracterizando o dano moral, e não configurando *animus jocandi* “*a mera intenção de caçoar, quando em detrimento aos sentimentos e à dignidade alheios. O limite do humor é o bom senso, aquela linha imaginária em que se deve considerar que é melhor perder a piada do que perder o amigo.*”¹⁰³

Assim, tendo presentes estes exemplos do que configura excesso no humor, vamos iniciar a análise da materialização da liberdade de expressão e do abuso do direito enquanto ensejadores de reparação indenizatória, por descumprimento basilar dos direitos da personalidade.

¹⁰³ Para o relator, desembargador Alcides Leopoldo: *Ao lado de direitos constitucionalmente protegidos como a liberdade de expressão, da livre manifestação do pensamento, da criação, da informação e da livre divulgação, estão, também, os que protegem a honra, a moral, a imagem, a intimidade e a vida privada das pessoas. Como teve oportunidade de decidir o Supremo Tribunal Federal: "não há direitos absolutos, ilimitados e ilimitáveis" (ADI 2566 MC / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES). A tutela da honra se aplica tanto ao orgulho pessoal, ao sentimento de valor que cada um atribui a si próprio (honra subjetiva), quanto a projeção social do indivíduo, a sua reputação, dignidade e bom nome, nos diversos meios em que convive, seja profissional, social ou familiar (honra objetiva). Pela lesão à autoestima, consideração pessoal e dignidade, caracteriza-se o dano moral. A autora não é pessoa pública, e as alusões à sua identidade e nome social, com utilização de imagem sem autorização, e com fim comercial de divulgação de espetáculo e autopromoção, resultaram em lesão a direitos da personalidade. O valor da indenização foi adequado, com amparo nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando-se, também, que o dano teve maior divulgação e consequências no local onde a autora reside e exerce suas atividades profissionais e pessoais, com consequências de maior gravidade, e não pode se basear no cachê auferido pelo réu ou pelo lucro da contratante no espetáculo, de forma a não estimular que "humoristas" saiam por todos os rincões do País, ofendendo e humilhando os moradores, os símbolos e as tradições locais, ferindo-os em seus dados sensíveis, como origem racial ou étnica, convicções religiosas ou filosóficas, vida ou sexualidade, gênero, condição social e econômica, instrução, cultura e deficiências físicas ou mental. O humor faz bem às pessoas, atenua a dor, traz benefícios à saúde. Rir libera os chamados "hormônios da felicidade", neurotransmissores como a dopamina, a endorfina e a serotonina, substâncias relacionadas à sensação de bem-estar e alegria, mas não se pode falar em animus jocandi, mera intenção de caçoar, quando em detrimento aos sentimentos e à dignidade alheios. O limite do humor é o bom senso, aquela linha imaginária em que se deve considerar que é melhor perder a piada do que perder o amigo. O corréu agiu com animus injuriandi, caminho que elegeu para buscar o riso fácil, com menoscabo à condição pessoal da autora e causou dano, que deve indenizar, como bem estabelecido na sentença, não comportando, porém, majoração do valor. Apelação Cível nº 1010111- 96.2018.8.26.0292, da Comarca de Jacareí, em que são apelantes/apelados Leonardo De Lima Borges Lins E Santa Tekilla Premium Bar, É Apelada/Apelante Whitney Martins De Oliveira. De 28 de setembro de 2021. Fonte <https://www.conjur.com.br/dl/condenacao-leo-lins.pdf> Acessado em 06/10/2021.*

CAPÍTULO II – DIREITOS DE PERSONALIDADE

4. Histórico dos direitos de personalidade

A personalidade é um atributo pertencente a todo e qualquer indivíduo, é a “qualidade de ser pessoa.”¹⁰⁴ Trata-se de uma particularidade da pessoa que goza de direitos e obrigações. Nessa perspectiva, entende-se que os direitos de personalidade são compreendidos como aqueles responsáveis por proteger valores intrínsecos aos seres humanos, inerentes e essenciais a uma vida digna, que supere o caráter meramente existencial.

É possível dizer que existe um conteúdo próprio dos direitos da personalidade, e o substrato teórico que fundamentou o conceito daquele foi-se alicerçando ao longo do tempo. Adriano de Cupis, em passagem clássica, afirma que:

*[...] existem direitos sem os quais a personalidade restaria em uma atitude completamente insatisfeita, privada de qualquer valor concreto; direitos desacompanhados dos quais todos os outros direitos subjetivos perderiam qualquer interesse para o indivíduo: a ponto de chegar-se a dizer que, se esses não existissem, a pessoa não seria mais a mesma.*¹⁰⁵

É importante pontuar que o âmago do conceito da personalidade deve ser analisado a partir do sistema jurídico ao tempo de sua tutela. Por esse motivo, e para bem compreender como se deu a evolução desse direito, far-se-á um estudo sobre o histórico dos direitos da personalidade.

Menção necessária é a da obra de Capelo de Sousa¹⁰⁶, autor que cuidou de realizar uma análise pormenorizada da evolução legislativa dos direitos da personalidade, sendo suas contribuições valiosas para este trabalho e para o mundo jurídico.

Historicamente, o direito da personalidade sofreu diversos contornos, consoante a liberdade individual e a ordenação social, nas sociedades antropocêntricas ou liberais, eram regidas durante os períodos e os respectivos governos.

¹⁰⁴ DE VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 35.

¹⁰⁵ DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Os Direitos da Personalidade. Tradução Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961. p. 18.

¹⁰⁶ SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

É importante salientar que já nas civilizações antigas se verificava o embrião do que se compreende hoje como direito da personalidade. A noção de um direito geral de personalidade começa a se delinear na Grécia Antiga, a partir da marcante contribuição do pensamento filosófico grego, responsável por atribuir ao ser humano a origem e a finalidade da lei e do direito.

Aristóteles é um dos principais expoentes do pensamento grego a contribuir para o reconhecimento de uma igualdade entre os seres humanos, e a regulamentação das relações humanas através da lei. Assim, havia uma pretensa igualdade entre as pessoas, que se submetiam a uma lei geral, uniforme e igual para todos, dando ensejo ao estabelecimento de uma regra protetora da personalidade de cada indivíduo, representada pela *hybris*, uma espécie de ação judicial de caráter punitivo, que buscava castigar ultrajes ou crueldades praticadas contra o indivíduo.¹⁰⁷

Já na Roma antiga, em virtude da organização social adotada pelos romanos, os direitos da personalidade eram exercidos através da *actio injuriarum*, uma proteção jurídica restrita àqueles que obtivessem o *status libertatis*, *status civitatis* e o *status familiae*¹⁰⁸, no que diz respeito a pontos fundamentais de personalidade, como no caso de ofensas e injúrias.

Apesar de a Grécia e Roma não possuírem uma estrutura jurídica para tutelar os direitos da personalidade na intensidade e proporção que hoje se conhece, é inegável que constituem etapas significativas para a construção da ordem jurídica dos direitos da personalidade.

Com a difusão do cristianismo, percebe-se o desenvolvimento de uma ideia de dignidade humana e uma tutela da personalidade moral,¹⁰⁹ a partir do vínculo existente entre o homem e Deus, afastando-se da influência exercida por circunstâncias políticas, como ocorria em Roma, por exemplo. Tão grande foi a importância do cristianismo que foi graças à sua disseminação que assentou a ideia da dignidade do homem e as raízes de um conceito moderno de pessoa baseado na dignidade e na valorização do indivíduo como pessoa.

Com a queda do Império Romano do Ocidente e com o surgimento da Idade Média, houve uma profunda mudança na economia e na sociedade da Europa Ocidental. Diversos países europeus, dentre eles Portugal, foram afetados pelo direito romano e também pelo direito costumeiro.

Para Tomás de Aquino (1225-1274), na linha de Aristóteles, as leis refletem, em última instância, um direito objetivo, devendo os cidadãos respeitá-las. O centro de suas reivindicações

¹⁰⁷ SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

¹⁰⁸ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993.

¹⁰⁹ SOUZA, op. cit.

assentava na “*perspectiva da defesa do seu particular estatuto jurídico face à distribuição social geral.*”¹¹⁰

Desse modo, considerando que o fortalecimento e a independência de um direito português eram indispensáveis para a estrutura e consolidação do Estado, realizou-se uma compilação das várias fontes do direito aplicadas em Portugal, dando origem às Ordenações Afonsinas, em 1456. Menos de um século depois, as Ordenações Manuelinas constituíam também o novo ordenamento jurídico lusitano, que se agigantava com as descobertas de novas rotas marítimas e novas terras promissoras. O domínio espanhol também deixou sua marca no direito português através das Ordenações Filipinas.

Essas diversas Ordenações não se distinguiam umas das outras por alterações em profundidade, já que as fontes foram as mesmas: o Direito Canônico, o Direito Germânico, com predominância do Direito Romano, através das opiniões de Acúrcio e Bártolo, autoridades expressamente reconhecidas.

Ocorre que tais ordenamentos jurídicos, baseados nos costumes, não possuíam significativo desenvolvimento em relação às questões de cunho político, econômico e social. Assim, foi a partir do Renascimento que se potencializaram ideias humanistas, assumindo a condição humana e o destino do homem.

As contribuições do Renascimento e do Humanismo do século XVI difundiram o direito geral de personalidade como *ius in se ipsum*, ou seja, um direito sobre a própria pessoa, o qual permaneceu na reflexão jurídica da tutela da personalidade humana. A partir do Humanismo, o ser humano desprende-se da subordinação à vontade divina, e passa a ser considerado responsável por si mesmo, de maneira que o direito passa a estar relacionado muito mais à vontade humana e à ideia de justiça, adotando alguns princípios fundamentais, como a tolerância, a não violência e a liberdade de consciência.¹¹¹

Em Portugal, no âmbito da tutela da personalidade no domínio legislativo, “*as Ordenações Manuelinas, as Ordenações Filipinas e a legislação posterior extravagante até ao Iluminismo não trouxeram grandes alterações às Ordenações Afonsinas*”, mas tiraram um pouco da autoridade de Acúrcio e de Bártolo, permitindo à Escola Humanista o direito de reivindicar certa liberdade e autonomia sobre os textos a serem interpretados. As Ordenações Afonsinas acabaram utilizando regras protetivas da personalidade humana oriundas do Código Justiniano, de origem romana, adaptadas ao contexto português. Assim, além das compilações de Justiniano, incorporou como direito outras glosas do Direito Romano.

¹¹⁰ Ibid. p. 62.

¹¹¹ SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

A partir do século XVI, percebe-se a eclosão de importantes documentos que formalizavam e declaravam direitos individuais na Europa: na Inglaterra, emergiram a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1688, e o *Act of Settlement*, de 1701, todos estabelecendo limites à atuação do monarca, entendido como o Estado, contra o indivíduo, que passava a ser visto como titular de direitos subjetivos.

O elo que se percebe entre o direito subjetivo, a autonomia e a liberdade mostra-se na forma como aquele passou a ser percebido no ambiente jurídico da Escolástica, do Jusracionalismo e do Iluminismo, mais à frente. A partir do Jusracionalismo, reafirmam-se as ideias dos direitos naturais, inalienáveis e imutáveis dos seres humanos¹¹², consagrando-se o direito subjetivo no campo dos direitos e liberdades.

Com o Iluminismo, nos séculos XVII e XVIII, desenvolveu-se uma teoria dos direitos subjetivos que consagrava a tutela dos direitos fundamentais e próprios da pessoa (*ius in se ipsum*). Os pilares do Iluminismo, fundados na ideia de liberdade, de igualdade entre todos os homens, na propriedade privada, na tolerância e liberdades filosóficas e religiosas, acabam por culminar em novas concepções democráticas e liberais, dando azo a fenômenos históricos, como a Revolução Francesa.¹¹³

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, determinava nos artigos 1.º e 2.º que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos, e que o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, sendo estes a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”¹¹⁴ O documento foi responsável por impulsionar a defesa dos direitos individuais, a liberdade e a valorização humana, princípios esses que são retomados pelas Constituições dos países que aderem ao movimento liberal.

No âmbito do direito privado, subsistiam em Portugal problemas em relação às fontes do direito, já que o direito subsidiário, composto por elementos como o direito canônico e o direito romano, era dotado de grande força. O rápido ajuste da nobreza e do clero à centralização

¹¹² BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Dignidade e autonomia a propósito do fim da vida. O Direito*, Almedina, p. 257-258, 2016. Disponível em: https://sigarra.up.pt/up/pt/conteudos_service.conteudos_cont?pct_id=25540&pv_cod=430aCkaW2arT. Acesso em: mar. 2022.

¹¹³ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *A proteção da pessoa humana pelo Direito Civil: evolução histórica. Revista de Doutrina TRF4*, dez. 2019. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao033/leonardo_zanini.html. Acesso em: mar. 2022.

¹¹⁴ DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 18 out. 2021.

do poder não alteraram significativamente os estatutos jurídicos das classes sociais¹¹⁵. A consolidação de leis, através das Ordenações Manuelinas, das Ordenações Filipinas e da legislação extravagante, não foi suficiente para sanar todas as divergências e conflitos na sua aplicação.

Esse contexto era extremamente desfavorável no cenário político de Portugal de meados do século XVIII, quando se buscava implementar um novo modelo de Estado, influenciado pelo Iluminismo, com um direito marcadamente racional e sistemático. O anseio por um direito racional, que trouxesse soluções práticas e segurança jurídica à sociedade, foi responsável pelo gradativo rompimento das práticas jurídicas medievais, e pela consolidação da prática do *Usus Modernus Pandectarum*, desencadeando os processos de codificação das leis que deram origem à codificação moderna.

Em Portugal, foi através da Lei Pombalina da Boa Razão, em 1769, que o jusnaturalismo racionalista e o *Usus Modernus Pandectarum* vieram a ser consagrados, também sob a influência dos Estatutos da Universidade de Coimbra, em 1772. Com a falta de Ordenações, foram instituídas Leis Pátrias ou usos do Reino como critério inicial de integração das lacunas do direito nacional, a *recta ratio* da Escola do Direito Natural. A título subsidiário, foram estabelecidos os pressupostos teóricos do estudo e da aplicação do direito romano, admitindo-se ainda, subsidiariamente, a aplicação do próprio direito dos europeus e o estudo e aplicação das obras dos principais intérpretes europeus do *Usus Modernus Pandectarum*.¹¹⁶

Já o Código Civil Napoleônico caracterizou-se como um “Código dos bens”, apesar de conter elementos positivos, como as regras da igualdade de capacidade jurídica, no artigo 8.º, e a obrigatoriedade de reparação de quaisquer danos ocasionados culposamente a outrem, no artigo 1.382, em que a jurisprudência e a doutrina francesas retiraram vários direitos subjetivos da personalidade, começando a encarar a aceitação de um direito geral de personalidade.

O Código Civil austríaco, de 1811, redigido por Franz von Zeiller, jusnaturalista influenciado pelas ideias de Kant, normatizava, nos artigos 16 e 17, que “*cada homem tem direitos inatos, já evidentes através da razão, e por isso deve considerar-se como pessoa. O que é conforme aos direitos naturais inatos é tido como existente, enquanto a limitação legal destes direitos não estiver provada.*”¹¹⁷ Zeiller retira o “direito de afirmar a dignidade de um

¹¹⁵ SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 64-65.

¹¹⁶ Ibid. p. 67.

¹¹⁷ SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 70-71.

*ser racional livremente atuante”, continuando a doutrina atual “a defender a existência de um direito de personalidade.”*¹¹⁸

A vigência da Carta Constitucional de 1826 proporcionou a Portugal um liberalismo conservador, por ser uma outorga do rei aos seus súditos portugueses. A Carta desfocava o princípio da soberania popular e o estilo de concessão dos direitos civis e políticos, deixando para um só artigo, no título final, os direitos fundamentais, mais restritos do que em todas as outras Constituições liberais. Além disso, não pré-ordenava a estrutura jurídico-constitucional, visando manter os principais direitos dos cidadãos nela consagrados:

*Não admite os direitos à liberdade e à segurança como direitos gerais, ao invés do direito de propriedade que é garantido em toda sua plenitude e da iniciativa privada que é amplamente tutelada; não consagra expressamente um direito à igualdade, nem mesmo perante a lei e muito menos refere um direito de resistência à opressão; as manifestações específicas dos direitos cartistas à liberdade e à segurança têm, em regra, menor consistência do que os emergentes das demais constituições liberais, porque sujeitas a maiores limitações, admitindo-se, embora excepcionalmente, casos e circunstâncias de suspensão dos direitos individuais.*¹¹⁹

Legislativamente, a tutela civil na Carta tem lugar com o Código Civil de Seabra, que em seus artigos 1.º e 7.º declarava: “só o homem é suscetível de direitos e obrigações, nisto consiste sua capacidade jurídica ou a sua personalidade”; “a lei civil é igual para todos, e não faz distinção de pessoas, nem de sexo, salvo nos casos em que forem especialmente declarados.”¹²⁰

Com o positivismo jurídico, no século XIX, passa-se a entender que os diversos direitos que derivam da pessoa só poderiam ser reconhecidos e afirmados como direitos da personalidade se estivessem expressamente tipificados no ordenamento jurídico, o que garantia a tutela do Estado, já que se tratava de direitos subjetivos.¹²¹ Também o positivismo ressaltava

¹¹⁸ Ibid. p. 70-71.

¹¹⁹ Ibid. p. 71-73

¹²⁰ PORTUGAL. *Decreto-Lei n. 47344, de 25 de novembro de 1966*. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação - Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/47344-1966-477358>. Acesso em: 18 out. 2021.

¹²¹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993.

a relevância de determinados direitos especiais de personalidade, tais como os direitos à honra, à integridade física e ao nome, negando a existência de um direito geral de personalidade baseado na ideia de que constituiriam verdadeiros direitos subjetivos por serem admitidos pelo poder legislativo do Estado.

Era patente a necessidade de uma adequada tutela do direito da personalidade, já que se vivenciavam graves agressões aos indivíduos. Para fazer frente a essa omissão legislativa no âmbito civil, as primeiras iniciativas de proteção dos elementos constitutivos e as manifestações da personalidade humana ocorreram através de sanções penais.¹²²

Enquanto muitos países europeus inauguram o reconhecimento dos direitos da personalidade em variadas legislações, na Alemanha, a tutela da personalidade foi desenvolvida a partir de um único e genérico direito de personalidade.¹²³

O Código Civil alemão (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) de 1900 não consagrou um direito geral de personalidade, e, até à Constituição de 1949, não era admitido esse direito. A legislação alemã aceitava apenas como fontes de obrigações de indenização, em caso de lesão, os bens jurídicos de personalidade como a honra, a livre atuação da individualidade espiritual, a liberdade econômica, a força de trabalho e a esfera privada secreta. Tais bens, nos termos do §823º, I e II, BGB, também eram objeto de leis de proteção e outros direitos, como os subjetivos de personalidade ao nome (§12º, BGB), à própria imagem (§§22º e seguintes da “Lei relativa ao direito de autor em obras de arte plásticas e de fotografia”, chamada *Kunsturhebergesetz – KUG*, ainda em vigor por ressalva do §141, n. 5, URG). Percebe-se, então, que foram reconhecidos apenas alguns direitos da personalidade, deixando-se de lado o direito geral da personalidade.

As críticas ao entendimento jusracionalista do *ius in se ipsum* serviram para solidificar a estrutura dos direitos especiais de personalidade, delimitando as fronteiras dos seus objetos com a possibilidade da extensão à área socioeconômica, reivindicando um conjunto de direitos sociais e econômicos básicos da personalidade humana.¹²⁴

Em Portugal, até ao advento do Código Civil de 1966, eram admitidos direitos especiais de personalidade, abandonando o direito geral de personalidade. O art. 70 do Código Civil português¹²⁵, oriundo do Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966, busca

¹²² SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

¹²³ SZANIAWSKI, op. cit.

¹²⁴ SOUZA, op. cit. p. 82.

¹²⁵ “Artigo 70.º (Tutela geral da personalidade) 1- A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2- Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”.

salvaguardar direitos, reparando possíveis desigualdades e injustiças surgidas no decorrer do caminho escolhido por cada um, protegendo bens juridicamente relevantes, visando a evolução material e espiritual de seus cidadãos com “*os modos mais significativos e aquele que deu origem à ideia e ao desenvolvimento de um direito geral de personalidade.*”¹²⁶

A Constituição republicana de 1911 estendeu o âmbito dos direitos fundamentais de personalidade, com a inclusão no domínio econômico e social – porém, sem a ideia de um direito geral de personalidade, fato este que também não foi inserido na Constituição de 1933, da qual foram podados até os direitos fundamentais dos cidadãos, conduzindo ao desuso dos direitos originários ou direitos de personalidade.¹²⁷

Atualmente, os direitos de personalidade no direito português são objeto de considerável proteção jurídica, sendo abarcados, além do Código Civil, em outros ramos da legislação, como na Constituição da República Portuguesa¹²⁸, no Código Penal¹²⁹, e até mesmo no Código do Trabalho¹³⁰.

Após a 2ª Grande Guerra, com a reivindicação de espaço e identidade através da afirmação no meio social, principalmente na Europa, surge um novo impulso para a unidade e a expansão da personalidade, a antropocentrização das regras jurídicas, culminando na consagração do direito geral de personalidade a completar os direitos especiais anteriormente constituídos¹³¹.

A Constituição da República Federal da Alemanha de 1949, por exemplo, afirma em seus artigos 1.º e 2.º que “*a dignidade da pessoa humana é inviolável*”, que “*todo o poder estatal tem o dever de a respeitar e proteger*”, que “*o povo alemão declara-se partidário, por causa disso, de invioláveis e inalienáveis direitos do homem, como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça no Mundo*”, que “*os direitos fundamentais seguintes obrigam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial, como direito vigente, diretamente*

¹²⁶ SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 28.

¹²⁷ Ibid. p. 83-84.

¹²⁸ A Constituição da República Portuguesa tutela um direito geral de personalidade, especificamente, através do art. 26.º que corresponde aos “*direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação*”.

¹²⁹ O Código Penal Português assegura o desenvolvimento da personalidade através da previsão e punição aos crimes contra as pessoas, além de tutelar direitos específicos de personalidade, como os crimes contra a honra.

¹³⁰ O Código do Trabalho português protege os direitos de personalidade dos trabalhadores e empregadores, abarcando a liberdade de expressão e opinião no âmbito da empresa (art. 14º), a integridade física e moral dos trabalhadores e empregadores (art. 15º), a reserva da intimidade da vida privada (art. 16º), a proteção de dados pessoais dos trabalhadores (art. 17º), a confidencialidade de mensagens de natureza pessoal e de acesso de informação de caráter não profissional (art. 22º), dentre outros.

¹³¹ SOUZA, op. cit. p. 84-85.

aplicável”, e que “*todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral*”. “*A jurisprudência do Tribunal Supremo Federal e a generalidade dos autores passaram a admitir a existência de um direito geral de personalidade como um direito subjetivo.*”¹³²

Só depois da consolidação da ideia de direitos inatos, de direitos fundamentais e de direitos subjetivos é que se deu a sedimentação do direito geral de personalidade, considerado recente e interdisciplinar, particularmente com o direito penal e constitucional, envolvendo um direito subjetivo, exemplificativo e não fechado, dado que à medida que novas situações ou tecnologias despontam, elas desafiam esse direito.¹³³

¹³² LIMBACH, Jutta; HERZOG ROMANO, Dieter Grimm. *As Constituições Alemãs: Reprodução dos originais de 1849, 1871, 1919 e Lei Básica de 1949*. Munique: CH Beck, 1999. p. 252.

¹³³ “*A ideia do direito geral de personalidade constitui um precipitado histórico-jurídico relativamente recente, só possível a partir da convergência e sedimentação de diversos fatores, dos quais destacamos o avanço de uma maior subjetivação na forma jurídica, a consolidação das ideias de direitos inatos, de direitos fundamentais e de direitos subjetivos, a crescente igualdade dos estatutos jurídicos pessoais e a necessidade de complementação dos direitos especiais de personalidade*”. “[...] *Estes iura in se ipsum, unidos já numa ideia de ius in se ipsum, combinaram-se com o usus modernus pandectarum, v.g. do tipo normativo tutelado pela actio iniuriarum, possibilitando-se o reconhecimento da personalidade humana na sua globalidade e unidade, como bem juscivilístico, e a subjetivação dos correlativos poderes jurídicos. Pela crescente igualdade, ao menos formal, dos estatutos jurídicos pessoais, particularmente no que toca à abolição da escravatura, à equiparação do homem e da mulher, à aproximação dos filhos e demais parentes nascidos dentro e fora do casamento e à atenuação de discriminações raciais ou motivadas pela nacionalidade. (...) tem permitido refazer a imagem jurídica do homem e impulsionar uma nova dinâmica de desenvolvimento da personalidade de todos e de cada um dos homens concretos e colocar a questão da admissibilidade e eficácia do direito geral de personalidade. (...) O direito geral de personalidade é sobretudo uma instituição de direito civil, embora intimamente conectada com outros ramos da nomenclatura jurídica, particularmente com o direito penal e o direito constitucional. (...) foi através de sanções penais que os elementos constitutivos e as manifestações da personalidade humana começaram por ser jurídico-estadualmente tutelados e, presentemente ainda, a tipologia penal continua a ser uma das formas de tutela de específicos bens de personalidade mais significativos socialmente, quando lesados mais gravemente. (...) foi elemento decisivo para a emergência do direito geral de personalidade, e continua a sê-lo para a sua manutenção, a afirmação e tutela, ao nível do poder jurídico-político, dos direitos inatos ou fundamentais, inclusive direitos fundamentais de personalidade, de cada cidadão face ao Estado e aos demais entes públicos, v.g. mediante obrigações públicas de respeito de tais direitos e mercê da proibição ou restrição de revisão constitucional de tais direitos*”. (SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 91-92). “*No direito civil, retira-se da precedente exposição uma noção comparada do direito geral de personalidade como o direito de cada homem ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões da sua personalidade humana, bem como da unidade psico-físico-sócio-ambiental dessa mesma personalidade humana, com a conseqüente obrigação por parte dos demais sujeitos de se abaterem de praticar ou de deixar de praticar atos que ilicitamente ofendam ou ameacem ofender tais bens jurídicos da personalidade alheia, sem o que incorrerão em responsabilidade civil e/ou na sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a consumação da ameaça ou a atenuar os efeitos da ofensa cometida. Noção esta em que assume particular relevância o fato de estarmos aí perante um verdadeiro direito subjetivo. (...) o objeto tutelado por tal direito envolve a compreensão de uma cláusula geral, a personalidade humana, juridicamente tutelada. O que, embora insira no direito geral de personalidade elementos de indefinição e de incerteza preliminares próprios das cláusulas gerais, que nos sistemas jurisprudenciais demasiado positivo-formais lhe cerceiam muito da sua eficiência prática, todavia permite, em sistemas jurisprudenciais valorativos, conferir ao direito geral de personalidade maleabilidade e versatilidade de aplicação a situações novas e complexas*”. (SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 93).

Aqui, cumpre-nos referir as ideias de direito subjetivo apresentadas pela Professora Elsa Vaz de Sequeira, nomeadamente a noção de que a subjetividade é normalmente moldada “*pelos parâmetros da titularidade singular, não seria ipso iure repartida por entre os diversos sujeitos, passando assim cada um destes a ser portador de um direito parcial ou de uma quota do direito único*”¹³⁴.

Na determinação do objeto dos direitos da personalidade, Limongi França considera-os faculdades jurídicas no âmbito da própria pessoa, “*cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no modo exterior.*”¹³⁵ Segundo o mesmo autor, esses aspectos são basicamente o físico, o intelectual e o moral. Todos os direitos sofrerão influência da Constituição da República; ou seja, está em causa a eficácia horizontal dos direitos fundamentais “*como o direito de cada homem ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões da sua personalidade humana bem como da unidade psico-físico-sócio-ambiental dessa mesma personalidade humana.*”¹³⁶

Sendo então a personalidade um conjunto de caracteres inerentes à sua formação, que lhe confere identidade e a distingue das demais pessoas, tornando-nos únicos, ela é o primeiro bem da pessoa, e pertence-lhe como primeira propriedade para que a pessoa possa ser o que bem entender, traduzindo a sua essência, no quadro da sua sobrevivência e da sua adaptação à sociedade e ao ambiente de que ela faz parte, e potencializando meios para que ela se desenvolva em paz, adquirindo, aferindo e ordenando outros bens de natureza diversa.

Esses direitos são de natureza subjetiva, e o seu conteúdo não tem essencialmente índole patrimonial. Ademais, nem são objeto da livre disposição de seu titular. Daí serem entendidos os direitos da personalidade como extrapatrimoniais, pois incidem sobre os bens jurídicos insuscetíveis de avaliação pecuniária, embora possam constituir objeto de negócio jurídico, como o direito à imagem.

5 A problemática dos direitos da personalidade

¹³⁴ SEQUEIRA, Elsa Vaz de. *Da contitularidade de direitos no direito civil: contributo para a sua análise morfológica*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.p. 67. Continua brilhantemente a autora citando CASTANHEIRA NEVES: “O direito subjetivo também não é uma permissão formal, destituída de carácter axiológico-fundamentante. A primeira define o direito, as possibilidades de acção conferidas ao seu titular. Enquanto a segunda exprime a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito. Daqui se depreende que o direito não é a “entidade ideal da sua forma lógico-conceptual e iluminista e que a sua estrutura formal ou idealmente definitória, uma vez cumprida, valerá apenas como índice dele – pois não será mais do que aparência de um direito cuja autêntica validade haverá de comprovar-se (confirmar-se) por referência material concreta (a partir da situação concreta) ao seu correlativo fundamento axiológico-normativo. p. 472.

¹³⁵ FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 1.031.

¹³⁶ SOUZA, Rabindranath V.A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. 93.

O Humor é “*A súbita redução de uma tensa expectativa a nada*”.

Kant

Feita a contextualização histórica e a sistematização jurídica em relação aos direitos da personalidade, neste capítulo pretende-se promover uma abordagem filosófica, destacando o caráter jurídico-dogmático do presente estudo.

Conforme anteriormente salientámos, os direitos da personalidade constituem alguns direitos de que todos os seres humanos são titulares enquanto sujeitos de direito, e como tal irrenunciáveis. Por meio de tais direitos, os indivíduos devem ser protegidos em todos os aspectos constitutivos da sua personalidade, como o seu nome, a sua imagem, a sua voz, etc.

São, nesse sentido, direitos subjetivos em sentido estrito, bifurcando-se em algumas categorias: direitos absolutos, visto que vinculam todos os membros da comunidade jurídica; direitos de natureza pessoal, não suscetíveis de avaliação pecuniária; direitos gerais, porque toda e qualquer pessoa é titular, não havendo nenhuma pessoa que os não tenha.¹³⁷ Portanto, dentro dos direitos da personalidade, há uma tutela geral e também direitos especialmente regulados.

Tais direitos são inatos, visto que surgem com a própria pessoa, com exceção do direito ao nome (que só se atinge com o registo civil) e do direito moral de autor (para se adquirir é necessária a criação de uma obra). São, também, irrenunciáveis, como já indicado.

Entretanto, são tendencialmente indisponíveis, isto é, em regra não se pode dispor dos direitos de personalidade – visto que isso configuraria atentado à própria dignidade do indivíduo. Pode-se limitá-los voluntariamente, através do consentimento do ofendido, não se olvidando, é claro, que mesmo esse consentimento tem limites, com base na ideia da dignidade inata de todas as pessoas.

Nessa perspectiva, a partir do momento em que são consideradas tais características dos direitos da personalidade, como a inalienabilidade ou a não renunciabilidade, por exemplo, é possível, ainda assim, separar o interesse da pessoa em particular? Em outras palavras, é possível que a tutela da personalidade, tão intimamente vinculada às situações jurídicas de direito privado, seja exclusivamente protegida por uma perspectiva geral dos direitos fundamentais?

¹³⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 209.

Compreender tais características pode auxiliar no entendimento da problemática sobre a qual se pretende discutir este tópico, ou seja, o questionamento que se faz sobre o fato de os direitos da personalidade comportarem uma proteção integrada e unitária, que supere a dicotomia entre o direito público e o direito privado, para atender a uma cláusula geral, fixada em um texto constitucional.

Também se propõe como problemática a ser estudada neste tópico, na perspectiva dos direitos da personalidade, a questão das colisões entre direitos, especialmente aquelas envolvendo os direitos da personalidade. Por fim, esta reflexão dará ensejo à análise preambular acerca da responsabilização civil em virtude do confronto de direitos da personalidade.

Antes, contudo, cumpre referir que, ao longo deste capítulo, será utilizado o termo “direitos fundamentais” em detrimento da expressão “direitos humanos”, uma vez que aquele revela uma direta e imediata relação entre a Constituição e os direitos aos quais o termo se vincula, revelando-se, portanto, mais pertinente relativamente ao objetivo de estudo proposto, que é analisar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Assim, faz-se necessária a conceituação apartada dos direitos fundamentais – pode-se dizer, inclusive, conforme exposto acima, que também se faz essencial a distinção entre direitos humanos e fundamentais, já que os direitos humanos são os direitos inerentes aos sujeitos de direito no âmbito mais internacionalizado – e dos de direitos de personalidade, visto que ambos possuem importância didática na educação jurídica.

Para Gomes Canotilho: “muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade.”¹³⁸ Levando-se em consideração a Constituição de 1976, os direitos fundamentais são “*situações jurídicas fundamentais das pessoas*”, reconhecidos em seus artigos 24 a 79, ou que sejam como tais admitidos na lei fundamental.¹³⁹

Pode-se dizer, então, que os direitos de personalidade têm por objeto a pessoa em si, de modo que os direitos que buscam dar um conteúdo à personalidade podem ser denominados de direitos da personalidade. Tal definição é feita em relação aos direitos subjetivos cuja principal atribuição é a personalidade, constituindo o mínimo necessário e imprescindível ao seu conteúdo.¹⁴⁰

¹³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 391.

¹³⁹ ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2006.

¹⁴⁰ DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Os Direitos da Personalidade. Tradução Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961.p.18.

Para Schreiber, os direitos de personalidade devem ser considerados sob dois aspectos distintos: o subjetivo, que é *a capacidade que tem qualquer pessoa* (singular ou coletiva – física ou jurídica, no Brasil) *de ser titular de direitos e obrigações*¹⁴¹; e o objetivo, sendo um conjunto de atributos dos indivíduos que devem ser considerados como objeto de proteção pelo ordenamento.¹⁴²

Para Eduardo Bittar, “os direitos da personalidade são os direitos incidentes sobre modos de ser físico, intelectuais e morais da pessoa, compreendendo-se as prerrogativas ínsitas em sua personalidade em suas projeções sociais.”¹⁴³

Por fim, para Rabelo, a definição de direitos da personalidade se dá na seguinte perspectiva:

*[...] constituem bens que servem à singularidade daquele que se identifica tão somente como “pessoa”. Desse modo, refletem valores pessoais que os caracterizam e definem, opondo-se, ou ao menos tendo a faculdade de opor, a quaisquer interesses coletivamente organizados, tais como poder econômico, estatal e, inclusive, da comunicação social.*¹⁴⁴

Adotando-se tais critérios jurídicos como premissa, delineiam-se algumas características dos direitos de personalidade, de modo que estes são inatos¹⁴⁵ ou adquiridos, absolutos, não patrimoniais, intransmissíveis, indisponíveis, inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis. Complementando, o artigo 69º do Código Civil português prevê que “ninguém pode renunciar, no todo ou em parte, à sua capacidade jurídica”, estabelecendo a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade.

Nesse sentido, concluímos que os direitos da personalidade são eminentemente individuais, e buscam a efetivação da proteção dos sujeitos de direito naquilo que possuem de mais íntimo e pessoal.

¹⁴¹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 6.

¹⁴² Como já vimos, Capelo de Sousa aduz que o direito geral de personalidade seria “o direito de cada homem ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões da sua personalidade humana, bem como da unidade psico-físico-sócio-ambiental dessa mesma personalidade humana”. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 93

¹⁴³ BITTAR, Carlos Alberto. *O direito civil na Constituição de 1988*. In: *Direito Civil Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 48.

¹⁴⁴ RABELO, Raquel Santana. *Biografia: os limites da liberdade de expressão*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de Lisboa, 2016. p. 35.

¹⁴⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 38.

Em continuidade, é interessante que se promova a reflexão acerca do momento em que se inicia e quando se extingue a personalidade de uma pessoa. O Código Civil prevê, em seu artigo 66º, que “*a personalidade se inicia no momento do nascimento completo e com vida, pelo que os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem de seu nascimento.*”¹⁴⁶

Ocorrem neste âmbito os debates acerca do início da proteção dos direitos da personalidade do nascituro. Vários países, inclusive o Brasil, criminalizam a prática do aborto, por perceberem que o feto deverá ter seu direito à vida protegido a partir do momento da concepção. Por esse motivo, o aborto é crime doloso contra a vida no Brasil, havendo a criminalização, inclusive, do profissional de saúde que possa ter prestado assistência à mulher no procedimento. Existem algumas exceções como é o caso do aborto em virtude de gravidez resultante de estupro, quando o feto tem doença grave que inviabiliza sua sobrevivência fora do útero e quando há risco de morte da genitora por se tratar de gravidez de risco.

Em vários outros países, como Portugal e vários estados dos Estados Unidos, o aborto é legalizado, a depender das semanas de gravidez da gestante, sendo voluntário e não havendo necessidade de uma dessas excludentes de ilicitude, como é o caso de vários países da América Latina.

Daí que subsistam extensos debates sobre o significado do termo “pessoa” e sobre a determinação do momento em que os indivíduos passam a ser considerados sujeitos de direito. Campos e Costa entendem que “*do ponto de vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto.*”¹⁴⁷ A teoria concepcionista entende que “[...] *os direitos absolutos da personalidade, como o direito à vida, o direito à integridade física (stricto sensu) e à saúde, espécies do género direito à integridade física (lato sensu), não dependem do nascimento com vida (...)*”¹⁴⁸, devendo ser respeitados desde o início da vida intrauterina. No sentido jurídico do tema, “*pessoa é todo ente ao qual se atribui personalidade e é apenas nesse sentido que só ser humano nascido vivo é uma pessoa: pessoa é sinónimo de sujeito de direito, pessoa natural ou jurídica capaz de se manifestar juridicamente.*”¹⁴⁹ Assim, para as autoras:

¹⁴⁶ PORTUGAL. *Decreto-Lei n. 47344, de 25 de novembro de 1966*. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação - Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/47344-1966-477358>. Acesso em: 18 out. 2021.

¹⁴⁷ CAMPOS, Mónica Martínez; COSTA Eva Dias. *A proteção ao nascituro na constituição, na legislação ordinária e na moderna jurisprudência portuguesa e brasileira – análise comparativa*. *Cadernos de Direito Actual*, n. 3, p. 117-135, 2015. p. 127.

¹⁴⁸ *Ibid.* p. 128.

¹⁴⁹ *Ibid.* p. 117-135.

*Quanto aos direitos da personalidade referentes à vida, à integridade física, à honra e à imagem, estes serão atributos do nascituro desde o momento da sua concepção, razão pela qual deve ser protegido, designadamente pela figura da responsabilidade e da conseqüente possibilidade de indemnização pelos danos que lhes sejam causados in utero e durante o parto.*¹⁵⁰

Trata-se de debate complexo que vem sendo travado no âmbito do Direito Civil. De qualquer modo, indicando-se que o debate vem ocorrendo, podemos passar à reflexão acerca da extinção da personalidade jurídica.

O artigo 68º prevê que a personalidade se extingue com o falecimento do indivíduo, tendo em seus itens 2 e 3 previsões acerca do efeito jurídico em caso de dúvidas sobre o momento da morte de duas pessoas, e acerca de pessoa desaparecida em que é possível pressupor que ela faleceu pelas circunstâncias:

*2. Quando certo efeito jurídico depender da sobrevivência de uma outra pessoa, presume-se, em caso de dúvida, que uma e outra faleceram ao mesmo tempo. 3. Tem-se por falecida a pessoa cujo cadáver não foi encontrado ou reconhecido, quando o desaparecimento se tiver dado em circunstâncias que não permitam duvidar da morte dela.*¹⁵¹

Justificam-se tais disposições, considerando os reflexos na ordem de vocação sucessória, ou seja, quando da transmissão dos direitos de personalidade entre sucessores e sucedidos. Além da questão sucessória, existe também a preocupação com os direitos da personalidade do próprio falecido, admitindo-se ser possível ofender uma pessoa já falecida, através de fatos desonrosos, como por exemplo os que violem direitos de personalidade tanto de um morto como de um vivo, agindo em seu nome, naquele caso, o cônjuge ou o herdeiro.¹⁵²

¹⁵⁰ CAMPOS, Mónica Martínez; COSTA Eva Dias. *A proteção ao nascituro na constituição, na legislação ordinária e na moderna jurisprudência portuguesa e brasileira – análise comparativa. Cadernos de Direito Actual*, n. 3, p. 117-135, 2015. p. 127.

¹⁵¹ PORTUGAL. *Decreto-Lei n. 47344, de 25 de novembro de 1966*. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação - Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/47344-1966-477358>. Acesso em: 18 out. 2021.

¹⁵²ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

O Código prevê, ainda, que a lei deve proteger as pessoas contra ofensas ou ameaças de ofensa ilícitas às suas personalidades física e moral, e que, independentemente da possível responsabilização civil, “a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso”¹⁵³, visando evitar a consumação da ameaça ou diminuir os efeitos de tal violação (artigo 70º).

O artigo 71º prevê que as pessoas falecidas também gozam de proteção dos direitos da personalidade, sendo representadas por cônjuge ou parente descendente, ascendente, sobrinho ou herdeiro. Nesse sentido, a redação legislativa gera certa confusão conceitual, porquanto a tutela é sobre o direito e interesse do “cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido”, o que não implica que os direitos se mantenham sobre a titularidade do falecido, cuja personalidade se extinguiu com a morte.¹⁵⁴

O artigo 72º prevê o direito ao nome (“toda a pessoa tem direito a usar o seu nome, completo ou abreviado, e a opor-se a que outrem o use ilicitamente para sua identificação ou outros fins”); o 74º ao pseudónimo (“o pseudónimo, quando tenha notoriedade, goza da protecção conferida ao próprio nome”); o 75º à inviolabilidade de cartas-missivas confidenciais (“o destinatário de carta-missiva de natureza confidencial deve guardar reserva sobre o seu conteúdo, não lhe sendo lícito aproveitar os elementos de informação que ela tenha levado ao seu conhecimento”); o 77º às memórias familiares e escritos confidenciais (“o disposto no artigo anterior [permissão para publicação de cartas confidenciais apenas com autorização de seu autor] é aplicável, com as necessárias adaptações, às memórias familiares e pessoais e a outros escritos que tenham carácter confidencial ou se refiram à intimidade da vida privada”); o 78º às cartas-missivas não confidenciais (“o destinatário de carta não confidencial só pode usar dela em termos que não contrariem a expectativa do autor”); o 79º ao direito de imagem (“o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela; depois da morte da pessoa retratada, a autorização compete às pessoas designadas no nº 2 do artigo 71º, segundo a ordem nele indicada”); e o 80º à intimidade da vida privada (“todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem”)¹⁵⁵.

¹⁵³ PORTUGAL. *Decreto-Lei n. 47344, de 25 de novembro de 1966*. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação - Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/47344-1966-477358>. Acesso em: 18 out. 2021.

¹⁵⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 211.

¹⁵⁵ PORTUGAL. *op.cit.*

Por fim, o artigo 81º prevê que: “*Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública*”; e, ainda, que: “*A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.*”¹⁵⁶ Sobre a previsão acerca da limitação voluntária dos direitos da personalidade, assevera Carneiro da Frada:

*O preceito constitui igualmente uma cláusula geral, que não versa sobre direitos de personalidade singulares e individualizados. Pelo que o regime por ele instituído – segundo o qual a limitação voluntária a tais direitos não pode ofender os princípios da ordem pública –, requer uma explicação genérica, articulada com o disposto no art. 70º, nº. 1. A justificação radica na dignidade de pessoa humana, naquilo que torna meritória, necessária, devida e irrenunciável a protecção da personalidade física ou moral pelo direito civil. Uma dignidade que é tomada como radicalmente indisponível para o sujeito, e que, por conseguinte, não pode de iure constituto ser entendida em moldes voluntaristas e dependente do arbítrio de cada um. E uma dignidade que o próprio sistema considera de “ordem pública”, conferindo-lhe a correspondente protecção.*¹⁵⁷

Assim, trata-se de previsão importante para a leitura constitucional do instituto dos direitos da personalidade, visto que as pessoas não podem “voluntariamente”, a depender da situação, renunciar à sua dignidade de pessoa visando receber dinheiro, por estar em necessidade, em troca de ter algum de seus direitos da personalidade violado. É essencial, por isso, a medida prescrita no artigo 81º do Código Civil.

Um exemplo notório dessa impossibilidade de renúncia à dignidade da pessoa, sempre citado sobre o assunto, é o caso do “lançamento de anão”. Tal “prática” foi iniciada no interior da França, em 1991, por um homem com nanismo chamado Manuel Wackenheim, e ficou conhecida como *lancer de nain*. Consistia em o homem “[...] se vestir com capacete e roupas

¹⁵⁶ PORTUGAL. *Decreto-Lei n. 47344, de 25 de novembro de 1966*. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação - Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/47344-1966-477358>. Acesso em: 18 out. 2021.

¹⁵⁷ DA FRADA, Manuel Carneiro. *O conceito de dignidade da pessoa humana - Um mapa de navegação para o jurista*. *Revista de Direito da Responsabilidade*, Coimbra, ano 2, 2020. p. 871-872.

acolchoadas, com alças nas costas, e ser lançado em direção a um colchão de ar por clientes de bares e discotecas.” O prefeito da cidade proibiu a competição. Por sua vez, Manuel recorreu à corte administrativa de Versailles “[...] *que anulou a proibição por considerar que não havia qualquer distúrbio à ordem, à segurança ou à saúde pública.*”¹⁵⁸ O prefeito apelou, o Conselho de Estado acolheu o recurso para vetar a prática por ser uma afronta à dignidade da pessoa, e o caso se tornou internacional, dado que Manuel apresentou uma reclamação ao Comitê de Direitos Humanos das Nações.

Em tal reclamação, ele argumentou que, na realidade, a proibição afrontaria sua dignidade por impedi-lo de exercer seu ofício. Não teve sucesso, ficando a prática, de fato, proibida. Trata-se de um caso paradigmático que reafirma o papel do direito em proteger a dignidade da pessoa, mesmo que, à primeira vista, o próprio sujeito de direito esteja renunciando a ela. Ou seja, mesmo que “queira”, a pessoa não tem o direito de renunciar à sua essência humana, digna de ter seus direitos da personalidade juridicamente protegidos.

Claro que há casos diferentes, como por exemplo o consentimento do sujeito de que seu cabelo seja cortado pelo barbeiro. Apesar de, em tese, se tratar de uma violação do direito à sua própria imagem, não há neste caso violação dos bons costumes e da moral, além de haver principalmente consentimento do sujeito cujo cabelo foi cortado.

O corpo humano é um bem juridicamente tutelado. Nesse pressuposto, o art. 25º, n.º1, da Constituição Portuguesa determina ser “inviolável” a “integridade física”, sujeitando-se por isso os cidadãos ao regime de direitos, liberdades e garantias fundamentais. E os artigos 142º e seguintes do Código Penal, determinam as sanções criminais, na “*ofensa no corpo ou na saúde de outrem*”, seja ela praticada com dolo, ou pela negligência¹⁵⁹.

Importa ainda indicar que, em geral, a doutrina entende que o rol dos direitos da personalidade não é taxativo, sendo, portanto, um rol aberto à possibilidade de que outros direitos também façam parte dessa categoria, mesmo não estando listados no Código Civil. O próprio direito à liberdade de expressão, apesar de não previsto nesse rol, constitui um direito da personalidade. Voltaremos ao tema dos direitos de personalidade não previstos especificamente nas normas infraconstitucionais. No entanto, para adiantar o assunto:

É claro que, em relação a essas manifestações humanas que carecem de previsão legal expressa, instaura-se frequentemente um debate

¹⁵⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1.

¹⁵⁹ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 2012-2013.

*doutrinário e jurisprudencial. Na falta de explícito reconhecimento legal, é preciso definir se tais manifestações integram ou não a dignidade humana. Cumpre verificar se consistem em esferas essenciais da personalidade humana, que escaparam à atenção do legislador; ou se configuram, ao contrário, aspectos menores da existência individual que não podem ser elevados a direitos da personalidade. E nem sempre há consenso quanto à conclusão*¹⁶⁰.

Tais considerações acerca das características dos direitos da personalidade, bem como em relação às hipóteses taxativamente previstas na legislação, foram essenciais para que se conduzisse o debate que agora se inicia, sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

No plano do direito legislado, acerca da interpretação do art. 70º do Código Civil Português de 1966, Elsa Vaz de Sequeira coloca a importante questão se está em causa a consagração do direito geral de personalidade ou apenas uma norma do tipo cláusula geral¹⁶¹.

A primeira corrente sustenta que o dispositivo reconheceria um direito amplo a todas as pessoas sobre os diversos aspectos da personalidade humana, sendo os direitos especiais da personalidade apenas figuras integrantes do direito geral de personalidade. Esse grupo incluiria Rabindranath Capelo de Sousa, Orlando de Carvalho, Carlos Mota Pinto, Diogo Leite de Campo, Antunes Varela, Mafalda Miranda Barbosa, Pedro Pais de Vasconcelos e Pedro Leitão Pais de Vasconcelos. A segunda vertente interpreta o referido dispositivo como um princípio fundamental de tutela geral de personalidade, concedendo proteção às manifestações da personalidade, previstas e não previstas expressamente no sistema. Manifestaram-se assim Oliveira Ascensão, António Menezes Cordeiro, Luís Carvalho Fernandes, Manuel Carneiro da Frada, Diogo Costa Gonçalves, Joaquim de Sousa Ribeiro e Guilherme Dray.¹⁶²

A categoria do direito geral de personalidade surgiu na Alemanha em razão da inexistência de um rol de direitos de personalidade no Código Civil Alemão, com a exceção do direito ao nome no §12º e menções à vida, ao corpo, à saúde e à liberdade de maneira indireta no §823º, ao tratar da indenização por danos aos referidos bens. Por isso, tanto a doutrina como a jurisprudência germânicas tiveram de lançar mão do “direito geral de personalidade”, com

¹⁶⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 15.

¹⁶¹ SEQUEIRA, Elsa Vaz de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Princípios fundamentais e sujeitos. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020. p. 32.

¹⁶²Ibid. p. 37, notas 52 e 53.

fundamento na dignidade humana e no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, previstos nos §§1 e 2 da Lei Fundamental.

Elsa Vaz de Sequeira apresenta, porém, argumentos contundentes sobre a desnecessidade de um direito geral de personalidade no Direito português. Afirma que, em virtude de o Código Civil Português trazer um rol de direitos da personalidade, e de grande parte dos direitos fundamentais previstos na Constituição terem por objeto um bem da personalidade, o “direito geral da personalidade” é dispensável, visto que em Portugal não se verifica a escassez legislativa que na Alemanha gerou a necessidade de tal construção jurídica.¹⁶³

Em síntese, o direito geral de personalidade estaria subordinado à tutela abrangente de todas as formas de lesão aos bens jurídicos da personalidade humana, sem que fosse necessária sua tipificação expressa em lei. Dada a complexidade da personalidade humana, sua proposta é proteger as diversas formas de expressão desses elementos, sem imobilizar as possíveis formas de tutela.

A partir dessa configuração, haveria um sistema jurídico valorativo, maleável e versátil, capaz de se adequar às situações não contempladas dos direitos especialmente regulados. Ou seja, o direito geral de personalidade funcionaria como um direito-chave, aplicando-se, subsidiariamente, aos direitos especiais de personalidade, quando não houvesse proteção específica.

Na sistematização do objeto jurídico do direito geral da personalidade, Capelo de Sousa cuida de fundamentar um critério baseado na relação da personalidade humana consigo mesma, destacando os bens jurídicos da vida e do corpo, por exemplo, e na relação da personalidade humana com o mundo, destacando a identidade, a liberdade, a igualdade, a existência, a segurança, a honra, a vida privada e o desenvolvimento da personalidade.¹⁶⁴

Na verdade, não há uma posição uníssona¹⁶⁵ na doutrina portuguesa acerca da existência ou não de um direito geral de personalidade em Portugal, especialmente diante do art. 70 do Código Civil de 1966, que traz instrumentos para o reconhecimento de um direito geral de personalidade, em oposição à opção Constitucional de se valer de proteções específicas. Reconhece, portanto, a importância da sua delimitação, já que permite a expansão da hermenêutica para além do sistema jurídico.

¹⁶³ SEQUEIRA, Elsa Vaz de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Princípios fundamentais e sujeitos. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020. p. 37, notas 38 e 39.

¹⁶⁴ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 2012-2013.

¹⁶⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 86.

Nesse sentido, os direitos de personalidade fazem parte do núcleo constitutivo do que se entende por dignidade da pessoa, que é o coração de toda a teoria desenvolvida na modernidade sobre os direitos fundamentais. Assim, a dignidade da pessoa pode ser conceituada como “[...] o valor-síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa”. Nesse sentido, o conteúdo de tal instituto “[...] não pode ser descrito de modo rígido; deve ser apreendido por cada sociedade em cada momento histórico, a partir de seu próprio substrato cultural.”¹⁶⁶

Conforme será visto no âmbito do estudo sobre a história da liberdade de expressão, “os direitos da personalidade consistem em atributos essenciais da pessoa, cujo reconhecimento jurídico resulta de uma contínua marcha de conquistas históricas.”¹⁶⁷

Está em causa a construção de uma cláusula geral que tutela os direitos da personalidade de forma absoluta de exclusão, garantindo direitos à saúde, integridade física, liberdade, honra e ao bom nome, etc., individualizando o ser humano fisicamente e moralmente, o que nas palavras de Orlando de Carvalho diz respeito a “todas as manifestações previsíveis e imprevisíveis da personalidade humana, pois é, a um tempo, direito à pessoa-ser e à pessoa-devir, ou melhor, à pessoa em devir, entidade não estática Mas dinâmica e com jus à sua ‘liberdade de desabrochar’”¹⁶⁸.

Importa apenas destacar que, apesar de os direitos da personalidade terem como definição um conceito muito próximo da ideia de direitos fundamentais, eles são diferentes, podendo ser entendidos como diferenciados, na medida em que “[...] os direitos fundamentais se voltam para uma ótica publicista enquanto os direitos da personalidade se enquadram na seara privada.”¹⁶⁹ Além disso, há a positivação dos direitos fundamentais no âmbito do direito constitucional, assegurando a proteção em geral dos seres humanos; enquanto os direitos da

¹⁶⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 8. Importa indicar que tal concepção sofre algumas críticas no que se refere ao seu possível “relativismo”. Sobre o tema, colacionamos a crítica de Carneiro da Frada: “Excluída a sem-saída de uma mera remissão para o respeito do arbítrio individual, abre-se a possibilidade de conferir à dignidade um conteúdo *hic et nunc* absolutamente relativizado, dependente, no fundo, de concepções individuais ou das suas tendências maioritárias, tal qual se manifestam em cada tempo e lugar. Abdicando então da possibilidade de reconhecer ou de dar a conhecer com acerto o conteúdo de tal dignidade, ela dependeria derradeiramente – nas suas formulações mais correntes –, ou das convicções socialmente imperantes, ou da determinação heterónoma de um legislador democraticamente escolhido. (...) E os perigos de semelhante concepção – mesmo se travestida da difundida tese da “verdade da (dignidade humana) como consenso” – estão à vista: o genocídio do Ruanda, como o de outras minorias às mãos de maiorias é, infelizmente, apenas um exemplo” (DA FRADA, Manuel Carneiro. O conceito de dignidade da pessoa humana - Um mapa de navegação para o jurista. *Revista de Direito da Responsabilidade*, Coimbra, p. 867-908, ano 2, 2020. p. 890).

¹⁶⁷ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 13.

¹⁶⁸ CARVALHO, Orlando de – *Teoria Geral do Direito Civil*. 3 ed. Coimbra Editora 1992, p. 203.

¹⁶⁹ RABELO, Raquel Santana. *Biografia: os limites da liberdade de expressão*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Lisboa, 2016, p. 35.

personalidade estão mais ligados ao âmbito do direito civilista, em uma esfera que pode ser considerada mais privada. Isso não significa, todavia, que Estado não deva respeitar os direitos da personalidade; pelo contrário, ele deve acatá-los.¹⁷⁰

A propósito, apesar de haver grande quantidade de bens da personalidade tutelados tanto pelos direitos fundamentais como pelos direitos da personalidade, tais categorias jurídicas são autônomas, tendo sentido, funções e âmbitos diferentes. Os direitos da personalidade valem nas relações entre particulares ou entre particulares e o Estado quando desprovido do poder estatal. Por sua vez, os direitos fundamentais são oponíveis ao Estado quando este exerce o poder estatal, apesar de também produzirem efeitos entre particulares.¹⁷¹

Nesse sentido, o direito geral de personalidade tem como objeto a personalidade humana e exprime uma cláusula geral de tutela da pessoa, por permitir a tutela de novos bens, respeitando a dignidade. A proteção deve abranger todas as formas de lesão a bens da personalidade, tipificados ou não, de modo que o reconhecimento do direito geral de personalidade seria o fundamento específico para concretização de uma tutela do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

A questão da forma e densidade da vinculação de entes privados aos direitos fundamentais suscita grandes debates na doutrina. Relembre-se que os direitos fundamentais surgiram em um contexto defensivo contra o abuso de poder político, isto é, tratava-se de mecanismos de proteção jurídica contra o Estado. Com o passar do tempo, passou-se a exigir não apenas uma postura passiva do Poder Público no sentido de não violar tais direitos, mas uma postura ativa de proteger os cidadãos contra violações dos direitos fundamentais por particulares.¹⁷²

Antes de abordar as teorias a esse respeito, é relevante destacar que existem três grupos de direitos fundamentais na Constituição, a saber: (i) direitos necessariamente dirigidos ao Estado, como o direito à tutela jurisdicional efetiva, os quais produzem apenas efeitos secundários aos particulares; (ii) direitos estruturados para produção de efeitos entre particulares, como o direito ao bom nome e à reserva da intimidade; (iii) direitos com extensão não definida, como a liberdade religiosa. Assim, a discussão sobre a vinculação dos entes

¹⁷⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 208.

¹⁷¹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 581-586.

¹⁷² SEQUEIRA, Elsa Vaz de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Princípios fundamentais e sujeitos. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020. p. 15-16.

privados aos direitos fundamentais versa, em essência, sobre os direitos referidos no terceiro grupo.¹⁷³

Feitas estas breves observações, vejamos as oito principais teorias sobre a vinculação dos entes privados aos direitos fundamentais apontadas por Elsa Vaz de Sequeira, as quais são divididas em dois grupos, o primeiro defendendo efeitos mediatos, e para o qual os direitos fundamentais não se aplicam diretamente nas relações entre entes privados, e o segundo efeitos imediatos, para o qual os direitos fundamentais possuem aplicação direta e imediata nas relações entre privados.¹⁷⁴

Assim, no primeiro grupo, da eficácia mediata, temos as teses: (i) da *eficácia irradiante*, que propõe uma dupla dimensão dos direitos da personalidade, uma como direito subjetivo a ser exercido contra o Estado, e outra como estrutura objetiva de valor, e não como direito subjetivo, a servir apenas como eixo de interpretação do direito privado conforme aos direitos fundamentais previstos na Constituição; (ii) da *eficácia mediata em sentido estrito*, que propõe aplicações dos direitos fundamentais indiretamente, por meio da interpretação de conceitos indeterminados, preenchimento de cláusulas gerais, desenvolvimento dos direitos da personalidade e dos deveres de segurança do tráfego jurídico; (iii) da *vinculação do legislador de Direito privado*, que defende a limitação do legislador às normas de direito fundamental previstas na Constituição; (iv) dos *deveres estaduais de proteção*, que sustenta que o Estado não só se deve abster de violar (passivo) como deve proporcionar meios (ativo) para evitar que particulares violem os direitos fundamentais; (v) da vinculação supletiva dos tribunais, os quais devem proferir decisões que não violem os direitos fundamentais e estejam fundamentadas, de forma a proteger tais direitos.¹⁷⁵

No segundo grupo, da eficácia imediata, temos as teses: (i) da *vinculação dos poderes privados*, que sustenta que os direitos fundamentais são direitos de defesa perante o poder, independentemente da sua origem, estatal ou privada, baseada esta última em questões econômicas, culturais ou sociais; (ii) da *vinculação (ao conteúdo essencial dos direitos ou) à dignidade da pessoa humana*, que permite a aplicação entre entes privados apenas em relação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, restringindo-se à aplicação direta; (iii) *vinculação intersubjetiva plena ou eficácia imediata em sentido estrito*, que propõe a aplicação plena, observando-se que como ambos os sujeitos têm direitos fundamentais, diferentemente

¹⁷³ Ibid. p. 16.

¹⁷⁴ Ibid. p. 17-23.

¹⁷⁵ Sobre essas teses, Elsa Vaz de Sequeira comenta que não trazem novidade, pois derivam de maneira simplificada no art. 112.º da Constituição. SEQUEIRA, Elsa Vaz de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Princípios fundamentais e sujeitos. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020. p. 19-20.

das relações contra o Estado, em que apenas o particular é titular de tal direito, será necessária por vezes uma ponderação com outros princípios constitucionais.

Acerca das teorias do segundo grupo frisa-se que, como o art. 18º, nº 1 da Constituição prevê que “*os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdade e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*”, em Portugal, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é indiscutível, devendo ser aprofundada, tão somente, a extensão dessa vinculação.¹⁷⁶

A propósito desse dispositivo constitucional, comenta Vieira de Andrade que, “*se é certo que aí se afirma claramente que os preceitos constitucionais vinculam as entidades privadas, não se diz em que termos se processa essa vinculação e, designadamente, não se estabelece que a vinculação seja idêntica àquela que obriga os poderes públicos*”¹⁷⁷

A partir do autoexplicativo texto normativo em causa, não resta dúvida acerca da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, especialmente tratando-se do aspecto português. Por outro lado, a partir das teorias abordadas, percebe-se que a questão da medida em que se opera essa vinculação é questão controvertida e não pode ser solucionada somente pela interpretação literal do dispositivo. Segundo Oliveira e Sá, o artigo 18º, nº 1, da CRP, fora formulado de maneira infeliz, uma vez que “*o reconhecimento de que a competência dos privados para confirmar as suas relações jurídicas se insere num ‘programa’ mais amplo para a sociedade e que, evidentemente, o direito privado não pode estar subtraído à força conformadora dos direitos fundamentais*”.¹⁷⁸

A dicotomia entre as esferas privadas e públicas está em constante debate e, em grande medida, essa linha torna-se atualmente cada vez mais tênue, porquanto “*o direito privado atualmente é interpretado à luz da constituição, sendo que ambos passaram a ter fundamento de validade em princípios e regras da carta magna, sendo a aproximação de ambos necessária para uma unidade constitucional.*”¹⁷⁹

Um exemplo claro é o fato de a Constituição Portuguesa proclamar, no seu primeiro artigo, que “*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa e na vontade*

¹⁷⁶ PINTO, Paulo Mota. A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado Português. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg, SARLET, Ingo (organizadores). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 149 e 153.

¹⁷⁷ ANDRADE, Jose Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais e a Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 281.

¹⁷⁸ Continua com brilhantismo o autor: “Assim, a opção da Constituição por uma sociedade de direito privado implica esforço de definição e ‘conformação’ do direito privado de acordo com o seu ‘espírito’ uma tarefa bem distinta de uma atividade de cognição ou dedução de uma qualquer ideia de direito privado do texto constitucional”. SÁ, Fernando Oliveira e, *Direito Privado constitucional: nota sobre as relações entre direito privado e os direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2022.p.22.

¹⁷⁹ Ibid. p. 36.

popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”¹⁸⁰ Apesar de a proteção da dignidade da pessoa não constar no Código Civil especificamente, consta, em seu lugar, a proteção da dignidade da pessoa, que “*constituem, por certo, uma imposição primária dessa dignidade*”¹⁸¹, conforme observa o jurista Manuel Carneiro da Frada. O autor prossegue:

*A dignidade da pessoa humana pode, pois, entender-se como a razão do valor da personalidade física ou moral tutelada pelo Direito mediante o art. 70º, nº. 1, do Código Civil; causa e o fundamento da tutela, ampla e generosa, dispensada por essa cláusula geral, tal qual convém à diversidade e expansibilidade das exigências postas por essa mesma dignidade. Este um primeiro e, certamente, indiscutível sentido da expressão.*¹⁸²

Assim, as medidas previstas no Código Civil para proteção dos direitos da personalidade têm o objetivo de garantir de modo dogmático a proteção da dignidade da pessoa de todos os cidadãos e cidadãs. Por isso, o Código Civil está em perfeita sintonia com uma leitura constitucional do sistema de proteção dos direitos da personalidade como direitos fundamentais.

É necessário, então, situar este debate acerca dos direitos fundamentais no seu âmbito moderno. Ou seja, a proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos não deve mais ser abarcada pelo Estado e apenas na medida em que se deva proteger as pessoas “contra” o Estado; também este deve estar atento à proteção dos direitos fundamentais em relação aos particulares entre eles mesmos, na esfera privada, uma vez que os direitos fundamentais, quando convocados, se se apresentam como critério de decisão e vinculam os privados de forma imediata, as estratégias da vinculação mediata, para além de normativamente inconsistentes, servem para a conservação de uma ideia de direito privado anterior à Constituição, de um ‘direito privado natural’, e ainda a sujeição às exigências de “juridicidade impostas pelos

¹⁸⁰ PORTUGAL. *Decreto-Lei n. 47344, de 25 de novembro de 1966*. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação - Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/47344-1966-477358>. Acesso em: 18 out. 2021.

¹⁸¹ DA FRADA, Manuel Carneiro. *O conceito de dignidade da pessoa humana - Um mapa de navegação para o jurista*. Revista de Direito da Responsabilidade, Coimbra, p. 867-908, ano 2, 2020. p. 871.

¹⁸² *Ibid.* p. 872.

direitos fundamentais se realiza dentro do direito privado, isto é, através do reconhecimento da sua dimensão ‘constituente’ da sociedade de direito privado”¹⁸³.

Cabe ao direito privado, em virtude da especificidade do seu instituto constituído, “*decantar o conteúdo jusprivado dos direitos fundamentais, por ocasião da própria definição do concreto conteúdo dos direitos subjetivos e das liberdades privadas*”¹⁸⁴. Para o autor, do ponto de vista metodológico, surge uma dificuldade em integrar o referente constitucional nas relações entre particulares e, assim, garantir o efeito das vinculações à igualdade que o direito privado oferece ao princípio da igualdade constitucional, finalizando que não se estranharia “*que hoje se afirme que o perigo para a liberdade em direito privado não resulte de eventuais presunções de igualdade, mas da bitola de aferição usada para determinar a existência de desigualdades juridicamente censuráveis*”¹⁸⁵.

Importa destacar que também se debate sobre os direitos da personalidade da pessoa coletiva. A pessoa coletiva pode ser definida como os “[...] *agrupamentos humanos personalizados, entes morais, ou pessoas jurídicas*”¹⁸⁶, podendo ser de direito privado ou de direito público, as quais são “[...] *formadas e representadas por um conjunto de bens ou de pessoas singulares, em que lhe são atribuídos direitos e obrigações com o fito de atender aos interesses comuns e coletivos*”¹⁸⁷. As pessoas coletivas possuem, portanto, direitos da personalidade, como o direito à honra¹⁸⁸, ao bom nome, imagem e reputação,¹⁸⁹ por exemplo.

Tratando a presente tese sobre o tema específico de pessoas naturais, físicas ou singulares, conforme vem tratado em Portugal, focaremos a pesquisa nos direitos da personalidade dessas pessoas, não deixando de indicar que subsistem debates sobre os direitos da personalidade de pessoas coletivas.

Percebe-se que os valores consagrados no âmbito dos direitos fundamentais exercem influência sobre todo o ordenamento jurídico, servindo como parâmetro de interpretação, resultando na superação da perspectiva que dividia o universo jurídico entre o público e o privado. O que se visualiza é que o debate persiste, tão somente, em relação à forma de

¹⁸³ SÁ, Fernando Oliveira e. *Direito Privado constitucional: nota sobre as relações entre direito privado e os direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2022.p.23.

¹⁸⁴ SÁ, Fernando Oliveira e, *Direito Privado constitucional: nota sobre as relações entre direito privado e os direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2022.p.33.

¹⁸⁵ SÁ, Fernando Oliveira e, *Direito Privado constitucional: nota sobre as relações entre direito privado e os direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2022.p.56.

¹⁸⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 62.

¹⁸⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

¹⁸⁸ MENDES, António Jorge Fernandes de Oliveira. *O direito à honra e a sua tutela penal*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 27.

¹⁸⁹ PINTO, op. cit.

aplicação dos direitos fundamentais, destacando-se as correntes que defendem a aplicação indireta ou mediata, ou, então, a aplicação direta ou imediata dos direitos fundamentais, a qual se admite ser dominante em Portugal.

De Cupis assevera a importância do “bem da liberdade”, que vem a seguir imediatamente aos bens da vida e da integridade física, denominando “*constantemente um dos mais altos fins dos esforços e das aspirações humanas*”¹⁹⁰, garantindo o caráter exemplificativo destas liberdades, uma vez que tanto no direito público quanto no privado não seria possível, taxativamente, enumerar todas as manifestações da liberdade.

De todo o modo, os direitos da personalidade trazem consigo a problemática sobre seu choque com outros direitos, inclusive com direitos coletivos. A liberdade de expressão pode, em grande medida, chocar com outros direitos da personalidade, por exemplo, ao divulgar nomes e situações, ou ao gracejar com pessoas específicas que se possam sentir atingidas em seus direitos de personalidade. Nessa linha, o seguinte excerto de Schreiber:

*Como a liberdade religiosa, a liberdade de expressão não vem usualmente incluída entre os direitos da personalidade. Isso porque, também aqui, o embate se dá historicamente não entre os próprios particulares, mas entre eles e o Estado. [...] A liberdade de expressão assume, assim, a tradicional conotação de um direito contra a intervenção do Estado ou de uma “liberdade”, em sentido clássico.*¹⁹¹

Assim, os cidadãos podem deparar-se com seus direitos violados por outras pessoas, como por exemplo “*o uso indevido de imagem, a discriminação genética, a invasão à privacidade, o furto de dados pessoais, a agressão física ou psicológica.*”¹⁹² São necessários, portanto, remédios jurídicos para enfrentar os ilícitos civis, responsabilizando civilmente quem viola os direitos de outrem, sendo tal fato injusto. Discutiremos brevemente esta questão da possível colisão dos direitos da personalidade.

¹⁹⁰ DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Os Direitos da Personalidade. Tradução Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.p.97 e 106. Completa o autor: “*Tenha-se presente que, dada a definição do direito à liberdade – direito de desenvolver a actividade que se queira – os actos de disposição dele são também actos de gozo no sentido restrito da palavra. Com tais actos, verifica-se a disposição do direito, ao mesmo tempo que o gozo da liberdade. Sobre esse direito pode influir, além do acto dispositivo do sujeito, a própria acção punitiva do Estado, limitando-o temporária ou perpetuamente, mas sem nunca o aniquilar*”.p.110.

¹⁹¹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 240.

¹⁹² Ibid. p. 9.

A proteção de tais direitos dar-se-á, normalmente, de duas formas. Através da proteção preventiva, por meio de ajuizamento de ação cautelar, com multa por descumprimento, tendo por finalidade evitar a concretização da possível ameaça à violação do direito de personalidade. Também através da proteção repressiva, isto é, através da imposição de sanção civil, em geral, pagamento de verbas indenizatórias, e até mesmo sanção penal, consoante a gravidade da violação, em caso de lesão que já tenha ocorrido e não podendo mais ser evitada.

Com base no princípio da autonomia privada, pode-se dizer que o ser humano é central para o direito civil e tem liberdade/autonomia para fazer o que quiser, desde que não seja proibido por lei e não colida com os direitos fundamentais de outros sujeitos. A liberdade é aqui entendida como liberdade responsável, e não apenas como liberdade de poder fazer o que se quer sem qualquer fundamento, sendo de rigor o respeito pelos direitos de terceiros, por exemplo. Surge assim uma responsabilidade “*quando se houver ultrapassado os contornos externos da esfera de atuação do sujeito, demarcados pela sua esfera de direitos inalienáveis.*”¹⁹³

Neste sentido, diversos doutrinadores pensaram formas de resolver a questão da colisão com os direitos da personalidade, buscando no ordenamento jurídico respostas como o artigo 335º do Código Civil português, que prevê o seguinte:

*1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes. 2. Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior.*¹⁹⁴

Acerca desta disposição do Código Civil, Santos assevera que “*a ponderação deve ser rigorosa quanto aos bens jurídicos postos em causa, aos quais acompanham a devida proteção*

¹⁹³ Conforme assevera Barbosa: “*A liberdade que se postula é, como referido, uma liberdade negativa – o eu, que se confronta com o tu, é livre porque, dentro da sua esfera de direitos, pode agir sem interferência dos demais. A responsabilidade surgiria, então, como um limite à liberdade – como o sinal de que se tinham ultrapassado os contornos externos da esfera de atuação do sujeito, demarcados pela sua esfera de direitos inalienáveis.*” (BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Autonomia privada e responsabilidade civil: repercussões da materialização da autonomia em sede de responsabilidade civil. *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 1, p. 423-461, 2019. p. 425).

¹⁹⁴ PORTUGAL. *Decreto-Lei n. 47344, de 25 de novembro de 1966*. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação - Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/47344-1966-477358>. Acesso em: 18 out. 2021.

legal pertinente, e, ainda, das substâncias dos fatores advindos dos direitos em colisão, dentre outros pontos a se ter em conta.”¹⁹⁵

O mesmo autor indica a possibilidade do uso de princípios como o da razoabilidade e da proporcionalidade¹⁹⁶ para a resposta a questões no âmbito da colisão de direitos da personalidade. Deste modo, princípios gerais do direito servem de “*ferramenta para auxiliar no deslinde de situações de colisão de direitos.*”¹⁹⁷

Uma observação relevante deve ser feita acerca da aplicação do referido artigo 335º do Código Civil. Ele só deve ser aplicado em casos de verdadeiro conflito de direito, e não quando o exercício de um deles é abusivo, caracterizando-se como verdadeiro ilícito.¹⁹⁸

Para haver conflito de direitos, segundo Elsa Vaz de Sequeira, eles devem originar-se em atos válidos, eficazes, terem vidas simultâneas, sujeitos distintos e impossibilidade de exercício simultâneo.¹⁹⁹

Portanto, há possibilidade, conforme já referido acima, de uma leitura conjunta dos dispositivos citados e do artigo 81º do Código Civil português, que permita limitar voluntariamente os direitos da personalidade, atentos, claro, os limites da ordem pública.

É possível pensar em alguns exemplos em que seria possível tal limitação de direitos da personalidade, sem violação dos preceitos da ordem pública, ou da moral e dos bons costumes.

No exemplo dado por Santos, refere-se ser presumível, dado o grave contexto, que não se poderia “*deixar de promover uma intervenção cirúrgica, mesmo que não autorizada, quando está em causa a vida do paciente, porque estar-se-ia a contrariar os princípios da ordem pública, bem como ferindo ao direito à vida, bem supremo dentre todos.*”²⁰⁰ Isto é, a integridade física do paciente é em alguma medida violada ao ser submetido à cirurgia sem seu consentimento; mas tal ação apenas ocorre porque há um direito maior a ser defendido naquele momento, como é o próprio direito à vida da pessoa doente. Sem a violação da sua integridade física pela cirurgia, a pessoa não teria vida sequer para reclamar que não consentiu tal tratamento invasivo.

¹⁹⁵ SANTOS, Adriano Barreto Espíndola. Os direitos de personalidade e os limites à intervenção ao próprio corpo. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 2, n. 3, p. 1-36, 2016. p. 28.

¹⁹⁶ Ibid. p. 28. “*O princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeit) pretende, por conseguinte, como acentua Gentz, instituir a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso (“eine Übermasskontrolle”).*” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 393).

¹⁹⁷ Ibid. p. 28.

¹⁹⁸ MATOS, Filipe Miguel de Albuquerque. Tutela da personalidade e responsabilidade civil. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 147, n. 4006, set./out., 2017. p. 17.

¹⁹⁹ SEQUEIRA, Elsa Vaz de. Colisão de direitos. *Cadernos de Direito Privado*, n. 52, out./dez., 2015, p. 22-23.

²⁰⁰ Ibid. p. 29.

Caso muito parecido acontece com os membros das Testemunhas de Jeová, que acreditam, no âmbito de suas crenças religiosas, não deverem ser submetidos à transfusão de sangue. No Brasil, o tema já é pacífico, no sentido de que “*os direitos de personalidade à liberdade física e psicológica, à saúde física, e a liberdade de consciência e de religião das Testemunhas de Jeová não devem preponderar em fase da tutela à vida.*”²⁰¹

Ambos os casos podem ser resolvidos levando em consideração o superior princípio constitucional de que “*a vida humana é inviolável*”, conforme preceitua a Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 24º, e diversas normas internacionais de direitos fundamentais de que Portugal é signatário.

Ao tratar do direito à vida em colisão com outros direitos da personalidade, torna-se mais fácil ponderar o que seria mais razoável dar-se “preferência”. Sem o direito à vida nenhum outro direito pode ser assegurado.

*[...] todos os seres humanos têm a mesma dignidade vital e são insupríveis e infungíveis entre si, quaisquer que sejam [...], a ninguém é lícito sacrificar a vida de outrem para salvação das vidas de uma pluralidade de homens, que não sejam agredidas por aquele. [...], a nossa ordem jurídica não reconhece ao próprio titular qualquer direito dirigido à eliminação da sua vida, embora, no âmbito do poder de autodeterminação individual, admita em certos termos a possibilidade de a pôr em risco. Daí que seja inválido o consentimento autorizante ou tolerante e mesmo o pedido instante da vítima para outrem lhe causar a morte, bem como qualquer renúncia à própria vida e que não seja lícito o suicídio.*²⁰²

O debate torna-se mais agudo quando outros direitos de personalidade chocam entre si, como o direito à liberdade de expressão, à honra, à intimidade e à liberdade de imprensa, etc.

Um exemplo analisado por Schreiber é o confronto entre a liberdade de informação e o direito à honra com relação à divulgação de fotos, nome ou informações em geral sobre pessoas suspeitas de terem cometido crimes, sem ainda ter havido comprovação nem julgamento do

²⁰¹ SANTOS, Adriano Barreto Espíndola. Os direitos de personalidade e os limites à intervenção ao próprio corpo. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 2, n. 3, p. 1-36, 2016. p. 29.

²⁰² CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 205-206.

indivíduo. Nesse sentido, por um lado, “[...] *é evidente que a mera acusação de certa pessoa já pode consistir em fato de relevante interesse da sociedade*”, mas por outro, “[...] *afigura-se incontestável a tendência do público em confundir a mera suspeita com a própria comprovação do fato*”²⁰³, o que pode causar uma afronta irrecuperável à reputação da pessoa acusada, a qual pode ser inocente.

O autor defende que a colisão entre os direitos descritos no caso deve ser resolvida à luz das circunstâncias do caso concreto, devendo ser observados, especialmente, “*os cuidados empregues na veiculação da notícia*”. A matéria deve, por exemplo, destacar o fato de que ainda se trata de suspeita, e ouvir sempre que possível a versão da pessoa acusada e a das autoridades públicas envolvidas, como o delegado, o promotor *et alii*, a fim de se colher o máximo de informações possíveis. Veja-se a elaboração defendida pelo doutrinador citado:

*[...] os critérios que devem ser observados na solução de conflitos decorrentes de divulgação de suspeitas de prática criminosa: (i) destaque para a qualificação do retratado como mero suspeito ou acusado; (ii) consulta a fontes fidedignas; (iii) apresentação dos indícios recolhidos; e (iv) oitiva do suspeito e do seu advogado. Observados esses parâmetros, a posterior frustração da ação penal ou mesmo a constatação da inocência do acusado não podem resultar em responsabilidade da entidade jornalística, que se limita a dar notícia da suspeita ou acusação à época existente.*²⁰⁴

No âmbito da presente tese, pode-se levantar a possibilidade de um humorista que faz um comentário expondo uma pessoa pública à vergonha. No entanto, é possível que tal pessoa não se sinta ofendida, achando graça ao comentário e preferindo não reclamar de uma suposta violação do seu direito à honra, por exemplo. Voluntariamente, a pessoa escolhe não se manifestar sobre essa suposta violação, entendendo que o humorista pode ter seu direito de liberdade de expressão assegurado, mesmo que isso signifique que o público se ria “à custa dela”.

Exemplos desse tipo de entendimento são os shows de “Comedy Roast”, programas de humor populares nos Estados Unidos em que uma celebridade é convidada a comparecer no

²⁰³ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 82.

²⁰⁴ *Ibid.* p. 85.

show para ser ridicularizada pelos humoristas presentes. Isto é, a pessoa famosa fica sentada rindo das ofensas proferidas em palco pelos artistas do humor.

Por outro lado, sobram exemplos de casos em que, na verdade, o humor foi intensamente contido em virtude da argumentação de que estaria violando a honra de pessoas a partir de censura prévia. Veremos rapidamente um exemplo, visto que o assunto voltará em diversos momentos na presente pesquisa.

A Resolução nº 23.191 do Tribunal Superior Eleitoral brasileiro, de 2009, previu em seu artigo 28, II, a vedação ao uso de “*trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido político ou coligação, bem como produzir ou veicular programa com esse efeito.*”²⁰⁵ Apesar de ter sido entendido por doutrinadores como inconstitucional, além de ter incentivado a criação do movimento “humor sem censura”, tal previsão continua vigente, não tendo sido revogada pelo tribunal. Na dúvida, muitos humoristas “*deixaram de praticar seu livre exercício, por via de sanções impostas pela contraditória lei.*”²⁰⁶

Considerando a ilustração de tais exemplos, revela-se importante mencionar, brevemente, a questão da responsabilização civil em virtude do confronto de direitos da personalidade, ou seja, quando ocorre a violação desses direitos em virtude da utilização por outra pessoa de algum direito seu. Para haver responsabilidade extracontratual existem alguns pressupostos que devem ser atendidos:

(1) O comportamento deve ser ilícito, sendo que uma conduta é ilícita: quando há violação de direitos absolutos, quando há violação de disposições legais de proteção de interesses alheios, ou quando há abuso desse direito (artigo 334º do Código Civil).

(2) Presença do elemento anímico, consubstanciado no dolo ou culpa, que move a conduta ilícita. O dolo relaciona-se com o ânimo malicioso de causar prejuízo a outrem, dividindo-se em dolo direto, quando a finalidade do agente é exatamente causar o dano, ou dolo eventual, quando o agente assume o risco pelo evento nocivo. A culpa, por sua vez, é caracterizada pelo desvio de conduta, quando o autor não queria gerar o resultado prejudicial, mas causa danos por ausência de cuidado e diligência no seu comportamento, o qual é comparado com o comportamento do homem médio, o *bonus pater familias*. Há dever de indenização se o indivíduo tiver atuado com dolo ou culpa.

²⁰⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 23.191, de 16 de dezembro de 2009*. Dispõe sobre a propaganda eleitoral e as condutas vedadas em campanha eleitoral (Eleições de 2010). Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2009/RES231912009.htm>. Acesso em: 13 nov. 2020.

²⁰⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 91-92.

(3) Tenha havido dano (emergente ou lucro cessante), ressaltando-se que todos os danos são indenizáveis. Existem, nesse sentido, os danos patrimoniais (suscetíveis de serem avaliados em dinheiro) e os não patrimoniais (como, por exemplo, os danos morais e estéticos). Em Portugal, a lei determina que os danos não patrimoniais também devem ser indenizados, conforme prevê o artigo 496º do Código Civil: “*na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito*”²⁰⁷.

(4) Que haja nexo de causalidade entre o comportamento ilícito e o dano.

Assim, importa indicar que a ilicitude é fundamental. No entanto, há situações em que pode haver responsabilidade sem ilicitude, isto é, na responsabilização por atos lícitos. Com efeito, se na sua modalidade principal a ilicitude se traduz na violação de direitos absolutos, pode, entretanto, haver lesão de direitos absolutos sem ilicitude; é quando ocorre o que se chama de causa de exclusão da ilicitude, como a legítima defesa (337º), a ação direta (336º), o recurso à força com o fim de realizar o próprio direito, o consentimento do lesado/ofendido (340º), e o estado de necessidade (339º).

Na medida em que um cidadão tem seus direitos de personalidade violados por outro cidadão – pelo uso, por exemplo, da liberdade de expressão – é dever do Estado reagir e impor sanções. Neste caso, a saída é a responsabilização civil de quem violou os direitos da personalidade de outrem, sendo possível em alguns casos haver punição nos âmbitos não só administrativo e civil, mas também criminal.

6 Algumas espécies: integridade moral, honra, intimidade, privacidade e direito a que não riam de si

*E, no entanto, como disse Aristóteles, o riso é próprio do homem. É o que nos distingue dos animais, mas também de Deus. Eis a minha hipótese: o homem é o único que ri porque também é o único que tem consciência da sua própria extinção. Os animais desconhecem que vão morrer, e Deus sabe que é eterno.*²⁰⁸

²⁰⁷ PORTUGAL. *Decreto-Lei n. 47344, de 25 de novembro de 1966*. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação - Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/47344-1966-477358>. Acesso em: 18 out. 2021.

²⁰⁸ PEREIRA, Ricardo Araújo. *A doença, o sofrimento e a morte entram num bar uma espécie de manual de escrita humorística*. Rio de Janeiro: Tinta da China, 2016. p. 108.

Neste capítulo, será promovida a análise de algumas espécies de direitos de personalidade, como os direitos à integridade moral e seus desdobramentos a partir do direito à honra, à intimidade, à privacidade e, principalmente, o direito de que não riam de si.

Inicialmente, cumpre salientar que não existe direito absoluto à liberdade de expressão, devendo respeitar-se os direitos da personalidade de outrem, os quais comportam diversos limites que precisam de ser ponderados. Não se entende que o direito à liberdade de expressão está acima do direito à integridade moral de um terceiro. Se a honra, intimidade, ou qualquer outro direito da personalidade de outra pessoa é violado, então a liberdade de expressão não é exercida de modo regular, devendo haver, assim, a ponderação de direitos para se determinar qual deve prevalecer.

A presente tese busca examinar com mais detalhe o exercício da liberdade de expressão a partir do humor. Nesse sentido, será importante debater neste item os limites para que o humor não viole a honra, a integridade moral, a privacidade e a intimidade das pessoas, além também de dedicar espaço ao direito que as pessoas têm de que não se riam de si.²⁰⁹

Para tanto, é necessário refletir sobre o próprio conceito de integridade moral. Tal como existe a necessidade de que o direito garanta a integridade física dos cidadãos para que a sociedade possa buscar a paz social, não menos importante é o direito à integridade moral. Da mesma forma que é ilícito violar a integridade física de outrem, também não se pode impunemente violar a integridade moral de outros cidadãos, por exemplo, ao ofendê-los, expô-los, dentre outras possibilidades.

O caricaturista britânico Martin Rowson, na sua defesa de que ninguém tem o direito de que não riam de si, assevera “*confortar os aflitos e afligir os confortáveis*”²¹⁰, usando meios de reivindicação de indisciplina artística e cômica, para afetar o alvo e fazer rir.

Reiteram-se, então, os preceitos trazidos pelo artigo 70º do Código Civil Português. Esse dispositivo, principalmente no que se refere ao item nº 1, estabelece o que pode ser entendido como uma cláusula geral de proteção da personalidade humana, isto é, não só a proteção à

²⁰⁹ Nas importantes palavras do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro Marco Aurélio Mello: “A liberdade de expressão serve como instrumento decisivo de controle da atividade governamental e do próprio exercício de poder. Esta dimensão foi até mesmo a fonte histórica da conquista e do desenvolvimento de tal liberdade. À proporção que se forma uma comunidade livre de censura, com liberdade de exprimir os pensamentos, viabiliza-se a crítica desimpedida, mesmo que contundente, aos programas do governo, aos rumos políticos do país, para as providências da administração pública. Enfim, torna-se possível criticar, alertar, fiscalizar e controlar o próprio exercício dos mandatos eletivos”. (MELLO, Marco Aurélio. *Liberdade de Expressão, Dignidade Humana e Estado Democrático de Direito*. Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 240).

²¹⁰ ASH, Timothy Garton. *Liberdade de Expressão: Dez princípios para um mundo interligado*. 1ª ed. Lisboa: Temas e debates – Círculo de leitores. 2017.p.281.

personalidade física deve ser objeto do direito, como também à personalidade moral ou psíquica.

Nesse sentido, a integridade moral englobaria, por exemplo, o direito à honra, o direito à liberdade (cláusula também geral, que inclui a liberdade de informação e de expressão; a liberdade de consciência, de culto, de religião; a liberdade de criação cultural; a liberdade de reunião e manifestação; a liberdade de associação; e a liberdade de ensinar e aprender) e o direito à intimidade da vida privada (“*direito à reserva da intimidade da vida privada, direito à inviolabilidade do domicílio, direito ao sigilo da correspondência*”)²¹¹.

O item nº 2 do artigo 70º traz a previsão de responsabilização para o caso de violação da integridade física ou moral. Além da possibilidade de responsabilidade civil, também é possível a busca de providências preventivas e atenuantes; ou seja, é possível buscar remédios jurídicos para que a violação do direito da personalidade nem sequer ocorra ou, se ocorrer, que cesse com mais rapidez.

De acordo com a interpretação de Ana Filipa Cordeiro do referido artigo, enquanto “[...] *cláusula geral de tutela dos direitos de personalidade, este normativo, tutela a personalidade, como direito absoluto de exclusão, na preceptiva do direito à saúde, à integridade física, ao bem-estar, à liberdade, ao bom nome e à honra*”, sendo tais aspectos os que individualizariam “[...] *o ser humano moral e fisicamente o tornam titular de direitos invioláveis*.”²¹²

A Constituição da República Portuguesa também estabelece, no artigo 25º, que a “*integridade moral e física das pessoas é inviolável*”. Destaca-se que o artigo 37º, que trata sobre a liberdade de expressão e informação, além de estabelecer que “*todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio*”²¹³, sem impedimentos e censura, também há a seguinte previsão em seus itens nº 3 e nº 4:

3. As infrações cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respetivamente da

²¹¹ Tais informações constam da própria nota, no que se refere ao artigo 70º, do sítio oficial que hospeda o código civil. (Disponível em: <https://www.codigocivil.pt/>. Acesso em: 12 dez. 2020).

²¹² CORDEIRO, Ana Filipa Pacheco. *Direito à honra e intimidade da vida privada em confronto com o direito à informação. A proposta de superação deste conflito de direitos na perspectiva do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. 87 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Bissaya Barreto, Coimbra, 2013. p. 15-16.

²¹³ PORTUGAL. *Decreto-Lei n. 47344, de 25 de novembro de 1966*. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação - Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/47344-1966-477358>. Acesso em: 18 out. 2021.

*competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei. 4. A todas as pessoas, singulares ou coletivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de retificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos.*²¹⁴

Reitera-se, então, que a liberdade de expressão não é garantia de que qualquer pessoa possa falar, publicar ou fazer qualquer tipo de piada. Se se ofende o direito à integridade moral de um terceiro, existe a possibilidade de se entender que tal ato é ilícito e de haver responsabilização civil, criminal e até mesmo administrativa, além da busca de indenização pelo dano sofrido por terceiro.

Nas palavras de Paulo Nogueira, que analisa gerações e padrões da liberdade de expressão, atualmente a ideologia pós-moderna exerce um poderoso efeito na geração Z, “aquela que nasceu on line. Dantes, uma pessoa tinha duas opções existenciais. O optimista via o copo meio cheio. O pessimista via o copo meio vazio. Hoje, a percepção parece ser: o copo ofendeu-me”²¹⁵.

Assim, o princípio constitucional da dignidade da pessoa deve ser utilizado como instrumento norteador da proteção da integridade moral. De acordo com Limongi França, seria possível dividir os direitos da personalidade em três grandes grupos, de acordo com os aspectos de cada um destes: o primeiro relaciona-se com o direito à integridade física, incluindo o direito à vida, aos alimentos e ao corpo, vivo ou morto; o segundo grupo abrange o direito à integridade intelectual, nele se incluindo a liberdade de pensamento e os direitos de autor; e, por fim, o terceiro grupo trata do direito à integridade moral, relativo às liberdades política e civil, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem e à identidade pessoal, familiar e social.²¹⁶

Veja-se um exemplo de julgado que trata do tema da liberdade de expressão, refletindo exatamente sobre a questão da integridade moral:

Responsabilidade civil - Liberdade de imprensa - Direito de personalidade - Colisão de direitos I - Devem ser conciliados, na medida do possível, os direitos de informação e livre expressão, por um

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ NOGUEIRA, Paulo. *Todos os Lugares são de Fala: Manifesto pela Liberdade de Expressão*. Lisboa: Guerra e Paz Editores. 1ª ed. 2022.p.83.

²¹⁶ FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 72, n. 567, p. 37, jan. 1983.

lado, e à integridade moral e ao bom nome e reputação, por outro. II - Quando tal se revele inviável, a colisão desses direitos deve, em princípio, resolver-se pela prevalência daquele direito de personalidade. III - Só assim não será quando, em concreto, concorrerem circunstâncias susceptíveis de, à luz de bem entendido interesse público, justificar a adequação da solução oposta, sendo sempre ilícito o excesso e exigindo-se o respeito por um princípio, não apenas de verdade, necessidade e adequação, mas também de proporcionalidade ou razoabilidade. IV - Na determinação das formas de efectivação da responsabilidade civil emergente de factos cometidos por meio da imprensa são aplicáveis os princípios gerais. V - O cumprimento do dever de vinculação do jornalista à verdade, à objectividade, à fidelidade aos factos e à neutralidade é ainda mais imperioso quando se trate de imprensa especializada, em que é de presumir mais apurado conhecimento do meio e das regras. VI - A divulgação de um facto verdadeiro pode, em certo contexto, atentar contra o bom nome e a reputação de uma pessoa.²¹⁷

Tendo então em consideração a necessidade da protecção da integridade moral de todos os cidadãos, é necessário ponderar os direitos que visam a liberdade e os direitos da personalidade de terceiros.

Por isso, um dos direitos que não pode ser olvidado é o direito à honra. A conceituação do direito à honra, no que se refere à manutenção da integridade moral dos sujeitos de direito, toma emprestada a distinção feita pelo direito penal entre honra subjetiva e objetiva. De acordo com Schreiber, honra objetiva seria entendida como “[...] *a reputação de que goza a pessoa no meio social*”; a honra subjetiva seria “[...] *consubstanciada no sentimento que a própria pessoa ostenta em relação à sua integridade moral.*”²¹⁸

Ainda de acordo com o autor, no direito penal a honra subjetiva estaria “[...] *associada ao crime de injúria, enquanto a honra objetiva é o bem lesado pelos crimes de calúnia e*

²¹⁷ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça – Gabinete dos Juizes Assessores. *A liberdade de expressão e informação e os direitos de personalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: A liberdade de expressão e informação e os direitos de personalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça*. 2015. Disponível em: <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2017/10/cadernoliberalidadeexpressoinformaodireitospersonalidadejurisprudncia-stj.pdf>. Acesso em: mar. 2022.

²¹⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 72.

difamação, extraindo-se da distinção importantes consequências na disciplina jurídica desses delitos.”²¹⁹ No direito civil, ao assumir-se essa dicotomia, foram elaborados novos usos como o dano moral da pessoa coletiva.

Além da possibilidade de indenizações para o caso de violação do direito à honra, existe ainda a possibilidade de que o magistrado, em eventual demanda judicial adote outras medidas “[...] *que possam auxiliar na restituição da vítima, o quanto possível, à sua situação original*”. Isto é, além da indenização, “[...] *pode o magistrado valer-se de meios não pecuniários para alcançar a mais ampla compensação do dano moral sofrido*” em virtude de violação do direito à honra, havendo “[...] *diversos instrumentos que podem ser empregados para reparar o abalo à reputação da vítima no meio social.*”²²⁰

São exemplos dados pelo autor: a divulgação de decisões condenatórias (“[...] *possibilidade de condenação do réu à publicação da decisão judicial, que deriva, a rigor, não de um dispositivo legal específico, mas da tutela constitucional da honra e da irrestrita reparabilidade do dano moral*”); condenação à retratação pública (“[...] *impor ao ofensor o dever de afixar no local do dano ou de fazer publicar em jornal de grande circulação uma retratação pública pela lesão causada*”); direito de resposta da vítima (“[...] *faculdade de replicar ou retificar matéria publicada*”)²²¹. Importa também indicar que estes são apenas exemplos, não sendo a lista taxativa, e podendo o magistrado, se entender pertinente, desenvolver outro caminho para reparação dos direitos da vítima, conforme previsto no Código Civil.

Pensando em exemplos práticos, também se pode falar, no caso de programas televisivos de *reality show*, como por exemplo o *Big Brother*, cujos participantes assinam contrato antes do início das gravações cedendo sua imagem à emissora. Ainda assim, no caso de “[...] *o participante ter a sua honra maculada pelo programa televisivo, dependendo da forma como as imagens são expostas, caberia medidas judiciais de proteção.*”²²²

Também é possível refletir sobre o exemplo de uma piada proferida em programa humorístico com relação a alguma pessoa famosa. Se a piada for ofensiva à honra de tal pessoa, poderá caber responsabilização civil. Por exemplo, um humorista que se aproveita de um escândalo em que algum artista foi flagrado enquanto traía seu companheiro, debochando, escarnecendo do fato, ferindo a honra de ambos os envolvidos no escândalo. Apesar de no caso

²¹⁹ Ibid. p. 72.

²²⁰ Ibid. p. 80.

²²¹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 81.

²²² TARTUCE, Flavio. *Direito Civil: lei de introdução e parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 258.

hipotético se ter tornado conhecimento público a traição, ainda assim as partes têm direito à honra objetiva e subjetiva, não podendo ser expostas nos *media* de forma pejorativa que lhes fira a dignidade.

Nas definições de figuras públicas trazidas por Machado a partir da dogmática alemã, há de um lado as voluntárias, que deliberadamente procuraram a fama e a notoriedade, seja pelo seu trabalho ou estilo de vida, assumindo assim o risco da exposição, e portanto essas pessoas teriam menor margem de queixa, diante do interesse e escrutínio público pelo interesse informativo; de outro lado, há as figuras públicas involuntárias, que pelo mesmo modo atingiram notoriedade, sem ou contra sua vontade, e dificilmente poderão recuperar o seu *status* de privacidade²²³.

Para Tartuce, mesmo quando a pessoa em questão é famosa, existe um limite à possibilidade de exposição. Com relação ao que ele chama de “pessoa notória”, “[...] *um artista famoso, por exemplo, a notícia pode até ser veiculada, desde que isso não gere uma devassa ou arruíne a sua vida.*”²²⁴ Complementando, Ana Filipa Cordeiro assevera que:

*[...] as figuras públicas, terão direito ao seu direito à honra e dentro desta ao bom nome, assim como têm direito à reserva da intimidade da vida privada, mas há uma clara diminuição do seu direito à privacidade, isto porque do outro lado existe o direito a saber por parte dos eleitores (tratando-se de figuras do panorama político) e da sociedade em geral.*²²⁵

Schreiber apresenta o exemplo do que ele chama de direito de sátira: o caso do Castelo de Itaipava. De forma resumida, o Castelo de Itaipava teria sido herdado pelos familiares do Barão Smith de Vasconcellos. A revista humorística *Bundas*, que circulava à época, teria feito

²²³ MACHADO, Jónatas E. M. e BRITO, Iolanda A.S. Rodrigues de. Liberdade de expressão, informações falsas e figuras públicas. O perigo da manipulação da esfera de discurso público. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Vol. XCV. Tomo1. Coimbra, 2019.p.84. Continuam os autores: “*De um modo geral, as figuras públicas gravitam numa órbita de interesse e escrutínio público, em que o interesse informativo e a dignidade de notícia se manifestam com maior intensidade. Os limites da crítica aceitável são mais elevados quando se esteja diante de titulares de cargos políticos, ou de outras figuras públicas e privadas envolvidas em transações com instituições públicas em que sejam movimentados recursos públicos. Estas devem esperar um escrutínio mais intenso e críticas mais duras por parte da comunicação social e do público em geral*”.p.87.

²²⁴ Ibid. p. 300.

²²⁵ CORDEIRO, Ana Filipa Pacheco. *Direito à honra e intimidade da vida privada em confronto com o direito à informação*. A proposta de superação deste conflito de direitos na perspectiva do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. 87 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Bissaya Barreto, Coimbra, 2013. p. 34.

uma piada chamando ao local de “Castelo de Bundas”, “[...] *já que o referido Barão teria feito sua fortuna com os lucros advindos de uma fábrica de papel higiênico.*”²²⁶

Os herdeiros do barão promoveram uma ação de indenização por danos morais por parte da editora responsável pela revista. Nenhuma das instâncias assistiu razão à parte autora, com base nos argumentos de que a sátira teria sido feita com o objetivo, não de desmoralizar, mas de fazer graça, com *animus jocandi*, não tendo ultrapassado os limites dos direitos da personalidade. Foi argumentado ainda, pela decisão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, que não houve “[...] *contestação dos herdeiros do barão em relação à origem histórica da alcunha divulgada na matéria.*”²²⁷ Houve também voto de vencido que entendeu pelo exagero da sátira, que teria sido ofensivo para com o barão falecido.

Sobre o tema, veja-se a seguinte reflexão do autor:

*O confronto entre o direito de sátira e a tutela da honra é realmente delicado. Por um lado, é evidente a necessidade de proteção à reputação da pessoa, que não pode sofrer arrefecimento pelo simples intuito humorístico de quem publica um texto, uma caricatura ou uma fotomontagem. Por outro lado, a sátira representa manifestação da liberdade artística e intelectual, também tutelada constitucionalmente, e calcada, por definição, no brincar com costumes sociais, valendo-se, com frequência, de certa abordagem jocosa dos fatos públicos e das pessoas notórias. Somente a ponderação entre esses dois interesses igualmente protegidos pode conduzir a uma solução justa para o caso concreto. Significa dizer que a solução não está na prevalência abstrata de um interesse sobre outro, mas no sopesamento entre eles diante das circunstâncias específicas do caso concreto.*²²⁸

O direito à honra, inclusive de pessoas já falecidas, é protegido. Um exemplo é o caso célebre, ocorrido no Brasil, relativo ao livro “*Estrela solitária – um brasileiro chamado Garrincha*”, em que o autor foi processado pela filha do jogador Garrincha em virtude da

²²⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 87.

²²⁷ *Ibid.* p. 88.

²²⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 89.

alegação de violação do direito à honra do falecido²²⁹. Segundo o autor, “*A morte põe fim, regra geral, à personalidade. De qualquer forma, como antes exposto, alguns direitos do falecido permanecem, diante da possibilidade de os lesados indiretos pleitearem indenização por lesão à honra ou imagem do de cujus*”²³⁰; isto é, a pessoa, após seu falecimento, teria *resquícios de personalidade civil*.

Adriano de Cupis prossegue detalhando a especificidade humana: “*a honra significa tanto o valor moral íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama, como, enfim, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal.*”²³¹

Além do direito à honra, importa também refletir sobre o direito à intimidade e o fato de que este direito também não deve ser violado na utilização do direito à liberdade de expressão. É necessário desde logo esclarecer que não se deve confundir privacidade com intimidade, na medida em que aquela tem como principal função as atividades essenciais do indivíduo para o adequado desenvolvimento da sua individualidade e de suas relações interpessoais, voltando-se para o mundo exterior, enquanto a intimidade envolve o mundo interior do indivíduo, protegendo-se o bem jurídico consistente na decisão de manter reservado algum aspecto da própria vida.²³²

No próximo item será explorada com maior profundidade a teoria das esferas, elaborada pelo jurista alemão Heinrich Hubman, a qual traz uma importante reflexão acerca das “camadas” de vida privada dos sujeitos de direito e o nível de proteção que se deve dar a cada uma delas.

²²⁹ Decisão citada pelo autor: “*Civil. Danos morais e materiais. Direito à imagem e à honra de pai falecido. Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material. Primeiro recurso especial das autoras parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Segundo recurso especial das autoras não conhecido. Recurso da ré conhecido pelo dissídio, mas improvido*”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 521.697/RJ, 4ª Turma, Relator: Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em: 16.02.2006. p. 276).

²³⁰ TARTUCE, Flavio. *Direito Civil: lei de introdução e parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 321.

²³¹ DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Os Direitos da Personalidade. Tradução Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961. p. 111

²³² PINTO, Paulo Mota. Direito a reserva sobre a intimidade da vida privada. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, V. LXIX, 1993.

Com efeito, o “[...] *direito à intimidade da vida privada, tem um âmbito muito alargado e é de difícil definição, isto porque é um direito pluridimensional, pois emergiu do complexo universo dos direitos de personalidade.*”²³³

Nesse sentido, existe uma elaboração teórica no que se refere a diferenciar o que é intimidade e vida privada, já que, segundo Tartuce, “*o conceito de intimidade não se confunde com o de vida privada, sendo o segundo um conceito maior e gênero*”²³⁴. Assim, apenas adiantando brevemente o assunto, “*a intimidade envolve questões polêmicas, principalmente no que concerne à dificuldade em saber até que ponto vai a privacidade da pessoa e quais seriam as suas limitações.*”²³⁵

O autor apresenta um exemplo interessante de contenda muito atual acerca da possível *intimidade genética*, sobre a qual começam a aparecer novas teorias jurídicas, algumas defendendo tratar-se de uma possível nova geração de direitos humanos. O exemplo é o de uma conduta coercitiva de um cidadão, no âmbito de uma investigação de paternidade, em que o sujeito afirmava que teria pânico de agulha e que por isso se recusava a fazer o teste de paternidade. Em virtude de tal alegação, foi decidido que o homem teria o direito de se recusar a fazer o teste. No entanto, considerando outros indícios e provas do caso, entendeu-se que havia a presunção de paternidade dele. Veja-se o seguinte trecho sobre o tema:

*No caso descrito, há, de um lado, o direito do filho em saber quem é o seu pai, o que envolve a sua dignidade (direito à verdade biológica). Do outro, o direito à integridade física e à intimidade genética do suposto pai, o que também envolve a sua dignidade (direito à intimidade biológica). Ao presente autor parece não existir outra saída que não seja a adoção da técnica de ponderação ou de pesagem.*²³⁶

Para abordarmos o tema da presente tese, cumpre refletir sobre o direito à intimidade no que se refere ao seu choque com o direito à liberdade de expressão. Nesse sentido, é pertinente trazer o seguinte julgado, que trata do choque entre o direito à reserva sobre a intimidade de uma pessoa e o direito à liberdade de imprensa para a publicação de fatos “delicados”, íntimos:

²³³ CORDEIRO, Ana Filipa Pacheco. *Direito à honra e intimidade da vida privada em confronto com o direito à informação. A proposta de superação deste conflito de direitos na perspectiva do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. 87 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Bissaya Barreto, Coimbra, 2013. p. 28.

²³⁴ TARTUCE, Flavio. *Direito Civil: lei de introdução e parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 306.

²³⁵ *Ibid.* p. 306-307.

²³⁶ TARTUCE, Flavio. *Direito Civil: lei de introdução e parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 310.

Responsabilidade extracontratual - Direitos de personalidade - Direito à imagem - Direito a reserva sobre a intimidade - Protecção da vida privada - Vida privada - Reserva da vida privada - Liberdade de expressão - Liberdade de imprensa - Publicação I - A lesão da personalidade é, em princípio, ilícita. II - Para a apreciação do grau de ilicitude deve ser ajuizado, em concreto, o modo como for feita a publicação da imagem ou a revelação dos factos da vida privada. III - O direito à honra é uma das mais importantes concretizações da tutela da privacidade e do pudor e do direito da personalidade. IV - Só deve considerar-se ofensivo da honra e consideração de outrem aquilo que, razoavelmente, isto é, segundo a sã opinião das pessoas de bem, deverá considerar-se ofensivo daqueles valores individuais. V - A dignidade das pessoas exige que lhe seja reconhecido um espaço de privacidade em que possam estar à vontade, ao abrigo da curiosidade dos outros. VI - A reserva da privacidade deve ser considerada a regra e não a excepção. VII - O direito à privacidade só pode ser licitamente agredido quando – e só quando – um interesse público superior o exija, em termos tais que o contrário possa ser causa de danos gravíssimos para a comunidade; VIII - O direito à privacidade colide frequentemente com o direito à liberdade de expressão, principalmente com o da liberdade de imprensa. IX - Quando o interesse público o imponha, o direito à honra e à privacidade não podem impedir a revelação daquilo que for estritamente necessário e apenas no que for estritamente necessário. X - Qualquer pessoa tem o direito de exigir que o conhecimento da sua situação de presidiária seja apenas conhecida pelas pessoas que necessariamente e inevitavelmente tomaram contacto com ela como actores de factos relacionados com a prisão e não seja publicitada para além desse círculo de pessoas.²³⁷

²³⁷ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça – Gabinete dos Juizes Assessores. *A liberdade de expressão e informação e os direitos de personalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça*: A liberdade de expressão e informação e os direitos de personalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. 2015. Disponível em: <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2017/10/cadernoliberalidadeexpressoinformaodireitospersonalidadejurisprudncia-stj.pdf>. Acesso em: mar. 2022.

Assim, no caso apresentado, a pessoa estava cumprindo pena na prisão e isso foi noticiado na imprensa. Não sendo tal fato de conhecimento público, não seria necessária a sua publicação por veículos de imprensa.

Capelo de Sousa, citando Orlando de Carvalho, assevera que “[...] *no âmbito mais vasto da matriz do direito geral de personalidade, considera também aí incluídos, com relativa autonomia, v.g., os bens especiais da vida, [...] do carácter pessoal, da história pessoal, da intimidade pessoal, da identificação pessoal, da verdade pessoal e da criação pessoal.*”²³⁸ Nesse sentido, a lei civil portuguesa tutelaria em cada cidadão a sua humanidade, a sua individualidade e a sua pessoalidade em relação com os demais indivíduos humanos. Assim, “[...] *no caso de uma única ação lesar a imagem (art. 79 do Código Civil) e a intimidade da vida privada de outrem (art. 80 do Código Civil), os pressupostos da ilicitude de tais violações têm de ser averiguados.*”²³⁹

O direito à intimidade já tem longa história. Efetivamente, “[...] *um dos primeiros casos a vir a público acerca desta matéria refere-se à publicação de fotografias não permitidas de Bismarck depois de morto, no ano de 1898. Todavia, além da violação da intimidade, estava aqui em causa o direito à imagem.*”²⁴⁰

Importa destacar que “[...] *a proteção à privacidade, à intimidade e à vida privada trata-se de um fenómeno tardio nas sociedades.*”²⁴¹ Inicialmente, “[...] *pela inexistência de uma efetiva proteção legal a tais direitos, ocorrendo a violação dos mesmos, caberia ao indivíduo alegar no Tribunal que a transgressão foi tal que também atingiu direitos outros, considerados mais importantes, tais como o de propriedade e da honra*”²⁴², e assim, buscar a reparação destes direitos.

A evolução da sociedade moderna “[...] *e dos anseios de cada indivíduo, fez necessária uma ampliação na proteção de tais direitos e a criação de novos, a fim de que fosse resguardado também esse novo âmbito de proteção.*”²⁴³

Ainda sobre o tema:

²³⁸ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 151-152.

²³⁹ Ibid. p. 564.

²⁴⁰ CORDEIRO, Ana Filipa Pacheco. *Direito à honra e intimidade da vida privada em confronto com o direito à informação. A proposta de superação deste conflito de direitos na perspectiva do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. 87 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Bissaya Barreto, Coimbra, 2013. p. 29.

²⁴¹ RABELO, Raquel Santana. *Biografia: os limites da liberdade de expressão*. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. p. 92.

²⁴² RABELO, Raquel Santana. *Biografia: os limites da liberdade de expressão*. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. p. 92.

²⁴³ Ibid. p. 94.

*As raízes de um desejo de privacy, particularmente sentido entre as classes de rendimentos mais elevados – que não pretendiam expor-se ou ser incomodados por fenómenos publicitários -, são contemporâneas do desenvolvimento da imprensa escrita. Daqui resultarão inevitáveis problemas de aplicação prática entre liberdade de imprensa e a ambição de uma vida escudada na privacy, interpretada como defesa dos valores burgueses, ou seja, o afastamento de um grupo social privilegiado, exonerando-o do escrutínio público.*²⁴⁴

O intenso desenvolvimento das tecnologias da informação tornou mais comum a violação desse direito, visto que hoje todos portam celulares com câmaras que podem eventualmente captar a imagem e vídeos de momentos íntimos de terceiros – além da possibilidade de partilhar conteúdo de maneira rápida, nunca antes imaginada, por meio das redes sociais – que não gostariam de ter tais imagens divulgadas sem seu consentimento.

Assim, “a inovação trazida com o advento das denominadas ‘redes sociais’ na forma em que a humanidade se comunica transformou também a ideia de privacy e, conseqüentemente, sua forma de proteção.”²⁴⁵ Esta é a relevante observação em que M. Januário Gomes menciona que foi com a chamada “Revolução da informação” que este direito foi sendo posto em causa, devido à facilidade de transmissão de informações e constante divulgação de fotografias.²⁴⁶

A criação das redes sociais na Internet corresponde, pensamos, ao aspecto socialmente mais revolucionário da era digital. Trata-se do cume de um processo de evolução dos contactos sociais que conduziu a um mercado das ideias, das “amizades”, das trocas pessoais, dos encontros e reencontros, correio eletrónico, o Twitter, o Facebook ou MYSpace são exemplos de uma comunicação simultaneamente mais

²⁴⁴ PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa. *Privacy e protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2012. p. 94.

²⁴⁵ RABELO, op. cit. p. 94.

²⁴⁶ CORDEIRO, Ana Filipa Pacheco. *Direito à honra e intimidade da vida privada em confronto com o direito à informação*. A proposta de superação deste conflito de direitos na perspectiva do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. 87 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Bissaya Barreto, Coimbra, 2013. p. 29.

*rápida e com um universo mais alargado de destinatários. Já se afirmou que estamos numa era em que os conceitos tradicionais de privacy carecem de actualização ou reforma. Esta perspectiva aplica-se, sobretudo, à realidade norte-americana, que dá prevalência à circulação da informação, enquanto os textos normativos europeus afirmam claramente a figura do “titular” dos dados e, conseqüentemente, de um feixe de posições jurídicas que passam pela necessidade de consentimento, como regra, e pelo direito de informação.*²⁴⁷

A doutrina sobre o tema avançou muito, para tentar acompanhar as inovações tecnológicas: “*durante inúmeros anos na Alemanha, considerou-se que o que se passava dentro de casa era privado*²⁴⁸ *e o que sucedia ‘fora das quatro paredes’ era considerado público.*”²⁴⁹ Os debates que vêm sendo travados na doutrina jurídica já são um avanço extraordinário.

Por fim, importa destacar neste tema que o direito à intimidade diz respeito, em linhas gerais, “[...] *ao ‘verdadeiro eu’, ao âmago de cada ser humano, às emoções, sentimentos que o indivíduo não compartilharia nem mesmo com as pessoas com quem convive em seu núcleo familiar.*”²⁵⁰

Assim, no que se refere à privacidade, conforme a interpretação de Rabelo:

Apesar das peculiaridades inerentes ao direito à intimidade e à vida privada, ambos são absorvidos por um conceito mais amplo, que é do direito à privacidade, que protege as pessoas na sua individualidade, aí incluídas sua intimidade e sua vida privada, delimitando os espaços

²⁴⁷ PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa. *Privacy e protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2012. p. 94.

²⁴⁸ Segundo o tratadista espanhol Miguel Urabayen, aquilo que é privado, “*os acontecimentos ... que venham a ser noticiados, devem, de alguma forma, guardar relação com a condição que ostentem. Em outras palavras, aqui repetindo-se, porque relevante, o quanto já antes afirmado, mesmo as pessoas públicas e notórias devem estar a salvo de perseguições sensacionalistas, lamentavelmente de ocorrência não tão rara nos dias que correm. O sensacionalismo, com efeito, não se amolda ao fim informativo, à natureza institucional da atividade de comunicação, justamente o que autoriza, por vezes, cedam, diante desta, os direitos da personalidade.*” (URABAYEN, Miguel. *Vida Privada e Información: Un Conflito Permanente*. Universidad de Navarra, 1977. p. 17).

²⁴⁹ CORDEIRO, Ana Filipa Pacheco. *Direito à honra e intimidade da vida privada em confronto com o direito à informação*. A proposta de superação deste conflito de direitos na perspectiva do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. 87 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Bissaya Barreto, Coimbra, 2013. p. 30.

²⁵⁰ RABELO, Raquel Santana. *Biografia: os limites da liberdade de expressão*. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. p. 96.

*da vida pessoal do indivíduo com suas particularidades que devem ser preservadas da curiosidade alheia. Estão aqui incluídos os fatos ordinários, ocorridos geralmente no âmbito da vida doméstica, locais reservados, como hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, atitudes, comentários, escolhas pessoais, vida familiar, relações afetivas.*²⁵¹

Nesse sentido, “*não existirá violação ao direito da privacidade no caso de mera descrição de acontecimentos cotidianos, comuns a qualquer pessoa, como, ‘o nascimento, o casamento e a morte’*”, mesmo no caso de pessoas famosas. Mais, não há violação no caso da publicação de “*acontecimentos da vida das pessoas que desempenhem atividades públicas ou daquelas pessoas que deliberadamente se expõem em busca de notoriedade e fama, despertando o interesse público pela sua vida íntima.*”²⁵²

Evidentemente, existe algum limite, mesmo no caso de pessoas que estão em busca de fama, conforme refere a autora citada. O direito à privacidade pode ser exigido por tais pessoas, visto que não estarão necessariamente vinte e quatro horas à disposição para compartilhar sua vida privada.

A privacidade também é uma liberdade de expressão, uma vez que permite a escolha do que se deseja manter no privado, e da confiança em que tal escolha será respeitada, por isso a erosão proporcionada pelas redes sociais e pelas formas em que comercialmente são dispostos os dados sensíveis em ambientes virtuais, ameaçam a liberdade de expressão²⁵³.

Especificamente com relação ao direito à privacidade, “[...] *em sua formulação inicial, o direito à privacidade identificava-se com a proteção à vida íntima, familiar, pessoal de cada ser humano*”, tratando-se, então, nesse início, “[...] *em essência, de um direito à intimidade.*”²⁵⁴

Inicialmente, era um direito de prestação negativa, tal como a propriedade, que impunha aos outros uma obrigação de não fazer. Começa a alterar-se tal concepção em 1960, a partir do “[...] *desenvolvimento tecnológico e a conseqüente multiplicação de mecanismos para recolher, armazenar, processar e utilizar a informação*”, o que provocou “[...] *um aumento exponencial do fluxo de dados na sociedade contemporânea*”. Assim, nessa sociedade “[...] *caracterizada pelo constante intercâmbio de informações, o direito à privacidade deve se*

²⁵¹ Ibid. p. 96.

²⁵² Ibid. p. 99.

²⁵³ ASH, Timothy Garton. *Liberdade de Expressão: Dez princípios para um mundo interligado*. 1ª ed. Lisboa: Temas e debates – Círculo de leitores. 2017.p.328.

²⁵⁴ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 135.

propor a algo mais que àquela finalidade inicial, restrita à proteção da vida íntima”²⁵⁵, passando a proteger, inclusive, os dados pessoais das pessoas na *internet*.

Considerando essa evolução do direito à privacidade, deve-se questionar, mais uma vez, quais seriam os limites do humor no caso do vazamento de dados delicados, por exemplo. Isto é, seria possível fazer piada com dados “vazados” de maneira irregular? O maior exemplo que se pode pensar nos últimos anos é o vazamento de fotos e vídeos íntimos, não só de celebridades, como também de pessoas desconhecidas, que passam, por esse motivo, a ficar “famosas” de uma hora para outra, tendo consequências terríveis, inclusive com pessoas suicidando-se por tais motivos.

Nesse caso, não parece adequado utilizar o humor como ferramenta para divulgar tal violação de direitos. Considerando que tais dados são extremamente sensíveis, a partir da ponderação de direitos no caso entende-se que o caminho seria a proibição da divulgação de tal conteúdo.

Nesse tipo de conflito, deve-se também ter em consideração que “[...] *o direito ao esquecimento deve ser reconhecido como um verdadeiro direito da personalidade*”²⁵⁶, no que se refere às vítimas de vazamento de dados sensíveis, sendo possível requerer remédios jurídicos para cessar a circulação do material.

Refletindo sobre o próprio conceito de humor, Fernandes traz o seguinte debate:

*O humor não pretende colocar as pessoas a rir. Fazer rir é tarefa do cómico. O humor pretende levar as pessoas a pensar nos acontecimentos. O humor mais perfeito é aquele em que o espectador nem se ri. Trata-se de um humor tão inteligente que o espectador fica a pensar na mensagem. O riso é uma reacção sempre física, ou seja, nada tem de intelectual. Quando o receptor se ri trata-se de uma emoção, que é imediata, brutal, animal até. A comédia mais fina é aquela em que o riso aflora à garganta, mas não sai porque é tão inteligente que o espectador é levado imediatamente a pensar. Neste caso nem se provoca o riso. No seu lugar surge um contentamento interior. Esse é o humor interessante.*²⁵⁷

²⁵⁵ Ibid. p. 135.

²⁵⁶ TARTUCE, Flavio. *Direito Civil: lei de introdução e parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 234.

²⁵⁷ FERNANDES, Paulo Jorge. *Caricatura e cartoon em Portugal: humor sem contenção no Portugal contemporâneo. Humor, direito e liberdade de expressão*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, Coleção Formação Contínua, p. 215-235, dez. 2016. p. 216.

Não se quer com isso dar uma definição “fechada” e estanque sobre o próprio humor, mas apenas chamar a atenção para o fato de que o humor não deve ultrapassar a linha de violação de direitos. Neste exemplo de humor “inteligente”, como descreve o autor, não há ofensa de maneira descabida e desnecessária; entretém-se, sem ultrapassar o limite da integridade moral.

7 Teoria das Esferas

Até aqui, pudemos perceber que a tutela da personalidade total, como parte da moderna consciência jurídica, entrou nas Constituições contemporâneas como direito do indivíduo e subjetivo público face ao Estado, tornando-se um direito subjetivo privado com efeitos absolutos em relação a terceiros. Estabelece limites e restrições ao direito geral de personalidade, que “*são os que decorrem da própria natureza do bem da personalidade tutelado, das exigências da vida em comum, da ponderação dos interesses no caso concreto e do consentimento do lesado.*”²⁵⁸

Prosseguir na contextualização do tema é de grande importância para refletir sobre a proteção dos direitos da personalidade, principalmente no que se refere ao direito à privacidade dos sujeitos de direito, sendo possível, nesse sentido, fazer um corte epistemológico com relação à doutrina que divide a intimidade humana em algumas camadas, e cuja interpretação é de grande valia teórica e prática.

Antes de adentrarmos no tema específico da teoria das esferas, importa ressaltar que é aí tratado o tema da proteção da vida privada dos sujeitos de direito. Vamos refletir brevemente sobre o sentido e o surgimento do que hoje chamamos de proteção à vida privada, compreendendo que a “*vida privada é um conceito mutável, varia conforme cultura, época e costumes de um povo, uma sociedade.*”²⁵⁹

Em formulação inicial, “[...] *o direito à privacidade identificava-se com a proteção à vida íntima, familiar, pessoal de cada ser humano*”, constituindo “[...] *um direito à intimidade.*”²⁶⁰ Nesse primeiro momento, era grande a influência do modelo civilista, voltado

²⁵⁸ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 147.

²⁵⁹ ROSSONI, Caroline; BOLESINA, Iuri. A teoria dos círculos concêntricos e a proteção à vida privada: análise ao caso Von Hannover vs. Alemanha, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. *Anais do XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea – VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos*, 2014, p. 3.

²⁶⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 135.

à proteção da propriedade por meio do dever de não intervenção, de abstenção de interferir na propriedade e na vida privada de alguém.

Do mesmo modo que o direito à propriedade permitia repelir o esbulho dos bens materiais, a privacidade permitia afastar a interferência alheia sobre a vida íntima de cada um. Note-se que, nessa concepção inicial, a proteção à privacidade assumia uma conotação puramente negativa, porque, assim como a propriedade, impunha aos outros tão somente um dever geral de abstenção (não fazer).²⁶¹

De acordo com Schreiber, o cenário dessa proteção apenas começa a ser alterado a partir da década de 1960, com o “*desenvolvimento tecnológico e a conseqüente multiplicação de mecanismos para recolher, armazenar, processar e utilizar a informação, na esteira da massificação das relações contratuais*”, o que acabou por estimular o fluxo de dados na sociedade contemporânea. Considerando isso, as informações que possam ser privadas “[...] *passam gradativamente a ser utilizadas no tráfego social para as finalidades mais variadas.*”²⁶²

Nesta sociedade caracterizada pelo constante intercâmbio de informações, “[...] *o direito à privacidade deve se propor a algo mais que àquela finalidade inicial, restrita à proteção da vida íntima*”²⁶³, devendo abranger também o direito ao controle de seus dados pessoais. O uso inadequado de dados sensíveis pode prejudicar intensamente as pessoas.

A dimensão procedimental da privacidade dá-se por meio da coleta de dados pessoais, a qual deve ser proibida quando feita de maneira ilícita, e repreendida em um estado democrático de direito, visto tratar-se, conforme expressão conhecida, de invasão da privacidade. E, se no passado “[...] *a vedação à intromissão alheia identificava-se com o espaço doméstico do lar, como esfera de intimidade da pessoa a salvo do Estado e da coletividade, hoje sua aplicação ampliou-se imensamente.*”²⁶⁴

Além da dimensão procedimental, a privacidade também possui uma dimensão substancial, “[...] *vinculada ao próprio emprego da informação obtida*”, considerando que a pessoa tem direito a “[...] *controlar a representação de si mesma que é construída a partir de*

²⁶¹ Ibid. p. 135.

²⁶² Ibid. p. 135.

²⁶³ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 135.

²⁶⁴ Ibid. p. 138.

seus dados pessoais”, e a “[...] *exigir que tal representação reflita a realidade, impedindo que seu uso assuma caráter discriminatório.*”²⁶⁵

Feita esta breve introdução ao tema, apresentamos a chamada “teoria das esferas”, também conhecida como “teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada” ou “teoria das esferas da personalidade”, que trata sobre a correlação entre vida privada e suas esferas.

A teoria ganhou notoriedade na doutrina jurídica alemã a partir do ano de 1953, com sua elaboração pelo jurista Heinrich Hubmann. A ideia central é dividir a esfera da vida privada das pessoas em três círculos, considerando sua “densidade”. Dessa forma, subdistingue as esferas em esfera externa, esfera do segredo e esfera da intimidade:

*[...] individual, que tutelaria o homem na sua unicidade e no seu modo de ser próprio; a privada, que salvaguardaria o homem diante do mundo, nas circunstâncias da esfera individual; e a secreta, que abarcaria ações, expressões e pensamentos de que ninguém deve tomar conhecimento.*²⁶⁶

Heinrich Hubmann parte da personalidade num espaço ético, no qual se fundem três elementos característicos: a) a dignidade humana (*Menschenwürde*); b) a individualidade (*Individualität*); e c) “o reconhecimento e defesa do ser da personalidade de um exterior e interior círculo de vida com um certo recheio de forças, de valores e de relações, o que se identificaria com um direito sobre a personalidade (*das Recht an der Persönlichkeit*).”²⁶⁷ Ele apresenta como:

*[...] terceiro sinal distintivo do homem, a serviço das tarefas éticas, a pessoalidade (*Personalität*), a sua qualidade de indivíduo humano em relacionamento com os outros homens, com o mundo exterior, consigo mesmo e com os valores éticos e que nesse relacionamento afirma e defende a sua individualidade e autonomia, [...] a personalidade (*Persönlichkeit*) não é uma mera soma aritmética de *Menschenwürde*, *Individualität* e *Personalität*, uma vez que estes elementos ao reunirem-*

²⁶⁵ Ibid. p. 139.

²⁶⁶ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 148.

²⁶⁷ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 143.

*se vão originando um ser com caráter próprio, pleno de dinâmica criadora e de riqueza interior, que pela sua própria natureza necessita de desenvolver-se e de evoluir e que ‘se esforça para além do círculo de vida interior e exterior e busca as suas fronteiras para perseguir e agarrar o infinito.’*²⁶⁸

A partir de um pensamento cristão, destaca o mesmo jurista que “*cada um é uma singular imagem de Deus [...], deve cada homem tornar-se gradualmente mais parecido consigo mesmo.*”²⁶⁹ Hubmann incorpora o que:

*[...] diz respeito à individualidade do homem, ou seja, ao seu caráter próprio, à sua aproximação da imagem humana ideal nele traçada, às suas tendências próprias originariamente recebidas da Natureza e a sua modelação por autodesenvolvimento e autoeducação.*²⁷⁰

Após a recepção da teoria de Hubmann nos meios jurídicos durante a década de 1950, posteriormente, Heinrich Henkel revisou a teoria, também incluindo a ideia de repartição da vida privada em três círculos concêntricos, com camadas sobre camadas. Entretanto, em divergência com a teoria anterior, foi incluído um círculo nuclear, do segredo, e o círculo da intimidade foi deixado como intermediário, continuando o da privacidade como círculo externo. Atualmente, autores como António Menezes Cordeiro²⁷¹ posicionam-se noutra linha, indicando a existência da esfera pública, individual-social, privada, secreta e íntima, por exemplo.

Na definição de Garcia:

A teoria das esferas parte da ideia de que existem diferentes níveis da privacidade, dividindo-se em três camadas, ou círculos concêntricos. A primeira, mais ampla, é a esfera privada (Privatsphäre): “Nela estão compreendidos todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem do domínio público”. Em seu interior, está a esfera da intimidade (Vertrauensphäre), ou esfera confidencial

²⁶⁸ Ibid. p. 143-146.

²⁶⁹ Ibid. p. 145.

²⁷⁰ Ibid. p. 147.

²⁷¹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil IV: pessoas*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 261.

(Vertraulichkeitsphäre), e “*dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade*”. Mais ao centro ainda está o âmago da esfera privada, “*aquela que deve ser objeto de proteção contra a indiscrição: a esfera do segredo*” (Geheimnisphäre).²⁷²

A título de curiosidade, esta corrente foi levada para o Brasil pelo jurista Elimar Szaniawski²⁷³. As bases para que se possa pensar sobre a violação desses direitos da personalidade foram colocadas pela mesma teoria. De acordo com Rossoni e Bolesina, a teoria em debate “[...] *ganhou relevância sendo divulgada no Brasil e adotada pela doutrina minoritária. Posteriormente, a teoria seria revisitada por Heinrich Henkel (1957) que determinaria a posição majoritária da doutrina.*”²⁷⁴

Observe-se que a teoria criada no início da década de 1950 pelo jurista alemão sofreu provavelmente grande influência dos diversos instrumentos internacionais elaborados no final da década de 1940 e no início da de 1950 acerca dos direitos humanos. Com efeito:

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948, constava ... já a necessidade de proteção da vida privada e da intimidade, conforme exposto no artigo 12 onde “ninguém será objeto de interferências arbitrárias em sua vida privada, família, domicílio ou correspondência, nem ataque à sua honra ou reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei, contra tais interferências ou ataques”. Em 1950 a Convenção Europeia dos Direitos do Homem também estabeleceu definições em relação à vida privada e à intimidade. O artigo 8º relata: “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”. Além disso, reflete que não pode haver interferência estatal numa sociedade

²⁷² GARCIA, Rafael de Deus. Os direitos à privacidade e à intimidade: origem, distinção e dimensões. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 34, n. 1, 1-26, jan./jun. 2018, p. 9.

²⁷³ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993.

²⁷⁴ ROSSONI, Caroline; BOLESINA, Iuri. *A teoria dos círculos concêntricos e a proteção à vida privada: análise ao caso Von Hannover vs. Alemanha, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos*. Anais do XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea – VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, 2014. p. 3.

*democrática, salvo se constituir na lei, para proteção, segurança, defesa da sociedade.*²⁷⁵

Assim, importa conceituar cada uma dessas esferas criadas por Heinrich Hubmann. Desde logo, a esfera da privacidade pode então ser considerada como círculo da vida privada em sentido estrito (*Privatsphäre*), lugar em que repousam as relações interpessoais menos profundas, mais rasas, em que não há um amplo grau de conhecimento da vida alheia, algo como um “coleguismo”.

*Assim, o âmbito maior seria abrangido pela esfera privada stricto sensu (Privatsphäre). Nele estão compreendidos todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem do domínio público. Além da esfera privada, situam-se os processos, episódios e condutas de natureza pública. Acham-se eles ao alcance da coletividade em geral, de um círculo indeterminado de pessoas. Por estarem fora da esfera privada, tais fenômenos encontram-se juridicamente excluídos do campo dos chamados delitos de indiscrição*²⁷⁶.

O acesso à esfera pública é restrito e seu grau de restrição é o menor dentre as três esferas. O interesse público, no entanto, é motivo plausível para sua violação. Em tal círculo repousa, por exemplo, o sigilo de dados telemáticos, que podem ser “violados” pelo Poder Judiciário.

A vida privada na esfera pública passa a ter uma proteção menos intensa quando a vida privada é contígua a esta esfera, pois abarca circunstâncias às quais a maioria das pessoas têm acesso. Inserem-se nesses casos as personalidades com notoriedade, conhecidas do público em geral, como são as do mundo político ou artístico, por exemplo, sendo que a amplitude da vida particular e privada acaba por se reduzir significativamente.²⁷⁷ Não significa, contudo, que tais

²⁷⁵ ROSSONI, Caroline; BOLESINA, Iuri. A teoria dos círculos concêntricos e a proteção à vida privada: análise ao caso Von Hannover vs. Alemanha, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. *Anais do XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea – VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos*, 2014. p. 2-3.

²⁷⁶ COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 36.

²⁷⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Tratado de Direito Civil IV: pessoas*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2017.p.45.

peças ficaram desamparadas, pois seus direitos de personalidade continuam a prevalecer, conforme entendimento do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal.²⁷⁸

Nesse sentido, de acordo com Rossoni e Bolesina, a privacidade seria “[...] *uma situação de convivência com os outros indivíduos, excluindo terceiros que não representam nenhum tipo de relação mais próxima*”²⁷⁹. Ainda de acordo com os autores:

*Na vida privada há interesse público, onde algumas circunstâncias do ser humano são relevantes para a comunidade. Onde o acesso à vida privada não perde a condição de íntimo, nem de privacidade devido ao conhecimento de alguns aspectos.*²⁸⁰

A intimidade seria, então, o círculo intermediário (*Vertrauenssphäre*), e englobaria informações ainda mais limitadas sobre o ser humano, partilhadas com um número ainda mais reduzido de pessoas, como as do ambiente familiar, os amigos íntimos e, ainda, amigos profissionais com conhecimento de informações em virtude de seu ofício (como por exemplo os psicólogos, os psiquiatras e, ainda, os advogados).

*No bojo da esfera privada está contida a esfera da intimidade (Vertrauenssphäre) ou esfera confidencial (Vertraulichkeitssphäre). Dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade. Fazem parte desse campo conversações ou acontecimentos íntimos, dele estando excluídos não só o quivis ex populo, como muitos membros que chegam a integrar a esfera pessoal do titular do direito à intimidade. Vale dizer: da esfera da intimidade resta excluído não apenas o público em geral, como é óbvio; bem assim, determinadas pessoas, que privam com o indivíduo num âmbito mais amplo.*²⁸¹

²⁷⁸ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 05A945, Relator Nuno Cameira, 14 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e4428a4a669f03088025705a0052bf9f?OpenDocument&Highlight=0,05A945%20>. Acesso em: mar. 2022.

²⁷⁹ ROSSONI, Caroline; BOLESINA, Iuri. A teoria dos círculos concêntricos e a proteção à vida privada: análise ao caso Von Hannover vs. Alemanha, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Anais do XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea – VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, 2014. p. 4.

²⁸⁰ Ibid. p. 4.

²⁸¹ COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2ª edição. São Paulo: RT, 1995, p. 36.

É neste círculo, então, que devem estar protegidos os sigilos domiciliar, profissional e de comunicações telefônicas, os quais devem sofrer restrições ainda mais agudas para que a quebra de tal sigilo ocorra de forma lícita, como por exemplo só ser possível se decretada por decisão judicial fundamentada.

Nesse sentido, vejamos o seguinte excerto:

*A intimidade, esfera intermediária, destina-se a proteger as relações mais íntimas, mas não secretas, nas quais se mantém um sigilo mais profundo, onde não há a necessidade de conhecimento de outrem e nem sequer a divulgação de determinados acontecimentos em sua vida (...) O fato de a pessoa depor fatos íntimos a amigos não significa que as informações perdem sua intimidade, não transportando da esfera da intimidade para a esfera da vida privada. O que ocorre é a aproximação de terceiros a um conhecimento concreto da intimidade ou da privacidade.*²⁸²

Assim, trata-se, em grande medida, de uma tarefa um tanto quanto complicada “[...] diferenciar os conceitos intimidade e vida privada”, visto tratar-se “de aspectos subjetivos do homem, além de serem passíveis de mutação devido às influências culturais, religiosas, políticas”, dentre outras que podem alterar-se com a passagem do tempo, mercê das alterações trazidas por novas tecnologias, como por exemplo a grande mudança ocasionada pela internet e as redes sociais no século XX. Uma possibilidade é que “[...] a diferença entre esses dois conceitos” se baseie “[...] na abrangência do círculo de conhecimento, ou seja, o número de pessoas que tem a posse de determinada informação.”²⁸³

De todo o modo, importa também conceituar a esfera do segredo (*Geheimsphäre*), sendo esse o círculo mais oculto de todas as esferas da privacidade “local” em que estão armazenadas as informações mais íntimas da pessoa. Na maior parte das vezes, tais informações não são

²⁸² ROSSONI, Caroline; BOLESINA, Iuri. A teoria dos círculos concêntricos e a proteção à vida privada: análise ao caso Von Hannover vs. Alemanha, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Anais do XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea – VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, 2014. p. 4-5.

²⁸³ ROSSONI, Caroline; BOLESINA, Iuri. A teoria dos círculos concêntricos e a proteção à vida privada: análise ao caso Von Hannover vs. Alemanha, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Anais do XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea – VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, 2014. p. 5.

partilhadas com outras pessoas; quando muito, um número extremamente pequeno de pessoas muito próximas as conhece, sendo, portanto, fatos com os quais o interesse público não deverá envolver-se.

Alguns exemplos possíveis são a orientação sexual, quando a pessoa prefere não dividir tal informação com pessoas que não sejam próximas; opções religiosas; opções filosóficas, etc.

Por derradeiro, no âmbito da esfera privada está aquela que deve ser objeto de especial proteção contra a indiscrição: a esfera do segredo (Geheimsphäre). Ela compreende aquela parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo, do qual compartilham uns poucos amigos, muito chegados. Dessa esfera não participam sequer pessoas da intimidade do sujeito. Consequentemente, a necessidade de proteção legal, contra a indiscrição, nessa esfera, faz-se sentir mais intensa.²⁸⁴

De acordo com Rossoni e Bolesina, então, “o segredo é a camada mais profunda, onde estão guardadas as informações mais íntimas do ser humano, geralmente não compartilhadas com outros indivíduos.”²⁸⁵

De Cupis define o direito ao segredo como uma manifestação pessoal que deve ser inacessível ao conhecimento dos outros, secretas, “um tal rigor da tutela jurídica, que limita fortemente a liberdade alheia, é incompatível com uma excessiva extensão do direito ao segredo²⁸⁶” não podendo este existir senão em casos expressamente previstos no ordenamento jurídico.

Assim, a privacidade diz respeito aos aspectos mais ocultos dos seres humanos, resguardando informações muito pessoais. Algumas dessas informações podem chegar a tocar o interesse público (intimidade), ao passo que outras dizem respeito apenas ao seu titular, que pode compartilhá-las apenas com as pessoas mais próximas que escolher. Neste sentido, o segredo é o aspecto mais interior da privacidade.

²⁸⁴ COSTA JR. Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 36-37.

²⁸⁵ ROSSONI, Caroline; BOLESINA, Iuri. A teoria dos círculos concêntricos e a proteção à vida privada: análise ao caso Von Hannover vs. Alemanha, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Anais do XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea – VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, 2014. p. 5.

²⁸⁶ DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Os Direitos da Personalidade. Tradução Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.p.147.

Em resumo, a diferenciação das três esferas se dá da seguinte forma:

*Adotando-se a teoria das esferas, pode-se nitidamente concluir pela distinção entre intimidade e vida privada e, mais ainda, diferenciá-las do segredo. A proteção da vida privada – esfera de maior amplitude – consiste no direito de subtrair do conhecimento do público em geral fatos da vida particular que não revelam aspectos extremamente reservados da personalidade do indivíduo. Já a intimidade – Intimsphäre [Vertrauenssphäre, em Costa Jr.], em sentido lato na teoria alemã, refere-se à prerrogativa de se excluírem do conhecimento de terceiros as informações mais sensíveis do indivíduo, tais como aspectos atinentes à vida sexual, religiosa e política; compartilhados apenas com as pessoas mais íntimas e com caráter reservado. Por fim, a esfera do segredo, Geheimsphäre ou intimidade em sentido estrito na teoria alemã, compreende as informações relacionadas com os sentimentos, com os sonhos e com as emoções da pessoa; não compartilhadas com ninguém ou compartilhadas apenas com amigos mais íntimos.*²⁸⁷

Assim, a reserva juscivilisticamente tutelada:

*[...] abrange não só o respeito da intimidade da vida privada, em particular a intimidade da vida pessoal, familiar, doméstica, sentimental e sexual e, inclusivamente, os respectivos acontecimentos e trajetórias, mas ainda o respeito de outras camadas intermediárias e periféricas da vida privada, como as reservas do domicílio e de lugares adjacentes, da correspondência e de outros meios de comunicação privada, dos dados pessoais informatizáveis, dos lazeres, dos rendimentos patrimoniais e de demais elementos privados da atividade profissional e econômica, bem como também, “a própria reserva sobre a individualidade privada do homem no seu ser para si mesmo”.*²⁸⁸

²⁸⁷ VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade de informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2007.p.116.

²⁸⁸ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 318-324.

Veja-se, por exemplo, na interpretação de Schreiber, que “*não se confundem a vida privada e intimidade, na medida em que essa se volta para o mundo interior do indivíduo, compreendidos, por exemplo, seus segredos, enquanto aquela, para o mundo exterior, que corresponde ao direito de manter o modo de vida que aprouver.*”²⁸⁹

Timothy Ash defende, na esfera do segredo, o uso de medidas positivas, como na educação, no jornalismo, nas comunidades locais, a fim que desenvolvamos “*uma cultura de debate franco e robusta civilidade. Estas tarefas são gémeas. Quanto mais bem-sucedidos formos na última, menos necessidade teremos da primeira*”. Exemplifica:

*quando alguém conta uma anedota extremamente racista num almoço privado, merece reação fria ou uma repreensão contundente. É completamente errado pensar-se que quando um limite não é imposto por um policial que bate à porta às cinco da manhã, ele não é uma restrição. São restrições, e do tipo mais desejável. É assim que aprendemos a navegar nos altos mares da liberdade de expressão: levando o barco para o largo, enfrentando águas agitadas, ventos adversos e outros barcos.*²⁹⁰

A teoria das esferas de Hubmann é importante porque busca explicar os direitos da personalidade e sua relação com a vida social dos indivíduos. A diferenciação entre camadas, qualquer que seja a classificação adotada, é importante para a teorização do dano moral no ordenamento jurídico, visto que, quanto mais íntima for a interferência do terceiro que cometeu um ilícito contra a esfera da vida privada da vítima, será entendida como maior a afronta aos direitos da personalidade e, nessa toada, maior deve ser a represália contra o sujeito que cometeu o dano, o que deve refletir-se na quantificação, por exemplo, do valor a ser pago pelo dano extrapatrimonial decorrente de tal conduta.

Além da importância que a repercussão patrimonial assume nesse contexto de violação da vida privada de tal pessoa, esse dano poderá causar ainda diversos graus de lesão nos referidos direitos, consoante mais profunda seja a escala de privacidade atingida, isto é, se

²⁸⁹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 38.

²⁹⁰ ASH, Timothy Garton. *Liberdade de Expressão: Dez princípios para um mundo interligado*. 1ª ed. Lisboa: Temas e debates – Círculo de leitores. 2017.p.116.

chegar ao nível do segredo ou da intimidade, trata-se de dano ainda mais grave suportado pelo sujeito.

Este debate mostra-se importante, considerando que possibilita uma teorização mais fundamentada da diferenciação dos danos sofridos por pessoa que tem sua vida privada invadida. Entretanto, a depender de qual informação é divulgada, *pode ser mais ou menos grave, levando à obrigação de indenizar, pelo “agressor”, ao nível possivelmente mais adequado, para retribuição do dano extrapatrimonial.* Complementando:

Tal classificação proposta pela teoria dos círculos concêntricos elabora um critério mais ou menos objetivo quanto à valoração da vida privada e acaba auxiliando no contexto da avaliação de eventual pedido jurisdicional de proteção à vida privada. Essa “metodologia” se opõe, portanto, ao subjetivismo do julgador ao decidir casos de violação à vida privada, evitando que pré-conceitos morais, religiosos, filosóficos ou políticos interfiram ou sejam determinantes na decisão.²⁹¹

A depender também do nível de dano provocado contra a esfera da vida privada da vítima, é possível até mesmo, por exemplo, buscar a esfera do direito criminal para que se possa inibir e castigar esse tipo de comportamento, por meio dos tipos penais de crimes contra a honra (difamação²⁹², calúnia e injúria).

²⁹¹ ROSSONI, Caroline; BOLESINA, Iuri. A teoria dos círculos concêntricos e a proteção à vida privada: análise ao caso Von Hannover vs. Alemanha, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Anais do XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea – VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, 2014. p. 5-6.

²⁹² Um sinal manifesto desta tendência está espelhado na acusação particular por crime de difamação deduzida contra uma juíza de direito por indivíduos de etnia cigana que haviam sido julgados por essa mesma magistrada judicial num outro processo-crime e com referência a expressões por ela usadas na sentença condenatória dos referidos arguidos, acusação particular essa que foi rejeitada no tribunal da relação por despacho do juiz desembargador a quem foram os autos distribuídos, tendo tal despacho de rejeição sido apreciado e confirmado pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23/5/2012, Processo n.º 6/09.4TRGMR.S1, relator: Pires da Graça, publicado em www.dgsi.pt, com o seguinte Sumário parcial: “III - O art.º 379.º, n.º 1, do CPP, determina que a sentença condenatória especifique os fundamentos que presidiram à escolha e à medida da sanção aplicada, o que aliás resulta do art.º 71.º do CP, que manda o tribunal atender na determinação concreta da pena e todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo, depuserem a favor do agente ou contra ele, nomeadamente as ali indicadas, impondo o n.º 3 do citado preceito que na sentença são expressamente referidos os fundamentos da medida da pena. IV - A sentença penal condenatória contém sempre factos desfavoráveis ao arguido são suscetíveis, em abstrato, de integrar um tipo legal de crime e, na medida em que configuram um comportamento criminoso são, objetivamente, uma ofensa à honra. Embora nem sempre, o mesmo pode acontecer nos motivos de facto e de direito que fundamentam a decisão, bem como na indicação e exame crítico das provas ou dos meios de prova em que se baseou e fazer uma resenha daquilo que de cada um extraiu, mas

Outro aspecto pertinente neste contexto é o de que “*é crescente o número de tabloides que visam exclusivamente o ‘entretenimento’; são aqueles conhecidos como ‘revistas/programas de fofocas/famosos’ e que têm por objetivo notório a ampla exposição da vida de personalidades públicas*”. Tais meios de comunicação são, em alguma medida, “especializados” em invadir a vida privada de pessoas, as quais, apesar de serem “pessoas públicas”, ainda assim possuem vidas privadas que demandam proteção, não podendo os *media*, por exemplo, invadir lhes a casa para tirar fotos e buscar notícias de “fofocas”.

Assim, “*as mídias globais de informação e entretenimento, aliadas às tecnologias instantâneas de transmissão de dados e imagens configuram um estado de constante tensão entre a vida privada, a imagem e as liberdades comunicativas.*”²⁹³ A intensa presença dos *media* atualmente em nossas vidas traz uma grande tensão no que se refere ao respeito das esferas da vida privada, conforme observa o jurista alemão em debate.

Por outro lado, é interessante pensar no período em que vivemos de intensa exposição nas redes sociais, nomeadamente o fato de as próprias pessoas exporem sua vida privada ao público. Claro que existe aqui uma grande diferença, visto que neste caso a exposição se dá com o consentimento da pessoa, e não por meio de ato ilícito de terceiro.

Vejam os o exemplo do processo Von Hannover vs. Alemanha, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. A princesa Caroline Von Hannover, conhecida como princesa Caroline do Mônaco, estava de férias na Alemanha e foi alvo de *paparazzi*, que tiraram fotos

*também demonstrar o raciocínio que lhe permitiu chegar à prova dos factos, sem o que a sentença também é nula. V - No caso dos autos, as expressões que os assistentes consideraram difamatórias, para além de constarem dos factos provados, constam também da motivação de facto e da motivação de direito, concretamente da escolha e medida concreta da pena. Tais expressões resultam do teor dos depoimentos das testemunhas (elementos da GNR), devidamente escarpelizados na motivação fáctica e outras foram retiradas dos relatórios sociais, encontrando-se algumas delas entre aspas. Com efeito, as apontadas expressões são usadas, nos factos provados, com um verdadeiro animus narrandi, ou seja, para descrever a ocorrência e, no mais, para fundamentar as premissas do raciocínio da julgadora, não podendo, por isso, ficar vulneráveis e sujeitas ao crivo da tipificação penal comum. VI - As expressões utilizadas pela arguida em decisão judicial no exercício da função jurisdicional, de harmonia com os seus poderes legais de cognição, no âmbito do objeto do processo, não resultaram de atuação pessoal, particular, de sua mera invenção, de forma a que delas se retire que a arguida quis ofender a honra e consideração dos assistentes; outrossim, as explica com fundamento na prova que indica e delas retirando a fundamentação da pena, pelo que não extravasam os limites legalmente exigidos pela decisão, circunscrevendo-se, assim, no exercício de um direito e no cumprimento de um dever imposto por lei (o direito de julgar perante o dever de administrar a justiça), o que exclui a ilicitude nos termos do art.º 31.º, n.º 1, als. b) e c), do CP, e, por isso, não constitui ilícito criminal.” (SAPATEIRO, José Eduardo. *Humor, Direito e Liberdade de Expressão*. Humor na Jurisprudência Portuguesa. 1. ed. Centro de Estudos Judiciários: Lisboa, 2016. p. 89).*

²⁹³ ROSSONI, Caroline; BOLESINA, Iuri. A teoria dos círculos concêntricos e a proteção à vida privada: análise ao caso Von Hannover vs. Alemanha, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Anais do XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea – VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, 2014. p. 8.

dela sem consentimento em sua vida cotidiana (fazendo compras, jantando com amigos, brincando com os filhos, etc.), e também algumas fotos em que ela estava de biquíni.

Diante disso, a princesa ingressou com diversas demandas para que as publicações fossem removidas, “[...] vez que tais publicações violavam o direito à vida privada da sua pessoa e de seus filhos.”²⁹⁴ A batalha judicial chegou até ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, com o argumento de violação do artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos – Direito à vida Privada:

*Artigo 8º - Direito ao respeito pela vida privada e familiar: 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.*²⁹⁵

O argumento da parte contrária era exatamente o da liberdade de expressão. Na decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, houve debate acerca da teoria dos círculos concêntricos, citando-se expressamente o “*Persönlichkeitsrecht*”.

Tal decisão deu-se em 2004 e sua “[...] grande inovação [...] é a revisão da (antiga) ideia de que pessoas públicas ‘por excelência’ devem tolerar publicações de fatos que invadem a sua vida privada, da mesma forma que deveriam as pessoas comuns fotografadas em ambientes públicos”. Assim, “[...] a proteção à vida privada demanda proteção tanto no círculo privado pessoal e familiar quanto no espaço social”, isto é, “[...] não se garante apenas a incolumidade do espaço íntimo ou privado exercitado em locais mais reservados [...], mas também o da vida privada exercida em sociedade.”²⁹⁶

²⁹⁴ Ibid. p. 10.

²⁹⁵ CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. França, 1953. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 18 out. 2021.

²⁹⁶ ROSSONI, Caroline; BOLESINA, Iuri. A teoria dos círculos concêntricos e a proteção à vida privada: análise ao caso Von Hannover vs. Alemanha, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. *Anais do XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea – VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos*, 2014. p. 12.

No Brasil, caso parecido envolveu a famosa apresentadora Daniella Cicarelli, “*que foi flagrada em relações íntimas com o namorado em uma praia da Espanha, tendo as imagens reproduzidas no YouTube, site especializado em vídeos mantido pela Google*”²⁹⁷. Ela e o namorado ingressaram, então, com demanda inibitória, de tutela da personalidade, tendo como resultado o seguinte acórdão:

*Ação inibitória fundada em violação do direito à imagem, privacidade e intimidade de pessoas fotografadas e filmadas em posições amorosas em areia e mar espanhóis – Esfera íntima que goza de proteção absoluta, ainda que um dos personagens tenha alguma notoriedade, por não se tolerar invasão de intimidades [cenas de sexo] de artista ou apresentadora de TV – Inexistência de interesse público para se manter a ofensa aos direitos individuais fundamentais (arts. 1.º, III, e 5.º, V e X, da CF) – Manutenção da tutela antecipada expedida no Agravo de Instrumento 472.738-4 e confirmada no julgamento do Agravo de Instrumento 488.184-4/3 – Provimento para fazer cessar a divulgação dos filmes e fotografias em websites, por não ter ocorrido consentimento para a publicação – Interpretação dos arts. 461 do CPC e 12 e 21 do CC, preservada a multa diária de R\$ 250.000,00, para inibir transgressão ao comando de abstenção.*²⁹⁸

Reitera-se nesse julgado exatamente a questão de que o fato de a pessoa ser “pública”, isto é, famosa por sua profissão ou por alguma condição pessoal como ser princesa, não abre a possibilidade à invasão de sua vida íntima, mesmo quando em espaço público, visto que em ambos os casos não se tratava de cenas do interesse público.

Dessa forma, na linha da teoria das esferas, e considerando o julgado acima analisado, deve-se ter em consideração que se “[...] *a profissão ou o sucesso de uma pessoa a expõe ao interesse do público, o direito não deve reduzir, mas assegurar, com redobrada atenção, a tutela da sua privacidade.*”²⁹⁹

²⁹⁷ TARTUCE, Flavio. *Direito Civil: lei de introdução e parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 238.

²⁹⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 556.090.4/4-00/SP*, Quarta Câmara de Direito Privado, Relator: Enio Zuliani, julgado em: 12.06.2008, Data de Registro: 17.07.2008.

²⁹⁹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 144.

Nesse sentido, “[...] no tocante ao direito à imagem, o fato de certa pessoa ser célebre - equivocadamente chamada de “pessoa pública” - não pode servir de argumento a legitimar invasões à sua privacidade (...)”, sendo abrangidos em tal conceito, “(...) não apenas o espaço doméstico de desenvolvimento da sua intimidade, mas também os mais variados aspectos do seu cotidiano e de sua vida privada”; isto é, tampouco a condição de a pessoa ser famosa por conta de sua profissão ou condição pessoal, como era o caso da princesa Caroline, e estar em local público “[...] pode ser invocado como circunstância autorizadora da violação à privacidade.”³⁰⁰

Assim, deve-se levar em consideração “[...] a expectativa de privacidade em torno do ato captado naquelas circunstâncias concretas”. Isto é, se a pessoa está em local público, não espera ser “espiada”, como no caso analisado, visto que está apenas exercendo atividades normais da vida cotidiana, como passear com os filhos, etc. Pode-se dizer, neste caso, que a camada mais “externa” da sua esfera de privacidade ainda assim deve ser tutelada, e não invadida. Tomemos um exemplo diferente: “[...] político que abre sua casa para uma coletiva de imprensa não pode ostentar expectativa de privacidade em relação ao que declara aos jornalistas, ainda que em ambiente privado”, visto que o sujeito está ciente de que os jornalistas estão presentes em sua esfera da vida privada com o objetivo de buscar informações que se revestem de interesse público. Nessa linha, “determinante não pode ser, de modo algum, o aspecto meramente estrutural do local (público ou privado) onde as palavras vêm captadas, mas, repita-se, a consciência e a expectativa de quem ali se encontra.”³⁰¹ Conclui-se acerca do tema, de acordo com Schreiber, que:

O critério do lugar público representa verdadeira subversão do que deveria ser o debate em torno da privacidade. Afigura-se especialmente cruel em situações onde se empregam artifícios inesperados, como a leitura labial do que é dito no ambiente teoricamente reservado de um banco de reservas ou nos túneis de acesso ao campo. Aqui, como em outros setores do direito, a expectativa do retratado deve assumir papel central, preservando-se, à luz da boa-fé objetiva, um ambiente compatível com a lealdade recíproca e a mútua confiança. A captação e divulgação de qualquer manifestação pessoal do sujeito sem o seu consentimento devem ser admitidas apenas em caráter excepcional,

³⁰⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 144.

³⁰¹ *Ibid.* p. 145.

*quando justificadas por outros interesses merecedores de tutela à luz do ordenamento jurídico. Nesses casos, impõe-se uma ponderação criteriosa, que admita o sacrifício da privacidade apenas se necessário (e na exata medida do que for necessário) para a realização de outro interesse que, nas circunstâncias do caso concreto, afigure-se ainda mais relevante sob o prisma constitucional.*³⁰²

Importa também indicar que foram apontadas críticas à referida teoria. De acordo com Doneda, a teoria teria perdido importância na própria doutrina alemã, sendo, inclusive, chamada de “teoria da ‘pessoa como uma cebola passiva’, tendo perdido “sua centralidade nesta matéria após uma célebre sentença proferida em 1983 pelo Tribunal Constitucional Alemão.”³⁰³

De acordo com o mesmo autor, a sentença de tal caso teria determinado “[...] a ilicitude de diversos itens da Lei do Censo, de 1982, que atentariam diretamente contra o direito geral da personalidade – *allgemeines Persönlichkeitsrecht* –, relacionados tanto à coleta como ao tratamento de informações pessoais nos termos propostos pelo censo”. Na decisão, foi considerado que a teoria das esferas concêntricas não terá demonstrado ser bom parâmetro no contexto em que as questões com relação

*[...] à privacidade eram também problemas relacionados à informação automatizada e às suas dinâmicas próprias, e assim, haveria a corrosão de uma suposta eficácia da construção teórica com base em pressupostos acerca dos níveis de intimidade e privacidade, sendo “categorias específicas de atos e dados capazes de irromper até tais níveis.*³⁰⁴

Nos termos da própria sentença, citada e traduzida por Doneda:

[...] não se pode levar em consideração somente a natureza das informações; são determinantes, porém, a sua necessidade e utilização.

³⁰² SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 146.

³⁰³ DONEDA, Danilo. Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro. Da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais. *Portal Âmbito Jurídico*. 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/privacidade-vida-privada-e-intimidade-no-ordenamento-juridico-brasileiro-da-emergencia-de-uma-revisao-conceitual-e-da-tutela-de-dados-pessoais/>. Acesso em: 26 nov. 2020.

³⁰⁴ Ibid.

Estas dependem em parte da finalidade para a qual a coleta de dados é destinada, e de outra parte, da possibilidade de elaboração e de conexão próprias da tecnologia da informação. Nesta situação, um dado que, em si, não aparenta possuir nenhuma importância, pode adquirir um novo valor; portanto, nas atuais condições do processamento automático de dados, não existe mais um dado ‘sem importância.’³⁰⁵

No mais, tal teoria também teria recebido “[...] severas críticas quanto ao grau de subjetivismo na separação das esferas, além de não estar se revelando muito útil no momento da compreensão de fenômenos.”³⁰⁶ Mesmo com as críticas tecidas pela própria doutrina alemã, a referida teoria continua sendo razoavelmente influente no que se refere à doutrina e ao judiciário de alguns países.

De todo o modo, trata-se ainda de um instrumento teórico que pode ser muito útil no debate que propomos na presente tese acerca dos limites de humor. Assim, os temas a serem ainda abordados no presente trabalho irão servir-se da ferramenta da teoria das esferas para efetuar uma análise sobre os limites do humor e sobre a vida privada das pessoas.

8 Os Limites dos direitos de personalidade – colisão de direitos intrínsecos

O Humor é “*A maneira imprevisível, certa e filosófica de ver as coisas.*”

Monteiro Lobato

Após as considerações em torno da teoria das esferas, importante instrumento que visa auxiliar no entendimento da diferenciação entre as “*camadas da vida privada que devem ser protegidas*” e em qual medida, outro importante assunto que deve ser debatido é a questão dos limites dos direitos de personalidade, visto que nenhum direito é absoluto e, eventualmente, pode chocar com outros direitos também de personalidade. Nesses casos, há a chamada colisão de direitos intrínsecos, que corresponde ao exercício de um direito fundamental por parte de

³⁰⁵ FROSINI, 199 *apud* DONEDA, Danilo. *Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro. Da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais*. Portal Âmbito Jurídico. 2014. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/privacidade-vida-privada-e-intimidade-no-ordenamento-juridico-brasileiro-da-emergencia-de-uma-revisao-conceitual-e-da-tutela-de-dados-pessoais/>> Acesso em 26 nov. 2020.

³⁰⁶ GARCIA, Rafael de Deus. Os direitos à privacidade e à intimidade: origem, distinção e dimensões. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre*, v. 34, n. 1, 1-26, jan./jun. 2018, p. 10.

um titular, que impede ou embaraça o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular, sendo irrelevante a coincidência entre os direitos individuais.³⁰⁷

De modo geral, é possível visualizar três possibilidades de limitações aos direitos de personalidade: as limitações decorrentes da tutela de outros bens jurídicos, em que ocorre a colisão de direitos; as limitações do plano organizacional, decorrentes da imposição do poder público; e as limitações voluntárias, traduzidas através de uma relação contratual.³⁰⁸ Neste tópico, o foco de nosso estudo será em relação às colisões de direitos, decorrentes da necessidade de tutela de outros bens jurídicos, exaltando-se o posicionamento de Barbosa, ao afirmar que os limites à liberdade de expressão “*são recortados da colisão de direitos.*”³⁰⁹

Contudo, é de suma importância estabelecer que há distinção entre limites e restrições de direitos fundamentais, estabelecendo-se, nesse momento, as definições acerca destas. De acordo com Novais, por exemplo:

*Enquanto restrição (do latim restringere) tem o sentido principal de supressão ou diminuição de algo, já limite (do latim limitare ou delimitare) tem sentido de extrema fronteira. Assim, enquanto a restrição procura traduzir a ideia de uma intervenção ablativa num conteúdo pré-determinado, limite sugere a revelação ou colocação dos contornos desse conteúdo, ainda que na colocação de limites a alguma coisa venha sempre implicando o deixar de fora da delimitação algo que poderia estar dentro. Nessa medida, a colocação de limites é também inclusão e exclusão, preenchimento de restrição.*³¹⁰

Assim, de acordo com Rabelo, as “[...] restrições aos direitos fundamentais podem ser compreendidas como ações ou omissões dos poderes públicos ou particulares que eliminam, dificultam o acesso, a promoção ou a realização do bem jurídico objeto de proteção do direito fundamental.”³¹¹

³⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 1253.

³⁰⁸ ALBUQUERQUE MATOS, 2011 apud BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Litigiosidade jurídico-religiosa: possibilidade de tutela civilística do sentimento religioso*. Cascais: Príncipia, 2015.p.14.

³⁰⁹ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Litigiosidade jurídico-religiosa: possibilidade de tutela civilística do sentimento religioso*. Cascais: Príncipia, 2015. p. 116.

³¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 155.

³¹¹ RABELO, Raquel Santana. *Biografia: os limites da liberdade de expressão*. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. p. 85.

Nesse sentido, as restrições implicariam a realização de um ato pelo poder público que iria limitar o exercício de um direito fundamental, que pode ser afetado por uma disposição constitucional expressa ou por norma infraconstitucional promulgada com fundamento na Constituição. Se houver caso em que uma norma inconstitucional tenha sido promulgada a fim de estabelecer afetação a direito fundamental, não se trata de restrição, mas sim de intervenção não admitida pelo direito.

Outra possibilidade de restrição de direito fundamental é em caso de colisão entre eles, “[...] *mesmo que não exista a possibilidade de autorização de limitação expressa pelo legislador*”, que pode passar a ter restrições por necessidade de se protegerem outros direitos também essenciais para a sociedade e a defesa da dignidade da pessoa.³¹²

De acordo com Capelo de Sousa, “[...] *o direito ao desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo é limitado pelos direitos ao desenvolvimento da personalidade dos demais indivíduos da comunidade jurídica*”, sendo de rigor, nesse sentido, que “[...] *os titulares desses direitos iguais ou da mesma espécie [...], em caso de concreta colisão, [cedam] na medida do necessário para que todos os direitos ao desenvolvimento da personalidade produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes (...)*”³¹³, conforme o artigo 335, n.º 1, do Código Civil.

A noção de personalidade esteve associada por muito tempo no mundo moderno à possibilidade de assumir direitos e obrigações a partir da perspectiva do contrato. De acordo com os positivistas, cujo maior representante é Kelsen, a própria capacidade abstrata de possuir direitos e de ter a possibilidade de contrair obrigações nasce na ordem civil. Tal possibilidade apenas se dá como decorrência jurídico-normativa do sistema, posto que assegure essas garantias com base em parâmetros mínimos estabelecidos a partir da força estatal, que é a instituição dotada dessa prerrogativa. Isto é, as garantias do direito de personalidade passam a ter essa força coercitiva a partir do momento em que a instituição estatal elabora normas que possibilitem tal coerção.

Ainda assim, importa salientar que, considerando que atualmente vivemos em uma ordem constitucional, não se deve olvidar que o direito posto deve ser interpretado a partir da matriz constitucional, que estabelece direitos básicos para todas as pessoas e consagra o princípio da dignidade da pessoa.

³¹² RABELO, Raquel Santana. *Biografia: os limites da liberdade de expressão*. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. p. 85.

³¹³ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 358.

Ou seja, os direitos da personalidade decorrem daí e devem ser lidos com base em tal abordagem, considerando também que “[...] *os direitos da personalidade são fruto da captação desses valores fundamentais regulados no interior da disciplina civilística.*”³¹⁴ Mesmo estando positivados na ordem civil, é essencial que tal ordem civil seja lida a partir da abordagem constitucional.

Nesse sentido, pressupondo a ampla tutela da pessoa existente no âmbito constitucional, pode-se entender os direitos de personalidade como instrumentos de livre realização da pessoa na esfera de sua vida privada, dentro dos limites expressos da legislação, em geral, e da lei civil, em especial. Assim, com o desenvolvimento das teorias jurídicas acerca da proteção aos direitos de personalidade, conclui-se que os direitos da personalidade são valores a serem preservados por todos, sendo obrigação de cada um e de todos os membros da sociedade agir de modo a prover condições dignas de existência.

É necessário, nesta linha, promover o afastamento da noção de direitos de personalidade como direitos a serem lidos a partir da perspectiva meramente individual, impondo-se, então, a necessidade de uma leitura coletiva de tais direitos, ou seja, não se trata apenas do sopesamento entre normas e princípios; também é necessária a reflexão sobre o modo como os juristas interpretam as normas disponíveis no ordenamento jurídico. Nesse sentido:

*A atividade de interpretação descrita acima utiliza-se de um conjunto tradicional de elementos de interpretação, de longa data identificados como gramatical, histórico, sistemático e teleológico. São eles instrumentos que vão permitir ao intérprete em geral, e ao juiz em particular, a revelação do conteúdo, sentido e alcance da norma. O Direito, a resposta para o problema, já vêm contidos no texto da lei. Interpretar é descobrir essa solução previamente concebida pelo legislador. Mais ainda: o ordenamento traz em si uma solução adequada para a questão. O intérprete, como consequência, não faz escolhas próprias, mas revela a que já se contém na norma. O juiz desempenha uma função técnica de conhecimento, e não um papel de criação do direito.*³¹⁵

³¹⁴ TARTUCE, Flavio. *Direito Civil: lei de introdução e parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 226.

³¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. critérios de ponderação. interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, 235, p. 1-36, Rio de Janeiro, jan./mar. 2004. p. 2.

Evidente, portanto, que a leitura de direitos de maneira coletiva é essencial para que se possa teorizar acerca da probabilidade de colisão entre os direitos intrínsecos e a solução que pode ser dada a cada caso concreto. Capelo de Sousa destaca o fato de que o próprio ordenamento jurídico propõe uma solução para questões de colisão de direitos, como se pode constatar a partir do art. 335º do Código Civil português: quando a questão envolve direitos similares, o artigo mencionado trata sobre a possibilidade de cada um ceder o que for possível sem que com isso comprometa a outra parte; na hipótese de os direitos não corresponderem em similaridade, a resolução se dará com base naquele tido como mais elevado. Há, portanto, uma ponderação relativa no tocante à colisão de direitos, já que se realiza uma reflexão de maneira separada, notadamente quanto aos direitos similares ou não.³¹⁶

Para se pensar nos limites dos direitos da personalidade, importa, preliminarmente, propor algumas breves reflexões históricas acerca da diferenciação entre positivismo e jusnaturalismo.

Parte da doutrina compreende os direitos da personalidade a partir do prisma jusnaturalista, entendendo que estes são inerentes à pessoa, passíveis de individualização, e encontram-se acima do Estado, que só os pode reconhecer e atribuir-lhes coercitividade. Além disso, diante da abrangência e abstração desses direitos, vislumbram a impossibilidade de a lei os enumerar a todos.

Já os positivistas defendem que os direitos da personalidade são um produto jurídico-normativo, adotando somente o conteúdo expresso pela lei, por considerar que entendimento diferente geraria insegurança jurídica pela utilização excessiva de juízos de valores.

Assim, partindo da visão jusnaturalista, pode-se afirmar que os próprios direitos da personalidade, principalmente no que se refere ao seu núcleo duro, são direitos inerentes à própria natureza humana, ocupando uma posição entendida como supraestatal. Há, ainda assim, a necessidade da positivação como meio de se garantir o exercício de tais direitos assegurando a coercitividade.

Dessa forma, ainda que divergentes, as duas compreensões acerca dos direitos da personalidade devem ser lidas e interpretadas como complementares, uma vez que uma se preocupa com a essencialidade da natureza humana e com a constante busca de justiça, enquanto a outra concede eficácia aos direitos em questão, ao descrevê-los em normas legais.

³¹⁶ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011.p.154.

Serpa Lopes, por exemplo, concebe os direitos de personalidade como atributos inatos ao indivíduo, projeções biopsíquicas integrativas das pessoas, sendo bens jurídicos que devem ser assegurados e disciplinados pela ordem jurídica positiva.³¹⁷

Nesse sentido, os direitos de personalidade são entendidos como direitos subjetivos privados de caráter não-patrimonial que visam proteger a pessoa em face de todos os demais, sendo, portanto, oponíveis *erga omnes* e *universais*, *absolutos*, *imprescritíveis*, *intransmissíveis*, *impenhoráveis* e *vitalícios*, de acordo com as normas internacionais de direitos humanos. De acordo com Silvio Rodrigues:

*Dentre os direitos subjetivos de que o homem é titular pode-se facilmente distinguir duas espécies diferentes, a saber: uns que são destacáveis da pessoa de seu titular e outros que não o são. Assim, por exemplo, a propriedade ou o crédito contra um devedor constituem direito destacável da pessoa de seu titular; ao contrário, outros direitos há que são inerentes à pessoa humana e portanto a ela ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra. Estes são os chamados direitos da personalidade. Tais direitos, [...] inerentes à pessoa humana, saem da órbita patrimonial, portanto são inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.*³¹⁸

Devido ao racionalismo decorrente do Iluminismo na Idade Moderna, pode-se perceber que aumentou a proteção dos direitos individuais com o aperfeiçoamento, inclusive, do próprio conceito de sujeito de direito. Inicialmente, visava-se proteger o ser humano, individualmente considerado, contra a opressão do Estado, sem a preocupação de estender esses direitos “contra” os particulares. De acordo com Rodrigues, “[...] o jurista se propõe a propiciar meios para defender esses direitos não patrimoniais não mais contra a ação do poder público, mas contra as ameaças e agressões advindas de outros homens.”³¹⁹

Importa destacar que:

³¹⁷ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. p. 205.

³¹⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: parte geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 61.

³¹⁹ *Ibid.* p. 62.

[...] *alguns direitos da personalidade, quando analisados sob o aspecto do relacionamento com o Estado e constantes no ordenamento positivo, recebem o nome de liberdades públicas, sendo, contudo, os mesmos direitos do ponto de vista de sua tipificação, mas examinados em planos distintos. Os primeiros estão no relacionamento de uma pessoa diante de outra, isto é, nas relações privadas (direitos da personalidade); e os últimos perante o Estado (liberdades públicas), acrescidos de outros direitos econômicos, sociais e políticos.*³²⁰

Com as transformações operadas no ordenamento jurídico, este foi-se tornando cada vez mais valorativo e menos descritivo. O neoconstitucionalismo trouxe uma nova possibilidade de leitura jurídica, propondo uma maior interconexão entre o jusnaturalismo e o direito positivista. O neoconstitucionalismo propõe a autonomia do direito positivo, mas também a sua responsabilidade relativamente aos valores morais – desenvolvidos no período pós-Segunda Guerra, devido aos horrores experimentados pela humanidade nesse período – para legitimar a ordem jurídica.

Nesse sentido, para Hegel, “[...] *o imperativo do Direito é, portanto: sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas.*”³²¹ Para Bobbio, “*o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los*”, tratando-se não de um problema “[...] *filosófico, mas político*”. É inegável, então, “[...] *que existe uma crise dos fundamentos. Deve-se reconhecê-la, mas não tentar superá-la buscando outro fundamento absoluto para servir como substituto para o que se perdeu.*”³²²

Este debate traz profundas consequências para a questão dos limites dos direitos da personalidade, visto que é necessário estabelecer algum tipo de critério para se tomarem as decisões requeridas quando existe colisão entre algum ou alguns desses direitos chamados de intrínsecos ao ser humano.

Ainda no tocante aos limites, cumpre-nos refletir acerca das teorias interna e externa dos direitos fundamentais. De acordo com Rabelo, a teoria interna estabelece “[...] *a existência de um direito fundamental com seu conteúdo determinado, aí incluídos os limites ao exercício do mesmo*”, isto é, *limites imanentes* implícitos ao exercício de tal direito que já teria “[...] *o seu alcance definido previamente, sendo tal processo de definição interno.*” O alcance do

³²⁰ TARTUCE, Flavio. *Direito Civil: lei de introdução e parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 227.

³²¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 40.

³²² BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.

direito já estaria definido previamente, sendo a restrição desnecessária, com a substituição de tal ideia pela noção de limite, que passam a ser entendidos como limites imanentes. A partir dessa noção, “os fatores externos não influenciam na delimitação do conteúdo do direito fundamental.”³²³

Esta teoria defende, então, “[...] que as restrições aos direitos fundamentais integram o próprio núcleo protetivo do direito”, visto que já possuiria seu conteúdo pré-determinado desde o início.

Por outro lado, a teoria externa entende que há “[...] uma distinção entre os direitos fundamentais e suas restrições; nesse passo, existem dois objetos: um primeiro, que é o direito em si; e um segundo, que são suas restrições, as quais estão separadas do primeiro objeto”. Assim, ter-se-ia, “[...] a priori, um direito ilimitado, que pode vir a ser limitado por meio de eventuais restrições.”³²⁴

De acordo com o jurista Ingo Sarlet, essa teoria partiria:

*Do pressuposto de que existe uma distinção entre posição prima facie e posição definitiva, a primeira corresponde ao direito antes de sua limitação, a segunda equivale ao direito já limitado. Esta distinção, contudo, não afasta a possibilidade de direitos sem restrições, visto não haver uma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrição, sendo tal relação estabelecida pela necessidade de compatibilizar diferentes bens jurídicos.*³²⁵

A partir de tal teoria, o direito não sofreria sempre uma restrição, mas somente quando fosse necessário para ser compatibilizado com outros direitos que eventualmente estejam em colisão.

Assim, a teoria externa seria mais apta para solucionar questões de colisão de direitos fundamentais, visto essa construção teórica proporcionar o objetivo de estabelecer convivência harmônica entre direitos. A partir de tal teoria, então, “a solução dos conflitos entre direitos

³²³ RABELO, Raquel Santana. *Biografia: os limites da liberdade de expressão*. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. p. 86.

³²⁴ *Ibid.* p. 88.

³²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional* 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 452.

fundamentais pressupõe a aplicação da regra da proporcionalidade, que é constituída por três etapas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.”³²⁶

Para se aplicar a regra da proporcionalidade é necessário, então, inicialmente verificar a *adequação* da medida, o que corresponde a analisar se a restrição do direito a ser implementada no caso concreto é apta para proteger o bem de maneira eficaz: “*A medida é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido?*”³²⁷

Em segundo lugar, deve-se verificar a *necessidade* de tal medida, tendo em consideração que se deve refletir se é possível utilizar outros meios de proteção por meio de medidas mais eficientes e menos invasivas, prejudiciais a menos sujeitos. Isto é, a reflexão deve nesse caso ser feita a partir da tentativa de comparar com outras medidas menos restritivas, e utilizáveis com a mesma finalidade.

Nesse sentido, “[...] *a medida estatal que restrinja o direito fundamental deve ser amparada e justificável pela Constituição, além de perseguir e fomentar o seu objetivo, sendo imperativo que não exista outra alternativa que seja tão eficaz e com menor restrição ao direito atingido.*”³²⁸

Por fim, a terceira e última etapa trata da verificação da proporcionalidade em sentido estrito, e se o impacto da medida e os riscos remanescentes devem ser tolerados em virtude da necessidade de assegurar outros direitos, mesmo se à custa da restrição de algum deles:

*As limitações do direito, por sua vez, dizem respeito, como o próprio nome indica, ao exercício do direito e manifestam-se no estabelecimento de instruções, quer mediante a fixação de directrizes mais ou menos vagas quer mediante a imposição de certas injunções ou proibições, sobre como esse mesmo exercício deve desenrolar. Assim, enquanto os limites do direito traduzem a delimitação da própria existência e validade do direito, na medida em que este apenas existe e é válido na área circunscrita por aqueles limites, as limitações ao exercício, ao determinarem como o direito deve ser actuado, pressupõem a existência e a validade do referido direito.*³²⁹

³²⁶ RABELO, op. cit. p. 90.

³²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional* 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 384-404.

³²⁸ RABELO, Raquel Santana. *Biografia: os limites da liberdade de expressão*. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. p. 90.

³²⁹ SEQUEIRA, Elsa Vaz de. *Dos pressupostos da colisão de direitos no Direito Civil*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2004.p. 115.

É nessa etapa que terá lugar o efetivo sopesamento entre mais de um direito. O objetivo é verificar se houve exagero, visando evitar que medidas estatais, mesmo que eventualmente adequadas e necessárias, causem restrições a direitos fundamentais de forma desproporcional, sem justificativa. Assim:

*Nenhuma restrição pode deixar de se fundar na Constituição; como corolário, as leis restritivas devem designar expressamente os direitos em causa e indicar os preceitos ou princípios da Constituição em que repousam; nenhuma restrição pode ser definida ou concretizada a não ser por lei; as leis restritivas não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias.*³³⁰

Importa destacar a posição de Capelo de Sousa sobre o tema: “[...], estaremos no mero plano da licitude, [...], nos casos de colisão de dois ou mais direitos, existentes e válidos, mesmo que desiguais ou de espécie diferente e em que um deles deva considerar-se superior, com preavalecimento nos termos do n.º 2, do art. 335 do Código Civil.”³³¹ Considerando essa possibilidade de preavalecimento de determinado direito, entende-se que “[...] não há propriamente um ato lesivo do direito anterior, mas condutas lícitas axiológico-juridicamente preferidas e impostas pelo sistema jurídico”. Entretanto, estaremos “[...] no campo da justificação da ilicitude por exercício de um direito no caso de recurso a certos tipos anómalos de defesa ou tutela de um direito e de concessão excepcional do direito de não cumprir um dever (particularmente, o dever de respeito).”³³²

Para o autor, o ordenamento jurídico, enquanto sistema integrado, apresenta sua coerência e praticabilidade asseguradas “[...] quer pelo fato de os elementos da previsão do direito geral de personalidade e as respectivas consequências jurídicas conterem em si mesmos uma pré-delimitação do domínio de aplicação de tal direito (limites intrínsecos)”, isto é, o tema que mais nos interessa na presente tese, mas também “[...] pelo fato de os diversos conjuntos de elementos das outras provisões normativas e respectivas consequências jurídicas também delimitarem, mas agora, antiteticamente, o direito geral de personalidade (limites

³³⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.p.185.

³³¹ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 358.

³³² Ibid. p. 436-437.

extrínsecos)”. Nesse sentido, não se pode olvidar que por meio da “[...] *fixação do âmbito normativo dos direitos e demais injunções jurídicas, a lei dirime, liminarmente, determinados conflitos de interesses.*”³³³

O autor esclarece o que entende por tais limites intrínsecos. Trata-se de limites emergentes da extensão que é objeto do direito geral de personalidade (o ser e a natureza da personalidade humana juscivilisticamente tutelada). Assim, o direito de personalidade humana tem por objeto apenas a personalidade do titular de tal direito, e não a personalidade de terceiros.

Os limites do direito geral de personalidade não são, então, apenas os derivados da ontologia da personalidade da pessoa, pois também incluem “[...] *os emergentes de especificidade da função jurídica e do fundamento axiológico-normativo do art. 70 do Código Civil.*”³³⁴

Nem todos os elementos da personalidade humana irão integrar a noção de personalidade a ser tutelada pelo direito civil; terá de consubstanciar-se na ideia de bem jurídico a ser tutelado, em que “[...] *são rigorosamente determinados e circunscritos os vínculos jurídicos integrantes do conteúdo do direito geral de personalidade*”. Um exemplo trazido pelo autor é o de um suposto direito subjetivo à felicidade ao qual todas as pessoas poderiam recorrer de maneira positiva. Tal não é o caso, embora seja legítimo “[...] *certos deveres universais de abstenção exigidos pelo gozo e fruição de bens jurídicos da personalidade do respectivo titular, com base nos quais este visa a prossecução da sua felicidade.*”³³⁵

De tais direitos não decorreriam exigências de abstenção, de obrigação de não fazer, que não sejam resultado direto da tutela; isto é, em cada período histórico específico, decorrem abstenções positivadas a partir da tutela da personalidade humana individual e socialmente integrada.

As demais pessoas teriam, de igual maneira, direitos gerais de personalidade e as exigências para se absterem de exercer qualquer ato constituem, independentemente da regulamentação da possível colisão de direito, “[...] *um certo lugar geométrico dos interesses jurídicos emergentes dos bens personalíssimos em presença, de modo a que todos possam, máxime positivamente, formar e desenvolver as suas respectivas personalidades.*”³³⁶

Nesse sentido, os limites intrínsecos do direito de personalidade são resultado da própria estrutura formal de tal direito geral, da extensão do objeto específico no qual incide e da própria

³³³ Ibid. p. 515.

³³⁴ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 516.

³³⁵ Ibid. p. 518.

³³⁶ Ibid. p. 518.

função do direito subjetivo (o fim socioeconômico visado por esse direito), além do seu objetivo axiológico-normativo-concreto.

Orlando de Carvalho entende que os direitos da personalidade se caracterizam por incidirem sobre a Pessoa “*no seu todo, como ser em devir, como eventual objeto de agressão tanto hoje como amanhã, quer de agressões previsíveis, quer imprevisíveis*”³³⁷.

Importa salientar, na questão dos limites intrínsecos, o que prevê a parte n. 2 do artigo 70 do Código Civil português:

[...], *no âmbito da tutela da personalidade, são particularmente significativas a nulidade dos atos ou negócios jurídicos praticados abusivamente (arts. 294 e 295 do Código Civil) [...], havendo [...] a admissibilidade de legítima defesa, própria ou alheia, contra o ato abusivo (art. 337, n.º 1, do Código Civil) e a possibilidade de requerer providências com o fim de evitar a consumação do abuso ou de atenuar os efeitos deste.*³³⁸

Por outro lado, a ideia dos limites extrínsecos seria os contratos e demais negócios jurídicos enquanto limitações da existência e validade do direito geral de personalidade, isto é, “[...], *o direito geral de personalidade, [...], é condicionado e, em certos planos, limitado pelo teor das obrigações livremente assumidas pelo respectivo titular, dentro dos limites da lei (art. 405º, n.º 1 do Código Civil).*”³³⁹

Nesse sentido, “[...], *os contratos que não constituam meras restrições voluntárias do exercício dos direitos de personalidade, têm um autónomo fundamento axiológico-jurídico e funcionam, face às obrigações comportamentais deles decorrentes (arts. 397º e 398º do Código Civil).*”³⁴⁰

Tais contratos não incidem diretamente sobre a própria personalidade dos contratantes, não são revogáveis de forma unilateral, e implicam a obrigação jurídica de serem cumpridos (artigos 406º, n.º 1, e 762º e seguintes do Código Civil), visto que não se trata apenas de mero exercício do direito geral de personalidade.

³³⁷ CARVALHO, Orlando de – *Teoria Geral do Direito Civil*. 3 ed. Coimbra Editora 1992, p. 265.

³³⁸ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 522.

³³⁹ Ibid. p. 522.

³⁴⁰ Ibid. p. 522-523.

Um exemplo que pode ser dado desse tipo de contrato é o contrato de trabalho, em que uma pessoa assume a obrigação de prestar sua atividade a outra mediante remuneração. Para tanto, o empregado se compromete, em alguma medida, a deixar que seus direitos de personalidade sejam limitados pela própria atividade que irá desempenhar, já que exercerá a atividade intelectual ou manual sob a direção do empregador, renunciando, assim, à autonomia criativa, por exemplo.

Outro exemplo é o casamento, que “[...] *determina a assunção de diversos deveres pessoais entre os cônjuges (arts. 1672º a 1675º do Código Civil) que, num certo plano, limitam o direito geral de personalidade de cada um dos cônjuges.*”³⁴¹ Os cônjuges, nesse sentido, também aceitam a limitação dos seus direitos de personalidade, ou de se comprometerem, por exemplo, com o dever de lealdade um com o outro, passando a ser, em alguma medida, “ilícita” a relação sexual com terceiros.

Outra possibilidade de limitação do direito geral de personalidade por motivos extrínsecos são os limites do direito geral de personalidade emergentes da incidência nas relações intersubjetivas de direitos de outras pessoas.

Para que se possam concretizar, então, os direitos da personalidade, importa a reflexão acerca da possível colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade de outros sujeitos de direito. Cumpre pontuar que a liberdade é compreendida como direito essencial no contexto do direito de personalidade, do qual adviriam os demais direitos:

[...] sendo a liberdade um bem essencial da personalidade humana e sustentáculo da própria dignidade da pessoa humana, [...], tem necessariamente de haver um largo e aberto espaço de autonomia privada, com os inerentes poderes individuais de autodeterminação e de autogestão da respectiva esfera de interesses pessoais, no reconhecimento e no exercício do direito geral de personalidade do art. 70 do Código Civil. [...] a existência de uma ordem jurídica portuguesa, na qual a juricidade se constrói a partir do direito positivo embora nele não se esgote, ordem jurídica essa na qual a lei tem um pensamento próprio e objetivável (art. 9.º, n.º 1 do Código Civil) e na qual esta mesma lei, ao reconhecer e ao regular o exercício dos

³⁴¹ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 523.

*direitos, tem em vista fins sociais e econômicos (art. 334 do Código Civil).*³⁴²

Um possível conflito envolvendo a liberdade de expressão pode ser solucionado a partir do critério tradicional que se utiliza desde a base constitucional, ou seja, verifica-se se o agente agiu de modo a ultrapassar o fim da Constituição, qual a relevância dos outros bens jurídicos, a harmonia entre eles e a aplicação de uma ideia de proporcionalidade pelo ordenamento do Direito Civil, de modo que, se forem os direitos iguais, utiliza-se o critério da conciliação; se tiverem natureza diversa, utiliza-se o critério da prevalência.³⁴³ Outra forma de solução pode ocorrer através do paradigma estabelecido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em que há uma verdadeira prevalência do direito à liberdade de expressão, podendo ser restringida somente:

*[...] para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção de honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do Poder Judicial.*³⁴⁴

A questão dos eventuais conflitos envolvendo o direito à liberdade de expressão será retomada em capítulo próprio, destinado a essa discussão. Em continuidade, caso ocorra o choque entre direitos da personalidade, será necessária ponderação, por meio, por exemplo, da teoria descrita por Robert Alexy³⁴⁵. Nesse sentido, a ponderação “[...] parece ser a melhor técnica para resolver os conflitos entre o direito à imagem e à intimidade versus o direito à liberdade de imprensa e à informação.”³⁴⁶ Impõe-se, então:

³⁴² Ibid. p. 519-520.

³⁴³ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Litigiosidade jurídico-religiosa: possibilidade de tutela civilística do sentimento religioso*. Cascais: Princípia, 2015.p.16.

³⁴⁴ CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. França, 1953. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 18 out. 2021.

³⁴⁵ “A sistematização da ideia de pesagem remonta ao estudo de Robert Alexy, professor da Universidade de Kiel, Alemanha, traduzido no Brasil por Virgílio Afonso da Silva, professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (ALEXY, Robert. *Teoria...*, 2008). Para o presente autor, parece que foram as lições do jurista Tedesco que influenciaram a elaboração do dispositivo inserido no Código de Processo Civil de 2015. Alexy trata, em sua obra, da ponderação de direitos fundamentais.” (TARTUCE, Flavio. *Direito Civil: lei de introdução e parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 235).

³⁴⁶ TARTUCE, Flavio. *Direito Civil: lei de introdução e parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 300.

*[...] uma ponderação criteriosa, que admita o sacrifício da privacidade apenas se necessário (e na exata medida do que for necessário) para a realização de outro interesse que, nas circunstâncias do caso concreto, afigure-se ainda mais relevante sob o prisma constitucional.*³⁴⁷

Através da técnica da ponderação podem-se “[...] em casos de difícil solução (*hard cases*)” utilizar “[...] princípios e direitos fundamentais” para serem “[...] sopesados no caso concreto pelo aplicador do Direito, para se buscar a melhor solução.”³⁴⁸

Trata-se, portanto, de uma técnica a ser utilizada em cada caso concreto, não havendo uma resposta única pré-determinada para cada caso. De acordo com Tartuce:

*[...] a ponderação é um mecanismo argumentativo de grande relevo para a solução das problemáticas atuais mais complexas. Não restam dúvidas de que esse relevante artifício de lógica jurídica é associado à visão civil-constitucional do sistema, pois é a partir da Constituição Federal que são resolvidos problemas essencialmente privados.*³⁴⁹

Quando há excesso manifesto de algum dos limites impostos de maneira positiva, é possível, então, falar sobre a declaração de ilegitimidade do exercício de tal direito. Se há excesso manifesto na utilização de algum direito, ocorre, então, o abuso do direito.

Múltiplas são as hipóteses “*configuráveis como abuso funcional dos direitos de personalidade, particularmente do direito geral de personalidade nos termos genéricos do art. 334 do Código Civil*”, que concilia as finalidades tanto individual quanto coletiva dos direitos da personalidade, considerando que tais fins não são incompatíveis entre si; pelo contrário, são conciliáveis. Tais abusos terão como resposta diversas possibilidades de sanção: “*As sanções do abuso dos direitos de personalidade variam, nos termos gerais de qualquer ato antijurídico, consoante as circunstâncias específicas do comportamento abusivo.*”³⁵⁰

Assim, a partir do abuso do direito será possível a responsabilização civil do responsável pelo ato ilícito, por meio da possibilidade de se reconstituir a situação natural “[...] com remoção do que se fez abusivamente (art. 562 do Código Civil)”, ou, “[...] se a reconstituição natural

³⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 146.

³⁴⁸ TARTUCE, Flavio. *Direito Civil: lei de introdução e parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 300.

³⁴⁹ Ibid. p. 235.

³⁵⁰ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 521.

não for possível, não reparar integralmente os danos ou for excessivamente onerosa para o devedor, a obrigação de indenização é fixada em dinheiro (art. 566, n.º 1 do Código Civil).³⁵¹

Vejam os um exemplo de julgado em que se verificou a colisão de direitos. Nesse caso, a colisão ocorreu entre o direito de liberdade de expressão (especificamente liberdade de imprensa) e os direitos de personalidade de terceiro que foi exposto injustamente, configurando ilícito.

Liberdade de imprensa - Direito de personalidade - Colisão de direitos
I - Os direitos de informação e de livre expressão sofrem as restrições necessárias à coexistência, em sociedade democrática, de outros direitos como os da honra e reputação das pessoas. II - Há que procurar, antes do mais, a “concordância prática” desses direitos, de informação e livre expressão, por um lado, e à integridade moral e ao bom nome e reputação, por outro, mediante o sacrifício indispensável de ambos. III - Em último termo, o reconhecimento da dignidade humana como valor supremo da ordenação constitucional democrática impõe que a colisão desses direitos deva, em princípio, resolver-se pela prevalência daquele direito de personalidade (n.º 2 do art.º 335 do CC), só assim não sucedendo quando, em concreto, concorram circunstâncias susceptíveis de, à luz de relevante interesse público, justificar a adequação da solução oposta. IV - Existindo verdadeiro interesse público em que a comunidade seja informada sobre certas matérias, o dever de informação prevalece sobre a discricção imposta pelos interesses pessoais. V - Sempre, no entanto, será de exigir o respeito por um princípio, não apenas de verdade, necessidade e adequação, mas também de proporcionalidade (ou razoabilidade).³⁵²

Importa destacar, então, que nesse caso “[...] o direito geral de personalidade de uma determinada pessoa, particularmente nas suas expressões exteriores, é normativamente

³⁵¹ Ibid. p. 521-522.

³⁵² PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça – Gabinete dos Juizes Assessores. *A liberdade de expressão e informação e os direitos de personalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: A liberdade de expressão e informação e os direitos de personalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça*. 2015. Disponível em: <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2017/10/cadernoliberalidadeexpressoinformaodireitospersonalidadejurisprudncia-stj.pdf>. Acesso em: mar. 2022.

limitado, na sua própria existência e validade, por igual direito geral de personalidade de qualquer outra pessoa.”³⁵³

Deste modo, o âmbito de proteção do direito geral de personalidade para cada sujeito de direito apresenta como limitação valorações jurídicas estruturantes de direitos fundamentais de outras pessoas, assim como seus direitos de personalidade (artigos 72º a 80º do Código Civil).

Assim:

*[...], o direito geral de personalidade, adentro do conjunto de proposições jurídicas relativas às relações interindividuais, encadeia-se com as restantes proposições jurídicas estruturantes de outros direitos subjetivos alheios, máxime, com as estruturantes de direitos reais, e, em certa medida, o seu âmbito de proteção normativa é por esta restringido.*³⁵⁴

Outro limite extrínseco do direito geral de personalidade decorre de deveres jurídicos do seu titular, visto que *“as valorações jurídicas, [...], estruturantes de direitos subjetivos de outras pessoas e delimitadoras do âmbito de proteção normativa do direito geral de personalidade estruturam, [...] contrapostos deveres jurídicos, estados de sujeição e ônus jurídicos do titular”* do direito de personalidade contra direitos de outras pessoas, *“[...] obrigações essas que igualmente funcionam como a face aparente da delimitação.”*³⁵⁵

Esse é o caso, por exemplo, *“[...] dos deveres de personalidade e dos deveres reais de um titular do direito geral de personalidade face, respectivamente, aos direitos gerais de personalidade e aos direitos de propriedade dos outros homens”*. Assim, haveria:

*“[...] deveres jurídicos do titular do direito geral de personalidade, aos quais não correspondem direitos subjetivos alheios, mas que, face aos elementos da sua previsão normativa, são também delimitadores da existência e validade do direito geral de personalidade.”*³⁵⁶

³⁵³ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 524.

³⁵⁴ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 525.

³⁵⁵ Ibid. p. 525-526.

³⁵⁶ Ibid. p. 526.

A maioria de tais deveres diz respeito ao direito público. No entanto, atinge também o direito privado, principalmente no que se refere aos “[...] *deveres jurídicos limitadores da existência e validade do direito geral de personalidade correlativos de direitos subjetivos alheios*”, havendo casos em que o titular do direito geral de personalidade seria “[...] *limitado por deveres seus a que não correspondem direitos subjetivos alheios.*”³⁵⁷

*Para salvaguarda da dignidade e desenvolvimento da pessoa humana, (...), tem necessariamente de haver limites às limitações do direito geral de personalidade. (...), são nulas todas as limitações voluntárias ao exercício do direito geral de personalidade contrárias aos princípios da ordem pública (art. 81º, n.º 1, do Código Civil) e, por isso, insubsistentes todos os deveres emergentes dessas limitações.*³⁵⁸

Voltando, então, à questão da colisão de direitos, importa salientar que “[...], *o problema da colisão de direitos pode ter lugar relativamente a direitos com objetos jurídicos diversos, mas em que os exercícios ou as tutelas de tais direitos se mostram colidentes*”. Dessa forma, “[...] *impõe-se que a própria ordem jurídica, para a unidade e coerência do seu sistema, resolva tão perturbadora contradição interna, o que, em termos gerais, se efetua através do art. 335º do Código Civil.*”³⁵⁹

*[...] há que verificar se os direitos colidentes têm uma estrutura formal e um fundamento axiológico-normativo assentes quer em interesses juridicamente tutelados de qualidade e grau idênticos quer em interesses juridicamente tutelados de peso equilibrado, embora diversos, ou, diferentemente, se na colisão de direitos há predominância de interesses juridicamente tutelados de uma das partes.*³⁶⁰

Assim, importa destacar que a formulação teórica operada no presente item é essencial para que se possam resolver questões de colisão de direitos da personalidade em geral. Em

³⁵⁷ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 528.

³⁵⁸ Ibid. p. 529.

³⁵⁹ Ibid. p. 533.

³⁶⁰ Ibid. p. 534.

específico, também se mostra necessária a reflexão acerca do tema no sentido de resolver as limitações à liberdade de expressão e os direitos de imagem, à honra, etc., das pessoas, no que diz respeito ao livre discurso humorístico.

Ou seja, os sujeitos de direito precisam, em alguma medida, para a convivência em sociedade, de verem seus direitos de personalidade limitados para que os outros também possam exercer seus direitos. Far-se-á necessária a análise teórico-jurídica que vise entender e ajudar a estabelecer tais limites, pois apesar de vigorarem duas normas de direitos subjetivos potencialmente em colisão somente a uma delas é dada aplicação efetiva, conferindo-se um único direito³⁶¹.

Nesse contexto, entende-se, então, que a vinculação dos entes particulares aos direitos fundamentais não é realizada *a priori*, mas somente quando o intérprete promove a análise do conflito em toda a sua complexidade, para determinar em que medida e em que grau a norma de direito fundamental será aplicada naquela relação privada. O operador do direito, valendo-se, sobretudo, do princípio da dignidade da pessoa, deve sopesar os bens envolvidos e delimitar o modo como se fará a resolução do conflito posto.

Encerrado, então, o presente item, que tratou dos limites dos direitos da personalidade quando ocorre colisão de direitos intrínsecos, passemos à análise da posição entre uma visão individualista e uma visão personalista do direito geral de personalidade.

9 Oposição entre uma visão individualista e uma visão personalista

“O humor compreende também o mau humor. O mau humor é que não compreende nada.”

Millôr Fernandes

Há na doutrina consenso de que o novo Constitucionalismo, ou Neoconstitucionalismo, pressupõe a prevalência da pessoa como base de todo o ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, reconhecendo a obrigação de respeitar a sua liberdade e, ao mesmo tempo, garantir a oportunidade para todos, sob a égide da igualdade, ambos compondo o princípio constitucional da dignidade humana, e cujos efeitos se espraiam por todos os ramos do direito, confirmando o *mínus* do Estado de proteção e garantia dos seus direitos fundamentais.

³⁶¹ SEQUEIRA, Elsa Vaz de. Dos pressupostos da colisão de direitos no Direito Civil. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2004.p. 121.

A esse respeito, afirma Luís Roberto Barroso que *“a dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência.”*³⁶² Apesar da indeterminação *prima facie* dos princípios constitucionais, eles possuem um núcleo a partir do qual operam como regras.

No caso do princípio da dignidade da pessoa, Barroso explica que *“esse núcleo é representado pelo mínimo existencial”*. O autor observa que *“ele inclui os direitos à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça”*, de forma que *“a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ilumina a interpretação da lei ordinária.”*³⁶³

Daí a constitucionalização do direito em todos os seus ramos, em razão da sua posição hierárquica superior relativamente aos demais princípios, a qual se reflete especialmente no direito civil, administrativo e penal.

Ao analisar a constitucionalização do direito infraconstitucional, Barroso identifica a constitucionalização das normas de direito civil, por meio da sua interpretação *“à luz de princípios e regras como: o fim da supremacia do marido no casamento, a plena igualdade entre os filhos; a função social da propriedade e do contrato.”*³⁶⁴

E é justamente neste ponto da doutrina que se desenvolve a centralidade da dignidade humana. De acordo com o autor, este princípio *“operou uma repersonalização e uma despatrimonialização do direito civil, por sua ênfase: em valores existenciais e do espírito, nas condições materiais mínimas de sobrevivência (mínimo existencial), nos direitos da personalidade, tanto na dimensão da integridade física quanto psíquica.”*³⁶⁵

Na mesma direção, a doutrina começa a aplicar os direitos fundamentais às relações privadas. Nesse contexto, Barroso afirma que se desenvolveram duas grandes teorias: *“a da aplicação indireta e mediata, por intermédio do legislador e das cláusulas abertas; e a aplicação direta e imediata, por via de uma ponderação caso a caso entre o princípio da autonomia da vontade e o direito fundamental em jogo.”*³⁶⁶ A primeira direciona a responsabilidade ao Poder Legislativo e tem o propósito de concretizar as demandas relacionadas à aplicação dos direitos fundamentais, criando, promulgando e disponibilizando

³⁶² BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional – Tomo III*. “O Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 52.

³⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional – Tomo III*. “O Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

³⁶⁴ Ibid. p. 511-512.

³⁶⁵ Ibid. p. 512.

³⁶⁶ Ibid. p. 513.

os diplomaís legais concernentes ao tema, especialmente quando se depara com dispositivos constitucionais cuja redação ampla e aberta demanda uma legislação que os discipline. A segunda remete às atribuições do Poder Judiciário, o qual tem a competência de materializar aqueles direitos de forma imediata, utilizando em cada caso concreto a técnica da ponderação, quando se der colisão daqueles direitos.

Esta questão é corroborada por Emmanoel Teófilo Furtado:

*[...] quer esteja o intérprete à frente da administração, do Legislativo ou do Judiciário, deparar-se-á com normas de direitos fundamentais incompletas, que acabam por suscitar uma veia criadora por parte do aplicador do direito, daí a fundamental importância da pré-compreensão.*³⁶⁷

Nesse sentido, Barroso remete para o direito penal, quando o Supremo Tribunal Federal brasileiro decidiu que a interrupção da gravidez dos fetos anencefálicos não se enquadraria no crime de aborto, “*em razão dos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade e do direito à saúde*”,³⁶⁸ fundamentos que autorizam a gestante a terminar a sua gestação, após o diagnóstico de anencefalia.

No presente caso, a ausência de legislação levou a uma decisão da Corte brasileira no sentido de dar uma interpretação baseada fundamentalmente no princípio constitucional da dignidade humana (da mulher), ao mesmo tempo que os ministros tiveram de adotar uma postura de criatividade própria do intérprete³⁶⁹, o qual, segundo Furtado, “*deverá sempre estar aberto a entender os conceitos de significados múltiplos do texto constitucional a serem aplicados nos mais diferentes casos e muitas vezes em sociedades que pedem do ordenamento jurídico uma constante evolução.*”³⁷⁰

Tais considerações permitem corroborar que o princípio da dignidade humana constitui pano de fundo para a interpretação de todos os dispositivos constitucionais, irradiando de forma

³⁶⁷ FURTADO, Emmanoel Teófilo. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, n. 6, dez., 2005. p. 104. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/82>. Acesso em: 13 dez. 2021.

³⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional – Tomo III*. “O Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 514.

³⁶⁹ A depender da visão de alguns teóricos, como Canotilho aquela postura remeteria ao ativismo judicial, que no presente caso, “*em nada mais consiste senão no comprometimento do Poder Judiciário com a construção política do desenvolvimento social*” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017).

³⁷⁰ FURTADO, op. cit. p. 104.

ampla em todo o texto constitucional e na legislação infraconstitucional, devendo ser observado pelo Poder Executivo (na gestão da coisa pública), pelo Poder Legislativo na confecção das normas, e pelo Poder Judiciário na aplicação da lei, pois, segundo Furtado, nenhum dos membros dos três Poderes Públicos “*tem autorização da Carta Magna para fechar os olhos ao princípio que dignifica a pessoa humana, residindo neste um dos espeques do Estado Social e Democrático de Direito.*”³⁷¹

Trata-se de uma tomada de decisão no sentido de assumir, acima de tudo, a responsabilidade de buscar a justiça social por meio da aplicação do princípio da dignidade humana.

Certamente, as novas técnicas de interpretação aplicadas às normas constitucionais, distanciando-se relativamente dos métodos tradicionais oriundos da época do positivismo jurídico – tais como a interpretação gramatical (ou literal), lógica, histórica, sistemática e teleológica –, revestem-se de novas categorias, como as citadas por Barroso³⁷²:

a) o emprego da técnica legislativa das cláusulas abertas, que remetem para conceitos jurídicos amplos, tais como ordem pública e o interesse social;

b) a normatividade dos princípios, os quais consagram valores que se realizam por meio por exemplo da dignidade da pessoa, da justiça, e outros;

c) o reconhecimento da existência de colisões entre normas constitucionais, princípios ou direitos fundamentais;

d) a necessidade do emprego de técnicas como a ponderação de normas, bens ou valores para a solução de problemas jurídicos que não podem ser resolvidos com o emprego do método tradicional da subsunção (silogismo), como por exemplo liberdade de expressão *versus* direito de privacidade;

e) a legitimação das decisões de acordo com os fundamentos da teoria da argumentação, a qual demonstre racionalmente que a solução produzida foi a mais adequada do ponto de vista constitucional.

Percebe-se a diferença entre os métodos de interpretação tradicional atrelados ao positivismo e limitados à estrita leitura da norma, das novas técnicas de interpretação que levam em conta a relação entre a norma, os valores embutidos e o fato em si, o que facilita a compreensão e aplicação dos direitos fundamentais em cada caso concreto.

³⁷¹ FURTADO, Emmanoel Teófilo. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, n. 6, dez., 2005. p. 115.

³⁷² BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional – Tomo III*. “O Novo direito constitucional e a constitucionalização do direito”. Conferências. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 516.

A necessidade de se implantarem novas formas de interpretação no âmbito do constitucionalismo moderno decorre da estrutura aberta das normas constitucionais, as quais demandam constantemente a concretização do seu conteúdo, em razão do seu nível de abstração e imprecisão, especialmente quando se trata da aplicação das normas de direitos fundamentais.

Ademais, aquelas normas constituem variáveis dependentes da evolução dos valores sociais e políticos de cada sociedade e adquirem novas roupagens, consoante as mudanças pacíficas ou revoluções que ocorrem em determinados países, impondo uma nova ordem que, por sua vez, modifica a sua interpretação.

Nesse sentido, Emmanoel Teófilo Furtado chama a atenção para o fato extraordinário de que: *“é consenso hodierno que o Judiciário já não mais pode ser um mero executor de funções jurídicas, técnicas e secundárias, mas, ao reverso, há de ser um inovador da ordem jurídica e social, exercendo papel ativo, eivando suas decisões de efeitos notoriamente políticos.”*³⁷³

Todas estas dificuldades de interpretação das normas constitucionais estimularam o surgimento de teorias que buscam a fusão de vários métodos da hermenêutica, no sentido de se garantir a segurança jurídica e, principalmente, a força normativa das constituições.

É nesse contexto que o princípio da dignidade humana, alçado à escala superior hierárquica na Constituição Federal brasileira de 1988, tem como suporte o conceito de pessoa. A despeito da origem do conceito, Furtado entende que

*[...] a pessoa humana é um mínimo intangível a ser protegido por todo ordenamento jurídico, tendo o princípio da dignidade da pessoa humana um caráter absoluto, posto que, mesmo que em determinadas situações se faça a opção pelo valor da coletividade, tal escolha não deverá, tanto quanto possível, ferir ou sacrificar o valor humano.*³⁷⁴

Daí a importância de se buscar o equilíbrio, quando a decisão remeter para uma escolha entre *“a prevalência dos interesses do indivíduo ou do interesse social”*.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao comentar sobre a dignidade da pessoa, evoca a trajetória daquele princípio constitucional desde o período clássico, em que a tradição filosófica e política

³⁷³ FURTADO, Emmanoel Teófilo. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, n. 6, dez., 2005. p. 115. Disponível em <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/82>. Acesso em: 13 dez. 2021.

³⁷⁴ Ibid.p.115.

reconhecia que “*a dignidade (dignitas) da pessoa humana estava vinculada com o status social do indivíduo e de seu reconhecimento pelos demais membros da comunidade, de modo que se podia falar na existência de pessoas mais ou menos dignas de acordo com a sua posição social.*”³⁷⁵

Sarlet afirma, com outros autores, que só com o cristianismo o conceito de pessoa foi valorizado e, por decorrência óbvia, sobreveio, segundo Sarlet:

*[...] o fortalecimento da noção de dignidade humana como característica da própria essência ou substância da pessoa, atestada pela especial relação de Deus – por intermédio de Cristo – com a humanidade, destacando-se, nesse período, o pensamento de Boécio, ao introduzir a ideia de que pessoa é uma substância individual de natureza racional.*³⁷⁶

Ainda Sarlet observa com propriedade que, na fase seguinte, o conceito de dignidade humana e o jusnaturalismo:

*[...] passaram por um processo de racionalização e secularização, que atingiu seu ponto culminante com o pensamento de Immanuel Kant, que, dialogando com a tradição anterior, construiu uma noção de dignidade fundada na autonomia da vontade e na ideia de que o homem é um fim em si mesmo, não podendo jamais ser tratado como mero objeto.*³⁷⁷

A teoria desenvolvida por Kant, juntamente com outros teóricos igualmente importantes como Hegel, influenciará o pensamento posterior, estendendo os seus pilares ao constitucionalismo contemporâneo.

Independentemente das teorias que acabaram se mesclando com o constitucionalismo, especialmente a teoria personalista, Sarlet ressalta que, “*vinculada à noção de liberdade e de*

³⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários do artigo 1º, Inciso III – a dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 123.

³⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários do artigo 1º, Inciso III – a dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 123.

³⁷⁷ *Ibid.* p. 123.

*direitos inerentes à natureza (racional) humana, a dignidade passou a ser gradativamente reconhecida e tutelada pelo direito positivo, tanto constitucional quanto internacional.*³⁷⁸

Há, portanto, consenso quanto à dignidade humana como parâmetro da legitimidade do Estado e do Direito. Apesar de não ter uma previsão expressa sobre os direitos e deveres individuais e coletivos na Constituição Portuguesa, ela representa o que se denomina de princípio constitucional, uma vez que se reflete em todos os dispositivos da Constituição, razão pela qual constitui um dos fundamentos de um Estado Democrático de Direito, completando-se com os demais: a soberania, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Com base nessa previsão constitucional, Sarlet analisa a inserção do princípio da dignidade da pessoa, “*ao qual incumbe a missão de assegurar-lhe a necessária força normativa.*” Sarlet define a dignidade humana, como:

“[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas³⁷⁹ para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”³⁸⁰

Nessa mesma linha, a doutrina correspondente ao constitucionalismo moderno incluiu a análise da pessoa sob três diferentes correntes teóricas: a teoria do individualismo, a teoria do transpersonalismo e, finalmente, a teoria do personalismo.

A Teoria do Individualismo remete, indiscutivelmente, para a defesa das liberdades individuais a ser garantida pelo Estado, sob a ótica do liberalismo. Antonio Glauton Varela Rocha analisa o individualismo de forma multidisciplinar. Segundo o autor:

³⁷⁸ Ibid. p. 123.

³⁷⁹ Vai ao encontro da posição de Luís Roberto Barroso, quando analisa as condições que devem ser asseguradas à pessoa humana, quando ele afirma que o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana remete ao que ele denomina de “o mínimo existencial”, conforme análise já apresentada nesta tese.

³⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários do artigo 1º, Inciso III – a dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 125-126.

*[...] uma das formas de individualismo é o primado da subjetividade. Sem indivíduo não há subjetividade e foi justamente no contexto de suprema exaltação do indivíduo que a subjetividade encontrou a base que lhe permitiu a primazia que ostentou na modernidade.*³⁸¹

A subjetividade no âmbito da teoria do individualismo pode ser entendida como o espaço “íntimo” do indivíduo que lhe permite expressar a sua opinião e se relacionar com o mundo, impondo-se perante o Estado e as outras pessoas de forma absoluta.

De acordo com Mafalda Miranda Barbosa, a emancipação do indivíduo viabilizou “a afirmação de direitos polarizados no sujeito, que a ele pertencem em decorrência da sua natureza moral livre.”³⁸²

Rocha refere alguns elementos que, em palavras suas, fizeram com que o indivíduo ganhasse diversas cartas de emancipação. De acordo com o autor (Idem, p. 16-17), “no plano político o Estado não era mais senhor absoluto, pois a sua legitimidade dependia do acordo mútuo dos indivíduos (o contrato social)”. “No plano econômico, o Estado não poderia mais intervir além do estritamente necessário, ou seja, além das ações que facilitassem a livre concorrência e a segurança física dos indivíduos”. “No campo epistêmico o indivíduo ganhou liberdade em relação ao objeto, passando de um simples reproduzidor da realidade que lhe era autônoma à condição de sujeito criador, uma vez que era na estrutura subjetiva desde indivíduo autônomo e independente que residiu o sentido da realidade que o cercava.”³⁸³ Na modernidade, afirma Rocha, o chamado “individualismo epistêmico é o que se concretizará nas diversas filosofias da subjetividade, visível já em Descartes, mas especialmente em Kant e no Idealismo alemão.”³⁸⁴

Mafalda Miranda Barbosa observa, oportunamente, que o direito subjetivo é compreendido em sua relação com outro elemento: a liberdade do ser humano (num prisma negativo), e ambos se completam no individualismo.³⁸⁵ A liberdade, continua a autora, constitui

³⁸¹ ROCHA, Antonio Glauton Varela Rocha. O individualismo e a contemporaneidade: a crítica de Emmanuel Mounier à perspectiva individualista. *Intuitio*, n. 3, p. 16-31, 2010. p. 16. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/7718>. Acesso em: mar. 2022..

³⁸² BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Litigiosidade Jurídico-Religiosa – Possibilidade de tutela civilística do sentimento religioso*. Cascais: Princípia, 2015. p. 123.

³⁸³ Remete ao contrato social de Rousseau. (ROCHA, Antonio Glauton Varela Rocha. O individualismo e a contemporaneidade: a crítica de Emmanuel Mounier à perspectiva individualista. *Intuitio*, n. 3, p. 16-31, 2010. p. 16. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/7718>. Acesso em: mar. 2022.

³⁸⁴ ROCHA, op. Cit.p.16.

³⁸⁵ BARBOSA, op. cit. p. 123.

a matriz valorativa do direito subjetivo, de que decorre a propriedade como o modelo ideal da ordem moderna, o qual representa “*a esfera pessoal onde cada um, livre de qualquer restrição e de qualquer interferência, pode fazer aquilo que lhe aprouver*”. A ordem que a autora aduz teria sido sedimentada “*pela construção de grandes sistemas que, partindo da análise das características humanas essenciais, erigiram a natureza racional deste como o fulcro de um novo direito natural.*”³⁸⁶

Estava, assim, emergindo o jusracionalismo e, com ele, a afirmação “*de um quadro de direitos naturais, inalienáveis, imutáveis*”. Apesar desta evolução, Mafalda Miranda Barbosa observa que, “*uma coisa era a afirmação da existência de direitos naturais, outra seria a configuração de um modelo que permitisse a sua institucionalização.*”³⁸⁷ Em outras palavras: era preciso alçar aqueles direitos ao plano civil. Daí a união do individualismo com o contratualismo de Rousseau, responsável pela criação de um modelo teórico capaz de explicar a institucionalização dos direitos naturais e de convertê-los em direitos subjetivos. A autora lembra que o mesmo contratualismo serviu de suporte às revoluções burguesas liberais, em face do despotismo da época, gerando uma ordem político-social que se mantém até hoje. Afirma que:

*[...] se um dos pilares que legitimaram aquelas (revoluções) foi a proclamação dos direitos intrínsecos ao ser humano, a sua concretização num Estado de legalidade formal, condição da degenerescência do jusracionalismo no positivismo jurídico, acabaria por fazer resvalar o subjetivismo para o objetivismo, pela afirmação de que os direitos subjetivos – em que se transmutaram – são, afinal, aqueles que o direito objetivo atribui.*³⁸⁸

A este respeito, esclarece Hans Kelsen³⁸⁹ que a concepção tradicional da prioridade do direito em relação ao dever correspondia à doutrina do Direito natural, cujo pressuposto é o de que os direitos naturais, inatos ao homem, já existiam antes de toda e qualquer ordem jurídica positiva. Kelsen observa que o direito subjetivo – o direito de um determinado sujeito – há-de distinguir-se da ordem jurídica como direito objetivo. Entre eles, continua o autor “*desempenha*

³⁸⁶ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Litigiosidade Jurídico-Religiosa – Possibilidade de tutela civilística do sentimento religioso*. Cascais: Príncipe, 2015. p. 124.

³⁸⁷ Ibid. p. 124.

³⁸⁸ Ibid. p. 125.

³⁸⁹ KELSEN, Hans. *A Democracia*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. p. 144-145.

um papel principal o direito subjetivo da propriedade individual". O autor ratifica o fato de que *"a função de uma ordem jurídica positiva (do Estado), que põe termo ao estado de natureza, é, de acordo com esta concepção, garantir os direitos naturais através da estatuição dos correspondentes deveres"*³⁹⁰, o que influenciaria o surgimento do positivismo jurídico.

Neste contexto, Mafalda Miranda Barbosa afirma que, *"na sua gênese, os direitos subjetivos conformam-se como liberdades negativas de exercício contra o Estado, não sendo ainda clara a separação entre os direitos fundamentais, juspublicistas, e os direitos de natureza privada"*³⁹¹, que só seriam formalmente reconhecidos pela ciência jurídica contemporânea alemã.

Sob a influência do racionalismo idealista e ancorado fundamentalmente na liberdade humana de origem jusnaturalista, Savigny formulou a doutrina do direito subjetivo, a qual garantiria *"um espaço de dominação independente da interferência alheia"*³⁹². Esta doutrina culminará no conceito kantiano de liberdade.

Puchta e Windscheid ligam o exercício da liberdade humana à titularidade do direito subjetivo, uma vez que este implica o reconhecimento daquela, tendo como referência o fato de que os homens, enquanto sujeitos, detêm um "poder de vontade". A autora explica que Windscheid define o direito subjetivo como *"um poder de vontade ou dominação da vontade conferido pela ordem jurídica."*³⁹³ A posição do autor estabelece uma ligação entre o poder de vontade e a ordem jurídica positiva analisada por Kelsen.

Por sua vez, Habermas constata aquele nexos que, usando as palavras do autor, se transmuta *"num reflexo de uma ordem jurídica que transmite aos indivíduos o poder de vontade incorporada objetivamente nela."*³⁹⁴

Por fim, Rocha observa que até na ética³⁹⁵ o indivíduo foi libertado. Conforme o autor, *"dar a si mesmo as suas próprias leis era o ideal kantiano de ética. O sujeito deveria seguir o imperativo categórico, e para descobrir e entender este imperativo era suficiente o indivíduo sozinho e a sua racionalidade."*³⁹⁶

³⁹⁰ KELSEN, Hans. *A Democracia*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. p. 144-145.

³⁹¹ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Litigiosidade Jurídico-Religiosa – Possibilidade de tutela civilística do sentimento religioso*. Cascais: Princípiã, 2015. p. 126.

³⁹² Ibid.p.126.

³⁹³ Ibid. p. 127-129.

³⁹⁴ Ibid. p. 127-129.

³⁹⁵ Ibid.p.128.

³⁹⁶ ROCHA, Antonio Glauton Varela Rocha. O individualismo e a contemporaneidade: a crítica de Emmanuel Mounier à perspectiva individualista. *Intuitio*, n. 3, p. 16-31, 2010. p. 18. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/7718>. Acesso em: 13 dez. 2021. (grifo nosso).

Furtado explica que a dignidade da pessoa em Kant enfatiza os seus limites, na sua defesa do individualismo que sempre prevalecerá sobre a sociedade, em caso de conflito.³⁹⁷

No que se refere às funções do Estado, Kant afirma que o individualismo terá um peso determinante para a definição dos direitos fundamentais traduzidos nos direitos da liberdade inerentes à pessoa, e que se imporá perante o Estado.³⁹⁸

É importante observar que Kant desenvolveu os seus conceitos filosóficos na época do liberalismo, razão pela qual a sua filosofia se encontra impregnada do período pós-Revolução Francesa, cujos pilares são inquestionavelmente a supremacia da liberdade e do individualismo relativamente ao poder do Estado. Também nessa linha, Eduardo C. B. Bittar observa que Kant (1724-1804) se destaca “*pela contribuição filosófica que trouxe à humanidade após os ventos fortes trazidos e provocados pela Revolução Francesa*” (1789-1799).³⁹⁹ O autor considera que “*os reflexos e as crenças da Revolução Francesa ainda eram muito recentes para serem esquecidos, de modo que foram encampados e absorvidos sutilmente pela doutrina filosófica kantiana, que vislumbrava novos ares de autonomia e racionalismo para a era moderna.*”⁴⁰⁰

A despeito das limitações que Hannah Arendt destaca na teoria de Kant, ela observa que ele priorizou a liberdade, especialmente a moral, e defendeu a necessidade de o indivíduo se socializar, além de defender a liberdade pública para pensar e publicar, fundamentos que representam a sua teoria decorrente de um contexto liberal por excelência.⁴⁰¹

Nesse sentido, Bittar observa que “*a moralidade kantiana expressa o extremo zelo pelo ser humano, fazendo dele não apenas o meio para a exaustão de fins outros, mas fim em si mesmo.*”⁴⁰² Daí o autor ratificar a defesa de Kant da máxima liberdade individual e da máxima responsabilidade individual e, finalmente, da máxima capacidade para realizar essa responsabilidade individual.⁴⁰³

³⁹⁷ A despeito da opção pela Teoria do Individualismo em Kant, a análise será, propositadamente objetiva, atendendo à finalidade do presente artigo (em sua relação com o Direito), até porque, a filosofia de Kant demandaria maior profundidade, tendo em vista os diversos elementos nela contidos. (FURTADO, Emmanoel Teófilo. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Fortaleza, n. 6, dez., 2005, p. 108. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/82>. Acesso em: 13 dez. 2021).

³⁹⁸ FURTADO, Emmanoel Teófilo. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Fortaleza, n. 6, dez., 2005, p. 108. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/82>. Acesso em: 13 dez. 2021.

³⁹⁹ BITTAR, Eduardo C. B. *Doutrinas e Filosofias Políticas – Contribuições para a História da Ciência Política*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 191.

⁴⁰⁰ Ibid. p. 192.

⁴⁰¹ ARENDT, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. Tradução de André Duarte de Macedo. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993. p. 28.

⁴⁰² BITTAR, op. cit. p. 193.

⁴⁰³ Ibid. p. 192.

Ao introduzir a racionalidade em sua teoria do Direito e do Estado, Kant desenvolve o conceito de imperativo categórico que norteia toda a sua argumentação. O imperativo categórico contém a sua ideia acerca da supremacia do indivíduo: *“age como se a máxima de tua ação devesse tornar-se, por tua vontade, lei universal da natureza.”*⁴⁰⁴ É de suma importância na teoria de Kant a noção do dever e de moralidade como pressupostos indispensáveis à sociabilidade e que remetem para a esperança própria dos tempos da Revolução Francesa, que levaria à definição de metas de ação, ou mais precisamente, atos corretos para o bem comum. Nesse contexto, Kant define o imperativo prático: *“age de tal modo que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim ao mesmo tempo e nunca somente como um meio.”*⁴⁰⁵ Há, portanto, em Kant a preocupação com a liberdade, a autonomia da vontade do indivíduo, a moralidade e o dever, todos compondo a chamada ética kantiana.

John Rawls, ao desenvolver a sua teoria da justiça, se apoia, mesmo que indiretamente, no princípio kantiano da liberdade igual e no significado da prioridade dos direitos que esse princípio define. Assim, a concepção kantiana de justiça sublinha a ideia de que os princípios morais são objeto de escolha racional e que *“uma pessoa age de modo autônomo quando os princípios de sua ação são escolhidos por ela como a expressão mais adequada possível de sua natureza de ser racional, igual e livre.”*⁴⁰⁶ Daí o fato de Rawls entender que o imperativo categórico corresponde a um princípio de conduta que se aplica à pessoa racional, igual e livre.⁴⁰⁷ Assim, os princípios morais representam as limitações apropriadas à liberdade da pessoa. De acordo com Rawls:

*[...] o principal objetivo de Kant é aprofundar e justificar a ideia de Rousseau de que a liberdade consiste em agir de acordo com as leis que instituímos para nós mesmos. E isso não conduz a uma moralidade de obediência austera, mas sim a uma ética de autoestima e respeito mútuo.*⁴⁰⁸

⁴⁰⁴ KANT, Emmanuel. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Editora Ediouro, 2000. p. 71.

⁴⁰⁵ Ibid. p. 79.

⁴⁰⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008. p. 311-313.

⁴⁰⁷ Ibid. p. 314.

⁴⁰⁸ Ibid. p. 318.

No que diz respeito a Rousseau, Rawls observa que *“é possível dizer que as restrições impostas às concepções do bem resultam de uma interpretação da situação contratual que não impõe limites prévios ao que os homens desejam.”*⁴⁰⁹

Assim, o agir ético diz respeito ao cumprimento do dever pelo dever por meio da ação que, conforme Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida observam, pode ser qualificada como ação moral, também denominado por legislação interna.⁴¹⁰ O agir jurídico corresponde à legislação externa que não inclui na lei o dever ou o móbil da ação traduzido na expressão *“age de acordo com o dever por dever!”*, mas admite outros móbeis de ações (deveres).⁴¹¹

Bittar e Assis de Almeida explicam que o agir jurídico implica *“outros fins, outras metas, outras necessidades interiores e exteriores para que se realize; não se realiza uma ação conforme à lei positiva somente porque se trata de uma lei positiva”*. Assim, é possível encontrar ações que também se coadunem com a lei positiva e tenham outros móbeis, como o medo da sanção, medo de escândalo, prevenção de desgastes e outros. Daí a diferença entre moralidade e juridicidade de uma ação em Kant. Conforme Bittar e Assis de Almeida afirmam, *“a moralidade pressupõe autonomia, liberdade, dever e autoconvencimento; a juridicidade pressupõe coercitividade.”*⁴¹²

Nesse sentido, Kant representa o divisor de águas com o jusnaturalismo, a partir do momento em que transforma essa corrente teórica em um conjunto mais próximo de um racionalismo. Conforme Truyol y Serra observa: *“o direito natural ou racional é, para Kant, o conjunto de leis jurídicas cuja obrigatoriedade pode ser estabelecida a priori; o Direito positivo ou estatuído, pelo contrário, é o que dimana da vontade de um legislador.”*⁴¹³ Bittar e Assis de Almeida esclarecem ulteriormente esta divisão do direito em prescrito (pelo legislador) e decorrente da prescrição *a priori* *“da natureza racional humana, em seu viés ético-universal.”*⁴¹⁴

Em síntese de Norberto Bobbio, o direito em Kant pode ser definido “[...] como “o conjunto das condições segundo as quais os homens podem conviver entre si, ou o limite da

⁴⁰⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008. p. 315. O autor se refere ao “Contrato Social” de Rousseau.

⁴¹⁰ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 335.

⁴¹¹ TRUYOL SERRA, Antonio. *Historia de la filosofía del derecho y del Estado*. ed. Madrid: Alianza, 1998. p. 363-364.

⁴¹² BITTAR, op. cit. p. 335.

⁴¹³ TRUYOL SERRA, Antonio. *Historia de la filosofía del derecho y del Estado*. ed. Madrid: Alianza, 1998. p. 367.

⁴¹⁴ BITTAR, op. cit. p. 336.

liberdade de cada um, de maneira que todas as liberdades externas possam coexistir segundo uma lei universal.”⁴¹⁵

Portanto, a noção de liberdade em Kant é particularmente importante porque, segundo Bittar e Assis de Almeida, “*as pretensões jurídicas são menores que as pretensões morais. Aquelas regulamentam a conduta para que se possa garantir a coexistência pacífica entre as vontades e as liberdades humanas e estas visam à moralização do homem no conceito de dever.*”⁴¹⁶

Usando as palavras de Furtado:

*[...] vê-se na ação moral que o móvel da vontade é o dever, enquanto o fundamento da moralidade reside no respeito à lei definida por Kant como o princípio objetivo, que tem valia para todo e qualquer ser racional, o qual deve agir em conformidade exata com referido princípio, por ser um imperativo.*⁴¹⁷

Para Kant, a lei constitui o mandamento e a forma como ele se exprime é o imperativo⁴¹⁸, o qual, no âmbito da moralidade, é denominado de imperativo categórico, no sentido de que preconiza o dever de agir em conformidade com a lei universal. O direito representa, pois, a limitação da liberdade em razão da presença da liberdade dos outros, e o Estado é o meio para que tais direitos se realizem. Assim, de acordo com a Teoria do Individualismo, a liberdade do indivíduo e a sua autonomia prevalecem perante o Estado e só podem ser limitadas pelo direito, que por sua vez já inclui a moral.⁴¹⁹

Partindo desse pressuposto, o bem mais caro ao indivíduo é a sua liberdade sob todos os aspectos, notadamente, a liberdade de expressão oral e escrita, assim como a de publicar⁴²⁰, corroborando, na prática, o tratamento jurídico emprestado àquele direito fundamental, como é o caso de países de tradição liberal como os Estados Unidos, onde a liberdade de expressão tem preferência, em regra, sobre os demais direitos fundamentais, principalmente por parte do

⁴¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 3. ed. Brasília: UnB, 1995. p. 70.

⁴¹⁶ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 336.

⁴¹⁷ FURTADO, Emmanoel Teófilo. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, n. 6, dez., 2005, p. 107. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/82>. Acesso em: 13 dez. 2021.

⁴¹⁸ Para Kant, o homem é o fundamento do imperativo categórico.

⁴¹⁹ FURTADO, op. cit.p.107.

⁴²⁰ ARENDT, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. Tradução de André Duarte de Macedo. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.p.58.

legislador e da jurisprudência relativamente à doutrina, a qual costuma expressar as suas restrições ao pleno exercício daquela liberdade.

Por sua vez, a Teoria do Transpersonalismo⁴²¹ adota uma concepção do coletivo, do todo, incorporando o indivíduo como um agente no âmbito das relações sociais. Furtado observa que esta teoria assenta no pressuposto de que, ao se realizar o bem comum, “*realiza-se, ipso facto, a salvaguarda dos direitos e interesses individuais.*”⁴²² Assim, na hipótese de colisão entre os direitos do indivíduo e os da coletividade, devem prevalecer os da coletividade, permitindo compreender que a dignidade da pessoa se consuma por meio do coletivo.

A prioridade dada ao todo, ao invés do indivíduo, foi aplicada pelas teorias coletivistas em geral, entre elas o socialismo.

A visão da Teoria do Individualismo e do Transpersonalismo permitem deduzir que, na primeira, privilegia-se a liberdade individual em relação à igualdade. Na segunda, adverte Furtado, há “*uma limitação da liberdade, a bem da igualdade, assumindo-se uma compreensão de serem os interesses individuais manifestos através dos interesses da sociedade, havendo, portanto, uma primazia destes sobre aqueles.*”⁴²³

Finalmente, a Teoria do Personalismo propõe um ponto de equilíbrio entre as visões extremas da teoria do individualismo e do transpersonalismo, defendendo uma relação dinâmica entre os valores do indivíduo e da coletividade, em que um deles irá prevalecer, a depender da análise de cada caso concreto relativamente ao fato em si, aos valores e à norma a ser aplicada, sempre sob a égide do princípio da dignidade humana.

Portanto, a teoria do personalismo não privilegia os valores individuais ou os valores coletivos, desprezando a ideia daquela dicotomia e evidenciando, segundo Furtado, o fato de que “*ora prevalecem os interesses da sociedade sobre os do indivíduo, ora os do indivíduo sobre os da sociedade.*”⁴²⁴

No que diz respeito à liberdade de expressão, a teoria personalista consegue concretizar de forma mais adequada a realidade social com o direito.

A teoria personalista aponta para a defesa do direito à liberdade de expressão e da proteção dos direitos de personalidade, enquanto direitos fundamentais de igual hierarquia

⁴²¹ A Teoria do Transpersonalismo será apenas definida no contexto do presente artigo, uma vez que a ênfase é direcionada às Teorias do Individualismo e do Personalismo.

⁴²² FURTADO, Emmanoel Teófilo. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, n. 6, dez., 2005, p. 107. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/82>. Acesso em: 13 dez. 2021.

⁴²³ Ibid. p. 109.

⁴²⁴ Ibid. p. 109.

constitucional e, portanto, submetidos ao enquadramento jurídico, consoante as circunstâncias de cada caso em particular.

O Personalismo representa uma reação de crítica à Teoria do Individualismo, uma vez que esta reconhece o indivíduo como fim em si próprio, ao passo que aquela o coloca como pessoa, conforme defende Emmanuel Mounier em *O Personalismo*, que contém elementos provenientes do cristianismo. Mounier admite a dificuldade de se definir o que é a pessoa, mas entende-a como “*um absoluto em comparação com qualquer outra realidade material ou social e com qualquer outra pessoa humana*”. Mounier sublinha que a pessoa “*nunca pode ser considerada parte de um todo, como família, classe, Estado, Nação, humanidade. Nenhuma outra pessoa, nenhuma coletividade, nenhum organismo pode utilizá-la legitimamente como um meio.*” Segundo Mounier, “*mesmo Deus, na doutrina cristã respeita a liberdade da pessoa.*”⁴²⁵

Mounier afirma que a pessoa deve ser capaz de compreender as pessoas, a saber avaliar os sentimentos alheios, a espalhar generosidade e a ser fiel.⁴²⁶ É importante observar que Mounier parte do pressuposto de que o mundo moderno foi construído contra a pessoa. De um lado, a tese do individualismo, e de outro, o surgimento de grandes sistemas que conduziram às tiranias coletivas e à anulação das pessoas.⁴²⁷

Contrariamente à concepção do individualismo, Rocha observa que o personalismo, na ótica de alguns dos seus teóricos, adota uma crítica parcial, isto é, um tipo de individualismo que defende o “*primado do indivíduo no âmbito epistêmico*”, o qual por sua vez remete para o “*primado moderno da subjetividade*”⁴²⁸. Na mesma direção, Rocha discorre, sob vários ângulos, acerca da crítica radical de Mounier ao individualismo. De acordo com Mounier, a nova visão de pessoa promovida pela teoria do individualismo, defendendo os seus direitos e garantindo a sua emancipação, bem como a sua dignidade humana como um valor inviolável, rende elementos positivos àquela teoria, embora segundo Mounier ela se tenha desviado “*para*

⁴²⁵ MOUNIER, 1967 apud AMORIM, Leonardo Costa da Silva de Oliveira. *Pessoa e Comunidade: O Individualismo Religioso Contemporâneo Face ao Personalismo de Emmanuel Mounier e ao Aspecto Comunitário da Teologia de Karl Barth*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2010, Dissertação de Mestrado em Teologia p.78.

⁴²⁶ MOUNIER, Emmanuel. *O Personalismo*. São Paulo: Centauro, 2004. p. 46-48.

⁴²⁷ AMORIM, Leonardo Costa da Silva de Oliveira. *Pessoa e Comunidade: O Individualismo Religioso Contemporâneo Face ao Personalismo de Emmanuel Mounier e ao Aspecto Comunitário da Teologia de Karl Barth*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2010. p. 76.

⁴²⁸ ROCHA, Antonio Glauton Varela Rocha. O individualismo e a contemporaneidade: a crítica de Emmanuel Mounier à perspectiva individualista. *Intuitio*, n. 3, p. 16-31, 2010. p. 16. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/7718>. Acesso em: 13 dez. 2021. A análise do autor sobre a “alforria” que o indivíduo ganhou no campo epistêmico e que remete à filosofia da subjetividade pode ser identificada em Kant, conforme já apresentado anteriormente, no presente artigo.

uma visão muito estreita de indivíduo”, tendente a uma atitude de isolamento e defesa, configurando uma visão atomista do indivíduo (que remete para o átomo).⁴²⁹

O autor, evocando de Maquiavel a ideia de que a história é modelo para todos, observa que o individualismo metódico usado pelos burgueses foi eficiente contra o absolutismo da época, mas não serve para organizar a vida social.⁴³⁰ Mounier dirige a sua crítica ao individualismo, partindo do pressuposto de que aquela teoria garantiria a liberdade para buscar os interesses individuais que seriam obrigação do Estado.⁴³¹ Não precisaria, portanto, de se preocupar com os outros indivíduos, porque a “mão invisível” do mercado, segundo Adam Smith (um dos principais teóricos do Liberalismo do Século XVIII), promoveria a ordem entre os interesses em jogo, beneficiando a todos de forma geral.

Por outro lado, continua o autor, o homem tornou-se um ser isolado, egoísta e calculista, impossibilitando que o Estado se legitime para satisfazer as exigências da dignidade da pessoa. Esta visão decorre da ideia de que o indivíduo não deveria submeter-se ao Estado, conforme pregara a revolução burguesa. Contudo, adverte Mounier, o homem acabou ficando independente também dos outros indivíduos, tornando-se um ser abstrato, sem qualquer vínculo e detentor de uma liberdade suprema e sem limites.⁴³²

Miranda Barbosa observa que o fato de o indivíduo se ter tornado atomizado, sem qualquer preocupação com a solidariedade em relação aos outros indivíduos, evidencia a falência do racionalismo iluminista, além de ter incentivado o formalismo⁴³³ de um lado, e, de outro, o arbítrio totalizante⁴³⁴, os quais levaram a uma alienação do direito.⁴³⁵ Sendo assim, o homem precisa de se relacionar com os outros, sair de si mesmo para ser com o outro, comunicando-se para poder realizar-se, em contraponto com uma visão utilitarista (em que o outro é apenas um meio para a satisfação de necessidades) ou um instrumento utilizado para a consecução do bem comum (teoria coletivista). A autora afirma que somente olhando para o nosso semelhante é que mantemos a dignidade ética e somos pessoa, no que diz respeito à

⁴²⁹ ROCHA, Antonio Glauton Varela Rocha. O individualismo e a contemporaneidade: a crítica de Emmanuel Mounier à perspectiva individualista. *Intuitio*, n. 3, p. 16-31, 2010. p. 16. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/7718>. Acesso em: 13 dez. 2021.

⁴³⁰ Ibid.

⁴³¹ Ibid. p. 23.

⁴³² Ibid. p. 22.

⁴³³ Representado pela doutrina do positivismo jurídico que teria sido estimulada pelas disfuncionalidades da Teoria do Individualismo.

⁴³⁴ Da mesma forma, a falência daquela doutrina teria fortalecido as teorias coletivistas.

⁴³⁵ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Litigiosidade Jurídico-Religiosa – Possibilidade de tutela civilística do sentimento religioso*. Cascais: Principia, 2015. p. 144-145.

dimensão axiológica; isto é, escolhemos o outro pelos valores morais, éticos, estéticos e espirituais.⁴³⁶

Desta relação ética fundamental Miranda Barbosa infere importantes corolários. No primeiro corolário se constata que *“o outro nunca pode ser um meio, mas sempre um fim merecedor de respeito, o mesmo respeito que exigimos em relação a nós”*. Por outro lado, o outro sempre será *“um ser único, irrepetível e portador de sua individualidade”*. Aqui, a autora chama a atenção para o fato de que *“a pessoalidade que se convoca, não encerrando o Homem em si mesmo, abre-o ao outro pelo estabelecimento de pontes de solidariedade”*. Contudo, adverte a autora, aquela solidariedade não é gregária, o que significa entender que *“não condena o homem, livre do individualismo, à totalização societária.”*⁴³⁷

Esta observação é extremamente relevante e oportuna no sentido de esclarecer que a teoria do personalismo se distancia da visão utilitarista que caracteriza a teoria do individualismo, ao mesmo tempo que se preocupa com não se aproximar da visão coletivista da teoria do transpersonalismo, em que a pessoa é substituída pelo coletivo.

Portanto, no contexto da teoria do personalismo, o sentido que dá suporte ao direito subjetivo não é o indivíduo, e muito menos o coletivo, mas a pessoa. Da mesma forma, o direito subjetivo da pessoa não se anula com a presença da ordem jurídica positiva (direito objetivo), uma vez que esta foi erigida para a proteção da sua dignidade humana⁴³⁸. Assim, o direito subjetivo deixa de ter como fundamento a vontade imperativa do indivíduo, no sentido de que ele tudo quer, pode e manda, para se escorar *“no reconhecimento da dignidade ética do ser humano”*, conforme afirma Miranda Barbosa. Neste caso, o direito subjetivo representará um *“espaço de afirmação da autonomia pessoal.”*⁴³⁹

A diferença do sentido desta autonomia é que ela deixa de ser pensada apenas em termos negativos, ou seja, de um poder de vontade e liberdade ilimitadas, mas sim em termos de uma liberdade pessoal que leve em conta o outro, para não deslizar para um abuso daquela liberdade. A limitação da liberdade é assim disciplinada pelo conteúdo do direito, o qual, por sua vez, passa a prever não apenas o exercício dos direitos, mas também o exercício dos deveres, os quais abrem inevitavelmente para uma igual responsabilidade.

⁴³⁶ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Litigiosidade Jurídico-Religiosa – Possibilidade de tutela civilística do sentimento religioso*. Cascais: Principia, 2015. p. 144-145.

⁴³⁷ Ibid.

⁴³⁸ A proteção da dignidade da pessoa humana remete aos direitos de personalidade e à garantia do mínimo existencial para a sua sobrevivência, conforme analisado no decorrer do presente artigo.

⁴³⁹ BARBOSA, op. cit. p. 147.

Neste aspecto, Mounier afirma que todas as pessoas têm igual dignidade, e que, em caso de solução de conflitos, haveria a necessidade de um poder estatal a ser exercido, com certas limitações.⁴⁴⁰ As pessoas devem ser protegidas contra todos os abusos de poder, o qual deverá ser controlado por meio de um estatuto público da pessoa e uma limitação constitucional dos poderes do Estado. O que Mounier quer defender é o fato de que as pessoas não podem ficar sem uma proteção do direito positivo (por meio da atuação da jurisdição do Estado), sob pena de caírem na anarquia. A este respeito, o autor afirma oportunamente que as pessoas não podem ser deixadas à deriva: “*o otimismo do individualismo liberal e o utopismo anarquista apoiam-se num conhecimento simplista da pessoa. É necessário um último recurso para arbitrar os conflitos das pessoas e dos indivíduos entre si: este último recurso é a jurisdição do Estado.*”⁴⁴¹ Ora, só o direito positivo poderá garantir a dignidade da pessoa, embora Mounier reconheça implicitamente que as exigências dela decorrentes encontram amparo também no direito natural.⁴⁴²

Mesmo assim, Mounier afirma que o direito institucionalizado (das pessoas) não deve ser apenas formal e legalista, como em Hans Kelsen⁴⁴³, mas legitimado pelo valor da pessoa.⁴⁴⁴ Daí a importância da família como um contexto de referência anterior à comunidade em que ela vive. A comunidade é definida por Rocha, como “*um espaço de coexistência de pessoas no exercício de sua liberdade, responsabilidade, comunicação criadora de vínculos [...], pessoas no exercício de sua vida pessoal.*”⁴⁴⁵

O autor alerta para uma situação onde indivíduos compartilham opiniões sobre o que “se diz” e apenas as reproduzem, apontando para a tirania do anonimato, um aglomerado massificado que constitui terreno fértil para a implantação de ditaduras, como ocorreu na primeira metade do século XX, onde se uniu um povo desorientado e um líder com capacidade de retórica, capaz de cooptar uma nação inteira e anular a individualidade das pessoas.⁴⁴⁶ Portanto, o indivíduo abstraído que o individualismo propugna é apenas um átomo, divergindo da pessoa em sua totalidade e enraizada em uma comunidade, razão pela qual Mounier propõe

⁴⁴⁰ MOUNIER, Emmanuel. *O Personalismo*. São Paulo: Centauro, 2004. p. 24-25.

⁴⁴¹ Ibid. p. 26.

⁴⁴² Mounier admite a existência de direitos de personalidade anteriores ao Estado, embora não os intitule de direitos naturais e sim de exigências pessoais. Ibid. p. 26.

⁴⁴³ O principal representante do Positivismo Jurídico.

⁴⁴⁴ ROCHA, Antonio Glauton Varela Rocha. O individualismo e a contemporaneidade: a crítica de Emmanuel Mounier à perspectiva individualista. *Intuitio*, n. 3, p. 16-31, 2010. p. 23. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/7718>. Acesso em: 13 dez. 2021.

⁴⁴⁵ Ibid. p. 27.

⁴⁴⁶ O autor se refere ao Nazismo na Alemanha liderado por Adolf Hitler.

como alternativa o pluralismo político, contrapondo-se ao ordenamento político defendido pela teoria do individualismo.⁴⁴⁷

É aqui que a teoria do personalismo se diferencia do individualismo e do transpersonalismo, ao defender a necessidade de o Estado garantir a proteção jurisdicional das pessoas (dimensão individual) e das comunidades (dimensão comunitária) a que elas pertençam, como condição da sua legitimidade, ao mesmo tempo que reconhece a importância de disponibilizar condições para a promoção da sua dignidade humana. Em outras palavras: Mounier propõe um papel estatal ao serviço de uma sociedade pluralista, assente no reconhecimento da pessoa em sua real dimensão, e não como mero indivíduo, como defende a teoria do individualismo.⁴⁴⁸

É precisamente neste contexto que a teoria do personalismo valoriza a relevância do Princípio da Dignidade Humana, garantindo a sua integridade e inviolabilidade, razão pela qual tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm procurado concretizar efetivamente esse princípio como um dos principais fundamentos do Estado, reconhecendo o valor do homem e a sua liberdade.

Só com o advento do constitucionalismo contemporâneo é que a dignidade humana passou a ser o princípio orientador de um regime republicano e democrático, razão pela qual foi inserida na Constituição, adquirindo paulatinamente maior força normativa como garantidora dos direitos fundamentais individuais e coletivos, bem como dos direitos sociais, econômicos e culturais da pessoa.

A partir do momento em que a dignidade humana se alça ao *status* de princípio constitucional, o Estado Democrático de Direito passa a assegurar a liberdade da pessoa, além de garantir as condições mínimas à sua existência e de executar políticas públicas voltadas à diminuição das desigualdades e à melhor implementação possível da justiça social.

Trata-se de um princípio orientador de todo o texto constitucional, procurando, consoante o caso concreto, buscar o equilíbrio da prevalência dos interesses do indivíduo ou da sociedade.

A este respeito, a Teoria do Personalismo é a que tem maior potencial para a consecução daquele equilíbrio, uma vez que não admite a postura radical ou extremista das teorias do individualismo e do transpersonalismo.

⁴⁴⁷ ROCHA, Antonio Glauton Varela Rocha. O individualismo e a contemporaneidade: a crítica de Emmanuel Mounier à perspectiva individualista. *Intuitio*, n. 3, p. 16-31, 2010. p. 289. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/7718>. Acesso em: 13 dez. 2021

⁴⁴⁸ Ibid. p. 30.

A partir do momento em que a teoria do personalismo reconhece o valor da pessoa e a sua capacidade de transformar as outras pessoas e a comunidade, ela estabelece uma relação de mediação entre a pretensa superioridade do indivíduo (teoria do individualismo) e a alienação e anulação da pessoa defendida pela teoria do transpersonalismo.

O objetivo a ser alcançado será a dignidade da pessoa que será devidamente atendido pelo direito positivo, o qual garante a sua materialização por meio da atuação do Estado legislador, de um lado, e, de outro, pela jurisprudência.

O Estado Legislador atua com a promulgação de leis que acautelem a dignidade da pessoa prevista na Constituição da República, e o Estado Administrador executa políticas públicas visando a proteção efetiva daquela dignidade e dos direitos fundamentais da pessoa, garantindo o seu mínimo existencial e o acesso igualitário a todas as oportunidades, ao mesmo tempo que assegura a sua liberdade, procurando harmonizar a convivência dos indivíduos e a sociedade.

Numa suposta colisão entre os interesses da pessoa e os interesses coletivos, consoante as circunstâncias, um deles deverá prevalecer sobre o outro, por meio de uma ponderação dos princípios envolvidos a ser aplicada pela jurisprudência (Poder Judiciário).

Portanto, a prioridade dada ao indivíduo pela teoria do individualismo (presente no Estado liberal), assim como a prioridade do interesse coletivo sobre o mesmo indivíduo, defendida pela teoria do Transpersonalismo (representada por regimes coletivistas como o socialismo, e outros), cedem lugar à teoria do personalismo, uma vez que esta é a que traduz efetivamente o Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO III – LIBERDADE DE EXPRESSÃO

*No nosso país temos três preciosas coisas indescritíveis:
a liberdade de expressão, a liberdade de consciência
e a prudência de nunca praticar nenhuma delas*
Mark Twain (humorista norte-americano)

10 Análise histórica do direito à liberdade de expressão

Neste capítulo, será tratado o direito à liberdade de expressão, substrato para o exercício do humor, enquanto manifestação humana, e para a garantia da dignidade da pessoa e o desenvolvimento democrático do Estado. Para a sua boa compreensão, propõe-se uma parte histórica que permita entender o seu surgimento dentro do contexto social, cultural e político da época, bem como o seu desenrolar na história da humanidade e as primeiras tentativas de limitar a sua utilização.

Inicialmente, cabe lembrarmos que a história do direito civil português está intimamente relacionada com o direito constitucional, especialmente a partir do período oitocentista, no século XIX. Assim, tendo em mente a ligação entre o constitucionalismo e o direito privado, iniciamos com a definição da liberdade de expressão estabelecida pelo artigo 37º da Constituição da República Portuguesa de 1976:

[...] todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações e o exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.

Caso haja excesso, também está previsto, no texto constitucional, que os sujeitos de direito respondam perante os tribunais ou entidades administrativas competentes nos termos da lei.

De acordo com o artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, é livre a “*comunicação dos pensamentos e das opiniões*”, sendo “*um dos mais preciosos direitos do Homem*”, e permitindo a todo o cidadão “*falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade.*”

Por fim, acerca da definição desse conceito, o célebre artigo 19⁴⁴⁹ da Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê que “*todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.*”

No âmbito civil, a primeira tutela dos direitos fundamentais e menção da liberdade de expressão se deu com o Código de Seabra, em 1867, influenciado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o qual destinou um capítulo específico aos “direitos originários”, decorrentes da natureza própria do homem, incluindo os direitos à existência, à liberdade, à associação, à apropriação e à defesa. Entendia-se que o direito não exerceria um papel de enunciador de direitos do homem, mas que desempenharia funções de proteção e regulação desses direitos.

Dessa forma, o Código Civil português de 1867 introduziu a proteção dos direitos da personalidade, estabelecendo, em seu artigo 361, que “*O direito de liberdade consiste no livre exercício das faculdades físicas e intelectuais, e compreende o pensamento, a expressão e a acção.*”⁴⁵⁰ Também é relevante mencionar que, no artigo 368º, regulamentou-se o dever de reparação em razão de ofensa aos direitos originários, inaugurando a tradição protetiva e de compensação por danos não patrimoniais, também denominados como danos morais.

É possível, então, observar, que já em 1867 havia uma preocupação do legislador em entender o ser humano não somente enquanto uma existência física, como também possuidor de vontade e pensamento próprio, enquanto expressões inerentes à vida. A inclusão de direitos da personalidade, tal como o direito de liberdade, na legislação infraconstitucional portuguesa representou um avanço importante na proteção de tais bens jurídicos, inclusive com a responsabilização decorrente da violação da personalidade.

Nesse sentido, a liberdade de expressão é parte essencial do núcleo da dignidade da pessoa, possibilitando a busca por uma sociedade mais justa, democrática e inclusiva. Faz parte

⁴⁴⁹ Tratado internacional assinado pela maioria dos países no mundo. Dos poucos que não o fizeram, o mais importante é a China, que assinou, mas não ratificou; a Arábia Saudita nem sequer assinou, assim como o Vaticano. Uma vez ratificado, o Pacto é em teoria juridicamente vinculativo para o Estado signatário. ASH, Timothy Garton. *Liberdade de Expressão: Dez princípios para um mundo interligado*. 1ª ed. Lisboa: Temas e debates – Círculo de leitores. 2017.p.42.

⁴⁵⁰ PORTUGAL. *Código Civil Portuguez*. Aprovado por Carta de Lei de 1 de julho de 1867. Lisboa, 1868. Disponível em: <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>. Acesso em: maio 2022.

dos chamados direitos de primeira geração ou dimensão⁴⁵¹, aqueles efetivados a partir de uma prestação negativa do Estado; ou seja, para que tais direitos sejam concretizados é necessário que o Estado se abstenha de exercer uma ação. No caso do direito à liberdade de expressão, portanto, é necessário que não haja interferência por parte dos órgãos estatais no sentido de que não imponham censura prévia, por exemplo.

É essencial, então, para um entendimento mais amplo acerca desse direito assegurado nas constituições modernas e declarações de direitos humanos, proceder a uma contextualização histórica, visto que, de acordo com o filósofo Norberto Bobbio, “[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos.”⁴⁵² Isto é, os direitos humanos surgem em momentos específicos historicamente e, para um entendimento completo do papel desses direitos, é de rigor voltar os olhos para esse contexto.

Assim, o contexto histórico do surgimento da garantia à liberdade de expressão se confunde com a própria história dos direitos humanos, quando se pensa em um contexto internacional.

Efetivamente, antes da promulgação dos direitos humanos, já havia debates incipientes sobre a necessidade de se proteger a liberdade de expressão dos cidadãos na própria Grécia antiga. Algumas das ideias modernas que se consubstanciaram em ideais políticos no período pós-medieval já estavam em formação no período clássico da Antiga Grécia, do período Homérico até ao final da Antiguidade. Apesar de naquele momento não haver nação unificada, mas sim cidades-estado esparsas que compartilhavam costumes e a própria língua, germinavam, no entanto, de forma incipiente, os ideais da justiça, liberdade, governo guiado por normas, etc. Não havia, porém, a ideia de “Estado” como terceiro neutro apartado da sociedade.

A ideia de democracia começava a surgir e a desenvolver-se até florescer no período pós-medieval. Cumpre lembrar que, no período antigo, ainda se tratava de uma semente, visto que a Grécia antiga admitia a escravatura e apenas os homens cidadãos podiam participar da vida pública, ficando grande parte da população – como as mulheres – excluída da vida política do “demos”. Defendia-se também que os escravos eram necessários para que os cidadãos se pudessem dedicar à vida política e à democracia. O filósofo Aristóteles, por exemplo, afirmava que o trabalho manual deveria ser feito pelos escravos para que os homens cidadãos tivessem tempo livre suficiente para as atividades políticas.

⁴⁵¹ “Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 563-564).

⁴⁵² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

A origem da problematização da liberdade de expressão ocorre na Modernidade (superação da cosmovisão teológica da Idade Média), pondo fim à supremacia dos dogmas católicos sobre as sociedades europeias. As características da sociedade moderna são: “[...] *secularização, racionalização e desencantamento do mundo.*”⁴⁵³ Emerge no seio desta sociedade o iluminismo burguês, que veio desobstruir os canais de comunicação, desobstruindo essa imprescindível ao desenvolvimento dos diversos subsistemas de ação da sociedade moderna (“teológicos, políticos, econômicos, científicos, culturais e tecnológicos”).

Apesar de limitado, pode-se dizer que, no âmbito do desenvolvimento da própria ideia de democracia, germina também o pensamento acerca da liberdade dos cidadãos. Por exemplo, na cidade-estado de Atenas os cidadãos tinham reuniões regulares na praça pública (a *Ágora*) para debater sobre os assuntos de interesse da comunidade. De alguma maneira, era assegurada a liberdade de expressão aos cidadãos atenienses para que pudessem discutir seus pensamentos sobre o bem comum. Todos os cidadãos podiam se expressar nesses momentos de democracia, embora fosse restrito o grupo dos cidadãos considerados como tal: os homens livres. Os escravos, os prisioneiros, os estrangeiros e as mulheres não eram cidadãos.

Com relação ao direito romano, a questão é menos linear, porquanto inicialmente a civilização romana se organizou em monarquia, passou depois a república, tornando-se um império com governo autoritário, o que dificultou o florescimento da ideia de *liberdades públicas*. Mesmo assim, o período republicano contribuiu significativamente para as repúblicas modernas com a ideia de coisa pública (*res publica*).

Foi estabelecida uma espécie de Constituição, que reuniu os princípios escritos e não escritos para resolver disputas. Os problemas eram resolvidos com base em precedentes, dando origem ao conceito de jurisprudência. Tal como em Atenas, as assembleias romanas funcionavam com base na democracia direta e, à semelhança da Grécia antiga, também eram cidadãos apenas os homens livres.

Em contrapartida, a arte era fortemente estimulada. Nesse sentido, pode-se dizer que, em alguma medida, havia um gérmen de tentativa de se assegurar a liberdade de expressão aos artistas, cujas expressões artísticas, amplamente difundidas e valorizadas em Roma naquele período, incluíam a pintura, a música, a literatura e o teatro.

Sobre o tema, vejamos algumas passagens do especialista em literatura Salvatore D’Onofrio:

⁴⁵³ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 14.

*Na época de Augusto, pelo menos na primeira fase, a generosidade do Príncipe e de Mecenas parece não ter tolhido a liberdade de expressão aos poetas. Era uma generosidade que não ofendia e não impunha condições de sujeição e de escravidão espiritual. A ligação era fundada mais sobre o conceito epicurista da amizade ao da autoridade.*⁴⁵⁴

Claro que havia alguma limitação à expressão dos artistas. Um desses limites era a obrigação, principalmente no período imperial, de elogiar em suas obras alguns dos grandes feitos dos imperadores. Acerca do tema, veja-se o seguinte excerto do mesmo autor:

*[...] uma certa limitação de liberdade existia e, mesmo não imposta por Augusto, se encontrava na atmosfera criada pelo novo regime político. A pax Augusta e a reforma institucional, que tirava ao povo romano a possibilidade de, através do voto, escolher os próprios representantes, levou ao enfraquecimento das paixões políticas. Se isto favoreceu grandemente a instauração do regime imperial, de outro lado afastou os grandes gênios da vida pública.*⁴⁵⁵

À Idade Antiga sucedeu a Idade Média, período iniciado após o declínio do Império Romano do Ocidente. Nessa época, a Europa viveu um momento de hegemonia da Igreja Católica em que as artes e ciências eram, em geral, executadas por meio dos representantes dessa instituição e com finalidades religiosas.

Caberá ao Iluminismo conferir estrutura teórica à “subjetividade da percepção e da cognição”. O pressuposto fundamental do Iluminismo é o de que a autonomia racional do indivíduo é a condição última da liberdade humana. *A filosofia passa a ser cada vez mais autônoma em relação à teologia; os autores iluministas reforçam a premissa de Lutero de que a fé deveria ser construída pelo livre-arbítrio.* Neste contexto, é de fundamental importância o pensamento cartesiano, que coloca a dúvida como ponto de partida do pensamento racional, galvanizando os questionamentos a respeito das estruturas vigentes. Immanuel Kant reestrutura

⁴⁵⁴ D’ONOFRIO, Salvatore. A liberdade de expressão na Roma imperial. *Revista de História da USP*, v. 34, n. 70, 1967, p. 400. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/126114/122918>. Acesso em: 28 out. 2020.

⁴⁵⁵ D’ONOFRIO, Salvatore. A liberdade de expressão na Roma imperial. *Revista de História da USP*, v. 34, n. 70, 1967, p. 401. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/126114/122918>. Acesso em: 28 out. 2020.

a concepção política que se deveria ter por meio dos imperativos categóricos universalizáveis, e que deveriam ser racionalmente acessíveis a todos. “*O sistema de direitos daí decorrente realiza-se e protege-se através da subordinação a uma lei geral de liberdades.*”⁴⁵⁶

Um dos primeiros marcos da elaboração dos direitos humanos inerentes aos homens foi, segundo alguns autores, a assinatura da Magna Carta, em 1215. Já no final do período feudal, o Rei João Sem-Terra da Inglaterra assina esse documento com o objetivo de consolidar o direito costumeiro. No entender de Fabio Comparato, “[...] a Magna Carta deixa implícito pela primeira vez, na história política medieval, que o rei encontra-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita.”⁴⁵⁷

Assim, a partir desse documento jurídico, pode-se dizer que teve lugar uma limitação institucional dos poderes do monarca, o que constitui um embrião para a democracia moderna que limita os poderes do Estado. Esses poderes incluem, conforme discutimos na presente tese, o poder do Estado de limitar a livre expressão dos cidadãos.

Com a limitação do poder do monarca, deu-se também a limitação dos poderes dos senhores feudais. De acordo com Comparato, a cláusula 60 da Magna Carta “[...] estende a todos os senhores feudais, em relação a seus dependentes e agregados, as mesmas limitações de poder que o rei reconhece para si, relativamente a seus súditos.”⁴⁵⁸ Isto é, nesse período da baixa Idade Média abre-se caminho à proteção dos cidadãos face aos senhores feudais e ao rei, o que já prenuncia a decadência dessa forma de organização da sociedade.

John Locke é tido por Jónatas Machado como um dos principais pioneiros da construção teórica da liberdade de expressão. É importante lembrarmos que, no século XVII, na Inglaterra, a liberdade era um tema eminentemente político, relacionada com o poder civil e o poder religioso, motivo pelo qual o filósofo propõe uma cisão entre a distinção dos poderes da Igreja e do Estado, com o propósito de obter certa tolerância por parte dos religiosos:

Portanto, devemos buscar outra causa para os males do que atribuí-los à religião. E, se consideramos corretamente, descobriremos consistir totalmente no assunto que estou discutindo. Não é a diversidade de opiniões (o que não pode ser evitado), mas a recusa de tolerância para com os que têm opinião diversa, o que se poderia

⁴⁵⁶ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 58-59.

⁴⁵⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 75.

⁴⁵⁸ Ibid. p. 78.

*admitir, que deu origem à maioria das disputas e guerras que se têm manifestado no mundo cristão por causa da religião.*⁴⁵⁹

As principais ideias de Locke acerca da liberdade de expressão encontram-se em sua obra *Carta sobre a Tolerância*, na qual o filósofo destaca a diversidade de opiniões, fundamentada na tolerância religiosa, como o princípio que levaria à harmonia entre as religiões e daria margem ao exercício das demais liberdades. A tolerância seria, então, a base do convívio social, de modo que aqueles que negassem o direito à diversidade, negariam a possibilidade de convivência.⁴⁶⁰

Para o filósofo, a Igreja deveria ser despojada de qualquer forma de coação, servindo apenas como uma *free and voluntary society*, conferindo sinceridade e autenticidade à fé individual. E dada a importância do culto religioso na época, a liberdade de crença significava liberdade intelectual. Não tardou que, depois da Revolução Gloriosa, a censura à imprensa fosse revogada (1695)⁴⁶¹.

Chegando, pois, à Idade Moderna, é essencial refletir acerca da Declaração de Direitos Inglesa, manifesta no documento *Bill of Rights*, elaborado pelo Parlamento daquele país e assinado em 1689, no contexto da maior preocupação da Inglaterra com os direitos dos cidadãos, visto que apenas dez anos antes, em 1679, havia sido assinada a lei de *habeas corpus*. Mesmo se o direito de utilização do mecanismo de *habeas corpus* já existia antes da promulgação dessa lei, trata-se ainda assim de um marco importante para o direito inglês, que influenciou diversas outras nações, por confirmar o axioma *remedies precede rights*, ou seja, são fundamentais às garantias judiciais para que sejam assegurados os direitos subjetivos.

Nesse sentido, a Declaração de Direitos inglesa, de 1689, tem grande importância histórica por ter sido escrita nesse momento de transição da monarquia absolutista para o regime parlamentar. Em outras palavras, trata-se de uma virada para um momento, ou, nas palavras de Comparato, “a [...] garantia institucional, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é proteger os direitos fundamentais da pessoa.”⁴⁶² Constitui, portanto, um marco constitucional.

⁴⁵⁹ LOCKE, Jonh. *The second treatise of civil government: a letter concerning toleration*. Oxford: Basil Blackwell, 1956. p. 27.

⁴⁶⁰ Ibid.

⁴⁶¹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 60.

⁴⁶² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 88-89.

Essa Declaração não foi, no entanto, fruto da vontade popular. De acordo com Guimarães:

*[...] foi uma advertência dos lordes ao rei, para que não mais tentasse dominar o parlamento (...), o que não faz com que o documento perca sua importância, visto que (...) o povo, os súditos e o país, de uma forma geral, são resguardados dos abusos da coroa e os direitos à liberdade de expressão e à propriedade privada estendidos a todos.*⁴⁶³

Na própria Declaração consta o seguinte excerto, traduzido por Comparato:

*Que a liberdade de palavra e debates ou procedimentos, no Parlamento, não deve ser coarctada por processos de acusação política ou investigação criminal (ought not to be impeached or questioned) em nenhum tribunal ou local fora do Parlamento.*⁴⁶⁴

Posteriormente, em 1776, são elaboradas a Declaração de Direitos da Virgínia, assim como a Declaração de Independência dos Estados Unidos, e tais declarações assumem importância histórica ímpar na medida em que são reconhecidas como grandes marcos da democracia liberal moderna, fazendo com que o país assumisse a forma federativa e constitucional, com limitação dos poderes dos governantes e salvaguarda dos direitos humanos dos americanos. Claro que ainda trata de uma tentativa de estabelecimento do respeito pelos direitos humanos muito limitada, visto que nesse momento ainda havia a escravatura nas colônias norte-americanas, só abolida no século XIX.

Não obstante, importa salientar que a Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 foi o *primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todos os seres humanos*⁴⁶⁵, constando, inclusive, com relação à liberdade de expressão, que é essencial *o digno respeito pelas opiniões dos homens*.

⁴⁶³ GUIMARÃES, Elisabeth da Fonseca. A construção histórico-sociológica dos Direitos Humanos. *ORG & DEMO*, Marília, v. 11, n. 2, p. 95-112, jul./dez., 2010. p. 102.

⁴⁶⁴ *Ibid.* p. 92.

⁴⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 101.

No que se refere à Declaração de Virgínia, entendemos pertinente a leitura dos seguintes trechos desse documento acerca da liberdade dos homens em se expressarem e terem garantida a sua liberdade:

*I - Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança. [...] XII - Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos.*⁴⁶⁶

Assim, os Estados Unidos, mesmo antes da Revolução Francesa, ao deixarem de ser colônia nesse momento histórico, reafirmaram os princípios da democracia, algo que com o passar do tempo se tornou essencial para as nações constitucionais do mundo.

Pouco tempo depois, em 1789, em plena Revolução Francesa, é emitida a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada agosto do mesmo ano pela Assembleia Nacional Constituinte da França, contendo dezessete artigos com inspiração iluminista, em que se rejeita a monarquia absolutista e são proclamados os célebres ideais de *igualdade, liberdade e fraternidade*.

Nesse sentido, a elaboração dessa Declaração sofreu intensa influência do documento que já havia sido implementado nos Estados Unidos. A Revolução Francesa significou uma renovação das estruturas políticas em um processo que durou vários anos e que teve como início essa tentativa de se elaborar um documento que estabelecesse que todos os cidadãos seriam iguais perante a lei. Na tentativa de assumir caráter universal, essa declaração proclamou o *direito absoluto à liberdade como natural e de todos os homens*, constituindo uma *referência para os próximos textos que se seguirão, e uma fonte de inspiração para propostas semelhantes que objetivavam garantir os direitos humanos na Europa e na América Latina*.⁴⁶⁷

⁴⁶⁶ DECLARAÇÃO de direitos do bom povo de Virgínia. 1776. Disponível em: https://www3.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1788/YY2014MM11DD18HH14MM7SS42-Declara_o%20da%20Virgínia.pdf. Acesso em: 18 nov. 2020.

⁴⁶⁷ GUIMARÃES, Elisabeth da Fonseca. A construção histórico-sociológica dos Direitos Humanos. *ORG & DEMO*, Marília, v. 11, n. 2, p. 95-112, jul./dez., 2010. p. 104.

O preâmbulo da Declaração tem o objetivo de “justificar” sua necessidade, visto que o “esquecimento” ou o “desprezo” contra os direitos do homem causariam os males públicos e a corrupção dos governos, e, por isso, os revolucionários deveriam *declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres.*⁴⁶⁸

Nesse momento, ficam estabelecidas ao longo dos artigos a liberdade e a igualdade inerente aos indivíduos, e que as distinções sociais só poderiam fundamentar-se na “utilidade comum”, isto é, os *direitos naturais de cada homem não têm por limite senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos.* A lei apenas proibiria as “ações nocivas à sociedade” e seria a “expressão da vontade geral”. Nesse mesmo sentido, apenas seria punido o cidadão que cometesse um delito por força de lei promulgada anteriormente ao ato, e qualquer acusado deveria ser considerado inocente até “até ser declarado culpado.”⁴⁶⁹

É nesse contexto que importa destacar os artigos 10º e 11º da Declaração aqui em discussão. É nesses artigos que se faz menção específica da liberdade de expressão, e por isso colacionamos os artigos completos abaixo:

Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

*Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.*⁴⁷⁰

Assim, já naquele momento histórico a liberdade de expressão foi considerada um dos mais “preciosos direitos do homem”, sendo, portanto, garantida, cada vez mais desenvolvida e aprimorada pela sociedade moderna a partir da proteção dos direitos humanos. Claro que, em uma leitura conjunta com o artigo 4º da mesma Declaração, não se pode olvidar que nenhum

⁴⁶⁸ DÉCLARATION des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 15 out. 2021. (tradução nossa).

⁴⁶⁹ Ibid. (tradução nossa).

⁴⁷⁰ Ibid. (tradução nossa).

direito é absoluto: todos os direitos sofrem restrições a partir do momento em que se prejudica um terceiro. Voltaremos a esse debate específico mais à frente.

Antes de prosseguir, é importante lembrar que, ainda durante a Revolução Francesa, não havia igualdade de fato entre todas as pessoas; havia, tão-somente, a consideração de que seriam iguais e cidadãos os proprietários dos meios de produção, ou seja, a burguesia. Os proletários e as mulheres não estavam abarcados por esse conceito, e ainda não eram protegidos por essa declaração de direitos.

De acordo com o jurista Bonavides, a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 seria:

[...] uma Declaração de compromisso ideológico definido, mas que nem por isso deixou de lograr expansão ilimitada, servindo de ponto de partida valioso para a inserção dos direitos da liberdade – direitos civis e políticos – no constitucionalismo rígido de nosso tempo, com uma amplitude formal de positivação a que nem sempre corresponderam os respectivos conteúdos materiais.⁴⁷¹

Nesse momento, um grupo de mulheres, lideradas pela revolucionária Olympe de Gouges (pseudônimo de Marie Gouze), redigiu um documento que ficou conhecido como Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, em 1791, ensaiando a declaração de que a mulher seria igual ao homem em direitos e obrigações, também com dezessete artigos e uma conclusão. Constituía um “apelo” às mulheres para lutarem por seus direitos.

Apenas a título ilustrativo, o artigo 1º dessa Declaração diz que: *A mulher nasce livre e tem os mesmos direitos que o homem.* Dado o contexto histórico, a revolucionária Olympe de Gouges acabou por ser condenada como “contrarrevolucionária” e “mulher desnaturada”, ao se imiscuir, na interpretação daquele momento, em assunto que não seria de interesse para o seu sexo. Por esse motivo, foi condenada à morte, e guilhotinada em 1793. Este trágico desfecho evidencia que para as francesas não ficou assegurada como direito a liberdade de expressão, visto que apenas lograram apresentar um documento à Assembleia Nacional, terminando em seguida assassinadas as suas proponentes.

A tolerância funciona como mecanismo buscado para solução do problema da paz, quando o compromisso não pode ser alcançado. Tem como premissa a ideia da superioridade do monarca, que passa a tolerar algumas práticas religiosas em seu território, não obstante a

⁴⁷¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 573.

manutenção do regime de oficialidade da religião respaldada pelo Estado. De qualquer forma, ela indica uma evolução relativamente aos conflitos religiosos que afligiram a Europa nos séculos XVI e XVII.

Neste processo de formação da tolerância, a Paz de Vestfália é um marco em que os monarcas europeus estabelecem um regime de “*primazia do monarca*” em seu território, não obstante o reconhecimento das pretensões de autonomia religiosa das partes no conflito em questão. *Mesmo depois da paz religiosa, as liberdades de opinião e de imprensa circunscreviam-se ao âmbito das ideias consonantes com os cultos admitidos.*⁴⁷²

Prosseguindo, após a Revolução Francesa e até 1948, com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, surgiram intensas transformações históricas no contexto mundial. Nenhum documento houve, no entanto, que trouxesse grandes novidades acerca do direito à liberdade de expressão. Ainda assim, importa indicar alguns desses acontecimentos, apenas a título de contextualização.

Com relação ao proletariado, conforme já adiantado, os trabalhadores ainda não eram tratados como cidadãos no período da Revolução Francesa, e importa fazer uma breve observação acerca das péssimas condições a que estavam submetidos a partir, principalmente na Inglaterra, da Revolução Industrial (e da transição em todo o mundo da *mercancia* de manufaturas para o capitalismo industrial). Sofriam com jornadas de trabalho extenuantes, sofrendo assédios, acidentes do trabalho, etc., até que em 1847 é publicado o “*Manifesto do partido comunista*” de Friedrich Engels e Karl Marx, um apontamento panfletário que fazia uma crítica às condições de vida dos trabalhadores em virtude da industrialização, convocando a classe trabalhadora para que se conscientizasse e se unisse para reclamar por seus direitos, exigindo o fim da opressão da classe. Foi um importante documento, na medida em que incentivou os trabalhadores em geral a lutarem pelos seus direitos. Pode-se dizer que, em grande medida, Marx e Engels defendiam para o proletariado a liberdade de expressão, um avanço para aquele período em que ainda havia grandes limitações na determinação de quem seria considerado sujeito de direito.

Na sequência da publicação desse livro/panfleto, é necessário citar também a Constituição Francesa de 1848, que surge como resposta à revolta do proletariado que havia

⁴⁷² MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 56-57.

tido contato com o *Manifesto* e estava descontente com os excessos capitalistas. Em fevereiro do mesmo ano, houve em Paris uma revolta popular visando derrubar o rei Luís Filipe I.⁴⁷³

As discussões acerca da nova Constituição giraram, com mais vigor, em volta da questão de um direito ao trabalho, algo novo naquele momento. Promulgada em 1848, acabou sendo um texto eminentemente liberal, não abarcando muitas demandas dos trabalhadores, o que foi criticado por Karl Marx na obra *O 18 de Brumário de Luís Bonaparte*. Por outro lado, foi abolida a pena de morte em matéria política – o que pode ser entendido como um avanço no que se refere ao direito à liberdade de expressão – e a escravatura foi também abolida nas terras francesas.

Sobrevém a Primeira Guerra Mundial, fazendo com que as preocupações de todas as nações se voltem para os esforços de guerra. No México, que estava territorialmente distante das batalhas, redigiu-se uma nova Constituição, em 1917, que traz importantes novidades em matéria de direitos sociais. Essa constituição é a primeira a elevar os direitos do trabalho ao nível de direitos fundamentais previstos na carta magna do país.

Essa previsão será também seguida na Alemanha, após o final da guerra. Com efeito, em 1919 é promulgada a Constituição de Weimar, também importante pelo que ali se determina em matéria dos chamados “direitos de segunda geração”⁴⁷⁴, ou seja, os direitos sociais que dependeriam, em alguma medida, de uma participação maior do Estado para a sua efetivação, contrariando algumas disposições da cartilha liberal que começa a ser posta em debate em virtude dos intensos protestos do proletariado, conforme acima indicado. O Estado passa, a partir desse momento, a assumir algumas tarefas que irão culminar na tentativa de um Estado de Bem Estar Social durante o século XX.

Entretanto, desencadeia-se a Segunda Grande Guerra, em 1939, pelas forças alemãs na invasão da Polônia, o que constitui um retrocesso nas disposições que vinham sendo construídas sobre a temática dos direitos humanos. Ou seja, além dos direitos basilares à integridade física, à vida, à saúde etc., muitos outros direitos são postos em questão nesse momento de intenso autoritarismo na Itália e na Alemanha, como o direito à liberdade de expressão.

⁴⁷³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 161.

⁴⁷⁴ “Os direitos de segunda geração [...] são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 564).

A Segunda Guerra terminará em 1945, com a derrota do bloco “Aliança do Eixo”, composto por Alemanha, Itália e Japão, e a vitória das chamadas “Nações Unidas” ou “Bloco dos Aliados”, composto por França, Inglaterra, Estados Unidos e União Soviética.

Após o encerramento dessa grande guerra, algumas consequências sobrevieram para a teorização acerca dos direitos humanos. Veja-se a seguinte conclusão do jurista Fabio Comparato:

*As consciências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos na reorganização das relações internacionais, com base no respeito incondicional à dignidade humana.*⁴⁷⁵

É como se uma nova fase com relação às possibilidades dos direitos humanos se iniciasse com a tentativa de se evitar que se repetissem os horrores experimentados pela humanidade. O assassinato e as torturas sofridas por grandes grupos de pessoas, em especial judeus, gays e negros, foi um aviso à humanidade no sentido de que novas regras fossem implantadas para que o respeito aos direitos humanos passasse a ser mais efetivo.

Assim, mesmo após o “fracasso” da Liga das Nações – organização internacional criada em 1919 pelo Tratado de Versalhes como uma tentativa de se evitar guerras –, e tendo sido criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1945, é criada também a Organização das Nações Unidas (ONU), organização intergovernamental vocacionada para promover a cooperação internacional. A Sociedade das Nações pretendia ser “[...] *uma instância de arbitragem e regulação de conflitos bélicos* [...]”, enquanto a ONU objetivava “[...] *colocar a guerra definitivamente fora da lei.*”⁴⁷⁶ Ainda em janeiro de 1942, antes mesmo do fim do conflito, já era publicado o primeiro documento oficial dessa organização, a chamada Declaração das Nações Unidas. Foi assinada apenas em 1945, como uma Carta de fundação pelos “membros originários” (países do bloco dos Aliados).

Após esta introdução sobre a questão da ONU, cumpre destacar um dos documentos mais importantes para a efetivação dos direitos humanos em todo o mundo moderno, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Na interpretação de Bonavides:

⁴⁷⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 215.

⁴⁷⁶ Ibid. p. 215.

*A Declaração Universal dos Direitos do Homem é o estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano.*⁴⁷⁷

Várias discussões tiveram lugar no direito internacional acerca da validade dessa declaração: se seria um documento “coercitivo” que obriga os Estado a respeitá-lo, ou se seria apenas *soft law*, uma indicação de como os países deveriam começar a produzir suas normas a partir daquele momento. Tecnicamente, trata-se de uma recomendação que a Assembleia fez aos seus integrantes, ou seja, não traria força vinculante. Fruto dessas discussões, e já na tensão existente entre países do bloco capitalista e do bloco socialista, são produzidos dois pactos separados sobre direitos chamados de primeira geração e segunda geração, em 1966. Debruçamo-nos sobre esse tema mais à frente.

Voltando ao comentário do conteúdo da Declaração, já no seu primeiro artigo são reiterados os princípios fundamentais dos direitos humanos, tal como já eram colocados pela Revolução Francesa: igualdade, liberdade e fraternidade. O grande “atentado”, o “pecado original” contra a dignidade da pessoa seria, nesse sentido, “[...] *considerar e tratar o outro – um indivíduo, uma classe social, um povo – como um ser inferior, sob pretexto da diferença de etnia, gênero, costumes ou fortuna patrimonial*”⁴⁷⁸, ou seja, violando o direito à igualdade.

A liberdade de expressão já aparece no próprio preâmbulo desta Declaração, ao considerar que a preterição dos direitos humanos resultou em atos bárbaros e que, para advir um novo mundo mais justo em que “*os homens gozem de liberdade de palavra*”, seria essencial a reunião das nações em Assembleia Geral para redigir a Declaração Universal.

Tal Declaração deveria ser um ideal comum a *todos os povos e todas as nações, tendo por objetivo promover o respeito aos direitos e liberdades previstos, ao adotarem medidas progressivas de caráter nacional e internacional para assegurar o reconhecimento e observação dos direitos humanos.*

No artigo XIX, finalmente, há a previsão de que:

⁴⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 578.

⁴⁷⁸ DÉCLARATION des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 15 out. 2021. (tradução nossa).

*Todo o homem tem direito à liberdade de opinião e expressão. Este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente das fronteiras.*⁴⁷⁹

Tal como nos outros documentos históricos acerca dos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 evidencia também sua preocupação com o direito à liberdade de expressão, acrescentando ainda a preocupação de que tal direito não seja limitado por qualquer meio ou por fronteiras.

Retomando a questão dos blocos socialista e capitalista, posteriormente à promulgação da Declaração Universal e com o passar do tempo e a reorganização e reestruturação dos países no pós-guerra, teve início uma tensão entre esses blocos economicamente discordantes, o que trazia intensas consequências para as políticas de direito humanos, que tentavam ser universais, principalmente na ONU.

Nesse sentido, após várias discordâncias, foi decidido escrever documentos coercitivos sobre os direitos humanos, que os países assinariam, comprometendo-se com medidas específicas para buscar a consolidação dos direitos humanos em seus territórios através de medidas pragmáticas.

Foi no âmbito dessas discussões que foram elaborados dois pactos separados, para “agradar” aos dois blocos de países, sendo ambos promulgados em 1966: o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

A tensão entre os blocos se deu em virtude de os países do bloco capitalista apenas quererem promulgar o pacto contendo os direitos de primeira dimensão, os quais, ao menos em tese, não custariam ao Estado para serem mantidos, ao passo que os países do bloco socialista queriam promulgar o pacto contendo os direitos de segunda dimensão, ou seja, aqueles que assegurariam à classe trabalhadora melhores condições de vida, como direito ao trabalho e à previdência social. Além disso, os direitos civis e políticos seriam os direitos vistos como mais “úteis” às burguesias nacionais, como o direito à propriedade, enquanto os países do bloco

⁴⁷⁹ DÉCLARATION des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 15 out. 2021. (tradução nossa).

socialista teriam preferência por dar atenção aos direitos de segunda dimensão, pois estes visariam maior “justiça social”.

Com relação ao tema dessa disputa pela hegemonia, o jurista Comparato se manifesta no seguinte sentido⁴⁸⁰:

A elaboração de dois tratados e não de um só, compreendendo o conjunto dos direitos humanos segundo o modelo da Declaração Universal de 1948, foi o resultado de um compromisso diplomático. As potências ocidentais insistiam no reconhecimento, tão-só, das liberdades individuais clássicas, protetoras da pessoa humana contra os abusos e interferências dos órgãos estatais na vida privada. Já os países do bloco comunista e os jovens países africanos preferiam pôr em destaque os direitos sociais e econômicos, que têm por objeto políticas públicas de apoio aos grupos ou classes desfavorecidas, deixando na sombra as liberdades individuais. Decidiu-se, por isso, separar essas duas séries de direitos em tratados distintos, limitando-se a atuação fiscalizadora do Comitê de Direitos Humanos unicamente aos direitos civis e políticos, e declarando-se que os direitos que têm por objeto programas de ação estatal seriam realizados progressivamente, ‘até o máximo dos recursos disponíveis’ (Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 2º, alínea 1).⁴⁸¹

Assim, para o presente objeto de pesquisa, interessa o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que prevê, em seu artigo 18, inciso I, que “*toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião*”. Prevê-se, ainda, no artigo 19, inciso I, que “*ninguém poderá ser molestado por suas opiniões*”, e, no inciso 2, que “*toda pessoa terá direito à liberdade de expressão*” e que esse direito “[...] *incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza*”, também independentemente de quaisquer fronteiras. No inciso III, prevê-se que do exercício desse direito advêm responsabilidades e

⁴⁸⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 278.

⁴⁸¹ PACTO Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Um dos três instrumentos que constituem a Carta Internacional dos Direitos Humanos, junto com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pacto-internacional-sobre-direitos-civis-e-politicos>. Acesso em: 15 out. 2020.

deveres, ou seja, é possível estabelecer restrições para “*assegurar o respeito dos direitos e reputação das demais pessoas*”, assim como “*proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas*.”⁴⁸²

Ocorre nesse momento a proliferação dos meios de comunicação de massa, como o rádio e o cinema, trazendo, em grande medida, uma maior democratização, não só do conhecimento, como também da possibilidade de expressão das pessoas em geral.

A liberdade de expressão é, nesse sentido, “a ausência de proibição ou autorizações prévias”, sendo incompatível, por exemplo, com a censura prévia de qualquer natureza, por exemplo, política, moral ou religiosa, “para os espetáculos públicos ou meios de comunicação de massa”, o que não significa que deve ser tolerada a liberdade irresponsável, devendo essa ser reprimida.

Importa indicar, brevemente, considerando a divisão entre direitos de primeira e de segunda gerações em debate no presente (havendo atualmente também direitos de outras gerações), que essa nomenclatura é objeto de críticas, nomeadamente a de que a divisão dos direitos humanos por gerações não tem fundamento jurídico, considerando que internacionalmente surgiram primeiro os direitos econômicos e sociais e apenas depois os direitos conhecidos como de primeira geração. Além disso, alguns estudiosos entendem ser problemático classificar como “gerações”, e não como “dimensões”: aquela terminologia leva a pensar que as gerações se sucedem no tempo, quando na realidade o que ocorre é que quando novos direitos são conquistados os anteriores não devem ser abandonados, havendo apenas uma constante evolução histórica.⁴⁸³

Apesar de o século XX ter sido época de grande florescimento para os direitos humanos com diversos documentos históricos sendo produzidos, não apenas os que listamos no presente trabalho, mas também outros instrumentos que, por exemplo, visavam assegurar os direitos específicos das mulheres, das crianças, das pessoas com deficiência, das pessoas negras, etc., foi também um século em que surgiram diversas ditaduras e em que grupos oligárquicos exerceram poderes totalitários em diversos países.

Especificamente em Portugal, o chamado “Estado Novo” durou desde a Constituição de 1933 até à Revolução dos Cravos de 1974 (Revolução de 25 de Abril). Ou seja, quando estava

⁴⁸² PACTO Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Um dos três instrumentos que constituem a Carta Internacional dos Direitos Humanos, junto com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pacto-internacional-sobre-direitos-civis-e-politicos>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁴⁸³ TOSO, João Francisco. Dignidade humana como direitos: sociais e pessoais. É possível falarmos em uma dignidade coletiva? *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 4, n. 1, 2018. p. 748. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/1/2018_01_0737_0759.pdf. Acesso em: abr. 2022.

sendo elaborado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, o país ainda vivia sob regime de exceção, estando a liberdade de expressão em todo esse período extremamente limitada.

O período da ditadura ficou também conhecido como salazarismo, visto que os chefes de Estado do país nesse momento foram António de Oliveira Salazar e, no final, Marcello Caetano. Houve ao longo desse período uma inegável influência conservadora, como a adoção do partido único e do corporativismo de Estado. Foi o regime autoritário mais longo da Europa Ocidental, durando, no total, quarenta e oito anos, contemporaneamente aos avanços registados durante essa mesma época em matéria de direitos humanos.

A Revolução dos Cravos marcou o início da redemocratização do país, tendo deposto o regime de “Estado Novo” em 1974. Uma nova constituição foi promulgada em abril de 1976 – quando também tiveram lugar as eleições legislativas –, e continua em vigor no país até hoje. Em seu artigo 37º, garante a liberdade de expressão, de acordo com o texto já transcrito no início do presente item.

São quatro as etapas históricas da evolução da liberdade de expressão e de imprensa, segundo Jónatas Machado. Primeiro a concepção católica de autoridade, com a “*afirmação centralizada e autoritária da verdade objetiva*” em matéria estritamente religiosa.⁴⁸⁴ Depois, nos países em que a Reforma Protestante se fez dominante surgiu a *concepção protestante de autoridade*, frequentemente associada à crença de que a Bíblia é a única regra de fé e prática (*sola Scriptura*), e que todas as doutrinas e práticas da Igreja devem ser fundamentadas nas Escrituras. Em uma terceira fase, *afirma-se uma concepção positivista e empírico-científica de autoridade, assente na supremacia da racionalidade*. Atualmente, temos a etapa da *radicação na doutrina constitucional de modelos de liberdade e justiça comunicativa*.⁴⁸⁵

Como Portugal não passou pela Reforma Protestante, o país encontrou-se em uma situação de relativo atraso, pois suas conquistas no âmbito da liberdade levaram mais tempo a arreigarem-se no sistema jurídico lusitano, sendo três as fases da liberdade de expressão em Portugal:

I) Antigo Regime, a fase da opressão. “*A restrição à liberdade de expressão constituía um elemento estruturalmente integrado na mundividência teológico-confessional dominante*”. Teve como momento fundamental a instauração do Tribunal do Santo Ofício em Portugal, em 1536, quando é instalada uma ampla rede de censura generalizada. Também caracteriza esse

⁴⁸⁴ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 98.

⁴⁸⁵ Ibid. p. 99.

período a subestimação da educação popular. No século XVIII, a censura é laicizada, com a criação do Tribunal Real da Mesa Censória, o que já revelou uma alteração do teor envolvido na repressão dos subsistemas de ação social, pois o interesse dominante agora é, mormente, o da Coroa. Esse período vai até 1822, quando o movimento liberal-constitucionalista português inicia o processo de luta pelas liberdades individuais.

II) Período de luta, vitória efêmera e retrocesso: “A revolução liberal de 1822 procurou introduzir no país o acervo das ideias com que as revoluções inglesa, americana e francesa tinham abalado os fundamentos teológico-políticos do Antigo Regime”⁴⁸⁶. A ela se seguem os conhecidos reveses da história portuguesa do século XIX, em que as forças liberais e absolutistas combatem entre si, tendo como reflexos no ordenamento jurídico ora uma expansão dos direitos fundamentais, ora a sua retração. Com a queda da monarquia, em 1911, a referida luta tem sua solução: a vitória dos constitucionalistas e o “*coroamento do liberalismo democrático*”. Destacam-se as seguintes consequências: (i) “abandona-se a construção teológica da monarquia e da comunidade política”, encerrando o longo vínculo que existia entre Estado e Igreja Católica; (ii) rejeita-se a desigualdade jurídica inerente à cosmovisão tradicional do Antigo Regime; e (iii) os valores como empirismo, racionalidade e liberdade de expressão passam a gozar do prestígio social, algo que há muito existia entre os grupos reclusos de liberais. Em 1933, ascende ao poder o salazarismo (ditadura de direita), cujos reflexos na liberdade de expressão se traduzem em sua dissolução jurídica e no controle dos canais de comunicação pelo Estado, limitando a liberdade de expressão.

III) A vitória da revolução democrática de 1974 e a Constituição de 1976. Todo o legado do salazarismo é abandonado em 1974, com a Revolução dos Cravos, quando o constitucionalismo retorna ao país. Em 1975 é promulgada a Lei de Imprensa, inaugurando a liberdade de expressão e de imprensa. Segundo o autor, a Constituição apresenta uma *tensão interna, quando tratar de liberdade de expressão*. As ideias liberais chocavam com o teor programático da Lei Fundamental. “*Daqui [da referida tensão] decorria uma disciplina jurídica da liberdade de expressão em sentido amplo assente numa significativa separação entre as dimensões pessoais e institucionais, substantivas e instrumentais, da liberdade de expressão em sentido amplo*”. [...] Assim, teoricamente, reconhecia-se o direito de se informar, sem impedimentos e restrições, e a categórica proibição da censura.⁴⁸⁷

⁴⁸⁶ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 101.

⁴⁸⁷ Ibid. p. 116.

O Brasil também passou por um período ditatorial, de 1964 a 1985. O regime totalitário nessa nação foi civil-militar, com militares alternando entre si no poder durante essas duas décadas. Tal como em Portugal, aquele foi também um período de intensa restrição à liberdade de expressão, com diversos cidadãos e cidadãs sendo calados por tentarem se expressar democraticamente.

Foram paulatinamente decretados dezessete Atos Institucionais para que os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros fossem lentamente restringidos. O Ato Institucional nº 5, por exemplo, permitiu a instauração da censura prévia da música, cinema, teatro e televisão, assim como dos meios de comunicação. As motivações alegadas para a censura eram, em geral, vagas e, em alguma medida, injustificáveis, como a “subversão moral”.

A ditadura brasileira foi-se desvanecendo lentamente, e voltaram a ser organizadas eleições. Até que em 1988 foi promulgada a Constituição Cidadã, garantindo e ampliando o direito à liberdade de expressão.

Passada a fase das ditaduras, é essencial também fazer referência à Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1992, que chegou à conclusão de que os direitos humanos são, dentre outros adjetivos, interdependentes. Por exemplo, para que a população em geral consiga exercer seu direito de liberdade de expressão é essencial que os outros direitos humanos também sejam assegurados. Quando a população consegue contar com os direitos sociais, tendo, portanto, assegurado o direito à subsistência, as pessoas terão mais possibilidade de se expressarem livremente, conforme o ponto 5 da Declaração em debate:

*5. Todos os Direitos do homem são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional tem de considerar globalmente os Direitos do homem, de forma justa e equitativa e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas político, económico e cultural, promover e proteger todos os Direitos do homem e liberdades fundamentais.*⁴⁸⁸

⁴⁸⁸ CONFERÊNCIA de Direitos Humanos, Viena, 1993. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>. Acesso em: 28 out. 2020.

No mais, os direitos humanos em geral devem ser assegurados a todos os povos, dado o reconhecimento de sua universalidade.

Hoje, os debates em relação à liberdade de expressão giram, em grande medida, em torno dos direitos e deveres dos cidadãos nas redes sociais e como estabelecer os limites para que os direitos de terceiros não sejam violados. Este é um debate complexo que será abordado em outros momentos da presente tese. Como conclusão da revisão histórica que pretendíamos fazer no presente item, veja-se esta importante síntese sobre a história dos direitos humanos:

*A história dos direitos humanos – direitos fundamentais de três gerações sucessivas e cumulativas, a saber, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos – é a história mesma da liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretizar valores cuja identidade jaz primeiro na Sociedade e não nas esferas do poder estatal.*⁴⁸⁹

A história da liberdade de expressão também se concentra na história da limitação de poderes do Estado. O direito à liberdade de expressão deve ser estimado e questionado com relação aos seus limites.

11 Entendimentos acerca da liberdade de expressão

Os usos da liberdade são muitos, a liberdade é uma.
F.A. Hayek

Após a abordagem histórica, analisaremos do ponto de vista jurídico o conceito de liberdade de expressão, enquanto manifestação do pensamento em suas múltiplas interfaces, as quais por sua vez convocam a garantia dos direitos fundamentais coletivos e individuais, conforme determina a Constituição Portuguesa de 1976. Neste ponto, cumpre mencionar que os trabalhos do Professor Jónatas Machado serviram de alicerce para a construção do raciocínio lógico que se pretende, sendo amplamente utilizados neste capítulo.

Um dos propósitos da vida humana consiste no comportamento de seus cidadãos como podem e sabem, não existindo certeza absoluta. Devemos e podemos presumir, no entanto, que

⁴⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 574.

expressar nossa opinião livremente é proporcionar orientação à nossa conduta. Nas palavras de Mill⁴⁹⁰: “A liberdade completa de contradizer e desaprovar a nossa opinião é precisamente a condição que nos justifica em presumir a sua verdade para fins de ação; e em nenhuma outra condições pode um ser com faculdades humanas ter qualquer garantia racional de ter razão”.

O conceito de liberdade de expressão, em razão do seu caráter amplo, exterioriza-se por meio da liberdade de opinião, que por sua vez pode ser expressa sob duas dimensões: a do pensamento íntimo e a externa. Assim, propõe-se o estudo conceitual e normativo de cada um dos direitos abrangidos em cada dimensão, relacionando-os com a perspectiva constitucional e civil da matéria. Oliver Wendell Holmes, jurista americano assevera que a Constituição deve defender não a liberdade de pensamento daqueles que partilham da mesma opinião, mas a liberdade de pensamento que detestamos, sendo a lei delimitadora de limites, inclusivamente desta⁴⁹¹.

Desse ponto de vista, explora-se, inicialmente, a dimensão do pensamento íntimo, que inclui liberdades individuais, tais como: (a) liberdade de pensamento propriamente dita, (b) de religião, (c) de reunião, e outras previstas no texto constitucional.

Num segundo momento, parte-se para a análise da segunda dimensão da liberdade de opinião: a de natureza externa que remete para (a) a liberdade de comunicação, (b) de expressão artística, intelectual, cultural e científica, e (c) de transmissão do conhecimento.

É importante caracterizar a liberdade de expressão dentro da perspectiva dos direitos subjetivos, ou seja, do poder conferido ao sujeito de optar por impor e exercer (ou não) uma regra abstrata, conforme sua vontade própria, seu livre entendimento, sendo essa liberdade não apenas um bem individual, mas com grande interesse coletivo, em uma sociedade democrática, permitindo uma sociedade mais esclarecida, com a inclusão de ideias diversas, por vezes absurdas, incômodas, minoritárias ou aberrantes⁴⁹².

⁴⁹⁰ MILL, John Stuart. *Da Liberdade de pensamento e de expressão*. Tradução Maria Helena Garcia. Alfragide: Leya Editora. 1ª ed., 2010.p.15.

⁴⁹¹ NOGUEIRA, Paulo. *Todos os Lugares são de Fala: Manifesto pela Liberdade de Expressão*. Lisboa: Guerra e Paz Editores. 1ª ed. 2022.p.21. Continua o autor definindo moral: “moral é tudo o que seja fonte de solidariedade, tudo o que force o homem a regular as suas acções por algo além do seu próprio egoísmo (...) sistemas morais são conjuntos interligados de valores, virtudes normas, práticas, identidades, instituições, tecnologias e mecanismos psicológicos evoluídos que trabalham em conjunto para reprimir ou regular o interesse próprio a fim de tornar possível a cooperação em sociedades”.p.30.

⁴⁹² MOTA, Francisco Teixeira da. *A liberdade de expressão em tribunal*. Lisboa: Ensaio da Fundação, 2013.p.11.

Ihering defende que o direito subjetivo ou abstrato é vinculado ao direito objetivo, já que este só se cumpre devido à atuação dos particulares, além de constituir fundamento do direito subjetivo, porque este só pode efetivar-se se cumprir os requisitos daquele.⁴⁹³

Nesse sentido, a partir do momento em que o homem se insere num contexto indissociável da vida em comunidade, entende-se que se lhe colocada a necessidade de encontrar oportunidades de socialização e comunicação⁴⁹⁴, para exercer sua autonomia individual em condições de liberdade e igualdade semelhantes às dos seus semelhantes. Em outras palavras, reconhecer a liberdade e igualmente a sua responsabilidade, faz surgir um mínimo de sentido no qual a liberdade não se baseia em uma vontade arbitrária e sem sentido, mas é exercida com base em critérios, valorativamente sustentada.⁴⁹⁵

O direito subjetivo como fundamento da liberdade afasta-se da perspectiva da vontade determinante, baseada no querer exclusivo do sujeito, e aproxima-se do reconhecimento da impossibilidade de supressão da dignidade ética do ser humano⁴⁹⁶, que não sustenta um comportamento que contraria a estrutura normativa nuclear dos direitos fundamentais.

Feita esta breve exposição hermenêutica acerca do direito subjetivo, cumpre mencionar que o Código Civil português não cuidou de lhe definir o conceito, sendo tal falta suprida pela doutrina portuguesa, que afirma que o direito subjetivo constitui a prerrogativa de a pessoa “defender a dignidade própria, a exigir o seu respeito e a lançar mão dos meios juridicamente lícitos que sejam necessários, adequados e razoáveis para que essa defesa tenha êxito.”⁴⁹⁷

Já Carlos Mota Pinto define o direito subjetivo em sentido estrito como “o poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica de uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão)”. Dessa forma, o exercício do poder jurídico de um direito subjetivo fica “dependente da vontade do seu titular”.⁴⁹⁸

Dessa forma, podemos caracterizar os direitos da personalidade como direitos subjetivos, e, por conseguinte, a liberdade humana também. A tutela da liberdade humana foi

⁴⁹³ IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução de João Vasconcelos. 17. ed. São Paulo: Forense, 1999. p. 3.

⁴⁹⁴ MATOS, Filipe Miguel de Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Civilísticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007. p. 10-13.

⁴⁹⁵ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Dignidade e autonomia a propósito do fim da vida. *O Direito*, Almedina, p. 257-258, 2016. Disponível em: https://sigarra.up.pt/up/pt/conteudos_service.conteudos_cont?pct_id=25540&pv_cod=43OaCkaW2arT. Acesso em: mar. 2022.

⁴⁹⁶ Ibid.

⁴⁹⁷ DE VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 39.

⁴⁹⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 178-179.

consagrada pelo artigo 70.º do Código Civil Português, que concede à pessoa o poder de exigir dos demais o respeito da sua personalidade, através de garantias jurídicas, como a responsabilidade civil, por exemplo, e o direito de se abster de atuações que violem ou ameacem violar a sua personalidade.⁴⁹⁹

O direito civil português estabelece uma liberdade negativa, que impede que uma pessoa seja obrigada a fazer ou deixar de fazer algo contra sua vontade, e uma liberdade positiva, que permite às pessoas fazerem ou deixarem de fazer algo, desde que não seja proibido ou que não prejudique direitos superiores de outras pessoas. Retomando as lições de Capelo de Sousa, percebemos que há um direito geral de personalidade em relação à liberdade, que protege uma liberdade de agir de forma livre, sob a perspectiva do direito ao desenvolvimento da personalidade, a par de dimensões/concretizações específicas da liberdade, como a liberdade de expressão, de consciência, de locomoção, dentre outras, com as quais se busca tutelar suas diferentes facetas.

Há, portanto, uma perspectiva de liberdade que exige a coexistência entre o respeito e o exercício individual com o coletivo, de forma que “a liberdade não se confunde nem se pauta no livre arbítrio, o homem é livre para exercer suas atividades desde que não esbarre na oportunidade do próximo também o fazer. A liberdade de cada um acaba onde começa a liberdade dos outros.”⁵⁰⁰

Mick Hume assevera com propriedade que poucos progressos culturais ou artísticos teriam acontecido se os artistas e escritores não gozassem de liberdade de expressão suficiente para percorrer caminhos antes desconhecidos. Todos insistem que defendem “*a liberdade de expressão, mas, quando se aprofunda o assunto, torna-se claro que aquilo que muita gente defende não é a liberdade de expressão, mas sim a liberdade condicional*”⁵⁰¹.

A legislação civilista garante que o direito geral de liberdade exista e se manifeste através de várias dimensões, incluindo liberdades materiais, físicas, espirituais, e liberdades socioculturais, socioeconômicas ou mesmo sócio-políticas.

⁴⁹⁹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 609.

⁵⁰⁰ COELHO, Maria Daniela Caetano Ferreira Pinto. *Densificação material do direito à liberdade de expressão*. Dissertação (Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017. p. 46-47.

⁵⁰¹ HUME, Mick. Tradução de Rita Almeida Simões. *Direito a ofender: a liberdade de expressão e o politicamente correto*. Tinta da China Editora. Lisboa: 2016.p.35-36. Continua o autor: “*Defender a liberdade de expressão ‘em teoria’ tem de significar defendê-la para toda a gente. Caso contrário, assim que se torna negociável, um princípio deixa de ser um princípio (como diz a velha piada política, ‘temos princípios, mas, se não gostarem deles, arranjamos outros’*”.

Notemos que o conceito de liberdade de expressão tem como pano de fundo uma aproximação teórica aos direitos fundamentais de natureza individual e coletiva, uma vez que estes possuem, inevitavelmente, um duplo caráter, conforme se demonstra a seguir.

Gomes Canotilho ressalta que “*o duplo caráter atribuído aos direitos fundamentais – individual e institucional – faz com que hoje, por exemplo, o direito de constituir família se deva considerar indissociável da proteção da instituição família.*”⁵⁰² De tal modo, as garantias institucionais não são suficientes para assegurar às pessoas direitos subjetivos autônomos.⁵⁰³

Certos casos de sobreposição de garantias institucionais e de garantias dos direitos fundamentais constituem exceções, uma vez que “*é praticamente indissociável a proteção do direito de liberdade de imprensa da proteção da instituição imprensa livre*”. O autor conclui, então, que há uma aproximação entre a proteção das garantias institucionais e a dos direitos fundamentais quando se determina uma proteção de um núcleo essencial das instituições contra eventuais intervenções limitadoras do legislador.⁵⁰⁴

Todos os direitos fundamentais assegurados na Constituição são reconhecidos como direitos positivados no ordenamento jurídico português e internacional, tendo como pressuposto constitucional o princípio da dignidade humana.

Jorge Miranda entende por direitos fundamentais:

*[...] os direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.*⁵⁰⁵

⁵⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 397.

⁵⁰³ Gomes Canotilho remete para a doutrina alemã, que distingue os direitos fundamentais e as garantias institucionais, no sentido de afirmar que, em regra, as garantias institucionais protegidas constitucionalmente, não seriam verdadeiros direitos atribuídos diretamente a uma pessoa. Segundo o autor: “*as instituições, como tais, têm um sujeito e um objeto diferente dos direitos dos cidadãos.*” A imprensa, por exemplo, assim como outras instituições “*são protegidas diretamente como realidades sociais objetivas e só, indiretamente, se expandem para a proteção dos direitos individuais*”, embora conforme analisado no texto, o duplo caráter dos direitos fundamentais acabe provocando inevitavelmente a imbricação das garantias institucionais com as garantias dos direitos fundamentais. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 397).

⁵⁰⁴ CANOTILHO, op. cit. p. 397-400.

⁵⁰⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 9.

Assim, entendemos que a titularidade dos direitos fundamentais só se concretiza com a presença do Estado, enquanto instituição capaz de disponibilizar um estatuto comum, no dizer de Miranda, que possibilite que as pessoas beneficiem daqueles direitos, asseverando que “*não há direitos fundamentais sem reconhecimento numa esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, frente ao poder político*”⁵⁰⁶, o que permite deduzir que não existem direitos fundamentais em Estados totalitários.

Para melhor compreensão, é necessário ter presentes as palavras de Gomes Canotilho sobre a definição de direitos fundamentais em sentido material e formal, asseverando que “*os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional).*”⁵⁰⁷ Na mesma linha, José Afonso da Silva⁵⁰⁸ assegura que os direitos constitucionais são direitos fundamentais, “*na medida em que se inserem no texto de uma constituição ou mesmo constem de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte. São direitos que nascem e se fundamentam, portanto, no princípio da soberania popular.*”⁵⁰⁹

Quanto aos direitos fundamentais em sentido material, Canotilho esclarece que a Constituição admite outros direitos fundamentais previstos nas leis e nas regras aplicáveis de direito internacional, analisando que são denominados como direitos materialmente fundamentais, porquanto não estão reconhecidos e regulamentados em normas constitucionais.⁵¹⁰

Portanto, é possível constatar que todos os direitos fundamentais em sentido formal, isto é, que estão expressos na Constituição, são também direitos fundamentais materiais, embora existam outros direitos fundamentais materiais regulamentados em diplomas legais (legislação infraconstitucional e/ou internacional), que não são formais. A este respeito, Jónatas E. M. Machado afirma que a Constituição consiste em:

⁵⁰⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.10.

⁵⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 403.

⁵⁰⁸ Segundo o autor, são normas de *eficácia plena*, embora o autor observe que, em regra, a Constituição remete a sua disciplina para uma legislação posterior ou integradora (de natureza programática), a depender da classificação daqueles direitos (sociais, econômicos), individuais ou coletivos. Nesse sentido, a Constituição contém normas de *eficácia contida*, de aplicabilidade direta e imediata, embora sujeitas a certas restrições por meio de legislação infraconstitucional, assim como normas de *eficácia limitada*, quando a sua aplicabilidade não é imediata e tampouco direta, necessitando, pois, de uma legislação infraconstitucional para se tornarem eficazes.

⁵⁰⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 180.

⁵¹⁰ CANOTILHO, op. cit. p. 403.

*[...] um sistema aberto de valores, princípios e regras, dotados de diferentes graus de generalidade e abstração, que vinculam todos os poderes do Estado e prevalecem sobre todas as demais normas que integram o ordenamento jurídico, assumindo a natureza de parâmetro material e formal nos momentos da sua produção e aplicação.*⁵¹¹

Após estas breves considerações sobre a relevância e o estatuto constitucional, legal e supralegal dos direitos fundamentais, temos que a liberdade de expressão é um direito fundamental, esculpido no artigo 37º, tal como a liberdade de criação cultural, expressa no artigo 42º, os quais constituem uma das bases do Estado Democrático de Direito, sob diferentes facetas igualmente relevantes. A Constituição determina que:

Artigo 37º Da Liberdade de Expressão: 1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações. 2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura. 3. As infrações cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respetivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei. 4. A todas as pessoas, singulares ou coletivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de retificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos.

*Artigo 42º Da Liberdade de criação cultural: 1. É livre a criação intelectual, artística e científica. 2. Esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a proteção legal dos direitos de autor.*⁵¹²

⁵¹¹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 357.

⁵¹² PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. *Diário da República*, n. 86/1976, 10 de abril de 1976. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>. Acesso em: 15 out. 2021.

Torna-se óbvia, assim, a compreensão do direito à liberdade de expressão como um direito fundamental em sentido formal e material, uma vez que está expresso no artigo 37º da Constituição Portuguesa e na legislação por ela expandida, além da legislação suprallegal (convenções internacionais), dada a sua inquestionável natureza individual, o que pressupõe o direito de a pessoa manifestar o seu pensamento sobre diferentes aspectos, e coletiva, que remete para o direito institucional de comunicação e informação útil à comunidade em geral.

Conceitualmente, podemos adotar a liberdade de expressão enquanto mecanismo de autodeterminação, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa, que lhe possibilita o exercício livre, porém limitado pelo respeito aos direitos dos demais. Capelo de Sousa cuida de apontar aquelas virtudes clássicas que envolvem o poder de autodeterminação, incluindo a liberdade negativa (que veda que as pessoas sejam constringidas por outras a fazer ou deixar de fazer algo, a não ser em decorrência de lei) e a liberdade positiva, que permite que cada um faça ou não tudo aquilo que não seja proibido ou não prejudique direitos e interesses de outras pessoas.⁵¹³

Neste ponto, é de especial importância analisar a *prevenção* e *precaução*, no que diz respeito às restrições da liberdade de expressão em seu conceito amplo, “*onde, para além das considerações gerais relativas ao princípio da proibição do excesso, há que ter em conta que a ideia de perigo claro e iminente se sobrepõe aos conceitos de dano provável, dano potencial ou dano presumido.*”⁵¹⁴

Nessa mesma linha, segundo Gomes Canotilho, a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais previstos da Carta Magna:

[...] *cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir*

⁵¹³ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 270.

⁵¹⁴ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 381-382.

*omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).*⁵¹⁵

Também Konrad Hesse observa que o conteúdo dos direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos, pressupõe uma dupla face ou duplo caráter: “*ao sentido negativo ou de defesa se acrescenta uma significação positiva não menos importante: trata-se, também, de que a pessoa faça uso dessa liberdade.*”⁵¹⁶ E prossegue, alertando que os direitos fundamentais devem garantir uma vida em liberdade e dignidade humana, tendo presente que, inevitavelmente relacionadas, “*isso só se consegue quando a liberdade da vida em sociedade resulta garantida em igual medida que a liberdade individual.*”⁵¹⁷

Seguindo na mesma direção, Edilson Pereira de Farias destaca, na esteira de Perez Luño, que aqueles direitos “*são “direitos de defesa” (Abwehrrechte) da liberdade do indivíduo, que exigem uma autolimitação e excluem a ingerência dos poderes públicos na esfera privada e vêm tutelados apenas pelo comportamento passivo e de vigilância, em termos de polícia administrativa.*”⁵¹⁸

Compreende-se, portanto, que a liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, assume uma posição de defesa da livre formação de opinião e de controle, ao estabelecer a coexistência entre as prerrogativas individuais e o respeito à vida coletiva. A liberdade de expressão possui, então, dupla dimensão: individual e social. A individual, diz respeito à liberdade de indivíduos expressarem suas opiniões, crenças e ideias livremente, sem interferência indevida. Isso significa que as pessoas têm o direito de falar, escrever, criar obras artísticas, praticar religião e se expressar de outras formas sem medo de represálias governamentais ou sociais. Essa dimensão protege a capacidade das pessoas de expressarem sua identidade, compartilharem informações e participarem ativamente do discurso público. Já

⁵¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 408.

⁵¹⁶ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 36.

⁵¹⁷ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 33. Tais circunstâncias remetem para a função dos direitos fundamentais que “*garantem não só os direitos subjetivos dos indivíduos, mas também princípios objetivos básicos para o ordenamento constitucional democrático e do Estado de Direito, fundamentos do Estado constituído pelos ditos direitos e seu ordenamento jurídico*”. Ratifica-se, pois, o seu duplo caráter: “*garantem a liberdade individual e limitam o poder estatal*”. Sendo assim, a liberdade religiosa, além de outras liberdades previstas constitucionalmente demandam obrigatoriamente, prestações positivas, sem as quais “*se frustra o seu exercício ou o seu exercício por todos os cidadãos e todos os grupos*”.

⁵¹⁸ LUÑO, 1989 apud FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000. p. 104.

na dimensão social, reconhece-se que a liberdade de expressão também tem responsabilidades e limitações para garantir que a sociedade como um todo seja protegida de danos. Isso significa que a liberdade de expressão não dá o direito de difamar, incitar à violência, promover discurso de ódio, divulgar informações falsas com o intuito de prejudicar ou violar outros direitos legítimos. Nesse sentido, a liberdade de expressão é ponderada com o respeito pelos direitos e bem-estar de outras pessoas e grupos, bem como com a manutenção da ordem pública.

Robert Alexy⁵¹⁹ divide os direitos de defesa dos cidadãos em três grupos. O primeiro grupo é composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas *ações* do titular do direito; o segundo grupo compõe-se de direitos a que o Estado não afete determinadas *características* ou *situações* do titular do direito; o terceiro grupo, direitos a que o Estado não elimine determinadas *posições jurídicas* do titular do direito.

Assim, o primeiro grupo remete para o direito ao não-impedimento ou à não criação de dificuldades de ações quanto à liberdade de locomoção, manifestação de crença, expressão da opinião e outros direitos que não podem sofrer qualquer tipo de ingerência do Estado. Nesse contexto, o humor aparece com a proteção à sua livre criação.

É justamente nesse contexto que se analisa uma das manifestações do pensamento que corresponde à liberdade de criação humorística, cuja liberdade constitui mais uma forma de liberdade de expressão e/ou de comunicação, ou como Machado afirma: direitos fundamentais complementares que “*limitam a intervenção do Estado no domínio da comunicação.*”⁵²⁰

Ainda de acordo com o autor, “*verifica-se uma relação de interligação e interoperabilidade entre a liberdade de expressão em sentido amplo e todos os direitos fundamentais que afirmam a autonomia individual, nos seus vários planos, nos diferentes subsistemas de ação social.*”⁵²¹ No que diz respeito à liberdade de consciência, o autor salienta a premissa “*de respeito igual pela independência e integridade racional, moral-prática e comunicativa dos indivíduos*” e que remete para a liberdade de expressão em sentido amplo.

Na mesma direção, Machado lembra, oportunamente, que as dimensões subjetiva e objetiva remetem para o duplo caráter dos direitos fundamentais, partindo do pressuposto da existência de um conflito dos indivíduos e dos grupos, por um lado, e da comunidade, por outro.

Tomando as palavras de Gomes Canotilho, a Constituição Portuguesa garante, subjetivamente, em seus dispositivos: (a) “*o direito de exprimir e divulgar livremente o*

⁵¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 196.

⁵²⁰ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 387.

⁵²¹ Ibid.

pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio (liberdade positiva); (b) direito de a liberdade de expressão e informação ser feita sem impedimentos ou discriminações por parte dos poderes públicos (liberdade negativa). ”⁵²²

Machado também ratifica o conceito amplo de liberdade de expressão enquanto conjunto de direitos fundamentais reconhecido pela doutrina como categoria genérica intitulada “liberdades da comunicação”⁵²³. Por certo, a ampla interpretação do direito à liberdade de expressão deve ser realizada levando-se em conta os valores e princípios constitucionais.

Assim, a liberdade de expressão ou de comunicação abrange a liberdade de expressão em sentido estrito, ou liberdade de opinião, a liberdade de informação, de imprensa, os direitos dos jornalistas e a liberdade de radiodifusão, assim como a liberdade de produção cinematográfica, que remete para a criação artística, todas protegidas.

A proposta da liberdade de expressão, enquanto direito fundamental em sentido formal e material, é contemplar uma gama diversificada de proteção daqueles direitos fundamentais previstos em vários dos seus dispositivos, como o direito de informar e ser informado, direito de resposta, liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicações, assim como a liberdade de consciência e de crença, além da liberdade de transmitir e receber conhecimentos.

Para bem compreendermos cada uma das vertentes do direito fundamental da liberdade de expressão, bem como a sua complexidade e sua amplitude, faremos uma análise dos direitos dele derivados, suas características constitucionais e a incidência das dimensões objetiva e subjetiva, ensejando direitos e deveres por parte dos cidadãos e do Estado.

Conforme se viu, o conceito de liberdade de expressão, em razão do seu caráter amplo, exterioriza-se por meio da liberdade de opinião. O pensamento pode e deve ser levado a público por meio da chamada liberdade de opinião, sob os mais variados aspectos: pessoal, intelectual, político, corroborando a liberdade de dizer aquilo que se pensa e se reconhece como a sua verdade.

A liberdade de expressão, sobretudo no humor – particularmente exposto a tentativas de restrição – materializado na denúncia das patologias que afetam algumas camadas da sociedade,

⁵²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 408.

⁵²³ MACHADO, op. cit. p. 371. Segundo o autor “*todos estes direitos fundamentais devem ser acolhidos e protegidos na plenitude das suas implicações individuais, sistémicas e culturalmente criadoras*”, afirmando que aquela proteção terá de ser abrangente no sentido de assegurar “*no plano substantivo, uma proteção tão ampla quanto possível de todos os sujeitos, objetos, meios e procedimentos de comunicação*”.

alcança resistência principalmente quando entra em colisão com outras esferas de direito igualmente protegidas⁵²⁴.

Nessa linha, José Afonso da Silva reconhece duas dimensões à liberdade de opinião. A primeira diz respeito ao pensamento íntimo, cuja previsão constitucional garante a inviolabilidade da liberdade de opinião, quanto à crença de qualquer pessoa, seja ela de caráter religioso, filosófico ou político, não permitindo qualquer forma de restrição a esse respeito, desde que se respeitem os limites da proporcionalidade e da razoabilidade⁵²⁵.

A segunda dimensão⁵²⁶ estabelece a garantia de que a liberdade de opinião também pode materializar-se externamente, pela liberdade de comunicação (que inclui a liberdade de informação e de imprensa), pela expressão intelectual, artística, científica e cultural, e pela transmissão do conhecimento.

Considerando, então, que a liberdade de opinião pode ser expressa sob a dimensão do pensamento íntimo e sob a dimensão externa, comecemos a análise sob a perspectiva interna, que inclui (a) a liberdade de pensamento propriamente dita, (b) de religião, (c) de reunião, e outras previstas no texto constitucional.

José Afonso da Silva cita oportunamente Sampaio Dória, quando define a liberdade de pensamento, que inclui a arte, e o sentido amplo deste direito: “*a liberdade de pensamento “é o direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou o que for”*”⁵²⁷.

Na mesma linha, destaca a posição de Colliard:

*[...] trata-se de liberdade de conteúdo intelectual e supõe o contacto do indivíduo com seus semelhantes, pela qual o homem tenda, por exemplo, a participar a outros suas crenças, seus conhecimentos, sua concepção do mundo, suas opiniões políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos.*⁵²⁸

⁵²⁴ MACHADO, Jónatas E. M. e BRITO, Iolanda A.S. Rodrigues de. *Liberdade de expressão, informações falsas e figuras públicas. O perigo da manipulação da esfera de discurso público*. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Vol. XCV. Tomo I. Coimbra, 2019. p.44.

⁵²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. p. 242.

⁵²⁶ Para relembrar, trata-se da segunda dimensão (remetendo para o aspecto externo), além da primeira já analisada anteriormente (que remete para o pensamento íntimo), da liberdade de opinião reconhecida pela Constituição Federal de 1988 e analisada sob tais parâmetros. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. p. 243).

⁵²⁷ SAMPAIO DÓRIA, Antônio. *Direito Constitucional: comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1960. p. 602.

⁵²⁸ COLLIARD, Claude-Albert. *Libertés publiques*. Paris: Dalloz, 1972. p. 313.

Trata-se, portanto, de uma forma de expressão que abrange uma multiplicidade de temas que o homem, enquanto animal social, sente necessidade de exteriorizar perante os outros, próximos ou não, o que significa afirmar a impossibilidade de tolher a sua liberdade de pensamento em sociedade.

Em rota de colisão com o humor, outro direito fundamental defendido pela Constituição Portuguesa, e igualmente assegurado, é a liberdade de religião:

*[...] que é precisamente a afirmação da autonomia individual, da abertura comunicativa e da descentralização da autoridade que constituem o denominador comum entre a afirmação da liberdade religiosa e do princípio da separação das confissões religiosas do Estado, por um lado, e a promoção da liberdade de expressão e de informação apoiada numa estrutura policêntrica de comunicação, por outro.*⁵²⁹

Esta liberdade pode expressar-se de três formas ou, como afirma José Afonso da Silva, em três liberdades: “a) a liberdade de crença; b) a liberdade de culto; c) e a liberdade de organização religiosa.”⁵³⁰

Quanto à *liberdade de crença*, citamos Pedro Lenza:

*[..] na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo.*⁵³¹

No que se refere à *liberdade de culto* há que destacar a sua característica básica, que, segundo José Afonso da Silva, “se exterioriza na prática dos ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indicada

⁵²⁹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 387.

⁵³⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 248.

⁵³¹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1083.

pela religião escolhida”, e a liberdade de exercício dos cultos religiosos sem qualquer tipo de restrição, além de proteger os seus locais e suas liturgias. A *liberdade de organização religiosa* acena para o direito de as igrejas poderem estabelecer-se e organizar-se nas suas relações com o Estado.

Ressalta ainda José Afonso da Silva que a relação Estado-Igreja admite três sistemas: a *confusão*, a *união* e a *separação*.⁵³² Na *confusão*, o Estado se confunde com uma determinada religião, como é o caso do Vaticano e dos Estados Islâmicos (Estado *teocrático*). Já na *união*, as relações jurídicas entre o Estado e uma Igreja verificam-se na sua organização e funcionamento, como foi o sistema do Brasil Império. Na *separação*, o Estado não pode ter qualquer relação de natureza religiosa, e tampouco pode preferir alguma instituição em detrimento de outra, além de não poder impedir a sua prática.

Assim, a liberdade religiosa tem uma abrangência ampla, ao assegurar, conforme observa Puccinelli Júnior, a liberdade de fé e confissão religiosa; liberdade de culto e proteção do templo e das suas liturgias; assistência religiosa às entidades civis e militares de internação coletiva; neutralidade do Estado; ensino religioso facultativo e de caráter não confessional; e escusa de consciência.⁵³³

O exercício da liberdade religiosa aponta, segundo Jorge Miranda, para um dos direitos da liberdade, em que se parte da ideia “*de que as pessoas, só por o serem, ou por terem certas qualidades ou por estarem em certas situações ou inseridas em certos grupos ou formações sociais, exigem respeito e proteção por parte do Estado e dos demais poderes.*”⁵³⁴

Em outras palavras, a liberdade religiosa pode ser entendida como a garantia de o indivíduo poder escolher uma crença ou não, podendo exercê-la, se for o caso, com o respeito e a tolerância de terceiros.

Gomes Canotilho lembra oportunamente que o surgimento de minorias religiosas acabou quebrando a unidade religiosa do cristianismo e levou à ideia de “*tolerância religiosa, entendendo-se esta como o direito de cada um à verdadeira fé.*”⁵³⁵

De acordo com G. Jellinek, a luta pela liberdade de religião teria sido a exata origem dos direitos fundamentais,⁵³⁶ embora Canotilho observe que se tratava mais de um conceito de tolerância religiosa do que propriamente da liberdade de religião e crença, como veio a ser

⁵³² SILVA, op. cit. p. 249-250.

⁵³³ PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 224.

⁵³⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 100.

⁵³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 383.

⁵³⁶ JELLINEK, George. *Teoría general del estado*. Buenos Aires: Albatros, 1954.

reconhecido nas modernas Constituições.⁵³⁷ Assim, a liberdade religiosa, assegurada constitucionalmente, pressupõe que o Estado não pode impor uma religião oficial, razão pela qual hoje o Estado é laico.

José Pedro Zaccariotto afirma que o Estado, quando é realmente laico, deve ser necessariamente neutro com relação a qualquer matéria religiosa. O autor apresenta os requisitos que compõem a laicidade do Estado: “(i) não professar religião alguma”, o que significa ratificar que o ordenamento estatal não tem como referência a verdade religiosa; “(ii) não proibir religião alguma, embora possa limitar o seu exercício se, e quando, atentar gravemente contra a moralidade ou a ordem pública.”⁵³⁸

Afirmar que o Estado é laico equivale, pois, a observar que há uma separação total entre o Estado e a religião, no sentido de que não existe uma religião oficial. A exemplo de Gomes Canotilho, Jorge Miranda deixa claro que “os direitos de liberdade são direitos de agir, em que se pressupõe a sua proteção estatal (prestação positiva), assim como as liberdades são em sua essência, direitos negativos”, no sentido de exigirem “uma atitude de respeito e de não interferência por parte de outrem.”⁵³⁹

A despeito da amplitude da liberdade religiosa, ela não é um direito absoluto, a exemplo dos outros direitos fundamentais, e deve só ser legitimada quando respeitar os bons costumes e a ordem pública.

Finalizada a breve análise sobre os direitos insertos sob a perspectiva do pensamento íntimo, passemos ao estudo daqueles de natureza externa, que remetem para (a) a liberdade de informação, de imprensa e comunicação, (b) de expressão artística, intelectual, cultural e científica, e (c) de transmissão do conhecimento.

As manifestações de natureza individual e coletiva da liberdade de informação e de expressão fundamentam o exercício de outras liberdades, razão pela qual assumem uma relação de preferência relativamente aos direitos fundamentais individuais.

Machado observa que, embora constituam direitos materialmente distintos, a Constituição e a doutrina reconhecem:

[...] a existência de uma conexão substantiva interna entre o direito à liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e as demais liberdades

⁵³⁷ CANOTILHO, op. cit. 2017.

⁵³⁸ ZACCARIOTTO, José Pedro. Estado Laico, Liberdade Religiosa e Cidadania. *Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba*, Sorocaba (SP), ano 1, n. 1, p. 39-52, 2017. p. 41.

⁵³⁹ MIRANDA, op. cit. p. 102.

*da comunicação. A liberdade de expressão protege a possibilidade de falar para o círculo daqueles que querem ouvir, no qual podem incluir-se jornalistas que pretendem gravar, filmar, publicar e difundir os conteúdos expressos.*⁵⁴⁰

Nesse sentido, entende-se que as liberdades de comunicação, em sentido amplo, são mais uma proteção ao direito de liberdade de expressão, especialmente quando analisado sob a perspectiva da atual sociedade industrial de massa.⁵⁴¹

A despeito da hierarquia daquelas liberdades que são exteriorizadas pela manifestação de pensamento, elas podem vir a ter um custo decorrente da forma de expressão, que implica indenização por eventuais danos a terceiros. É clara a ponderação a fazer entre a liberdade de expressão e de informação em face dos direitos de personalidade que abrangem o direito à vida privada, à intimidade, à imagem e à honra.

Lembremos que os direitos de personalidade dizem respeito aos direitos de existência, na concepção de Jorge Miranda, porquanto da sua salvaguarda depende “*a própria existência das pessoas ou da pessoa na sua esfera mais íntima*”. Os direitos de existência coincidem com o núcleo dos direitos de personalidade: “*aqui (no tocante aos direitos de personalidade), o sujeito exige a tutela dos bens essenciais da sua existência contra qualquer comportamento ofensivo desses bens.*”⁵⁴²

Com efeito, tais direitos remetem, não apenas para o relacionamento de uma pessoa com outras, como para o Estado, razão pela qual se encontram positivados no ordenamento jurídico com a denominação de direitos fundamentais e, internacionalmente, como direitos humanos. Daí a constatação de que, consoante o contexto em que se inserem as liberdades de informação e de expressão, existe a possibilidade prevista constitucionalmente de a pessoa vir a exigir um direito de resposta e de indenização por danos materiais ou morais.

Depreende-se que a liberdade de informação não pode ser cerceada por qualquer tipo de censura (a não ser que se cometam abusos susceptíveis de responsabilização). Por outro lado, o acesso à informação é um direito individual que também resguarda o sigilo da fonte. Quando for necessário ao exercício da profissão (do jornalista e/ou do comunicador), é de fundamental

⁵⁴⁰ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 517-518.

⁵⁴¹ Ibid.

⁵⁴² Em síntese, Miranda observa que: “*os direitos de liberdade têm por conteúdo positivo o direito de agir e por conteúdo negativo não sofrer o sujeito interferência ou impedimentos*” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 98).

importância sinalizar acima de tudo que qualquer direito fundamental, seja ele individual ou coletivo, tem limites que, se extrapolados, terão de ser balizados por sanções civis de natureza constitucional e legal (Código Civil).

A liberdade de informação, então, está compreendida no conceito amplo de liberdade de expressão e é entendida como o direito de comunicar fatos de interesse para a comunidade, a qual por sua vez tem o direito de ser informada.

Luís Roberto Barroso observa oportunamente que *“haverá exercício do direito de informação quando a finalidade da manifestação for a comunicação de fatos noticiáveis, cuja caracterização vai repousar sobretudo no critério da sua veracidade.”*⁵⁴³

Albino Greco citado por José Afonso da Silva notou que a transformação do direito de informar, enquanto aspecto da liberdade de manifestação do pensamento, constitui direito individual, embora já contaminado de um sentido coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicação de massa:

*Já se observou que a liberdade de imprensa nasceu no início da idade moderna e se concretizou – essencialmente – num direito subjetivo do indivíduo de manifestar o próprio pensamento: nasce, pois, como garantia de liberdade individual. Mas, ao lado de tal direito do indivíduo, veio afirmando-se o direito da coletividade à informação.*⁵⁴⁴

A doutrina concorda que a liberdade de informação se confunde, de forma significativa, com a liberdade de imprensa e de comunicação social e com os direitos dos jornalistas, todos elencados na Constituição, como um conjunto interligado de direitos fundamentais, embora cada um deles mantenha a sua autonomia, seja como direito individual ou coletivo, também denominado institucional.

Neste caso, a liberdade de expressão envolve em simultâneo uma dupla face do direito de informação⁵⁴⁵, conforme aduz Machado: *“uma de natureza individual, assente no desenvolvimento e na expressão da personalidade, e outra de natureza democrático-funcional, escorada na dinamização da opinião pública e na participação política.”*⁵⁴⁶

⁵⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 235, p. 1-36, jan./mar., 2004. p. 19.

⁵⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 60.

⁵⁴⁵ Ambas autônomas.

⁵⁴⁶ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 473.

Há uma íntima relação entre o direito de informar e o direito de ser informado, muito embora o direito individual de cada cidadão se sobreponha à liberdade de informação exercida pelas instituições em geral na formação da opinião pública, uma vez que aquelas informações deverão atender ao pluralismo representado pelos diferentes pontos de vista daqueles cidadãos.

Nesse contexto, o direito de se informar (do cidadão) pressupõe a liberdade de optar por determinadas fontes que não deverão sofrer qualquer tipo de limitação por parte do poder político, a não ser aquelas que se encontram previstas no texto constitucional, como a violação da privacidade, de domicílio, do sigilo de correspondência e de telecomunicações, de acesso a documentos confidenciais, e outros.

Daí a liberdade de informação deixar de ser mera função individual, para se tornar também uma função social.

Com relação à liberdade de comunicação, José Afonso da Silva assevera que ela “*consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação*”⁵⁴⁷, os quais constituem os princípios constitucionais que devem ser atendidos aquando da sua exteriorização, sendo-lhe vedada a censura de qualquer natureza.

O direito da comunicação é, portanto, um direito constitucional concretizado.⁵⁴⁸ Tal como os demais direitos, podem ser observadas na liberdade de comunicação as dimensões subjetiva e objetiva.

A dimensão subjetiva das liberdades de comunicação compreende⁵⁴⁹, segundo Machado, “*uma dimensão negativa de defesa contra interferências estaduais e de terceiros, cabendo aos poderes públicos assegurar a sua concretização.*”⁵⁵⁰

O Estado deve efetivar os direitos fundamentais, disponibilizando os direitos de participação e de prestações positivas, visando acima de tudo a sua não intervenção e ao mesmo tempo a sua proteção. Portanto, a dimensão subjetiva das liberdades de comunicação pressupõe

⁵⁴⁷ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

⁵⁴⁸ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁵⁴⁹ De acordo com Machado, o Estado tem o *dever de abstenção* no sentido de garantir a liberdade das pessoas, quanto à sua “*participação autônoma e responsável, nas dimensões política, social, econômica e cultural da existência coletiva*”. Em segundo lugar, o Estado tem o dever “*de proteção do direito fundamental perante agressão de terceiros*”. O autor observa ainda que, “*no caso particular das liberdades da comunicação, os direitos de participação consubstanciam-se na garantia de direito de acesso aos meios de comunicação social, efetivados por normas organizatórias e regulatórias criadas pelos poderes públicos.*” (MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 381).

⁵⁵⁰ MACHADO, op. cit. p. 379.

a primazia da dimensão negativa da relação do titular do direito com o Estado, concretizada por normas de organização e regulação, as quais garantem a sua abstenção e proteção institucional.

Quanto à dimensão objetiva dos direitos fundamentais que compõe o seu duplo caráter, o autor remete para o direito de liberdade de comunicação, ao afirmar com absoluta propriedade: “*quando se fala na dimensão objetiva dos direitos fundamentais da comunicação, tem-se em vista a força normativa dos direitos fundamentais sobre os poderes públicos e sobre os poderes sociais e a existência de corolários estruturais e institucionais resultantes destes direitos*”. Esta assertiva procura reforçar o fato inequívoco da necessidade de não intervenção do Estado (competência negativa), e da sua proteção e promoção de garantias institucionais (competência positiva), cuja finalidade precípua deve ser a de “*ampliar as possibilidades de autodeterminação comunicativa dos sujeitos e não da sua redução*.”⁵⁵¹

É justamente nesse contexto que se inserem as normas de organização e procedimento analisadas pelo autor e preconizadas por Konrad Hesse, no capítulo III do seu manual de Direito Constitucional:

*[...] para poder cumprir sua função na realidade social, os direitos fundamentais precisam, em maior ou menor grau, de um desenvolvimento concretizado pelo ordenamento jurídico [...] Para que a situação jurídica regulada como direito fundamental se torne real e efetiva no seio da sociedade, faz-se necessário estabelecer por todos os meios não somente normas materiais mais minuciosas, mas também pôr de pé formas de organização e normas de procedimentos [...] Mais imperativa se faz ainda essa necessidade nas condições presentes, em que a liberdade humana depende de apoio, previsão e distribuição pelo Estado e em que, cada vez mais, se impõem o deslinde, a limitação e a ordenação recíproca entre os âmbitos da liberdade.*⁵⁵²

Neste caso, a organização e o procedimento constituem os meios diretos para assegurar a eficácia dos direitos fundamentais. É importante observar que Hesse remete esta constatação para a liberdade de comunicação e dos meios de difusão:

⁵⁵¹ MACHADO, op. cit. p. 382-385.

⁵⁵² HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 52.

*[...] quer se trate da liberdade das emissoras frente ao Estado ou da oferta de emissões livres, verazes e íntegras que torne possível a informação e a formação de opinião; quer seja o caso de acesso a rádio e televisão ou da criação de novas emissoras: para se fazer efetiva a liberdade, exigem-se garantias de organização e procedimento cuja virtualidade conduza a um resultado conforme o conteúdo do direito fundamental.*⁵⁵³

Cita exemplos que ratificam essa necessidade, como o caso do Tribunal Constitucional alemão, que concretizou essa garantia exigindo determinados requisitos para a organização da rádio e televisão, assim como no que diz respeito à liberdade científica, que para investigar depende de instalações cujos custos são muito altos e que devem ser colocadas à disposição pelo Estado.

Prossegue o autor, asseverando que as normas de organização e procedimento são um meio adequado para conferir posições constitucionais confrontadas, cuja existência garante a solução mais justa e coerente, quando se trata de efetivação de um ou mais direitos fundamentais.

A importância das normas de organização e procedimento que representam a garantia de concretização de um direito fundamental pode ser ratificada pela indispensabilidade de um serviço público de rádio e de televisão independente do poder político, econômico e social, o qual manifesta indiscutivelmente, conforme afirma Machado:

*[...] a dimensão objetiva das liberdades comunicativas, a estas subordinada do ponto de vista material, funcional e estrutural”. Valendo-se de Hesse, observa que “a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, no caso das liberdades comunicativas, manifesta-se ainda na sua função democrática de formação da opinião pública e da vontade política, no dever de proteção de minorias e da garantia de uma esfera de discurso público aberta e pluralista.*⁵⁵⁴

⁵⁵³ Ibid. p. 54.

⁵⁵⁴ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 384.

Nesse sentido, a Constituição Portuguesa encarrega-se de estabelecer determinadas normas procedimentais visando a organização e funcionamento de qualquer veículo de comunicação, como se pode depreender do seu artigo 39º.⁵⁵⁵

Essa é, aliás, a essência de um Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos remetem para o que interessa, no presente contexto, ao pluralismo político previsto no Capítulo II da Constituição Portuguesa de 1976.

Ao lado da liberdade de expressão e de informação, a doutrina insere também o conceito de liberdade de imprensa, que tem como mote o interesse público em divulgar a livre circulação de ideias, essência de um Estado Democrático de Direito, além de constituir um direito de natureza coletiva.

De acordo com Machado, o conceito de liberdade de imprensa em seu sentido amplo abrange genericamente “*todos os meios mecânicos, químicos ou eletrônicos de impressão, reprodução e difusão de notícias e opiniões*”. Assim, jornais, revistas, livros, cartazes, folhetos ou quaisquer outros meios de comunicação remetem para o conceito de liberdade de imprensa^{556 557}

Barroso afirma com absoluta segurança que a expressão liberdade de expressão:

*[...] designa a liberdade reconhecida (na verdade, conquistada ao longo do tempo) aos meios de comunicação em geral (não apenas impressos, como o termo poderia sugerir) de comunicarem fatos e ideias, envolvendo, desse modo, tanto a liberdade de informação como a de expressão.*⁵⁵⁸

⁵⁵⁵ Tais normas serão analisadas ainda neste capítulo (próxima sessão), no âmbito da análise dos limites e metodologia que disciplinam o direito fundamental à liberdade de expressão em seu conceito amplo.

⁵⁵⁶ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 507.

⁵⁵⁷ Complementando, Machado afirma que “*do ponto de vista organizatório, a imprensa compreende todas as pessoas e instituições que se dedicam à publicação e distribuição de obras impressas*”. Daí o fato de a liberdade de imprensa se concretizar: “*na garantia de um conjunto de posições jurídico-subjetivas às pessoas físicas e coletivas profissional e institucionalmente ligadas à imprensa, durante todos os momentos relevantes para o processo comunicativo, desde a recolha de informações e opiniões até à sua difusão e recepção*”. (MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 525-526).

⁵⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 235, p. 1-36, jan./mar., 2004. p. 19.

Em Portugal, a regulação da liberdade de imprensa é feita tanto pela Constituição da República Portuguesa, como também pela legislação infraconstitucional e, ainda, administrativamente.

A Constituição, em seu art. 38.⁵⁵⁹, disciplina a liberdade de imprensa e dos meios de comunicação social. Por sua vez, a atual Lei de Imprensa, Lei n. 2, de 13 de janeiro de 1999, pontua, logo em seu art. 1º, que “*A liberdade de imprensa abrange o direito de informar, de se informar e de ser informado, sem impedimentos nem discriminações.*”⁵⁶⁰ Desse modo, a partir da consagração constitucional da liberdade de imprensa, que compartilha o regime e as garantias constitucionalmente reconhecidas à liberdade de expressão e informação, embora com estas não se confunda, há um reconhecimento do papel essencial que os meios de comunicação social são convocados a desempenhar em qualquer sociedade democrática.

Iniciando uma breve retrospectiva da política de comunicação em Portugal, bem como das legislações infraconstitucionais relacionados com o tema, é interessante definir que a designação “meios de comunicação social” abarca os meios físicos e tecnológicos utilizados para transmitir mensagens, sendo os principais a imprensa, a televisão, a rádio, o cinema, etc.

Em 12 de julho de 1821, foi promulgada a primeira lei de imprensa portuguesa, que introduziu a liberdade de “*imprimir, publicar, comprar e vender nos estados portugueses quaisquer livros ou escritos sem prévia censura*”⁵⁶¹, elencando os tipos de abuso da liberdade de imprensa, incluindo os atos contra a religião católica, contra o Estado, contra os bons costumes e contra os particulares, impondo a tais práticas sanções, multas ou prisão. Esta foi a

⁵⁵⁹ “1. É garantida a liberdade de imprensa. 2. A liberdade de imprensa implica: a) A liberdade de expressão e criação dos jornalistas e colaboradores, bem como a intervenção dos primeiros na orientação editorial dos respectivos órgãos de comunicação social, salvo quando tiverem natureza doutrinária ou confessional; b) O direito dos jornalistas, nos termos da lei, ao acesso às fontes de informação e à protecção da independência e do sigilo profissionais, bem como o direito de elegerem conselhos de redacção; c) O direito de fundação de jornais e de quaisquer outras publicações, independentemente de autorização administrativa, caução ou habilitação prévias. 3. A lei assegura, com carácter genérico, a divulgação da titularidade e dos meios de financiamento dos órgãos de comunicação social. 4. O Estado assegura a liberdade e a independência dos órgãos de comunicação social perante o poder político e o poder económico, impondo o princípio da especialidade das empresas titulares de órgãos de informação geral, tratando-as e apoiando-as de forma não discriminatória e impedindo a sua concentração, designadamente através de participações múltiplas ou cruzadas. 5. O Estado assegura a existência e o funcionamento de um serviço público de rádio e de televisão. 6. A estrutura e o funcionamento dos meios de comunicação social do sector público devem salvaguardar a sua independência perante o Governo, a Administração e os demais poderes públicos, bem como assegurar a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião. 7. As estações emissoras de radiodifusão e de radiotelevisão só podem funcionar mediante licença, a conferir por concurso público, nos termos da lei.” (PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. *Diário da República*, n. 86/1976, 10 de abril de 1976. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>. Acesso em: jul. 2022).

⁵⁶⁰ PORTUGAL. *Lei n. 2/99*. Lei de Imprensa. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/1999-34439075-43455775>. Acesso em: jul. 2022.

⁵⁶¹ PORTUGAL. *Decreto de 4 de julho de 1821*. Disponível em: <https://digitarq.arquivos.pt/details?id=8249886>. Acesso em: jul. 2022.

primeira tentativa legal de pôr fim à censura, que vinha sempre acompanhada de perseguições e castigos, e havia sido executada pelo Tribunal do Santo Ofício, extinto em 1821. Mas o tempo de liberdade de imprensa foi curto, com largos períodos de regresso da censura.

Antigamente, a imprensa portuguesa, que representava o mais forte e influente setor da comunicação social até à popularização da televisão, era considerada um importante instrumento doutrinário, uma arma política⁵⁶², ou seja, representava os interesses e desejos de quem fosse seu proprietário. Um dos principais focos políticos do Estado Novo, entre 1933 e 1974, foi criar uma corrente de opinião pública que lhe fosse favorável, motivo pelo qual foram criados jornais que lhe eram totalmente servis, como o *Diário da Manhã*, dando origem a um bloco de opinião nacional ao serviço dos interesses dos governantes.

Após o Estado Novo, o regime político adotado possuía uma dupla personalidade nas suas relações com a comunicação social, já que, por um lado, proclamava a liberdade de imprensa mas, por outro, permitia a existência de mecanismos de controle, sob nova roupagem.⁵⁶³ Para exemplificar, a Lei n. 150, de 1972⁵⁶⁴, eliminou as expressões utilizadas de autorização prévia e caução na comunicação social, que vigoravam desde 1936, mas insistiu na permanência do “exame prévio”⁵⁶⁵, que continuou a constituir uma barreira ao livre funcionamento da imprensa. Assim, o fato de, ainda, em 1975, o Estado se encontrar detentor dos principais órgãos de comunicação social portugueses permitiu que este disciplinasse, por muito tempo, a matéria da comunicação social no país.

A partir dos anos 70, a comunicação social portuguesa começa a abrir-se aos preceitos da liberdade de expressão, culminando na edição e publicação da primeira Lei de Imprensa portuguesa, Decreto-Lei n.º 85-C, de 1975⁵⁶⁶. Foi instituído o Conselho de Imprensa, que

⁵⁶² DE OLIVEIRA, José Manuel Paquete. A censura no Portugal de Salazar: do exame prévio à censura oculta. *Comunicação & Política*, Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos, v. 1, n. 2, pp. 79-101, jun., 1983. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1237312829T1hNG0au4Yu10TU6.pdf>. Acesso em: jul. 2022.

⁵⁶³ DE CARVALHO, Alberto Arons; CARDOSO, António Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Direito da Comunicação Social*. Coimbra: Almedina, 2012.

⁵⁶⁴ PORTUGAL. *Decreto-Lei n. 150, de 5 de maio de 1972*. Regulamenta a Lei de Imprensa e insere as normas previstas na mesma lei relativamente ao direito à constituição de empresas, às garantias da liberdade de imprensa e aos seus limites. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/150-1972-230564>. Acesso em: jul. 2022.

⁵⁶⁵ “CAPÍTULO X Circulação da imprensa. Art. 63.º - 1. É livre a circulação dos impressos publicados de harmonia com as disposições legais. [...] 3. É proibido distribuir, divulgar, vender, afixar ou expor publicamente e ainda importar, exportar, deter em depósito ou anunciar, para algum daqueles fins, qualquer impresso que: [...] c) Não tenha sido submetido a exame prévio, ou neste tenha sido reprovado, nos casos em que, segundo o presente diploma, tal exame se estabelece.” (PORTUGAL. *Decreto-Lei n. 150, de 5 de maio de 1972*. Regulamenta a Lei de Imprensa e insere as normas previstas na mesma lei relativamente ao direito à constituição de empresas, às garantias da liberdade de imprensa e aos seus limites. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/150-1972-230564>. Acesso em: jul. 2022).

⁵⁶⁶ PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 85-C, de 26 de fevereiro de 1972*. Promulga a Lei de Imprensa. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/85-c-1975-168803>. Acesso em: jul. 2022.

configurava um verdadeiro tribunal moral, com atribuições para julgar queixas feitas por leitores em relação a abusos praticados pela imprensa no campo do direito à honra, por exemplo, mas sendo também responsável por defender a imprensa contra “[...] *ataques ilegítimos de pessoas ou dos poderes político e econômico*”.⁵⁶⁷ Portanto, a regulação da comunicação social em Portugal foi primeiramente exercida pelo Conselho de Imprensa.

O Conselho de Imprensa exercia as suas competências apenas no domínio da imprensa escrita e não dos meios audiovisuais, de maneira que foi criada a Lei n.º 23, de 6 de setembro de 1983⁵⁶⁸, dando origem a um outro órgão regulador, o Conselho de Comunicação Social. Suas atribuições incluíam a proteção e independência dos órgãos de comunicação social em relação ao Governo, a administração e os demais poderes públicos, buscando assegurar o pluralismo de expressão nesses órgãos de comunicação social.⁵⁶⁹

O Conselho de Imprensa e o Conselho de Comunicação Social foram extintos pela Lei n.º 15, de 30 de junho de 1990⁵⁷⁰, que criou uma nova entidade reguladora, a Alta Autoridade para a Comunicação Social (AACS). Seu surgimento se deu envolto em críticas, já que a nomeação dos seus membros era feita direta ou indiretamente pela esfera governamental, indicando um possível regresso ao controle da informação.

A AACS foi extinta em 2005, através da Lei n.º 53, de 8 de novembro de 2005⁵⁷¹, que deu origem à Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC), atualmente responsável pela regulação e supervisão de todas as entidades relacionadas com as atividades de comunicação social em Portugal. Posteriormente, foi publicada uma nova Lei de Imprensa, a Lei n. 2, de 13 de janeiro de 1999, que salientava, logo em seu art. 1º, que “*A liberdade de imprensa abrange o direito de informar, de se informar e de ser informado, sem impedimentos nem discriminações*”⁵⁷², em uma tentativa de expandir o pluralismo e a independência.

A partir da análise histórica, percebe-se que o ordenamento jurídico português procurou em seus dispositivos alargar a proteção à liberdade de imprensa e às posições jurídico-subjetivas

⁵⁶⁷ CARVALHO, Alberto Arons. *A regulação da comunicação social: a experiência portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2022.p.61.

⁵⁶⁸ PORTUGAL. *Lei n.º 23, de 6 de setembro de 1983*. Conselho de Comunicação Social. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/23-1983-439451>. Acesso em: jul. 2022.

⁵⁶⁹ DE CARVALHO, Alberto Arons; CARDOSO, António Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Direito da Comunicação Social*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 276.

⁵⁷⁰ PORTUGAL. *Lei n.º 15, de 30 de junho de 1990*. Atribuições, competências, organização e funcionamento da Alta Autoridade para a Comunicação Social. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/15-1990-575349>. Acesso em: jul. 2022.

⁵⁷¹ PORTUGAL. *Lei n. 53, de 8 de novembro de 2005*. Cria a ERC — Entidade Reguladora para a Comunicação Social, extinguindo a Alta Autoridade para a Comunicação Social. Disponível em: <https://www.erc.pt/documentos/legislacao/lei53.pdf>. Acesso em: jul. 2022.

⁵⁷² PORTUGAL. *Lei n. 2, de 13 de janeiro de 1999*. Lei de Imprensa. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/1999-34439075-43455775>. Acesso em: jul. 2022.

dos jornalistas e das empresas jornalísticas, conforme se observará ao longo do presente trabalho.

No tocante ao setor televisivo, a Constituição portuguesa de 1976 só permitia a existência de televisão pública, além de existir um organismo próprio de regulamentação do setor, o Instituto das Comunicações de Portugal. Só em 1989 é que foram retirados do texto constitucional os obstáculos à entrada de operadores privados na atividade televisiva, passando a contar com canais públicos e privados. No âmbito da regulação de conteúdos em matéria televisiva, a atual Lei de Televisão⁵⁷³ trata dos conteúdos nocivos para públicos sensíveis, em matéria de ética de antena⁵⁷⁴, da identidade cultural e nacional portuguesa⁵⁷⁵, por exemplo.

Acerca da liberdade de expressão, foi aprovada a Lei n. 27, de 2021, denominada Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital.⁵⁷⁶ A proposta do texto foi disciplinar sobre direitos, liberdades e garantias aos cidadãos no espaço digital, tratando, inclusive, do direito à liberdade de expressão.

Ocorre que muito se tem discutido acerca da constitucionalidade da normativa, especialmente no tocante ao seu artigo 6º, que assim dispõe:

Direito à proteção contra a desinformação: 1 - O Estado assegura o cumprimento em Portugal do Plano Europeu de Ação contra a Desinformação, por forma a proteger a sociedade contra pessoas singulares ou coletivas, de jure ou de facto, que produzam, reproduzam ou difundam narrativa considerada desinformação, nos termos do número seguinte. 2 - Considera-se desinformação toda a narrativa comprovadamente falsa ou enganadora criada, apresentada e divulgada para obter vantagens económicas ou para enganar

⁵⁷³ PORTUGAL. Lei n.º 58, de 7 de setembro de 1990. Regime de actividade de televisão. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/58-556661>. Acesso em: jul. 2022.

⁵⁷⁴ “Artigo 34.º Obrigações gerais dos operadores: 1 - Todos os operadores de televisão devem garantir, na sua programação, designadamente através de práticas de auto-regulação, a observância de uma ética de antena, que assegure o respeito pela dignidade da pessoa humana, pelos direitos fundamentais e demais valores constitucionais, em especial o desenvolvimento da personalidade de crianças e adolescentes.” (PORTUGAL. Lei n. 27, de 30 de julho de 2007. Lei da televisão. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2007-34561375>. Acesso em: jul. 2022).

⁵⁷⁵ “Artigo 9.º Fins da actividade de televisão. 1 - Constituem fins da actividade de televisão, consoante a natureza, a temática e a área de cobertura dos serviços de programas televisivos disponibilizados: [...] d) Difundir e promover a cultura e a língua portuguesas, os criadores, os artistas e os cientistas portugueses e os valores que exprimem a identidade nacional.” (PORTUGAL. Lei n. 27, de 30 de julho de 2007. Lei da televisão. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2007-34561375>. Acesso em: jul. 2022).

⁵⁷⁶ PORTUGAL. Lei n. 27, de 17 de maio de 2021. Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/27-2021-163442504>. Acesso em: jul. 2022.

deliberadamente o público, e que seja suscetível de causar um prejuízo público, nomeadamente ameaça aos processos políticos democráticos, aos processos de elaboração de políticas públicas e a bens públicos. 3 - Para efeitos do número anterior, considera-se, designadamente, informação comprovadamente falsa ou enganadora a utilização de textos ou vídeos manipulados ou fabricados, bem como as práticas para inundar as caixas de correio eletrónico e o uso de redes de seguidores fictícios. 4 - Não estão abrangidos pelo disposto no presente artigo os meros erros na comunicação de informações, bem como as sátiras ou paródias. 5 - Todos têm o direito de apresentar e ver apreciadas pela Entidade Reguladora para a Comunicação Social queixas contra as entidades que pratiquem os atos previstos no presente artigo, sendo aplicáveis os meios de ação referidos no artigo 21.º e o disposto na Lei n. 53/2005, de 8 de novembro, relativamente aos procedimentos de queixa e deliberação e ao regime sancionatório. 6 - O Estado apoia a criação de estruturas de verificação de factos por órgãos de comunicação social devidamente registados e incentiva a atribuição de selos de qualidade por entidades fidedignas dotadas do estatuto de utilidade pública.⁵⁷⁷

O referido “direito à proteção contra a desinformação” relaciona-se com as disposições definidas pela União Europeia para o Plano Europeu de Ação contra a Desinformação. Isso porque diante da proliferação das *fake news* e da deturpação dos fatos, há uma disseminação massificada de ideias e conceitos que atentam contra o dever de informar e de ser informado, previsto constitucionalmente.

Por tal razão, a Comissão Europeia tem entendido que os processos democráticos estão cada vez mais ameaçados pela propagação de desinformação, efetuada em grande escala e de forma deliberada e sistemática, ameaçando os processos democráticos e trazendo prejuízo para o interesse público. Para contornar tais efeitos nocivos da era digital, a Comissão propôs uma ação conjunta, incluindo os setores públicos, privados e a sociedade civil, para combater esses aspectos da ameaça que representa a desinformação.

⁵⁷⁷ PORTUGAL. Lei n. 27, de 17 de maio de 2021. *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/27-2021-163442504>. Acesso em: jul. 2022.

Assim, a Carta Portuguesa dos Direitos Humanos na Era Digital buscou dar aplicação ao Plano Europeu, que ainda não passa de uma mera recomendação da Comissão Europeia. Não obstante a existência de tal plano de ação, analisando a normativa portuguesa, alguns estudiosos têm-se manifestado contrários, afirmando que se apresenta mais como uma restrição ao direito à liberdade de expressão do que um novo direito dos cidadãos.

Uma das críticas feitas é em relação à existência de conceitos extremamente vagos, como o de desinformação, e a possibilidade de consequências jurídicas em níveis sancionatórios. Há, ainda, a possibilidade de que, com base no item 6 do referido artigo, se justifique a atuação do Estado na criação de mecanismos de verificação de fatos cujo âmbito de atuação seja desconhecido e, por isso, fomente a restrição do conteúdo do direito à liberdade de expressão.⁵⁷⁸

O Sindicato dos Jornalistas defendeu a exclusão do art. 6º e uma nova reflexão acerca da proteção contra a desinformação, lembrando que existe uma diferença entre a desinformação que é reproduzida e divulgada por órgãos de comunicação e aquela que não o é.⁵⁷⁹ A ânsia pela divulgação de conteúdos verdadeiros precisa de ser compatibilizada com o exercício massificado e imediatista em que a atividade jornalística tem sido exercida.

Alexandrino afirma ser a norma uma “*verdadeira lei de repressão do pensamento*”⁵⁸⁰, aduzindo que foram introduzidos na liberdade de expressão limites não constitucionalmente previstos, a partir do aumento do campo de intervenção do Estado. Também nesse sentido, a opinião de José Carlos Vieira de Andrade, segundo o qual “os termos em que a Carta está redigida, sobretudo por utilizar conceitos indeterminados, pode levar, de facto, a uma restrição da liberdade de expressão.”⁵⁸¹

Em Portugal, conforme já estudado neste capítulo, o organismo responsável pela regulação dos meios de comunicação social é a Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC), criada através de lei da Assembleia da República n.º 53, de 8 de novembro de

⁵⁷⁸ LEITÃO, Luís Menezes. A inconstitucionalidade da Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital. *Jornal N*, Oeiras, 14 de junho de 2022. Disponível em: https://ionline.sapo.pt/artigo/773678/a-inconstitucionalidade-da-carta-portuguesa-de-direitos-humanos-na-era-digital?seccao=Opinioao_i. Acesso em: jul. 2022.

⁵⁷⁹ CARTA dos Direitos Digitais promove a censura, dizem especialistas. *Observador*, 10 de junho de 2021. Disponível em: <https://observador.pt/2021/06/10/carta-dos-direitos-digitais-promove-a-censura-dizem-especialistas/>. Acesso em: jul. 2022.

⁵⁸⁰ Ibid.

⁵⁸¹ Ibid.

2005⁵⁸², que extinguiu e substituiu a entidade reguladora que a antecedeu, a Alta Autoridade para a Comunicação Social (AACS).

Para bem se visualizar como atua a ERC, analisam-se duas queixas feitas à entidade relacionadas com atos terroristas, que suscitaram deliberações pelos seus órgãos.

Em fevereiro de 2015, foi apresentada queixa junto à ERC, a respeito de uma peça jornalística publicada, referente ao ataque perpetrado à redação do jornal *Charlie Hebdo*, em Paris, alegando que:

*[...] as imagens chocantes do assassinato de um polícia por terroristas em Paris foram emitidas sem tratamento prévio [...] a transmissão de um ato tão abominável em que um ser humano é brutalmente assassinado é profundamente chocante e traumatizante, designadamente se assistido por crianças ou pessoas mais sensíveis (a imagem foi inclusivamente reproduzida pelo menos mais duas vezes) [...] tratando-se de um canal público, pretensamente profissional, é particularmente lamentável, revelando, pelo seu mísero sensacionalismo, um grotesco desrespeito pela dignidade humana.*⁵⁸³

Em sua deliberação, a ERC emitiu parecer em que concluíra favoravelmente ao queixoso, afirmando que o órgão em questão “[...] não acautelou devidamente o respeito pela dignidade humana, [...] recordando ao operador CMTV o dever que sobre este impende no sentido de acautelar o respeito pela dignidade humana, abstendo-se, em qualquer circunstância, de exibir imagens que banalizem a morte violenta de pessoas.”⁵⁸⁴ Destacam-se, pois, duas premissas adotadas pela ERC nos seus pareceres: o acatamento do princípio do rigor informativo e a rejeição do sensacionalismo. Cumpre destacar que nem todo os pareceres da ERC são vinculativos, ou seja, de cumprimento obrigatório pelo órgão analisado, a menos que assim o documento determine.

⁵⁸² PORTUGAL. *Lei n. 53/2005*. Cria a ERC — Entidade Reguladora para a Comunicação Social, extinguindo a Alta Autoridade para a Comunicação Social. Disponível em: <https://www.erc.pt/documentos/legislacaosite/lei53.pdf>. Acesso em: jul. 2022.

⁵⁸³ ENTIDADE REGULADORA PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL. *ERC/68/2016*. Lisboa, 30 de março de 2016. Disponível em: <https://www.erc.pt/download/YToyOntzOjg6ImZpY2hlaXJvIjtzOjM5OiJtZWRRpYS9kZWVpc29lcY9vYmplY3RvX29mZmxpbmUvNjIwMS5wZGYiO3M6NjoidG10dWxvIjtzOjMyOiJkZWxpYmVvYWNhby1lcmM2ODIwMTYtY29udGpvcil0diI7fQ==/deliberacao-erc682016-contjor-tv>. Acesso em: jul. 2022.

⁵⁸⁴ *Ibid.*

diversos partidos políticos apresentaram petições ao Tribunal Constitucional, para que seja analisada a constitucionalidade da lei.

No geral, ainda que se observe maior cuidado na última década em relação à disciplina legislativa dos meios de comunicação social, a verdade é que os sucessivos Governos interferiram repetidamente nessa sensível área, socorrendo-se, normalmente, da invocação da sua competência legislativa primária (artigo 198.º, n.º 1, alínea a)⁵⁸⁷, da Constituição portuguesa).

Pode-se dizer, com certa segurança, que os meios de comunicação social desempenham uma função social e política, já que promovem a organização de informações com o propósito de constituir um mecanismo sem o qual não seria pensável uma ordem social diferenciada e, portanto, uma sociedade livre. Consta-se, então, que ambos os conceitos (liberdade de informação e de imprensa) atendem simultaneamente a uma dupla finalidade, ao demonstrarem uma face individual ligada aos direitos de personalidade, e ao mesmo tempo adquirindo uma segunda que remete para os interesses coletivos. Machado convoca a doutrina alemã, a qual atribui duas dimensões fundamentais à liberdade de imprensa:

[...] uma individual-subjetiva e outra institucional-objetiva”. Assim, “a dimensão individual-subjetiva prende-se com a garantia de posições jurídicas aos indivíduos ligados à imprensa, com particular relevo para os jornalistas, bem como às empresas jornalísticas e aos órgãos de comunicação social, públicos e privados.”⁵⁸⁸

Dessa forma, o autor ressalta que a dimensão institucional-objetiva da liberdade de imprensa *“protege eficazmente, os direitos subjetivos dos indivíduos e das pessoas coletivas que se dedicam a esta atividade”*. Por outro lado, a dimensão individual-subjetiva garante o caráter negativo da liberdade de imprensa, permitindo que desempenhe a sua função democrática e, sobretudo, evite que a sua dimensão institucional-objetiva *“venha a conduzir à transformação da atividade da imprensa numa função constitucional (quarto poder) ou num “fim do Estado” [...] em detrimento da natureza jurídica do direito subjetivo.”⁵⁸⁹*

⁵⁸⁷ “1. Compete ao Governo, no exercício de funções legislativas: a) Fazer decretos-leis em matérias não reservadas à Assembleia da República;” (PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. *Diário da República*, n. 86/1976, 10 de abril de 1976. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>. Acesso em: jul. 2022).

⁵⁸⁸ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 505.

⁵⁸⁹ *Ibid.* p. 506.

Aquela dimensão ratifica, do ponto de vista estrutural, a natureza negativa do direito à liberdade de imprensa e a garantia do seu distanciamento com relação ao Estado. Por sua vez, a dimensão institucional-objetiva indica a tutela de uma imprensa livre, própria de um Estado Democrático de Direito e elemento constitutivo no processo social e político, enquanto propagadora de questões que desembocam no interesse público.

Outras formas de manifestação do pensamento que remetem para a dimensão externa da liberdade de opinião é a liberdade de expressão intelectual, artística e científica. A manifestação do pensamento traduz-se nas formas de expressão intelectual que se vincula ao conhecimento conceitual, o qual por sua vez abrange a produção científica e filosófica. Outra forma de liberdade de expressão e comunicação é a liberdade de criação artística.

Machado propõe a densificação doutrinal do conceito de arte, no sentido de se proteger da intervenção dos poderes públicos: “*mediante o recurso a ‘topoi’⁵⁹⁰ de natureza formal e material, de forma a garantir a proteção dos diversos conteúdos, métodos e tendências adaptadas perante qualquer tipo de interferência dos poderes públicos.*”⁵⁹¹ Da mesma forma, aquela proteção deverá incluir a divulgação de obras públicas, estendendo-se, segundo o autor, “*inclusivamente aos terceiros que operem a mediação entre o artista e o público.*”⁵⁹²

A liberdade artística goza de ampla liberdade, embora se sujeite a uma disciplina legal. Entretanto, há necessidade de limites na apresentação de espetáculos públicos, assim como de diversões, no sentido de se estabelecerem horários para determinadas faixas de idade, e se fixarem princípios que nortearão a produção e a programação de rádio e televisão.

Os espetáculos públicos são entendidos como algo que chama a atenção e que configura espetáculo teatral, cinema, rádio, televisão ou qualquer outra forma de apresentação pública. A Constituição garante igualmente a liberdade de expressão cultural no que diz respeito ao exercício da cultura e à difusão destas manifestações de todo o tipo, como são as populares.

Conforme se pode depreender, a liberdade cultural é de caráter amplo e irrestrito, sem qualquer forma de censura ou limite, procurando possibilitar uma criação que venha a traduzir princípios e valores, dando plenitude a este direito.

A liberdade de opinião pode ainda materializar-se externamente, por meio da liberdade de transmissão do conhecimento pela imprensa, pela radiodifusão, ou por livros, palestras e

⁵⁹⁰ O termo é de Aristóteles, que chamava de “topoi” as verdades aceitas que formam a base do nosso pensamento, e dos nossos argumentos, e orientam as escolhas que fazemos no dia a dia. ROSA, Léo; FIDELIX, Emilly. Topoi. *JusBrasil*, 2012. Disponível em: <https://leorosa.jusbrasil.com.br/artigos/121822862/topoi>. Acesso em: 11 maio 2021.

⁵⁹¹ MACHADO, op. cit. p. 387.

⁵⁹² MACHADO, op. cit.

conferências. O dispositivo constitucional destaca a relevância da transmissão e recepção do conhecimento sob diferentes enfoques que corroboram o pluralismo de um Estado Democrático de Direito.

José Afonso da Silva ressalta as duas dimensões do conhecimento: a subjetiva e a objetiva. A dimensão subjetiva envolve a liberdade de transmitir o conhecimento, que cabe ao professor. A dimensão objetiva remete para o direito de receber o conhecimento ou de buscá-lo, tarefa de alunos e de pesquisadores.⁵⁹³

A liberdade de transmissão do conhecimento em sua dimensão subjetiva é relativizada pelo fato de o professor se condicionar aos currículos e programas oficiais de ensino, muito embora tenha liberdade de apresentação do conteúdo a ser ministrado, assim como a liberdade de crítica que emprestam a cada catedrático a sua forma particular e única de transmissão do conhecimento.

Finalizado o estudo individual das vertentes que a liberdade de expressão pode assumir, conforme se pode depreender, a Constituição pressupõe o fato inequívoco da liberdade de expressão em seu conceito amplo, observados os limites que o próprio regramento Constitucional ou legislação equivalente, estabelecem para todos os direitos e garantias fundamentais. Tais limites determinam que os direitos fundamentais individuais e coletivos não são absolutos, cabendo ao Estado o poder-dever de os proteger, visando a garantia da liberdade de expressão como a via que evidencia inquestionavelmente o Estado Democrático de Direito.

Como se verificou, em Portugal a regulação dos meios de comunicação social⁵⁹⁴ é um imperativo constitucional, variando as instâncias de regulação entre o setor público e o privado, e cabendo ao Estado garantir o direito de manifestação do pensamento, o direito de informar e ser informado, em uma dimensão negativa ou positiva.

Prevalece, atualmente, a ideia de hetero-regulação dos media, em que a perspectiva dos interesses gerais dos cidadãos deve prevalecer em relação à perspectiva interna dos meios de comunicação social. Em outras palavras, é em função dos cidadãos, titulares de direitos, incluindo o direito à informação, que a regulação da comunicação social se justifica, devendo valorizar e assegurar a liberdade de imprensa, ao mesmo tempo que garante a interrelação desta com os demais direitos pessoais.⁵⁹⁵

⁵⁹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 256.

⁵⁹⁴ A regulação significa a operação de legislação ou regulamentação, podendo ocorrer em várias fases e em diferentes níveis, desde o momento preliminar da fixação das regras gerais do seu funcionamento (regulamentação), passando pela supervisão da atividade desenvolvida (controle) ou prevenir e penalizar eventuais desvios (sanções).

⁵⁹⁵ SILVA, Augusto Santos. A hetero-regulação dos meios de comunicação social. *Comunicação e sociedade*, v. 11, p. 15-27, 2007.

A hetero-regulação não se confunde com autorregulação, exercida pelos próprios meios, por sua iniciativa e sob sua responsabilidade, e nem com a correção, exercida pela combinação da regulação da comunicação social pelo Estado e efetivada pela sociedade civil. Na esfera da comunicação social, talvez se imagine que deveria prevalecer a forma de autorregulação, através de códigos deontológicos, por exemplo. Contudo, a atual complexidade dos meios e dos órgãos, com uma marcante diversidade e conflitualidade ideológica, justifica os mecanismos de hetero-regulação.⁵⁹⁶ Nesse sentido, parece razoável a supervisão feita sob a atividade da imprensa, de modo a conformar os seus direitos e salvaguardar o direito dos cidadãos.

Pode-se conceituar a hetero-regulação como o conjunto de medidas administrativas e legislativas através das quais o Estado, por si mesmo ou através de delegação, determina, controla ou influencia o agir dos entes regulados, com o objetivo de evitar efeitos lesivos desses comportamentos em face dos interesses sociais legítimos, orientando-os para direções socialmente desejáveis. Como visto anteriormente, este é o modelo português de regulação, levado a cabo pela ERC, enquanto entidade administrativa independente.

A regulação da comunicação social se materializa em duas dimensões essenciais: a regulação normativa, através de legislação, que estabelece os direitos, as liberdades e garantias que são da competência da Assembleia da República; e através do serviço público de comunicação social, que, além de cumprir obrigações específicas, garantindo a universalidade do acesso e de expressão dos diferentes interesses políticos e correntes de opinião, deve funcionar, também, como regulador do panorama de comunicação, na medida em que estabelece padrões de qualidade e respeito aos direitos fundamentais. Inegável, ainda, que o Poder Judiciário desempenha importante papel na regulação dos media, visto que lhe compete aplicar as leis.

Tais previsões infra e constitucionais permitem contextualizar a liberdade de opinião (externamente), por meio da liberdade de manifestação do pensamento, que pode ocorrer: de pessoa a pessoa (diálogos), ou de uma pessoa para outras (palestras, etc.), ou ainda por correspondência particular ligada inquestionavelmente ao direito à privacidade, e finalmente em forma de livros ou revistas, TV e rádio.

Por último, é importante ressaltar que todas as formas de liberdade de expressão aqui analisadas permitem concluir que a sua concretização depende das normas e procedimentos previstos nos próprios dispositivos constitucionais e/ou legais, os quais garantem de um lado a

⁵⁹⁶ MIRANDA, Jorge Miranda; MEDEIROS, Rui Medeiros. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 877.

sua livre manifestação individual e coletiva e, de outro, a proteção e apoio por meio do Estado. Nessa linha, Hesse observa que o Tribunal Constitucional alemão:

*[...] enfatizou que um amparo efetivo dos direitos fundamentais requer disposições jurídico-organizativas adequadas, que façam justiça tanto ao direito fundamental que o cientista individual tem à liberdade de investigação e de cátedra quanto à capacidade funcional da ciência livre como instituição.*⁵⁹⁷

A análise aqui empreendida permite concluir que os direitos fundamentais relacionados com a liberdade de expressão constituem uma das principais bases de um Estado Democrático de Direito. Conclui-se ainda que a liberdade de expressão não é um direito absoluto ou irrestrito, devendo articular-se com os outros direitos pessoais, como os direitos da personalidade, que podem funcionar como limites àquele. Daí a relevância de examinar as suas múltiplas formas de exteriorização, bem como o duplo caráter de que aquele direito se reveste, visando, acima de tudo, garantir a liberdade individual e coletiva de manifestação do pensamento e, ao mesmo tempo, a garantia de proteção e apoio das suas instituições, desde que aquela expressão se sujeite aos dispositivos constitucionais e legais.

As eventuais restrições constitucionais ou legais que se impõem àqueles direitos, sejam eles individuais ou coletivos, permitem afirmar com certa segurança que a liberdade de expressão em todas as suas dimensões (interna e externa) e formas, não podem em regra sofrer excessos limitativos do seu exercício por parte do legislador, protegendo-se incondicionalmente o seu núcleo essencial que nunca poderá ser violado, sob pena de qualquer diploma legal ser declarado inconstitucional.

12 As teorias tradicionais e modernas da interpretação

Antes de proceder à análise dos limites e restrições aos direitos fundamentais, é de extrema relevância proceder brevemente a um exame das teorias tradicionais e modernas da interpretação como condição *sine qua non* para a maior compreensão dos pressupostos das teorias que tratam daqueles limites e restrições e do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Em seguida, será possível entender também o método da ponderação considerado pela doutrina

⁵⁹⁷ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 286.

e jurisprudência internacional como o meio mais adequado para tratar de conflitos normativos, na seara das normas-princípios ou das normas-regras.

O contexto que envolve os direitos fundamentais, especialmente o direito à liberdade de expressão em seu conceito amplo, demanda igualmente uma referência às teorias tradicionais e modernas da interpretação, permitindo colher elementos teóricos suficientes para o seu entendimento.

A análise das formas de interpretação na aplicação do Direito reclama, inevitavelmente, a comparação entre o positivismo, o jusnaturalismo e o realismo jurídico, que representam as principais teorias tradicionais da interpretação.

Farias⁵⁹⁸ observa que o debate sobre a fundamentação dos chamados “direitos humanos” se divide em duas correntes: a primeira aborda o tema sob a ótica filosófica e, portanto, invoca um *fundamento filosófico*, e a segunda exige como ponto de partida “*um fundamento jurídico-positivo ou constitucional dos direitos fundamentais*”.

Jorge Miranda complementa, afirmando que:

[...] *o característico das concepções filosóficas consiste em conferir uma fundamentação aos direitos do homem no plano dos fins últimos da pessoa, da sociedade e do Estado, em integrar o sistema de direitos numa Weltanschauung*⁵⁹⁹ *em descobrir um sentido para eles conforme com o sentido da vida e dos valores que procuram refletir.*⁶⁰⁰

No que diz respeito ao fundamento filosófico, Farias apresenta três teses: “(1) *daqueles que rejeitam qualquer fundamento filosófico (positivismo); (2) daqueles que se mostram céticos quanto à possibilidade da fundamentação filosófica (realismo); (3) daqueles que consideram plausível uma fundamentação filosófica (jusnaturalismo).*”⁶⁰¹

Entrando na esfera do positivismo clássico deparamos com a negação de qualquer possibilidade de fundamentação dos direitos humanos, em razão de não admitirem que os juízos de valor possam ter estatuto cognoscitivo, por não se referirem ao mundo do ser e, por conseguinte, não serem passíveis de verificação empírica. Jorge Miranda observa que, nas

⁵⁹⁸ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000. p. 73-74.

⁵⁹⁹ Expressão alemã, que se define como um conjunto ordenado de valores, impressões, sentimentos e concepções de natureza intuitiva, anteriores à reflexão, a respeito da época ou do mundo em que se vive.

⁶⁰⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 61.

⁶⁰¹ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000. p. 74.

concepções positivistas, os direitos do homem e da mulher “*constituem faculdades outorgadas e reguladas pela lei positiva*”⁶⁰². Luís Roberto Barroso sintetiza as teses fundamentais do positivismo jurídico (que aplica os *fundamentos do positivismo filosófico* no Direito, com a pretensão de criar uma ciência jurídica com características análogas às das ciências exatas e naturais):

*(i) a ciência é o único conhecimento verdadeiro, depurado de indagações teológicas ou metafísicas, que especulam acerca de causas e princípios abstratos, insuscetíveis de demonstração; (ii) o conhecimento científico é objetivo; funda-se na distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que seja preservado de opiniões, preferências ou preconceitos; (iii) o método científico empregado nas ciências naturais, baseado na observação e na experimentação, deve ser estendido a todos os campos de conhecimento, inclusive às ciências sociais.*⁶⁰³

Daí a ideia de que o direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa, afirma Barroso⁶⁰⁴, afastando-se da moral e dos valores transcendentais, em razão da busca da objetividade científica por meio da observação da realidade, e não da especulação filosófica. Nesse sentido, o direito se baseia em juízos de fato que visam o conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade.

Castanheira Neves⁶⁰⁵, ao analisar as diferentes formas de aplicação do direito, afirma que o positivismo jurídico considerava o direito já posto pela decisão política e afirmava que esse direito imposto seria unicamente aquele a que, na sua objetiva prescrição, o jurista deveria atender (“o direito que é, não o direito que deve ser”), observando que os fatores políticos resultam, pois, “*do legalismo contratualista-constitucional assumido pelo positivismo jurídico.*”⁶⁰⁶ Para o positivismo:

[...] o direito reduziu-se ao direito posto (imposto) nas leis (...) porque é no texto da lei que se exprime o imperativo do legislador e se

⁶⁰² MIRANDA, op. cit. p. 61.

⁶⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 273.

⁶⁰⁴ Ibid. p. 274.

⁶⁰⁵ NEVES, Antônio Castanheira. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 50.

⁶⁰⁶ Ibid. p. 88.

*manifesta vinculativamente a sua autoridade legislativa, porque no texto da lei encontra o direito a objetivação que garante a segurança jurídica, e porque em referência ao texto da lei se poderá aferir do cumprimento do princípio da separação dos poderes, ou seja da obediência ou rebeldia do poder ou função judicial perante o poder legislativo.*⁶⁰⁷

Portanto, o positivismo jurídico evidencia uma redução linguística do pensamento jurídico.

Por fim, o pressuposto político do positivismo jurídico linguístico-analítico converge sempre, segundo Castanheira Neves, para uma sociedade que se caracteriza como democrática e plural, institucionalizada por um Estado de direito, o qual estabelece parâmetros de legalidade, e, portanto, o direito permaneceria identificado com um sistema de prescrições legais e com a legalidade positiva. Desse modo, prossegue o autor:

*[...] se compreende o universo jurídico como um universo linguístico e se infere daí que o pensamento jurídico haverá de assumir como seu método específico a análise da linguagem – a análise da linguagem legal, isto é, a interpretação jurídica daqueles dados empíricos que consistem nas proposições normativas de que se compõe o discurso do legislador – e tendo decerto e radicalmente como objeto direto de análise o texto legal, os enunciados linguísticos objetivados prescritivamente nesse texto.*⁶⁰⁸

O autor observa que tal análise linguística implicaria três postulados metódicos presentes nesse modelo de interpretação jurídica: o postulado da pura racionalidade “*que implica numa razão analiticamente dedutiva e sistemática [...] que recusa a razão prático-retórica ou retórico-argumentativa*”; o postulado da neutralidade teórica, que reclama uma interpretação que leva em conta unicamente juízos normativos, ou seja, “*seria uma metanormativa análise da normativa linguagem jurídica, num estrito estatuto teórico ou afastando dessa interpretação quaisquer compromissos práticos, intenções normativas ou*

⁶⁰⁷ Ibid.

⁶⁰⁸ NEVES, Antônio Castanheira. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

dimensões constitutivas”; o postulado da objetividade, em que “*compreender ou interpretar uma expressão significativa seria sempre determinar nuclearmente nela, com o seu conteúdo extensional ou objetivo, numa lógica referência denotativa ou numa sua relação lógica a um objeto – numa relação estritamente semântica.*”⁶⁰⁹

Neste quadro, Castanheira Neves afirma que “*a interpretação jurídica será fundamentalmente interpretação semântica e traduzir-se-á na determinação do núcleo semântico ou significativamente referente dos enunciados-prescrições jurídicas.*”⁶¹⁰ Metodologicamente, a interpretação jurídica far-se-ia exclusivamente a partir do texto, razão pela qual o positivista legalista postula que a lei é o seu texto, indicando que o direito positivo é autossuficiente e que o direito posto ou legalmente imposto encontra sentido, unicamente, com base na sua expressão formal prescrita.

Em síntese, o positivismo jurídico constitui uma concepção normativista e estritamente dogmática do jurídico.

Norberto Bobbio, ao expor as teorias clássicas de interpretação (a despeito do reducionismo, que o autor lhes critica), afirma que o positivismo jurídico “*é a doutrina que reduz a justiça à validade*”, ou seja, “*uma norma é justa somente pelo fato de ser válida.*”⁶¹¹

Nessa direção, Hans Kelsen, um dos principais teóricos defensores do Positivismo Jurídico afirma que “*a Teoria Pura do Direito é uma Teoria do Direito Positivo. É teoria geral do direito, à qual, interessa saber o que é e como é o direito. O dever ser do Direito não importa, uma vez que o Direito é ciência jurídica e não política do Direito.*”⁶¹² Portanto, para Kelsen, o direito positivo é o direito válido, seja ele justo ou injusto, porquanto “*o conceito do que corresponde a uma norma jurídica justa e/ou ética é relativo, isto é, depende do que cada sociedade entende por justiça.*”⁶¹³ Bobbio afirma que Kelsen “*não quer em absoluto afirmar que o direito válido seja também justo, mesmo porque os ideais de justiça, para ele, são subjetivos e irracionais; o problema da justiça, para Kelsen, é um problema ético e é distinto do problema jurídico da validade.*”⁶¹⁴

Quanto à interpretação das normas jurídicas pelos órgãos jurídicos, e que Kelsen denomina de interpretação autêntica, é preciso ter presente que existem normas indeterminadas susceptíveis de vários significados a serem decididos pelo órgão jurídico que as vai aplicar. O

⁶⁰⁹ Ibid. p. 92.

⁶¹⁰ Ibid. p. 94.

⁶¹¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 4. ed. Bauru: Edipro, 2008. p. 54, 58-59.

⁶¹² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 1.

⁶¹³ BOBBIO, op. cit. p. 59.

⁶¹⁴ Ibid. p. 59.

sentido a dar à norma dependerá da sua expressão e da vontade do legislador. Neste ponto, Castanheira Neves lembra que para o positivismo o que importa é o texto da lei pontual a interpretar.⁶¹⁵

Tomando o texto como o pressuposto, a doutrina se dividiu em duas vertentes contrárias representadas pela Teoria Subjetivista e Objetivista. Assim, para a *Teoria Subjetivista*, o objetivo da interpretação é a averiguação da vontade do legislador (a vontade subjetivo-histórica ou histórico-psicológica do legislador) que se exprime no texto da lei. Já para a *Teoria Objetivista*, “a interpretação se deverá orientar para o sentido objetivamente assimilado pelo próprio texto da lei, para o sentido que autonomamente (isto é, com abstração ou desligado do seu autor real) o texto legal é suscetível de encarnar e exprimir.”⁶¹⁶

O Direito representa, então, “uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação” e tais possibilidades decorrem da interpretação que poderá levar a várias soluções, desde que se respeite o ordenamento jurídico, começando pela Lei Fundamental (Constituição) até às normas hierarquicamente escalonadas. Confirmando essa mesma perspectiva, Kelsen considera a interpretação “uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior.”⁶¹⁷ Portanto, a interpretação de uma lei conduz a várias soluções que, de acordo com Kelsen, têm igual valor:

[...] se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei [...], não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.⁶¹⁸

Partindo dessa conclusão, Kelsen observa que, a despeito da jurisprudência tradicional (teoria usual da interpretação) desejar que a lei aplicada ao caso concreto forneça apenas uma solução, que representaria o seu entendimento (razão), não há método de interpretação que consiga decidir o conflito entre vontade (do legislador) e expressão verbal da norma jurídica.⁶¹⁹

⁶¹⁵ NEVES, Antônio Castanheira. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 98.

⁶¹⁶ Ibid.

⁶¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 387.

⁶¹⁸ Ibid. p. 390.

⁶¹⁹ Ibid. p. 391-392.

Daí a crítica contundente de Kelsen à teoria da ponderação de interesses, uma vez que tais interesses em jogo terão de se sujeitar “*a um ato de produção normativa que ainda vai ser posto – à sentença judicial, por exemplo*”.⁶²⁰

Kelsen argumenta que “*a questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’ [...] não é um problema do Direito, mas um problema de política do Direito*”. Segundo o autor, “*assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.*”⁶²¹ Tais fundamentos ratificam a sua escalonação hierárquica das normas jurídicas, no sentido de que, conforme se afirmou, a norma superior determina o conteúdo da norma inferior.

Do ponto de vista cronológico (lei posterior derroga lei anterior) e do da especialidade (lei especial derroga lei geral), o objetivo é dar coerência e completude ao ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, permitir, segundo Kelsen, a liberdade de interpretação de determinadas normas superiores (especialmente as normas constitucionais), que são intencionalmente indeterminadas ou não, desde que se respeite a moldura representada pelo próprio ordenamento jurídico.⁶²²

Castanheira Neves constata as limitações do positivismo jurídico, ao afirmar que a realização do direito não se esgota na simples aplicação das normas jurídicas, já que a decisão jurídica concreta só é possível mediante específicas dimensões normativas e constitutivas que essa mera aplicação não considera, dimensões essas que exigem uma mediação normativa juridicamente constitutiva entre a norma (a normatividade positivamente pressuposta) e a decisão concreta, e obrigam a distinguir entre “*realização do direito*” e a mera “*aplicação de normas*”.⁶²³

Já para a definição do realismo jurídico, Farias recorre a Norberto Bobbio para salientar que a *tese realista* relega para plano secundário a fundamentação filosófica dos direitos humanos, uma vez que a sua preocupação é com a garantia da concretização desses direitos, e

⁶²⁰ Crítica os demais meios de interpretação: “*que os habituais meios de interpretação do argumentum a contrario e da analogia são completamente destituídos de valor resulta já superabundantemente do fato de que os dois conduzem a resultados opostos e não há critério que permita saber quando deva ser empregado um e quando deva ser empregado o outro*” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 391-392).

⁶²¹ KELSEN, op. cit. p. 393.

⁶²² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71.

⁶²³ NEVES, Antônio Castanheira. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 26.

a determinação de quais e quantos são, a sua natureza (se naturais, históricos, absolutos ou relativos) e os seus fundamentos.⁶²⁴

Segundo Bobbio, não há possibilidade de se fundamentar de forma absoluta os direitos, porque eles são históricos, variáveis no tempo e heterogêneos.⁶²⁵ Daí o fato de que não se justificaria um único fundamento para todos, até porque esses direitos colidem entre si e, portanto, teriam caráter relativo. Jorge Miranda ratifica a posição de Bobbio, no sentido de que:

*[...] não pode existir um fundamento absoluto de direitos historicamente relativos e estruturalmente diversos e para quem a pluralidade de concepções religiosas e morais determina um insuperável relativismo – mas, para quem, precisamente, esse pluralismo constitui o mais forte argumento a favor de alguns direitos como a liberdade de religião e a liberdade de pensamento.*⁶²⁶

Portanto, prossegue Bobbio, “o problema de fundo dos direitos do homem é hoje não tanto o de os justificar quanto de os proteger: e este é um problema não filosófico, mas sim político.”⁶²⁷

Castanheira Neves afirma que o realismo jurídico reconhece o direito “como um fato social (direito vivo) ou fato psicossocial (psicologicamente redutível ou sociologicamente explicável) ou iria unicamente na realidade sociológica das decisões judiciais”. Assim, para o autor, “o realismo jurídico abandona a perspectiva normativista (do Positivismo), numa tentativa de reduzir a normatividade à fatualidade, negando do mesmo passo à dogmática tradicional as condições de uma verdade científica (identificado o científico ao empírico-analítico).”⁶²⁸

Norberto Bobbio, ao tratar do Realismo Jurídico na formulação da sua teoria da norma jurídica, observa que, contrariamente ao Positivismo Jurídico, o Realismo Jurídico reduz a validade da norma à sua eficácia.⁶²⁹ Bobbio observa que, para o Realismo Jurídico, o direito

⁶²⁴ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 3. ed. Brasília: UnB, 1995. p. 75.

⁶²⁵ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000. p. 74.

⁶²⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 62.

⁶²⁷ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 3. ed. Brasília: UnB, 1995. p. 76.

⁶²⁸ NEVES, Antônio Castanheira. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 50.

⁶²⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 4. ed. Bauru: EDIPRO, 2008. p. 54.

real não é aquele que se encontra na Constituição ou em um Código (conforme preconiza o positivismo), “*mas é aquele que os homens efetivamente aplicam nas suas relações cotidianas.*”⁶³⁰ De acordo com o autor, os realistas opõem-se ao jusnaturalismo e ao positivismo em sentido estrito, uma vez que:

*[...] segundo o ponto de vista por eles defendido, pecam por abstração tanto os jusnaturalistas quanto os positivistas, os primeiros porque substituem o direito real pela aspiração à justiça, os segundos porque o substituem pelas regras impostas e formalmente válidas, que frequentemente são pura forma vazia do conteúdo.*⁶³¹

Nas conclusões sobre o tema Vera Chemim defende que “*o realismo jurídico se defronta com a concepção ideal (jusnaturalismo) e formal (positivismo) do direito.*”⁶³² Com efeito, “*para os defensores do Realismo Jurídico, o único direito a ser considerado é o direito aplicado, concreto*”, citando os três momentos do Realismo Jurídico no século XIX apresentados por Bobbio⁶³³ e que, segundo a autora, se contrapõem ao jusnaturalismo e ao positivismo.

O primeiro momento é representado pela Escola Histórica do Direito, de von Savigny. Bobbio observa que, para essa escola:

*[...] o direito não se deduz dos princípios racionais, mas é um fenômeno histórico e social que nasce espontaneamente do povo [...], daí a consequência de existirem tantos direitos diversos quanto diversos são os povos com suas inúmeras características e em suas várias fases de desenvolvimento.*⁶³⁴

Segundo Bobbio, o estudo do direito passa a considerar o direito consuetudinário como uma das fontes primárias do direito, já que aparece imediatamente da sociedade como uma

⁶³⁰ CHEMIM, Vera Lúcia Abib. *Ativismo Judicial: teoria e jurisprudência*. São Paulo: Fundação Armando Álvares Penteado, 2015. p. 31.

⁶³¹ BOBBIO, op. cit. p. 63.

⁶³² CHEMIM, Vera Lúcia Abib. *Ativismo Judicial: teoria e jurisprudência*. São Paulo: Fundação Armando Álvares Penteado, 2015. p. 32.

⁶³³ Ibid. p. 63-68.

⁶³⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 4. ed. Bauru: EDIPRO, 2008. p. 63.

expressão da urgência do sentimento popular jurídico em oposição ao direito imposto pela lei, através do grupo dominante, e o direito científico, através dos técnicos.⁶³⁵

O segundo momento é a *concepção sociológica do direito*. Bobbio adverte que esse segundo momento surge “*como efeito da desfasagem que se vinha criando entre a lei escrita nos códigos (o direito válido) e a realidade social que seguiu à revolução industrial (o direito eficaz)*.”⁶³⁶ Dentre as mais diversas obras desse momento, a de Eugene Ehrlich, sobre a lógica dos juristas é destacada por Bobbio, por se tratar de:

*[...] uma das mais documentadas e intransigentes polêmicas contra o positivismo estatalista (estatista) em nome da livre apreciação do direito por parte do juiz e do jurista, os quais devem procurar as soluções das controvérsias não tanto apegando-se ao dogma da vontade estatal passivamente aceito, mas imergindo-se no estudo do direito vivente que a sociedade em contínuo movimento permanentemente produz.*⁶³⁷

Esta concepção reconduz-se ao direito elaborado pelos juízes, com o objetivo de adaptar a lei às necessidades concretas da sociedade.

O terceiro momento do realismo jurídico representa a mais violenta reação contra o formalismo da corrente positivista, tendo êxito na primeira metade do século XX, nos Estados Unidos. O pai espiritual dessa corrente foi Oliver Wendell Holmes (1841-1935), por muitos anos juiz da Corte Suprema. Bobbio observa que Holmes foi o primeiro juiz “*a repudiar o tradicionalismo jurídico das cortes, e a introduzir uma interpretação evolutiva do direito, mais sensível às mudanças da consciência social.*”⁶³⁸ A despeito da importância de Holmes, o defensor mais radical do realismo jurídico foi Jerome Frank, que, ao apresentar a sua tese, vai mais adiante do que aquele jurista. Bobbio afirma que:

[...] a tese fundamental sustentada é que não existe um direito objetivo, isto é, objetivamente dedutível de dados determinados, sejam estes fornecidos pelos costumes, pela lei ou pelo precedente jurídico: o

⁶³⁵ Ibid. p. 62-63.

⁶³⁶ Ibid. p. 64.

⁶³⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 4. ed. Bauru: EDIPRO, 2008. p. 65.

⁶³⁸ Ibid.

*direito é contínua criação do juiz, é obra exclusivamente do magistrado no ato em que decide uma controvérsia.*⁶³⁹

Nessa linha, “os países anglo-saxões são naturalmente mais inclinados às teorias sociológicas do direito devido à posição que o direito consuetudinário (sistema *common law*) ocupa em seus sistemas normativos, que não conhecem as grandes codificações.”⁶⁴⁰

O jusnaturalismo jurídico é, de acordo com Luís Roberto Barroso, “uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um direito natural”. Barroso afirma que “sua ideia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo”. Tal direito seria legitimado através de uma ética superior, motivo pelo qual encontraria validade em si mesmo e estabeleceria limites à própria norma estatal⁶⁴¹, contrapondo-se frontalmente ao Positivismo Jurídico do século XIX e o empurraria (o direito natural) para a margem da história, como metafísico e anticientífico.

A crença de que a pessoa possui direitos naturais corresponderia a um espaço de integridade e de liberdade a ser preservado e respeitado pelo Estado, e esteve na base das doutrinas políticas individualistas que afrontaram a monarquia absoluta.

Bobbio afirma que o Jusnaturalismo, enquanto uma das expressões do Direito Natural, pode ser definido como a corrente de pensamento jurídico “segundo a qual, uma lei para ser lei deve estar de acordo com a justiça. Lei em desacordo com a justiça, non est lex sed corruptio legis⁶⁴².”⁶⁴³ Portanto, para o jusnaturalismo, a norma só será válida se for considerada justa.

Na sua crítica, Bobbio constata que os próprios defensores do direito natural discutem “sobre o que há de ser considerado justo ou injusto, a julgar pelo fato de que o que era natural para uns não era para outros.” E continua:

Para Kant (e em geral para todos os jusnaturalistas modernos) a liberdade era natural; mas, para Aristóteles, era normal a escravidão. Para Locke, era natural a propriedade individual, mas para todos os

⁶³⁹ Ibid. p. 66.

⁶⁴⁰ Ibid. p. 65.

⁶⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 269.

⁶⁴² Não há lei, mas corrupção da lei. Para os jusnaturalistas, uma lei injusta não é lei. (tradução nossa).

⁶⁴³ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 4. ed. Bauru: EDIPRO, 2008. p. 55; CHEMIM, Vera Lúcia Abib. *Ativismo Judicial: teoria e jurisprudência*. São Paulo: Fundação Armando Álvares Penteado, 2015. p. 28.

*utopistas socialistas, de Campanella a Winstanley e a Morelly, a instituição mais adequada à natureza humana era a comunhão de bens.*⁶⁴⁴

Assim, o autor⁶⁴⁵ conclui que a noção de um juízo de valor (aquilo que seria ou não justo para os indivíduos e uma comunidade em geral) ou de um juízo de fato é de difícil dedução: “*a redução da validade à justiça leva a apenas uma só e grave consequência: a destruição de um dos valores fundamentais sobre o qual se apoia o direito positivo (entendido como direito válido), o valor da certeza.*” Segundo o autor, “*uma norma pode ser válida (isto é, deve ser obedecida), mesmo que injusta*”, e, portanto, “*justiça e validade não coincidem.*”⁶⁴⁶

De acordo com Castanheira Neves, o jusnaturalismo a que sobretudo nos referimos:

*[...] moderno-antropológico e em último termo jusracionalista [...] tinha em comum com o seu adversário de sempre, o positivismo jurídico, uma concepção normativista e estritamente dogmática do jurídico. Só que um normativismo ontológico axiomáticamente deduzido em que se afirmaria a verdade essencial de uma dogmática especulativa, num caso; e um normativismo a exprimir uma legalidade prescrita e para manifestar a verdade de uma dogmática simplesmente reprodutivo-conceitualista ou reprodutivo-analítica, no outro caso.*⁶⁴⁷

Nessa linha:

*[...] o jusnaturalismo se propunha a apreensão e determinação do direito segundo uma material e fundamentante lei da razão, uma razão jurídica de sentido filosófico constitutivo, ao contrário da razão reprodutivo-dogmática do positivismo jurídico que abandona o empenho filosófico por uma intenção tão só metodológica.*⁶⁴⁸

⁶⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 4. ed. Bauru: EDIPRO, 2008. p. 6.

⁶⁴⁵ Ibid. p. 57.

⁶⁴⁶ Ibid. p. 58.

⁶⁴⁷ NEVES, Antônio Castanheira. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 50.

⁶⁴⁸ Ibid. p. 52.

A *tese jusnaturalista* admite a fundamentação dos direitos humanos, porquanto o termo jusnaturalismo deve ser entendido, segundo Perez Luño, como “*um conjunto de teses metaéticas que coincidem em afirmar a necessidade de que todo sistema jurídico reconheça uns direitos básicos que o integram, assim como as teorias que defendem a possibilidade de conhecer e justificar racionalmente tais direitos.*”⁶⁴⁹

Jorge Miranda entende as concepções jusnaturalistas como as que reconhecem “*os direitos do homem como imperativos de Direito natural, anteriores e superiores à vontade do Estado.*”⁶⁵⁰

Partindo desse pressuposto, Perez Luno afirma que a fundamentação jusnaturalista se divide em fundamentação objetiva, subjetiva e intersubjetiva. A *fundamentação objetiva* reúne várias correntes que concordam no fato inequívoco de que “*existem valores ou princípios pertencentes a ordem de valores, regras ou princípios que possuam validade objetiva, absoluta e universal com independência da experiência dos indivíduos ou de sua consciência valorativa.*”⁶⁵¹

Ao contrário da fundamentação objetiva, a *fundamentação subjetiva* deve ser compreendida, segundo Pérez Luño, parafraseado por Farias, “*como autoconsciência racional da dignidade, liberdade e dignidade humanas, e assim se encontra na base da melhor tradição do jusnaturalismo humanista e democrático, que orienta a fundamentação contemporânea dos direitos fundamentais.*” O autor refere duas vertentes da fundamentação subjetiva. A primeira é a *do primado da liberdade individual*, representada pelo movimento neoliberal, cujos propósitos são o “*de estender a metodologia econômica à análise do processo político e à fundamentação dos direitos humanos, projetando sobre eles, os critérios da teoria do preço*”, o que, segundo Pérez Luño, se traduz em uma liberdade sem igualdade e, por consequência, em liberdade de uns poucos e não liberdade de muitos. A segunda vertente da fundamentação subjetiva, parafraseando o mesmo autor, propõe uma *fundamentação neocontratualista dos direitos humanos*, cujas correntes doutrinárias vão do individualismo ao anarquismo, destacando-se principalmente, as contribuições de John Rawls, Ronald Dworkin e Robert Nozick.⁶⁵²

⁶⁴⁹ LUÑO, 1989 *apud* FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000. p. 76.

⁶⁵⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 60.

⁶⁵¹ LUÑO, 1989 *apud* FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000. p. 76.

⁶⁵² *Ibid.* p. 78.

A tese jusnaturalista apresenta como terceira alternativa a *fundamentação intersubjetiva*, que concebe os direitos humanos como intrinsecamente comunicáveis. De acordo com Pérez Luño “*esses direitos permitem um consenso sobre sua fundamentação, porque são necessidades social e historicamente compartilhadas.*”⁶⁵³

Pérez Luño baseia-se nas teorias de Habermas, em que a verdade é obtida pelo consenso, e na teoria de Agnes Heller, que trata das necessidades radicais ou qualitativas “*a favor de uma fundamentação intersubjetiva dos direitos humanos, concebidos estes como valores consensuais baseados nas necessidades humanas*”. O pressuposto da fundamentação intersubjetiva dos direitos fundamentais e a “*sua abertura a ulteriores processos de revisão, que considera não um demérito, mas sua principal virtude enquanto prova sua atitude frente a futuras argumentações discursivas que a aperfeiçoem ou, eventualmente, a convalidem.*”⁶⁵⁴

No âmbito da definição do fundamento constitucional, Farias recorre a Jorge Miranda para elencar algumas razões para a necessidade de uma fundamentação ou racionalização dos direitos humanos. Em primeiro lugar, a recusa daquela fundamentação ou racionalização “*negaria toda a problemática filosófica e especialmente as relações entre pessoa, sociedade e Estado, bem como conduziria a uma perda de um “referencial ético” e à não aceitação da “dimensão idealista, capaz de explicar a luta pelos direitos do homem*”. Em segundo lugar, o consenso ainda que mínimo acerca dos direitos fundamentais “*é uma das bases da legitimidade de qualquer regime ou constituição*”. Finalmente, no âmbito da ordem jurídica positiva, torna-se indispensável encarar “*o problema da unidade de sentido dos direitos fundamentais.*”⁶⁵⁵

A questão de se reconhecer aquela unidade e a da identificação dos direitos fundamentais no texto constitucional torna-se uma realidade jurídico-positiva, inclusive para aquelas correntes teóricas que negam a possibilidade de uma fundamentação filosófica dos direitos humanos. Farias lembra que o critério racional que disponibiliza a unidade valorativa dos direitos fundamentais é representado pelo princípio da dignidade humana.⁶⁵⁶ E José Afonso da Silva afirma que a dignidade da pessoa “*é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem desde o direito à vida.*”⁶⁵⁷

Por sua vez, Gomes Canotilho observa que o conceito de dignidade da pessoa é “*concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais*” e

⁶⁵³ Ibid.

⁶⁵⁴ LUÑO, 1989 apud FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000. p. 79.

⁶⁵⁵ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000. p. 80.

⁶⁵⁶ Ibid. p. 81.

⁶⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 105.

“obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional”⁶⁵⁸, incluindo os direitos sociais e da ordem econômica, conforme se pode constatar na Constituição Portuguesa.

Os direitos fundamentais encontram-se expressos, além de estarem implícitos ao longo do texto constitucional, sob a égide do Princípio da Dignidade Humana, e remetendo para o Princípio da Unidade.

A partir do momento em que os direitos fundamentais foram inseridos na Constituição, tais direitos, que antes eram reconhecidos como uma espécie de reivindicação política, tornaram-se normas jurídicas com estatuto de princípio constitucional. Dessa forma, a expressão “direitos humanos” consagrou-se no contexto internacional, ou mais precisamente em documentos de tratados e convenções que tratam do tema, a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Foi sob o enfoque da constitucionalização dos direitos humanos e da sua positivação que eles passaram a ser denominados direitos fundamentais e foram objeto das teorias da interpretação.

As teorias tradicionais (já analisadas) e modernas da interpretação representam o novo cenário que se instalou a partir da emergência do Constitucionalismo ou do Novo Constitucionalismo. De acordo com Barroso, o “*constitucionalismo significa Estado de direito, poder limitado, respeito aos direitos fundamentais.*”⁶⁵⁹ Barroso observa que o marco histórico do direito constitucional na Europa foi o constitucionalismo do pós-guerra.⁶⁶⁰ No Brasil, foi a Constituição de 1988, *pari passu* com o processo de redemocratização. O marco filosófico dessas transformações foi o pós-positivismo, que se apresenta, segundo o autor “*como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista.*”⁶⁶¹

O cerne da questão é uma espécie de meio termo, equilíbrio entre aquelas teorias, no sentido de manter a clareza, certeza e objetividade do direito e, ao mesmo tempo, não o conceber desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política.

Barroso observa que o postulado positivista é contestado por separar o direito da moral e da política, uma vez que as modernas teorias que representam o pós-positivismo reconhecem

⁶⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 105.

⁶⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 526.

⁶⁶⁰ *Ibid.* p. 519.

⁶⁶¹ *Ibid.* p.520.

que essas três dimensões se influenciam mutuamente no âmbito da aplicação do Direito, e não apenas no da sua elaboração.⁶⁶²

As contribuições do novo paradigma reaproximam o Direito da Ética e incluem, na perspectiva de Barroso:

*[...] a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade humana.*⁶⁶³

Finalmente, seguindo Barroso, o marco teórico do novo direito constitucional envolve três conjuntos de mudanças de paradigma. O primeiro “foi o reconhecimento da força normativa dos dispositivos constitucionais que passam a ter aplicação direta e imediata”; o segundo “foi a expansão da jurisdição constitucional” (possibilidade de propositura de ações constitucionais); e o terceiro “se verificou no âmbito da hermenêutica jurídica, com o surgimento de ideias identificadas como nova interpretação constitucional.”⁶⁶⁴

Todas estas transformações afetaram as premissas tradicionais relacionadas com o papel da norma, dos fatos e do intérprete, além de se reformularem, segundo o autor, “categorias como a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação como técnica de decisão e a argumentação jurídica”,⁶⁶⁵ conforme se verá a seguir.

Cappelletti afirma que:

*[...] em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no do [músico], por exemplo – reproduzi-los, “aplicá-los” e “realizá-los” em novo e diverso contexto, de tempo e lugar.*⁶⁶⁶

⁶⁶² Ibid.

⁶⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p.504.

⁶⁶⁴ Ibid.

⁶⁶⁵ Ibid. p. 521.

⁶⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 21.

As modernas teorias da interpretação suplantaram relativamente o positivismo jurídico clássico, bem como o realismo jurídico. Ramos admite que:

*[...] os magistrados, longe de meramente declarar ou reproduzir um direito preexistente, contribuem para a sua configuração, entretanto, não de forma livre ou inteiramente desvinculada e sim a partir do texto a aplicar, cujo teor normativo resulta, precisamente, da atividade de concretização.*⁶⁶⁷

Ramos afirma ainda que “o pressuposto de tais teorias é a distinção entre o texto normativo (o dispositivo ou enunciado) e o seu conteúdo (a norma, preceito ou disposição), sendo que aquele é o objeto da interpretação e este o seu resultado.” Ora, “da mera subsunção mecânica da norma jurídica aplicada a cada caso concreto nela enquadrado, os magistrados, no exercício da sua jurisdição passaram a exercer uma atividade criadora.”⁶⁶⁸ Dessa forma, Ramos concorda que o conhecimento e a criatividade do juiz-intérprete constituem elementos naturais ao processo de interpretação.

O Direito neste caso resulta não só da interpretação dos magistrados – aplicadores do direito –, como também da interpretação dos cientistas do direito e das pessoas em geral. Daqui se depreende que a interpretação da norma jurídica feita pelo juiz, intérprete autêntico na teoria de Kelsen, inclui inevitavelmente, de forma explícita ou implícita, outros intérpretes que são considerados por Kelsen como “intérpretes não autênticos”, caracterizando, assim, o Direito como uma forma de conhecimento dinâmico, uma vez que insere a evolução política da sociedade como um todo.

Daí a diferença fundamental das atuais Teorias da Interpretação relativamente às teorias tradicionais (jusnaturalismo, positivismo e realismo) bem como ao positivismo de Hans Kelsen, os quais continham pressupostos ortodoxos em suas argumentações, conforme se analisou anteriormente.

Ademais, não se deve descurar que as atuais teorias da interpretação decorrem do modelo de Estado Constitucionalista, no qual as Constituições passam a ter um caráter político e técnico-regulatório, caracterizando-se ainda por dispositivos e/ou normas constitucionais

⁶⁶⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 82.

⁶⁶⁸ *Ibid.* p. 83.

abertas e indeterminadas, e do ponto de vista hierárquico condicionam as demais normas infraconstitucionais aos seus comandos.

A questão das normas abertas e indeterminadas, segundo Ramos, reflete-se na tendência dos tribunais ao exercício da criatividade na aplicação das normas constitucionais, em conjunto com uma certa discricionariedade, quando se trata de avaliar casos particularmente complexos e delicados.⁶⁶⁹

A esse respeito, Cappelletti observa que discricionariedade não significa arbitrariedade, e sim ter em mente:

*[...] os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha e empregar não apenas os argumentos da lógica abstrata ou da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia.*⁶⁷⁰

O autor conclui que as “*questões e incertezas devem ser resolvidas pelo intérprete. Deve ele preencher as lacunas, precisar as nuances, esclarecer as ambiguidades. Para fazer isso, deve fazer escolhas.*”⁶⁷¹

No que se refere à organização da estrutura básica de poder presente nas Constituições, Ramos estabelece dois parâmetros para diferenciar as normas constitucionais do tipo *regra*, e as do tipo *princípio*.⁶⁷² Quando as normas constitucionais contêm uma linguagem mais precisa, a sua concretização dá origem às *normas-regras*, e quando o texto normativo é abrangente e com menor precisão geram-se *normas-princípios*.

É justamente com base na importância que crescentemente se atribui aos princípios constitucionais que Alfonso Garcia Figueroa afirma um crescimento na atuação ativa do intérprete-aplicador, o qual passa a concretizar aqueles princípios *in casu*, evidenciando sobremaneira a importância da Teoria da Argumentação, por meio do trabalho desenvolvido pelas Cortes Constitucionais, priorizando o Direito, “*isto é, o seu estudo como um sistema dinâmico de argumentos e não como mero sistema estático de regras e princípios.*”⁶⁷³

⁶⁶⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 85.

⁶⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 33.

⁶⁷¹ *Ibid.* p. 22.

⁶⁷² RAMOS, op. cit. p. 85.

⁶⁷³ *Ibid.* p. 85.

Ramos observa que a inserção de normas-princípios nas Constituições levou Kelsen a prever o desequilíbrio nas relações entre o Parlamento e os Tribunais, acarretando prejuízo do primeiro numa conjuntura europeia “*em que ainda vigorava a regra da supremacia parlamentar.*”⁶⁷⁴

Vera Chemim comenta oportunamente que, “diante desse fato, é inegável que as Constituições de caráter principiológico, decorrentes do chamado Constitucionalismo Social-Democrático, contribuíram significativamente para a crescente criatividade no exercício das funções jurisdicionais”⁶⁷⁵, sendo, portanto, conforme assegura Ramos “*um fator limitador da liberdade de conformação do direito infraconstitucional pelo Poder Legislativo.*”⁶⁷⁶

Com base neste contexto teórico é oportuna uma breve análise das teorias modernas da interpretação, privilegiando as contribuições de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

A diferenciação entre normas-princípio e normas-regras foi objeto de preocupação de Ronald Dworkin, com o objetivo de combater o positivismo. Dworkin entende como princípio “[...] *uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.*”⁶⁷⁷

Castanheira Neves afirma que Dworkin entendia que a comunidade jurídica, o legislador e o juiz se deviam orientar por um ideal de integridade, ou seja, agindo e decidindo de modo consistente e coerente segundo princípios. Para Dworkin, na síntese de Castanheira Neves:

[...] *o direito constituir-se-ia e deveria ser pensado, não segundo um model of rules – sistema limitado e lacunoso, de normas positivas, com base numa positivo-sociológica rule of recognition -, mas segundo um model of principles” -, como um sistema global de princípios (e direitos) ético-jurídicos em que sempre se haveria de procurar o fundamento para uma única solução válida (correta e justa), com exclusão assim da discretion integrativa admitida pelos positivistas do model of rules.*⁶⁷⁸

De acordo com Dworkin “*a diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica*”. As regras, segundo Dworkin “*são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os*

⁶⁷⁴ Ibid.

⁶⁷⁵ CHEMIM, Vera Lúcia Abib. *Ativismo Judicial: teoria e jurisprudência*. São Paulo: Fundação Armando Álvares Penteado, 2015. p. 46.

⁶⁷⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 86.

⁶⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 36.

⁶⁷⁸ NEVES, Antônio Castanheira. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 75.

fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e, neste caso em nada contribui para a decisão.”⁶⁷⁹ Os princípios, segundo Dworkin, “*possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância.*”⁶⁸⁰

Ávila aborda essa dimensão, ao afirmar que “*os princípios [...] não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios*”. A dimensão de peso atribuída por Dworkin aos princípios é “*demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca a sua validade.*”⁶⁸¹

Dworkin adverte que, em casos difíceis “*o juiz vai além das regras que ele está obrigado a aplicar (isto é, ele vai além do “direito”), lançando mão de princípios extralegais que ele tem liberdade de aplicar, se assim o desejar.*”⁶⁸² O autor explica que o positivismo admitia a possibilidade de se usar o poder discricionário do juiz quando um caso não é coberto por uma regra clara. Por meio da criação de um novo item de legislação, o poder discricionário dos juízes traduz-se na utilização dos princípios, ao invés das regras, aquando da aplicação do direito aos casos difíceis.⁶⁸³

Na mesma seara, é importante observar que Kelsen admitia a interpretação como uma variável intrínseca à unidade sistêmica por ele construída, no sentido de dar completude e coerência ao ordenamento jurídico (desde que respeitada, portanto, a “moldura”).

Dworkin observa que alguns princípios são mais importantes do que outros, razão pela qual o juiz não pode aplicar as suas preferências pessoais, até porque é necessário respeitar os atos do Poder Legislativo, e reconhecer os precedentes jurisprudenciais.⁶⁸⁴

Tal como Dworkin, Alexy é um dos mais influentes juristas alemães da atualidade. Tomando como ponto de partida a teoria dos princípios de Dworkin, a tese central de Alexy “*é a de que os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm a natureza de princípios e são mandamentos de otimização.*”⁶⁸⁵ Alexy faz uma distinção de grau, baseada em critérios comparativos entre os princípios, sendo que um deles, consoante o caso concreto, irá prevalecer.

⁶⁷⁹ DWORKIN, op. cit. p. 39.

⁶⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 40.

⁶⁸¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 36-37.

⁶⁸² DWORKIN, op. cit. p. 46-47.

⁶⁸³ Ibid. p. 49-50.

⁶⁸⁴ Ibid. p. 60.

⁶⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 575.

Ávila afirma que, para Alexy, “os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.”⁶⁸⁶

Alexy entende que, para a teoria dos direitos fundamentais, uma das diferenciações teórico-estruturais mais importantes é a distinção entre regras e princípios, uma vez que constitui a base para a sua fundamentação. Sem essa distinção, “não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.”⁶⁸⁷

Partindo do pressuposto de que regras e princípios são normas, Alexy explica que “ambos dizem o que deve ser [...] podem ser formuladas por meio de expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição.”⁶⁸⁸ Para melhor compreensão, Alexy afirma que princípios são “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados”, consoante as possibilidades fáticas e jurídicas. Regras “são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas [...] Regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”, o que equivale a afirmar que a “distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau” (como ocorre com os princípios).⁶⁸⁹

Assim, uma colisão entre princípios ocorre numa dimensão de peso, ao passo que uma colisão entre regras se dá numa dimensão de validade. Esta é a diferença entre Alexy e Dworkin, uma vez que, parafraseando Ávila, aquele defende, no caso de colisão entre princípios, a solução por meio da ponderação dos mesmos frente a um caso concreto, que determinará o princípio prevalecente.⁶⁹⁰ Dworkin defende a sobreposição de um princípio sobre outro.

Ao se referir à Constituição Alemã, Alexy afirma que, “enquanto teoria do direito positivo de um determinado ordenamento jurídico, uma teoria jurídica dos direitos fundamentais [...] é uma teoria dogmática.”⁶⁹¹

A dogmática jurídica é definida por Reale, como “o momento culminante da aplicação da Ciência do Direito, quando o jurista se eleva no plano teórico dos princípios e conceitos

⁶⁸⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 37.

⁶⁸⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 85.

⁶⁸⁸ Ibid. p. 87.

⁶⁸⁹ Ibid. p. v90.

⁶⁹⁰ ÁVILA, op. cit. p. 37.

⁶⁹¹ ALEXY, op. cit. p. 32.

gerais indispensáveis à interpretação, construção e sistematização dos preceitos e institutos de que se compõe.”⁶⁹²

Alexy distingue três dimensões da dogmática jurídica: “para se obter uma resposta a uma questão sobre o que deve ser juridicamente, é necessário conhecer o direito positivo. O conhecimento do direito positivo válido é tarefa da dimensão empírica.”⁶⁹³

Quando se tratar de casos problemáticos, às vezes a dimensão empírica não é suficiente para se fundamentar um juízo de dever-ser. Daí “a necessidade de juízos de valor adicionais que levam à dimensão normativa”, em que se determina a decisão correta em um caso concreto.

Finalmente, a busca de clareza conceitual, ausência de contradição e coerência leva à dimensão analítica “no âmbito de uma ciência prática dos direitos fundamentais que pretenda cumprir a sua tarefa de maneira racional”. Assim, ao admitir os diferentes graus para a escolha de um princípio que vai prevalecer, Alexy admite a utilização da máxima da proporcionalidade que se compõe da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O sopesamento dos princípios leva a uma decisão que deve levar em conta aquelas máximas explicadas por Alexy: “a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzida do “caráter principiológico das normas fundamentais” e decorre justamente “do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas”. Por seu lado, “as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.”⁶⁹⁴

Partindo do pressuposto de que as normas de direitos fundamentais são “abertas” em face da moral e se encontram incorporadas nas Constituições e, naturalmente, no direito positivo, Alexy reconhece a sua irradiação para todos os ramos do direito e a possibilidade de limitação do legislador, tendo em vista a combinação do seu caráter principiológico e da otimização, os quais poderiam determinar toda a ordem jurídica no texto constitucional, até porque os direitos fundamentais seriam conceitualmente materiais, por englobarem os conceitos de dignidade humana, liberdade e igualdade.⁶⁹⁵

Assim, a teoria dos princípios pode levar a um confronto entre o Estado Legislativo, ao restringir a sua atuação, levando ao Estado Judiciário. Nesse sentido, aquele confronto seria representativo da chamada ordem-moldura e ordem-fundamento, no que se refere ao Estado Legislativo e Judiciário, respectivamente. De acordo com tal posição, a ordem-moldura

⁶⁹² REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 322.

⁶⁹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 33-38.

⁶⁹⁴ ALEXY, op. cit. p. 117-118.

⁶⁹⁵ Ibid. p. 572-577.

equivaleria ao modelo puramente procedimental de uma Constituição, cujas características levariam a um contexto de competências ilimitadas do legislador (Estado legislativo), fortalecendo, sobremaneira, os princípios do parlamentarismo democrático e da separação dos poderes. Por seu lado, a ordem-fundamento retrataria o Estado Judiciário, no qual, segundo Alexy, “*a liberdade de conformação política do legislador seria, assim, eliminada totalmente, por meio de uma pressão otimizada jurídico-constitucional*”⁶⁹⁶, o que seria incompatível com os princípios acima citados.

O modelo ideal seria, portanto, uma combinação dos dois modelos, resultando num modelo constitucional material-procedimental, o qual conteria tanto princípios materiais, quanto princípios formais, no sentido de tentar, conforme Alexy propõe, “*organizar ações coletivas e assegurar direitos individuais*.”⁶⁹⁷

De acordo com Alexy, só é possível conciliar os conceitos de ordem-moldura e ordem-fundamento numa Constituição do ponto de vista qualitativo ou substancial, quando “*são decididas questões que sejam fundamentais para a comunidade*” (ordem-fundamento) e, ao mesmo tempo, deixando “*muitas questões em aberto (ordem-moldura)*.”⁶⁹⁸

A Constituição Portuguesa expressa aqueles modelos (material-procedimental), promovendo um certo equilíbrio entre a liberdade do legislador (Estado Legislativo) e do Estado Judiciário, embora contenha muito mais normas materiais, relativamente às normas procedimentais ou formais que disponham sobre os direitos fundamentais.

Para além da garantia constitucional dos direitos fundamentais, há que referir os meios processuais criados para a sua defesa, como o *habeas corpus*, mandado de segurança e outros que estão previstos na Constituição e em legislação especial, os quais, em consonância com o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, compõem os elementos indispensáveis para a concretização dos direitos fundamentais individuais e coletivos.

Conforme se pode depreender, é inquestionável a contribuição das teorias tradicionais e modernas da interpretação para a aplicação e realização (ou concretização) do direito no âmbito das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Tanto as teorias tradicionais como as teorias modernas criaram todos os elementos indispensáveis para as diferentes técnicas (ou métodos) de interpretação constitucional e legal necessárias à aplicação e concretização das demandas relacionadas com cada caso concreto,

⁶⁹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 579.

⁶⁹⁷ Ibid. p. 626.

⁶⁹⁸ Ibid. p. 584.

assim como na criação de jurisprudência, quando se trata de ações de caráter objetivo e que deverão ser cumpridas por todos os operadores do direito.

Os fundamentos jurídicos do Positivismo, do Realismo e do Jusnaturalismo serviram de ponto de partida para a criação e aperfeiçoamento das teorias modernas da interpretação. Entre essas, as de Ronald Dworkin e Robert Alexy, que foram além da concepção tradicional baseada exclusivamente no texto e na vontade do legislador, acrescentando a força normativa das normas-princípios relativamente às normas-regras, especialmente quando se trata da aplicação e realização dos direitos fundamentais.

A partir do Constitucionalismo do pós-guerra, as mudanças de natureza social, política e econômica foram determinantes para a criação daquelas teorias e dos novos métodos de interpretação do direito relacionado com a moral e a justiça, diferentemente do rigor científico de uma interpretação literal atrelado ao texto da lei e que não admitiria qualquer outra forma de aplicação.

A despeito da flexibilidade das teorias modernas da interpretação, que levaram à técnica da ponderação, principalmente quando se trata de uma norma-princípio, é importante salientar que os métodos tradicionais de interpretação continuam sendo utilizados com a mesma importância, além de ambos serem objeto de crítica constante por parte da doutrina.

A ascensão das teorias modernas da interpretação deu-se em torno da relevância dos direitos fundamentais reconhecidos como normas-princípios, no âmbito da sua inserção no direito positivo, mais especificamente, nos textos constitucionais, e da necessidade de utilização da ponderação entre dois ou mais princípios, no sentido de se determinar qual deles deverá prevalecer perante um caso concreto.

Partindo da primazia dos direitos fundamentais e dos conflitos aparentes em cada situação, tais direitos, bem como as possibilidades jurídico-metodológicas das suas restrições e/ou limites, incluindo a técnica da ponderação, serão objeto de análise a seguir.

13 Aspectos metodológico-jurídicos da materialização da liberdade de expressão

*Se não acreditamos na liberdade de expressão para pessoas que desprezamos,
não acreditamos na liberdade de expressão*

Noam Chomsky

Neste capítulo, será analisado como ocorre a aplicabilidade do direito à liberdade de expressão, enquanto direito fundamental passível de sofrer restrições. É de suma importância

compreender a restringibilidade do direito fundamental à liberdade de expressão, bem como seus possíveis limites, através da teoria interna e externa dos limites dos direitos fundamentais.

Efetivamente, a despeito da garantia constitucional e civil da ampla liberdade de expressão em todas as suas formas, é preciso atender ao fato inequívoco de que o direito à liberdade de expressão (religiosa, política, artística, intelectual, científica, além da transmissão de conhecimento) constitui, de um lado, um direito subjetivo, isto é, individual ou de defesa, e, de outro lado, remete para os direitos objetivos ou coletivos ou institucionais, que, por sua vez, são tutelados positivamente por meio das instituições estatais, razão pela qual possuem duplo caráter.

Nesse sentido, o Estado garante a plena liberdade de expressão (liberdade positiva) e, ao mesmo tempo, não interfere na sua esfera de atuação (liberdade negativa), a não ser para efetivar a sua proteção e limites, que se encontram igualmente previstos pela Constituição e legislação, além de diplomas e documentos supralegais (os quais possuem *status* de emenda constitucional, por se tratar de direitos humanos fundamentais).

A intervenção do Estado também ocorre nos casos de eventuais extrapolações, sejam elas de particulares ou mesmo dos Poderes Públicos de natureza política, ou seja, do Poder Executivo ou Legislativo. Também está prevista a intervenção do Poder Judiciário em relação à eventual extrapolação dos Poderes Públicos de natureza política: o Executivo e, de modo especial, o Legislativo.

É neste contexto que se pretende analisar os limites de natureza metodológico-jurídica da liberdade de expressão no tocante à arte de fazer rir.

A questão dos condicionamentos ao exercício da liberdade de expressão deve ser analisada de forma rigorosa, tendo presente que os impactos das limitações podem atingir o conteúdo básico do direito fundamental e tornar-se uma espécie de censura. Assim, é interessante observar, a partir da perspectiva de Jane Pereira, que, no plano jurídico-positivo, há um amplo leque de direitos fundamentais previstos constitucionalmente, e cuja leitura remete “à necessidade de harmonizá-los entre si e com outros valores ou bens protegidos pela ordem jurídica”, afirmando que a limitação dos direitos se impõe, devido à preocupação com a sua efetividade, uma vez que “o absolutismo dos direitos do homem conduziria certamente a uma ampla ineficácia”. A autora apresenta fatores que contribuem para rejeitar o que ela denomina “uma visão totalitária dos direitos fundamentais.”⁶⁹⁹

⁶⁹⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 173.

Em primeiro lugar, a autora analisa a *universalidade* dos direitos, que demanda a sua limitação, até em razão da observação de Alexy, também citado pela autora, para quem a universalidade significa que os direitos humanos são, fundamentalmente, direitos de todos contra todos. Daí a necessidade imperiosa da sua limitação por meio de normas constitucionais e legais.

Em segundo lugar, os direitos fundamentais são constitucionalizados como um *conjunto*, e não isoladamente. Nessa perspectiva, a autora ressalta que eles estão inseridos “*num ordenamento complexo e plural, de modo que a determinação de sua esfera de incidência impõe que sejam coordenados com outros direitos e bens protegidos pela Constituição.*”⁷⁰⁰

Estando presentes esses dois aspectos, ou seja, a universalidade e a relação grupal dos direitos fundamentais, não há como evitar a colisão entre tais direitos, conducentes a conflitos que só serão solucionados por meio do estabelecimento de restrições recíprocas em sua aplicação. Usando as palavras da autora, o antagonismo entre dois direitos fundamentais leva à necessidade de “*uma acomodação hermenêutica, em que um dos direitos terá que ceder, parcial ou totalmente em favor de outro*”, uma vez que “*o próprio preceito que contempla o direito já estabelece condicionamentos ao seu exercício, apontando de forma expressa os limites de proteção.*”⁷⁰¹

Inicialmente, há que fazer uma distinção entre limites e restrições de direitos fundamentais, uma vez que são usualmente utilizados como sinônimos.

A ideia de restrição e limite dos direitos fundamentais ainda não encontra consenso na doutrina. A despeito de haver uma certa concordância de que aqueles direitos são relativos, há um forte e polêmico debate em torno do que se entende como os seus limites ou restrições.

Iniciamos a reflexão conceitual pela proposta de Jorge Reis Novais, segundo a qual existe uma importante distinção na etimologia das palavras:

Enquanto restrição (do latim restringere) tem o sentido principal de supressão ou diminuição de algo, já limite (do latim limitare ou delimitare) tem sentido de extrema fronteira. Assim, enquanto que restrição procura traduzir a ideia de uma intervenção ablativa num conteúdo pré-determinado, limite sugere a revelação ou colocação dos contornos desse conteúdo, ainda que na colocação de limites a alguma

⁷⁰⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

⁷⁰¹ Ibid. p. 174.

*coisa venha sempre implicado o deixar de fora da delimitação algo que poderia estar dentro. Nessa medida, a colocação de limites é também inclusão e exclusão, preenchimento de restrição.*⁷⁰²

De acordo com Jane Pereira, as *restrições* de direitos fundamentais “*são normas que estabelecem privações ou supressões de certas formas de exercício dos direitos que, partindo-se de uma interpretação ampliativa, estariam compreendidas no âmbito de proteção dos preceitos constitucionais que os consagram.*”⁷⁰³ Por sua vez, Robert Alexy define as *restrições* de direitos fundamentais como “*normas que restringem uma posição prima facie de direito fundamental.*”⁷⁰⁴

Dessa forma, as *restrições* aos direitos fundamentais seriam ações ou omissões, realizadas pelo Poder Público ou mesmo por particulares, adotadas com base em expressa disposição constitucional ou por norma legal promulgada com fundamento na Constituição, que eliminam, dificultam o acesso ou a efetivação de um bem jurídico objeto de proteção do direito fundamental. Um exemplo seriam as *restrições* que caem sobre a capacidade civil das pessoas.

Robert Alexy observa oportunamente que os direitos fundamentais têm hierarquia constitucional e, por tal razão, só podem ser restringidos por normas de hierarquia igualmente constitucional ou em virtude delas. As *restrições* a direitos fundamentais são, “*portanto, normas de hierarquia constitucional ou normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada por normas constitucionais*”. De acordo com o autor, “*as restrições de hierarquia constitucional são restrições diretamente constitucionais, e as restrições infraconstitucionais são restrições indiretamente constitucionais.*”⁷⁰⁵

Assim, levando em conta as definições feitas anteriormente neste trabalho e as apresentadas neste momento, as *restrições* aos direitos fundamentais são concretizadas por meio das normas constitucionais (princípios) ou infraconstitucionais (regras). Os princípios restringem os direitos fundamentais, tal como as regras, com a diferença de que aqueles demandam um sopesamento entre o princípio constitucional atingido (pela restrição) e o(s) princípio(s) que o restringe(m).

⁷⁰² NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 155.

⁷⁰³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 234.

⁷⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 284. (grifo do autor).

⁷⁰⁵ Ibid. p. 286.

Essa é, portanto, outra hipótese de restrição dos direitos fundamentais, que acontece na colisão entre eles, sendo o caso de direitos fundamentais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional que restringem outros direitos fundamentais constitucionais. Daí a necessidade de sopesamento entre os princípios colidentes, o que resulta na restrição de um deles ou na restrição de ambos, mas nunca na sua eliminação ou invalidação jurídica.

No que se refere às regras, Alexy observa que (desde que compatíveis com a Constituição), “*é uma restrição a um direito fundamental se, com a sua vigência, no lugar de uma liberdade fundamental prima facie ou de um direito fundamental prima facie, surge uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo.*”⁷⁰⁶ Nesse sentido, Alexy exemplifica o caso de um motociclista que tem a liberdade fundamental *prima facie* de usar ou não um capacete. Contudo, se a regra o obrigar a usar o capacete, o motociclista tem o dever de obedecer e passa a uma posição de não-liberdade definitiva em face do Estado.⁷⁰⁷

Dessa forma, os direitos fundamentais enfrentam restrições constitucionais e legais, uma vez que é preciso respeitar os direitos de “outrem” *pari passu* com os direitos coletivos (da comunidade) e do Estado, a despeito de se considerarem tais restrições uma exceção à regra geral que remete para a liberdade individual de expressão. Deve-se sempre ter em mente que a restrição que se admite, nesses casos, só é possível quando for compatível com a Constituição.

Farias segue na mesma direção de Alexy ao observar que há três tipos de restrições, cuja referência é comum na doutrina: “(a) *as estabelecidas diretamente pela constituição*”⁷⁰⁸ e que, na terminologia adotada por Alexy correspondem às restrições *diretamente constitucionais*⁷⁰⁹; b) *as estabelecidas por lei autorizada pela constituição*”, que Alexy denomina de restrições *indiretamente constitucionais*; e c) as “*estabelecidas tacitamente pela constituição (implícitas)*”.⁷¹⁰

O *caput* do artigo 37º da Constituição Portuguesa contempla uma restrição diretamente constitucional, já que estabelecida pela própria Constituição: “1. *Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem*

⁷⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 283.

⁷⁰⁷ Ibid. p. 284.

⁷⁰⁸ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000. p. 92.

⁷⁰⁹ Vale lembrar que há também uma visão que nega o caráter restritivo das normas constitucionais, argumentando que elas teriam “uma função meramente prescritiva e delimitadora do direito”, remetendo nesse caso para a chamada teoria interna dos limites dos direitos fundamentais, a ser explorada no decorrer dessa seção. (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 247).

⁷¹⁰ FARIAS, op. cit. p. 94.

impedimentos nem discriminações.”⁷¹¹ A parte final do dispositivo remete para o conceito de “cláusulas restritivas implícitas” de Alexy⁷¹² e definidas por Jane Pereira como “*aquelas que defluem da necessidade de conciliar os direitos entre si e com outros bens constitucionalmente protegidos.*”⁷¹³

De acordo com Jane Pereira, “*as restrições expressamente estatuídas pela Constituição são aquelas dispostas por meio de cláusulas restritivas explícitas.*”⁷¹⁴ Assim, a despeito de o texto constitucional garantir o direito individual e coletivo de liberdade de expressão do pensamento, existem restrições diretamente constitucionais no que se refere ao direito fundamental das diferentes formas de liberdade de expressão.

A Constituição brasileira, por exemplo, prevê restrições que são inerentes a determinados dispositivos constitucionais, os quais dispõem de forma dialética a enunciação do direito protegido, ao mesmo tempo que estabelecem exceção. Assim, a expressão contida no art. 5º, IV da Constituição brasileira: “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*”, configuraria, segundo a compreensão da autora, aquela “restrição” constitucional de vedação do anonimato no exercício da liberdade de expressão, e pode ser entendida como um “condicionamento” do próprio preceito constitucional no tocante ao “modo” do seu exercício, conforme definição já explicitada no presente item (*content-neutral*)⁷¹⁵.

Da mesma forma, na Constituição Portuguesa, parte 4 do artigo 37º: “*A todas as pessoas, singulares ou coletivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de retificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos*”⁷¹⁶, quando o exercício do direito à liberdade de expressão violar constitucional e legalmente os chamados direitos de personalidade (à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas).

Tratando-se, pois, de uma restrição constitucional, é possível fazer uma ponderação e sopesar a dimensão positiva da norma (todos têm direito à livre e plena liberdade de expressão) com o seu lado negativo (acenando para a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e

⁷¹¹ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. *Diário da República*, n. 86/1976, 10 de abril de 1976. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>. Acesso em: 15 out. 2021.

⁷¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 290-291.

⁷¹³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

⁷¹⁴ Ibid. p. 248.

⁷¹⁵ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 712.

⁷¹⁶ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. *Diário da República*, n. 86/1976, 10 de abril de 1976. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>. Acesso em: 15 out. 2021.

imagem das pessoas, em consonância com a garantia do direito de resposta e do direito de indenização por danos materiais ou morais).

Cumprido destacar que o texto constitucional protege efetivamente os direitos de personalidade estabelecendo aqueles limites, sob pena de responsabilização civil e até criminal.

Consoante o contexto em que se expressa o pensamento sob quaisquer temas, a Constituição pode determinar a prevalência do direito de informação e/ou de comunicação, desde que esteja em causa um fato lícito e de relevante interesse público. Caso contrário, a Constituição opta por proteger os direitos de personalidade, até como forma de resguardar o Princípio da Dignidade Humana.

O segundo tipo de restrição, citado por Farias, diz respeito às *estabelecidas por lei autorizada pela constituição*, denominada “reserva de lei” ou “reserva legal”, no sentido de que a lei em questão poderá estabelecer determinados limites a um direito fundamental e que Alexy denomina de restrições *indiretamente constitucionais*.

Alexy afirma que as restrições indiretamente constitucionais “*são aquelas que a Constituição autoriza alguém a estabelecer*” e que equivalem às cláusulas de reserva explícitas que “*expressamente autorizam intervenções e restrições*.”⁷¹⁷

Ao tratar das restrições expressamente autorizadas pela Constituição, Jane Pereira refere o que ela denomina de restrições legislativas constitucionalmente autorizadas, em que “*os direitos fundamentais são positivados por meio de preceitos que veiculam autorizações expressas ao legislador para interferir no seu âmbito de proteção*.”⁷¹⁸ Nesse sentido, observa “*que a ação legislativa, mesmo quando expressamente autorizada por reservas de lei, terá sempre natureza concretizadora de limites que já existiam*” (na Constituição). Portanto, “*ao legislador cabe, tão somente, interpretar limites que defluem logicamente do texto constitucional*.”⁷¹⁹

As cláusulas que estabelecem a competência do legislador para intervir nos direitos são as chamadas reservas legais, que se dividem em dois tipos: simples e qualificada. Gonçalves Pereira define as reservas legais simples: “*quando o preceito constitucional limita-se a prever a intervenção legislativa sem determinar qual será o objeto ou a finalidade da lei*.”⁷²⁰ Trata-se de dispositivos constitucionais cuja redação indica expressões como “*na forma da lei*”, “*nos termos da lei*”, “*fixada em lei*”, de forma genérica.

⁷¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 291.

⁷¹⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 251.

⁷¹⁹ Ibid. p. 193-194.

⁷²⁰ Ibid. p. 251.

O artigo 41º da Constituição Portuguesa prevê o direito fundamental à inviolabilidade da liberdade de consciência, de religião e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, e no item 6 deste mesmo artigo é garantido o direito à objeção de consciência, “*na forma da lei.*”⁷²¹ Depreende-se que é uma exigência formal, no sentido de que as restrições aos direitos só poderão ser disciplinadas por lei, cuja competência será do legislador (Poder Legislativo).

As reservas legais qualificadas são definidas por Gonçalves Pereira, como as que “*não se limitam a enunciar o requisito formal de que a intervenção seja efetivada por lei, mas também estipulam, de antemão, o objeto, a finalidade ou o âmbito temático da lei reguladora.*”⁷²²

A despeito daquela autorização constitucional para delimitar a liberdade de expressão no sentido de se evitarem confrontos com outros direitos fundamentais, o legislador ainda não se preocupou em elaborar uma lei específica nesse sentido.

Outro exemplo de reserva legal qualificada pode ser comprovado no item 3 do artigo 34º, que prevê igualmente:

*Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei.*⁷²³

A terceira restrição aos direitos fundamentais refere-se “*às estabelecidas tacitamente pela constituição (implícitas)*”. Esta restrição é particularmente relevante e, ao mesmo tempo, polêmica, por se tratar de uma interpretação implícita na unidade do texto constitucional, que admite a restrição com o objetivo de proteger outros direitos ou bens jurídicos igualmente previstos constitucionalmente. Um exemplo nesse sentido pode ser identificado no item 2 do

⁷²¹ Ainda não foi promulgada uma legislação sobre o tema.

⁷²² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 252.

⁷²³ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. *Diário da República*, n. 86/1976, 10 de abril de 1976. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>. Acesso em: 15 out. 2021.

artigo 37º, que garante a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Inspirando-se em Farias, seria possível considerar *inconstitucional uma lei que proíba ou restrinja* a divulgação de obras de valor artístico ou intelectual que exteriorizem ideias favoráveis ao Estado Totalitário, ou mesmo contrárias à moral? Poderá haver manifestações em qualquer hora e em todos os lugares?⁷²⁴

A resposta vem das intervenções legislativas no sentido de enquadrar todas essas situações para garantir a concretização dos direitos fundamentais, uma vez que as normas constitucionais, que têm um caráter indeterminado e aberto, demandam uma regulamentação infraconstitucional, ora para a harmonização de direitos ou bens constitucionais, ora para estabelecer restrições necessárias àquelas mesmas normas. Com efeito, determinadas questões exigem uma interpretação sistemática⁷²⁵ da Constituição, para que se possa dar a solução adequada e proporcional a cada caso concreto.

Nessa linha, Farias alerta para o fato de que as normas restritivas devem atender a determinadas regras para poderem restringir um direito fundamental. Em outras palavras: existem limites ou restrições para que se limitem ou restrinjam aqueles direitos. São elas: “a) nenhuma restrição pode deixar de se fundar na Constituição, explícita ou implicitamente; b) as restrições devem se limitar ao necessário para salvaguardarem outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”⁷²⁶ Esta última restrição ou limite remete para o princípio da proibição do excesso, no sentido de que qualquer restrição ou limitação, feita por lei ou com base na lei, no que se refere aos direitos fundamentais, deve ser adequada, necessária e proporcional.

Farias cita mais limites ou restrições: “c) as leis restritivas terão que se revestir de um caráter geral e abstrato, nunca individuais ou concretas; d) as leis restritivas não podem ter efeito retroativo.” Por fim, o autor destaca uma das principais restrições das restrições ou ainda, limites dos limites: “e) as leis restritivas não podem diminuir a extensão e o alcance do núcleo essencial dos direitos fundamentais.”⁷²⁷

⁷²⁴ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000. p. 94.

⁷²⁵ O intérprete deverá fazer uma análise de uma norma constitucional em consonância com o conjunto normativo da Constituição, ou seja, em harmonia com o Princípio da Unidade do texto constitucional.

⁷²⁶ FARIAS, op. cit. p. 95.

⁷²⁷ FARIAS, op. cit. p. 96.

Assim, as restrições autorizadas pela Constituição e legislação terão de obedecer àquelas regras para garantirem a proteção efetiva do chamado “núcleo essencial dos direitos fundamentais”, visando evitar abusos do legislador no sentido de eliminar aqueles direitos.

Já em relação aos *limites* aos direitos fundamentais, para bem compreender o seu conceito, é imprescindível fazer uma análise da teoria interna e externa dos direitos fundamentais. Nos capítulos anteriores, apresentámos estas teorias, e, neste momento, faremos uma revisão e um aprofundamento, de modo a analisar, sobretudo, como cada teoria lida com, e resolve, situações de colisão entre direitos fundamentais.

A teoria interna entende que os direitos fundamentais existem com seu conteúdo já determinado, inclusive com os possíveis limites ao exercício destes, sendo limites imanentes, internos e implícitos àquele direito. Desse modo, a teoria interna entende que o direito tem seu alcance determinado previamente, através de um processo de definição dos limites interno a ele: o direito possui seu conteúdo e limites determinados desde o início. A ideia de restrição é substituída pela de limite.

Por esse motivo, a teoria interna sobre os limites dos direitos fundamentais não admite restrições ou limitações externas daqueles direitos. De acordo com Gonçalves Pereira, aquela corrente teórica parte do pressuposto de que “*os direitos fundamentais cuja restrição não é expressamente autorizada pela Constituição não podem ser objeto de autênticas limitações legislativas, mas apenas de delimitações, as quais devem cingir-se a desvelar o conteúdo normativo constitucionalmente previsto.*”⁷²⁸ Em síntese, para a teoria interna, o alcance do direito já estaria definido previamente, sendo a restrição desnecessária.

No que diz respeito à interpretação judicial, a teoria interna não admite, então, conflitos entre os direitos nem, por consequência, a ponderação de bens. Assim, o Magistrado, ao interpretar os direitos fundamentais, deve limitar-se a verificar o conteúdo da norma constitucional e a sua adequação à questão fática a ser apreciada, sem aplicar qualquer tipo de restrição aos direitos envolvidos⁷²⁹, mesmo que eles sejam supostamente antagônicos.

Com relação às intervenções legislativas correspondentes às matérias que tratam de direitos fundamentais, a teoria interna defende que os dispositivos legais não restringem os direitos, mas apenas os configuram para detalhar o seu exercício de acordo com a previsão constitucional.

⁷²⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

⁷²⁹ Esta posição aproxima a teoria interna do positivismo jurídico de Hans Kelsen, cujo pressuposto é o de que o juiz apenas aplica a lei ao caso concreto.

Um dos principais proponentes dessa concepção é Friedrich Müller, o qual preconiza que o conteúdo dos direitos fundamentais pode ser delimitado por meio da análise do âmbito da norma e do programa da norma⁷³⁰, o que permite ao intérprete identificar o âmbito de proteção do direito, os seus contornos.⁷³¹ Para Müller, o âmbito normativo, ou seja, o que se pretende regular com a norma inclui o programa normativo, relativo à dimensão jurídica, e os dados reais, relativos à dimensão fática, conforme se depreende do texto a seguir:

*O que existe na realidade, na prática concreta, onde se encontra o fenômeno chamado “norma jurídica”, é sempre um conjunto de dados linguísticos e dados (primariamente ou secundariamente) reais. Em outras palavras, há sempre uma conexão entre um programa da norma e um âmbito da norma. Por isto, não somente a antiga dicotomia entre “ser” e “dever-ser” está superada, como também a verdade que está contida nela (isto é, a que dados linguísticos e dados reais não são os mesmos) está, a partir de então, teoricamente modernizada e praticamente operacionalizada.*⁷³²

Robert Alexy, em seus estudos críticos acerca da teoria de Müller⁷³³, a caracteriza como uma “teoria da norma que supera o positivismo jurídico”, e cuja tese é a de que “não há identidade entre norma e texto normativo.”⁷³⁴ Para Müller, a norma jurídica não é compreendida somente pelo seu texto⁷³⁵, já que se estrutura, também, pela realidade social, pelo âmbito da norma.

Alexy observa que Müller considera que o texto normativo:

[...] expressa o ‘programa da norma’, tradicionalmente entendido como o ‘comando jurídico’. No mesmo grau de hierarquia ‘faz parte da norma também o âmbito normativo, isto é, o setor da realidade

⁷³⁰ De acordo com a teoria das normas de direitos fundamentais de Müller, o que ele chama de “programa normativo” equivale à “norma” de direito fundamental, conforme crítica de Alexy. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 76-84).

⁷³¹ MÜLLER, Friedrich. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais, especialmente com base na teoria estruturante do direito. *Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional*, n. 7, 2003. p. 321

⁷³² MÜLLER, Friedrich. Entrevista com Friedrich Müller. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 51, v. 26, p. 9-30, 2005. p. 11. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/15169/13795/46752>. Acesso em: maio 2022

⁷³³ Müller denomina a sua teoria como “uma teoria estrutural pós-positivista da norma jurídica”.

⁷³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 77.

⁷³⁵ Para Müller, uma “disposição de direito fundamental” equivale ao que ele chama de “texto”.

*social em sua estrutura básica, o qual é ‘escolhido’ ou, em parte, até mesmo criado pelo programa normativo como sua área de regulação.*⁷³⁶

Portanto, “a norma jurídica [...] abarca tanto o que regula quanto o que há de ser regulado”,⁷³⁷ superando a contraposição entre ser e dever ser. Conclui Alexy que os direitos fundamentais são compostos por ações, organizações e matérias, de tal maneira que, quando socialmente conformadas, tais âmbitos materiais são transformados em âmbitos normativos, reconhecendo-se a garantia da liberdade no campo da prescrição normativa, do programa da norma.⁷³⁸

Feitas tais considerações, verifica-se que a norma, na perspectiva da teoria interna, segue a lógica do “tudo-ou-nada”.⁷³⁹ Assim, não há lugar para colisões de direitos ou entre direitos e outros bens e, nesse caso, não há por que recorrer ao método da ponderação, por se tratar “unicamente de um problema dogmático de interpretação do conteúdo do direito em questão.”⁷⁴⁰

Os problemas de interpretação que remetem para os direitos fundamentais devem ser resolvidos, não em duas etapas (delimitação do seu conteúdo e harmonização com outros direitos ou bens), mas de uma só vez, em ato de interpretação do âmbito normativo, levando em conta os limites que lhe são imanentes.

Jane Pereira ressalta que o problema correspondente “à interpretação dos direitos fundamentais não se refere aos limites das restrições que possam ser estabelecidas ou à necessidade de sua justificação.” O foco de análise, prossegue a autora, “é a determinação dos confins dos direitos, ou seja, de sua esfera normativa ou âmbito de proteção, que decorre da adequação do fato à norma”⁷⁴¹.

Esta assertiva torna-se ainda mais relevante no tocante à liberdade de expressão, já que, ao invés de se sustentar que esta seria limitada pelo direito à honra e à imagem, por exemplo, os adeptos da teoria interna defendem que as condutas humanas são ou não são protegidas pelo

⁷³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁷³⁷ Ibid.

⁷³⁸ Ibid.

⁷³⁹ Ibid.

⁷⁴⁰ Ibid. p. 78.

⁷⁴¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 182.

âmbito normativo, ou seja, analisa-se se as ações humanas estão ou não incluídas nas esferas de proteção da lei.⁷⁴²

Um exemplo nesse sentido seria a hipótese de um artista que pretende pintar no cruzamento de duas ruas muito movimentadas. Jane Pereira conclui que:

*[...] a atividade de pintar em tais circunstâncias não está protegida pela Constituição alemã que consagra a liberdade artística, de modo que uma lei que venha a proibir que se pinte em um cruzamento não estará restringindo direito algum, porquanto não se está diante de nenhuma forma de ação especificamente protegida por um direito fundamental.*⁷⁴³

É oportuno observar, com a autora, que a preocupação central da teoria interna⁷⁴⁴ é “expurgar do processo interpretativo o subjetivismo e, desse modo, evitar o enfraquecimento dos direitos fundamentais”⁷⁴⁵, razão pela qual a ponderação, defendida por Robert Alexy, é objeto de severas críticas pelos teóricos que defendem esta teoria.

Em harmonia com todos os seus fundamentos, a teoria interna defende, utilizando as palavras de Jane Pereira, “que a forma adequada de interpretar os direitos em situações de aparente colisão é determinar, a partir de uma leitura teleológica e sistemática, o conteúdo dos direitos.”⁷⁴⁶

Em síntese, e rejeitando, totalmente, o método da ponderação:

*[...] i) a teoria interna nega a possibilidade de limitações externas aos direitos; ii) afirma que a identificação dos casos em que o direito deve incidir há de ser feita mediante a análise de seu conteúdo constitucionalmente estabelecido e iii) recusa a hipótese de colisões de direitos.*⁷⁴⁷

⁷⁴² Ibid. p. 182.

⁷⁴³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.p.184.

⁷⁴⁴ Esta forma de interpretação normativa da teoria interna conduz os seus adeptos a criticarem duramente a ponderação, enquanto método de interpretação dos dispositivos constitucionais, uma vez que não admitem a existência de conflitos entre os direitos fundamentais ou entre eles e outros bens constitucionais.

⁷⁴⁵ PEREIRA, op. cit. p. 184.

⁷⁴⁶ Ibid. p. 183.

⁷⁴⁷ Ibid. p. 185.

Diferentemente da teoria interna, os pressupostos teóricos da teoria externa estabelecem a diferença entre a delimitação de conteúdo e a restrição dos direitos fundamentais. Existem, assim, dois objetos de análise: o direito em si e suas restrições, as quais estão separadas daquele⁷⁴⁸, de modo que não há entre eles uma relação inevitável e nem sempre um direito vai sofrer restrição.

A relação entre os objetos somente se estabelecerá a partir da necessidade de conciliar os direitos individuais e os direitos coletivos. Nessa linha, Alexy argumenta que a teoria externa admite:

*[...] que nos ordenamentos jurídicos os direitos se apresentam [...] como direitos restringidos, porém, tem que insistir que também são concebíveis direitos sem restrições. Por isso, segundo a teoria externa, não existe nenhuma relação necessária entre conceito de direito e o de restrição. A relação é criada tão somente através de uma necessidade externa ao direito, de compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos como assim também os direitos individuais e os bens coletivos.*⁷⁴⁹

Partindo desta concepção, a tarefa de interpretação constitucional, visando determinar as situações protegidas pelos direitos fundamentais, envolveria duas etapas: a primeira seria a identificação do conteúdo, estabelecendo quais os seus contornos máximos, sua esfera de proteção, e a segunda seria delimitar os limites externos que surgem da necessidade de conciliá-lo com outros direitos e bens constitucionalmente protegidos.⁷⁵⁰

Na primeira etapa, o intérprete procura determinar ao máximo possível as várias faculdades e posições jurídicas que decorrem do direito fundamental em exame e verificar o seu “conteúdo inicialmente protegido”, sem se preocupar com outros direitos individuais ou coletivos que possam vir a ser afetados ou restringidos.

Na segunda etapa, o objetivo é harmonizar “*o amplo conteúdo inicialmente protegido do direito, com os direitos e bens constitucionais que eventualmente, lhes sejam contrapostos e por fim identificar o conteúdo definitivamente protegido.*”⁷⁵¹ Portanto, a segunda etapa remete

⁷⁴⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 183.

⁷⁴⁹ Ibid.

⁷⁵⁰ Ibid. p. 186-187.

⁷⁵¹ Ibid. p. 187.

para as restrições dos direitos fundamentais, tendo como fundamento o direito de terceiros ou outros bens protegidos constitucionalmente.

Após a conclusão daquelas etapas, o intérprete terá traçado os limites definitivos do direito reconhecidos pela teoria externa como limites externos, uma vez que resultam de restrições ou recortes do conteúdo inicialmente protegido dos direitos fundamentais.

Jane Pereira utiliza novamente o exemplo do pintor para estabelecer as diferenças entre as teorias interna e externa: sob a ótica da teoria interna, no caso do artista que desejaria pintar no cruzamento de duas vias congestionadas, não haveria direito à liberdade artística a ser tutelado e, por tal razão, a ação de pintar naquele cruzamento não estaria protegida pela norma de direito fundamental. Para a teoria externa, também não haveria o direito a pintar naquele cruzamento movimentado, já que, apesar de pintar ser uma ação artística e haver um direito *prima facie* de pintar naquele cruzamento, o direito dos outros e a ordem pública justificam a restrição do direito naquela situação. Assim, embora as hermenêuticas adotadas pelas teorias sejam totalmente divergentes, o resultado seria o mesmo para as duas.⁷⁵²

Como resultado, os direitos fundamentais são “limitados externamente” pelas restrições ou pela própria norma que já contém os limites que circundam o conteúdo protegido *prima facie* daqueles direitos.

Ao admitir a existência de conflitos entre os direitos fundamentais e entre estes e os bens constitucionalmente protegidos, a teoria externa estabelece uma relação íntima com o método da ponderação e a teoria dos princípios defendida por Ronald Dworkin e Robert Alexy, cujo enunciado, em linhas gerais, concebe os direitos fundamentais como princípios, os quais constituem comandos *prima facie* dirigidos ao legislador, que pode restringi-los consoante o caso no qual assumam maior peso.⁷⁵³

Isso significa que, diante do conflito entre dois direitos (princípios), a situação fática é que irá definir qual deles terá maior peso relativamente ao outro que continuará válido, diferentemente da disciplina das regras, em que a metodologia adotada remete “ao tudo ou nada”, ou seja, uma vez adotada (validada) uma delas, a outra seria inválida. Assim, afirma Jane Pereira:

[...] há duas normas válidas que entram em conflito, a norma que estatui o direito prima facie e a norma que estabelece a restrição. O

⁷⁵² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

⁷⁵³ Ibid. p. 191.

*direito definitivo será extraído depois de empregado o raciocínio ponderativo, tendo-se em conta o imperativo da proporcionalidade. Por estas mesmas razões, a teoria externa é incompatível com a noção de que as normas de direito fundamental estabelecem apenas comandos definitivos (regras), ao invés de princípios.*⁷⁵⁴

Dessa forma, no caso de conflitos entre direitos fundamentais, na perspectiva da teoria externa, há que fazer uso da técnica da ponderação, com o suporte dos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, que será analisada, mais profundamente, nos capítulos a seguir.

Em síntese, os preceitos da teoria externa são os seguintes:

*[...] i) os direitos fundamentais são princípios, veiculando comandos prima facie; ii) os direitos fundamentais são restringíveis; iii) as restrições aos direitos fundamentais são motivadas pela existência de conflitos entres estes e outros direitos e bens constitucionais; iv) a legitimidade constitucional da restrição é de ser examinada mediante um juízo de ponderação, que irá sopesar os direitos e bens em conflito, através da aplicação do princípio da proporcionalidade.*⁷⁵⁵

A tese da teoria externa tem como um dos seus principais defensores Robert Alexy e é adotada pela maioria da doutrina. A ideia da existência de conflitos entre os direitos fundamentais e da sua harmonização por meio de restrições recíprocas tem sido largamente utilizada pela jurisprudência das Cortes Constitucionais, entre elas o Supremo Tribunal Federal brasileiro, que vem sinalizando uma crescente tendência a usar os pressupostos da teoria externa em seus julgamentos.

Finalizada a análise das teorias interna e externa dos limites aos direitos fundamentais, é importante que seja feita outra distinção conceitual no tocante aos contornos destes direitos e à sua aplicação prática. Jónatas Machado observa que alguns autores distinguem entre restrições aos direitos fundamentais e condicionamentos ao seu exercício.⁷⁵⁶ As restrições teriam o

⁷⁵⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.p.184.

⁷⁵⁵ Ibid.

⁷⁵⁶ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 711.

objetivo de solucionar conflitos de direitos constitucionalmente protegidos. Os condicionamentos teriam a função de estabelecer normas que permitam o exercício daqueles direitos.

Na prática, porém, a atividade de conformar ou condicionar direitos acaba se confundindo com as restrições, uma vez que os Poderes Públicos, segundo o autor, “*realizam frequentemente os dois objetivos ao mesmo tempo e com um único instrumento normativo formal*”. Há, pois, dificuldade em distingui-los, “*sendo certo que muitos dos chamados condicionamentos podem envolver restrições a um direito em nome da compatibilização do seu exercício com outros direitos ou interesses*”. Por outro lado, prossegue o autor, “*na medida em que os direitos, liberdades e garantias dependem, para a sua efetivação, de normas substantivas, procedimentais e organizatórias, uma conformação deficiente por parte do legislador poderá configurar uma importante restrição aos direitos.*”⁷⁵⁷

Existe ainda alguma doutrina que submete tanto as restrições quanto os condicionamentos à conformação. O autor recomenda que, em sede de reserva de lei em matéria de direitos fundamentais estabelecida pela Constituição, não se distinga aqueles conceitos e se reconduza à mesma (à lei) todos os aspectos essenciais respeitantes ao seu exercício.⁷⁵⁸

Partindo, pois, daquele pressuposto é importante sinalizar, com Machado, que através da atividade de conformação é possível viabilizar a ponderação proporcional de direitos e interesses constitucionalmente protegidos e identificar um condicionamento ou uma restrição.⁷⁵⁹ Os condicionamentos às liberdades de comunicação remeteriam para as normas relativas ao lugar, tempo e modo do seu exercício, denominadas “*content-neutral*” (de conteúdo neutro). As restrições dizem respeito às limitações à liberdade de comunicação, consoante a natureza do seu conteúdo – “*subject-matter based*” ou “*content-based*” (com base no assunto) ou dos pontos de vista comunicados – “*view-point-based*” (com base no ponto de vista). Machado observa que as restrições já contêm uma forte presunção de inconstitucionalidade, por atingirem com precisão pontos de vista indesejáveis pela maioria política.⁷⁶⁰

A despeito desta dicotomia (entre condicionamentos e restrições), o autor esclarece que há uma concepção alargada da liberdade de comunicação em suas diversas formas de expressão

⁷⁵⁷ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 712.

⁷⁵⁸ Ibid.

⁷⁵⁹ Ibid.

⁷⁶⁰ Ibid. p. 713.

que favorece a sua proteção, “*maximizando o princípio da neutralidade dos poderes públicos relativamente à valoração do seu conteúdo.*”⁷⁶¹

Por outro lado, segundo o autor há que reconhecer, tanto do ponto de vista jurídico-constitucional quanto da doutrina, que as consequências dos condicionamentos podem impactar o exercício dos direitos. Independentemente de o regime dos direitos e liberdades ser construído para resistir às restrições, seja qual for a sua natureza, o autor argumenta oportunamente que:

*[...] as restrições dirigidas a determinados conteúdos expressivos, tendo em conta a sua natureza difamatória ou injuriosa, podem ser mais facilmente compatibilizadas com a Constituição, e com as suas exigências de neutralidade substantiva, do que alguns condicionamentos relativos unicamente às condições de tempo, local e modo de exercício das liberdades de comunicação.*⁷⁶²

Nesse sentido, Machado observa que aquelas variáveis que compõem os condicionamentos podem produzir um *impacto diferenciado* sobre vários indivíduos e grupos sociais que pretendem exercer as suas liberdades, além de conterem uma *motivação restritiva e discriminatória* por detrás da sua neutralidade facial e retórica.⁷⁶³

Na verdade, prossegue o autor, “*muitas restrições à liberdade de expressão em torno de um determinado assunto refletem uma intenção discriminatória relativamente a determinados pontos de vista*”. Mesmo assim, “*os condicionamentos ao exercício das liberdades de comunicação, a despeito de adotarem uma posição de neutralidade relativamente aos diferentes conteúdos expressivos, podem ter um impacto restritivo substancial sobre as liberdades e as estruturas da comunicação.*”⁷⁶⁴

A esse respeito, é importante ressaltar, com o autor, o debate da doutrina sobre os chamados limites diretos e incidentais dos direitos fundamentais, muito embora a doutrina brasileira prefira a distinção entre restrições e condicionamentos. Em síntese apertada sobre tal classificação, os limites diretos às liberdades de comunicação remeteriam para as leis gerais ou a reserva de lei. Quanto aos limites incidentais, o autor argumenta que dificilmente eles poderiam ser reconduzidos aos condicionamentos da doutrina tradicional.

⁷⁶¹ Ibid.

⁷⁶² MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 713-714.

⁷⁶³ Ibid.

⁷⁶⁴ Ibid.

*Na verdade, os limites incidentais prendem-se, em primeira linha, com os efeitos restritivos reflexos que resultam para um determinado direito fundamental da disciplina jurídica de matérias não diretamente relacionadas com ele, porventura subtraídas à exigência de reserva de lei formal.*⁷⁶⁵

A doutrina do direito constitucional utiliza a reserva de lei geral para disciplinar o exercício dos direitos fundamentais, e não propriamente a restrição ou limitação daqueles direitos. As leis gerais, segundo Machado, devem ser *content-neutral*, “*não tendo como orientação finalística específica, a limitação dos bens protegidos pelas liberdades da comunicação, enquanto direitos-alvo (target rights)*.”⁷⁶⁶ No entanto, esta orientação é meramente tendencial, uma vez que a legislação civil e penal se reveste, inevitavelmente, de muitas restrições aos direitos fundamentais e, de modo especial, às liberdades de comunicação.

Nesse contexto, o mais importante é identificar na Constituição brasileira, lei geral ou a especial, até que ponto ela restringe efetivamente os direitos fundamentais, mesmo que só incidentalmente.

Peter Häberle⁷⁶⁷ afirma que “*os marcos que delimitam o conteúdo essencial dos direitos fundamentais (que são irrestringíveis) são dados pelos limites imanentes, caminhando, portanto, na direção contrária aos pressupostos da teoria externa.*”⁷⁶⁸ Com efeito, aqueles direitos não são restringidos em face de outros direitos e bens constitucionais, mas sim “*postos na Constituição ‘desde o princípio’, podendo ser extraídos diretamente do texto constitucional e das leis gerais situadas na esfera temática dos direitos fundamentais que os concretizam*”. Daí que a doutrina e a jurisprudência constitucionais se preocupem com analisar a capacidade de as leis gerais ou simples atos normativos produzirem efeitos incidentais ou indiretos, no sentido de restringirem direitos fundamentais.

No lado germânico, Machado observa que há uma relação de mútuo condicionamento ou efeito recíproco entre as leis gerais e os direitos fundamentais, embora estes possam limitar

⁷⁶⁵ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 714.

⁷⁶⁶ *Ibid.* p. 715.

⁷⁶⁷ Conforme se exporá na próxima seção, a tese de Peter Häberle constitui uma alternativa intermediária entre a teoria interna e externa, ao admitir o método da ponderação, que leve em conta os outros direitos e bens constitucionais, quando da identificação do conteúdo dos direitos fundamentais.

⁷⁶⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.p.72.

o conteúdo daquelas, para a garantia de sua proteção. Portanto, segundo o autor, “*as leis gerais devem ser aferidas de acordo com o significado especial assumido pelos direitos fundamentais, os quais são colocados numa posição de primazia*”. Daí a necessidade de ponderação de bens em conflito, “*mesmo quando estejam em causa leis gerais.*”⁷⁶⁹

No lado norte-americano, afirma o autor:

*[...] propõe-se, em sentido convergente, a autonomização da categoria doutrinal das restrições incidentais (incidental burdens) aos direitos fundamentais, a qual permite alargar às mesmas a metódica de ponderação proporcional de bens característica das restrições propriamente ditas.*⁷⁷⁰

No tocante às liberdades de comunicação, o papel das restrições, sejam elas diretas ou incidentais, acaba por se tornar relativo, uma vez que as primeiras podem, eventualmente, ser triviais e as segundas ter um impacto muito mais relevante sobre aquelas liberdades. Assim, o exercício das liberdades de comunicação estará condicionado pela forma como os Poderes Públicos irão regular todos os seus domínios. A disciplina daquelas liberdades, seja por meio das leis gerais ou de uma restrição meramente incidental, é proporcionalmente menos importante do que a verificação de seus efeitos sobre o exercício daqueles direitos.

Nessa linha, Machado constata que a necessidade de controle de todas as normas jurídicas que venham a estabelecer restrições aos direitos fundamentais demanda custos de transação que, na maioria das vezes, não pode ser suportado pelo sistema jurídico. Assim, é possível afirmar, com o autor, que, “*do efeito de mútuo condicionamento que se verifica entre os direitos fundamentais e as leis gerais, somente em alguns casos é que os primeiros conseguem limitar em termos definitivos as segundas.*”⁷⁷¹

Entende-se que, diante da complexidade das relações humanas hoje em dia, gerando conflitos que envolvem direitos fundamentais, principalmente em razão do aumento do âmbito de proteção e intensidade da sua proteção, a teoria externa apresenta-se como mais adequada para solucionar esses problemas. A sua proposta é realizar uma construção argumentativa, com o objetivo principal de promover uma convivência harmoniosa entre os titulares e os direitos.

⁷⁶⁹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 716.

⁷⁷⁰ Ibid.

⁷⁷¹ Ibid. p. 719.

14 O núcleo essencial dos direitos fundamentais: princípios e ponderação

Numa sociedade em evolução, qualquer restrição à liberdade reduz o número de experiências e, assim, diminui o ritmo do progresso.

H.B. Phillips

Um dos princípios mais polêmicos e debatidos na doutrina e no plano jurisprudencial é o da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, o qual representa, inquestionavelmente, o limite dos limites.⁷⁷² Assim, este capítulo cuida de discorrer acerca da definição daquilo que se entende como conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a relação entre a sua proteção e as possíveis restrições, abordadas no capítulo anterior.

Tendo em mente, portanto, que serão trabalhadas as hipóteses de restringibilidade dos direitos fundamentais, é evidente que a análise será feita a partir da ideia central da teoria externa, para a qual toda a limitação advém de uma restrição externa ao direito fundamental. Nessa perspectiva conceitual, verifica-se que fatores externos ao direito posto possibilitam um sopesamento entre princípios, motivo pelo qual se propõe o estudo aprofundado dos métodos de interpretação utilizados para a solução de conflitos entre normas constitucionais, especialmente o da ponderação.

Gonçalves Pereira lembra, oportunamente, que a primeira Constituição que garantiu a proteção do conteúdo essencial dos direitos foi a chamada Lei Fundamental de Bonn, cuja finalidade foi a de restringir a liberdade do legislador em matéria de direitos fundamentais.⁷⁷³ A autora explica que, de um modo geral, o conteúdo essencial de um direito fundamental “é definido como o âmbito de proteção do direito que é inviolável à ação legislativa”. Assim, “o conteúdo essencial marca uma fronteira que o legislador não pode ultrapassar, delimita um terreno que a lei limitadora não pode invadir sem incorrer em inconstitucionalidade.”⁷⁷⁴

Farias segue o mesmo caminho de Gonçalves Pereira, ao afirmar que a doutrina do Tribunal Constitucional Espanhol extrai os seguintes ensinamentos para facilitar a compreensão

⁷⁷² A doutrina e a jurisprudência adotam três metodologias para a regulação das restrições aos direitos fundamentais: o princípio da reserva de lei formal; o princípio da proteção ao núcleo essencial e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, todos analisados no presente tópico. Para efeitos de complementação, é importante observar que a solução de conflitos entre direitos fundamentais, reconhecidos como normas constitucionais ou princípios constitucionais, pode-se dar por meio da categorização, da hierarquização e da ponderação.

⁷⁷³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 402.

⁷⁷⁴ *Ibid.* p. 404.

do que seria o núcleo essencial de um direito fundamental, que não pode ser violado, sob pena de qualquer lei vir a ser declarada inconstitucional. Segundo o autor, “o núcleo essencial de um direito fundamental é composto de elementos mínimos que o fazem reconhecível, impedindo a extinção do direito ou sua transformação em outra coisa”. Em segundo lugar é preciso partir do pressuposto de que a Constituição “não fornece todos os subsídios para a determinação do núcleo essencial”. Neste caso, é preciso “apelar para noções tais como: conceitos jurídicos tradicionais ou as ideias e convicções geralmente admitidas entre os juristas.”⁷⁷⁵

É justamente essa indeterminação que cerca a ideia da preservação do conteúdo essencial dos direitos, e que provocou o debate sobre o tema. A discussão incide na verificação de se o objeto de tutela e proteção é a regulamentação geral e objetiva de um determinado direito, ou se são as manifestações individuais e concretas destes. De outra perspectiva, continua Jane Pereira:

*[...] passou-se a discutir se o conteúdo essencial é uma parcela indisponível do direito que pode ser abstratamente identificada e que não deve ser afetada em nenhum caso ou se, diversamente, o conteúdo essencial é algo que se confunde com a necessidade de justificação das restrições aos direitos.*⁷⁷⁶

A partir de todas estas contendas se verificam duas principais dicotomias que surgem no debate sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, ou seja, entre o enfoque objetivo e o enfoque subjetivo do problema, e entre a teoria absoluta e a teoria relativa do conteúdo essencial.

O embate acerca do objeto protegido pela garantia do conteúdo essencial diz respeito à dimensão objetiva ou subjetiva dos direitos fundamentais, de modo que se reflita se o significado do direito fundamental vale para a vida social no geral, relacionando o núcleo inviolável dos direitos fundamentais com as normas constitucionais que reconhecem direitos (teoria objetiva), ou se o núcleo dos direitos se relaciona com as questões individuais dos respectivos titulares (teoria subjetiva).⁷⁷⁷

⁷⁷⁵ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000. p. 98.

⁷⁷⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 404.

⁷⁷⁷ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 26-27.

A teoria objetiva traduz a compreensão de que a proteção do núcleo essencial diz respeito à proteção geral e abstrata prevista na norma constitucional e não pode ter efeito retroativo e nem diminuir a extensão e o alcance do seu conteúdo. Assim, a partir da dimensão objetiva, o conteúdo do núcleo essencial de um direito fundamental é definido conforme o significado deste para a vida social como um todo.⁷⁷⁸

Na mesma direção, Jane Pereira afirma que a teoria objetiva defende que o núcleo essencial pretende tutelar (proteger) “*o significado geral que os direitos fundamentais ostentam no ordenamento jurídico*”⁷⁷⁹, admitindo que, em uma hipotética situação fática que remeta para a concretização de um direito fundamental, esta deve ser afastada para que se viabilize a implementação de outro direito ou bem constitucionalmente legítimo, o que permite a compreensão de que o conteúdo essencial, neste caso, visa a garantia do texto constitucional, e não propriamente os direitos que dele fluem.

Um exemplo para facilitar a compreensão da referida teoria é a aplicação da pena de prisão perpétua, em que o direito à liberdade do condenado é totalmente eliminado, em virtude da previsão constitucional. Nesse caso, o núcleo essencial daquele direito fundamental foi inteiramente restringido, em razão do preceito constitucional, e essa restrição não é reconhecida como ilegítima porque a garantia do direito à liberdade diz respeito aos direitos enquanto instituição jurídica e não aos direitos subjetivos daquele indivíduo específico.

Caminhando em direção contrária, a teoria subjetiva argumenta que o conteúdo essencial remete para a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, relativa àquelas posições jurídicas individuais e particulares. Assim, a finalidade da teoria subjetiva é proteger, efetivamente, os direitos fundamentais individuais em face do poder estatal, no sentido de evitar a sua violação enquanto direitos subjetivos, o que permite analisar em cada caso concreto “*o que é que, segundo um método de subtração, resta do direito em causa na perspectiva da utilização que dele pode fazer o seu titular.*”⁷⁸⁰

Da mesma forma, Farias entende que o núcleo essencial se refere ao direito fundamental do particular – o direito subjetivo de um homem – que, em caso algum, deverá ser sacrificado.⁷⁸¹

No entanto, a maioria da doutrina, incluindo Gomes Canotilho, afirma que a escolha entre as duas teorias não pode conduzir a alternativas radicais, porque, conforme visto

⁷⁷⁸ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁷⁷⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

⁷⁸⁰ Ibid. p. 406.

⁷⁸¹ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000. p. 100.

anteriormente, no convívio social é comum o confronto entre direitos fundamentais e, conseqüentemente, a necessidade de os limitar, de modo que, qualquer teoria que busque entender os contornos de tais limitações, deve levar isso em consideração. Além disso, não se deve promover restrições que afastem o núcleo essencial dos direitos fundamentais da sua perspectiva subjetiva, ou seja, a garantia do núcleo essencial deve observar a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.⁷⁸²

Konrad Hesse observa com propriedade que entre a dimensão objetiva e a subjetiva há uma verdadeira relação de complementação e fortalecimento recíproco, já que funcionam, ao mesmo tempo, como garantias subjetivas de autonomia e dignidade humana e como instituição sobre a qual se sustenta o ordenamento jurídico.⁷⁸³

As críticas dirigidas às duas teorias (objetiva e subjetiva) partem do pressuposto de que os direitos fundamentais têm um duplo caráter, uma vez que constituem, simultaneamente, garantias subjetivas individuais e princípios objetivos, impossibilitando, assim, a opção por uma ou por outra. Daí a necessidade de se analisar o direito à liberdade de expressão no seu conceito mais amplo e os devidos limites impostos pela Constituição, pela legislação e pela própria doutrina.

A despeito de tais constatações, o mais relevante é saber qual é o alcance do conteúdo essencial que representa o limite dos limites no que se refere à proteção dos direitos fundamentais, sejam eles objetiva ou individualmente considerados. Neste contexto, cumpre retomar as teorias absoluta e relativa, que estabelecem, respectivamente, que o conteúdo essencial do direito é considerado um valor absoluto, determinado em abstrato e não perante uma situação concreta, ou então que o conteúdo essencial do direito é determinado quando confrontado com outros direitos ou interesses.⁷⁸⁴

A partir da teoria absoluta, qualquer direito fundamental possui um conteúdo absoluto, delineado abstrata e autonomamente, protegido de modo irrestrito⁷⁸⁵ (ou seja, independentemente de qualquer situação concreta) não está sujeito à intervenção do legislador. Portanto, o conteúdo essencial seria como um núcleo fixo, que não depende de ponderação, já que seria sempre o mesmo, essencial e único.⁷⁸⁶

⁷⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 449

⁷⁸³ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998. p. 268.

⁷⁸⁴ ANDRADE, Jose Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais e a Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 279.

⁷⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 288.

⁷⁸⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 409.

Ao complementar a sua análise por meio da doutrina do Tribunal Constitucional Espanhol, para a melhor compreensão do tema, Farias afirma que o “*núcleo essencial constitui um conceito de valor absoluto e não relativo*”, isto é, “*que quaisquer que forem as circunstâncias invocadas para a limitação do direito, este tem de conservar sempre seus traços essenciais.*”⁷⁸⁷ Portanto, ao admitir-se o caráter absoluto do núcleo essencial de um direito fundamental, este é considerado um direito intangível e determinável em abstrato.

Sob esta ótica, o direito fundamental pode ser desdobrado em duas partes. Uma parte essencial e inviolável e uma parte não essencial, que pode ser objeto de restrição, para a salvaguarda de outros bens jurídicos. Essa parte essencial e inviolável seria a dignidade da pessoa, como ser livre, no sentido de que “*A dignidade do homem livre constitui para nós a base dos direitos fundamentais e o princípio da sua unidade material*”⁷⁸⁸

No entanto, autores como Robert Alexy defendem a chamada *teoria relativa* do núcleo essencial de um direito fundamental, afirmando que o núcleo essencial seria “*aquilo que fica depois de uma ponderação.*”⁷⁸⁹ Assim, a teoria rejeita a ideia de um conteúdo essencial formado a partir de contornos fixos e definidos previamente para cada direito fundamental, de modo que o conteúdo essencial de um direito não será sempre o mesmo, variando consoante a situação e os direitos envolvidos em cada caso.

A teoria relativa afirma que o conteúdo essencial dos direitos só pode ser delineado a partir da sua relação com outros direitos constitucionalmente protegidos, a partir da ponderação e do respeito ao princípio da proporcionalidade, negando a visão da teoria absoluta de que o conteúdo essencial seja uma medida pré-estabelecida e fixa.⁷⁹⁰ Uma lei que estabeleça uma restrição ou intervenção em um direito fundamental apenas será parte da ordem constitucional se a interferência for proporcional.

Daí a indispensabilidade do princípio da proporcionalidade como garantia de que as restrições a serem impostas aos direitos têm seu fundamento na tutela de outro bem jurídico, constitucionalmente relevante e legítimo.⁷⁹¹

Antes de se partir para o exame do método ou técnica da ponderação, é conveniente lembrar que, do ponto de vista metodológico, existem ainda alternativas defendidas pelos

⁷⁸⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000.

⁷⁸⁸ ANDRADE, Jose Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais e a Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 306.

⁷⁸⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 286.

⁷⁹⁰ FARIAS, op. cit. p. 99.

⁷⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional* 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 398.

teóricos do tema e que demandam uma breve análise no contexto deste trabalho, em razão da relevância da ponderação relativamente aos demais métodos em aplicação.

É oportuno observar que a utilização de métodos ou técnicas de interpretação pela doutrina e pela jurisprudência tem como pressuposto a solução de conflitos entre normas constitucionais. Assim, os modelos metodológicos que procuram solucionar as controvérsias entre os direitos fundamentais, no sentido de decidir qual deles será ou não tutelado, são: a categorização, a hierarquização e a ponderação.

A categorização é o método que delinea os contornos dos direitos e qualifica as situações de fato, de acordo com as categorias gerais formuladas. De acordo com Gonçalves Pereira, a categorização constitui “*o esforço no sentido de correlacionar os fatos em exame às categorias expressadas nas normas constitucionais*”. Esta fórmula, afirma a autora, teve o seu auge quando se defendia que “*o raciocínio judicial deveria limitar-se, basicamente, a um processo lógico-dedutivo tendente à “construção conceitual abstrata”*”, remetendo, conforme se pode constatar, para o positivismo jurídico. Assim, categorizar seria a compreensão das normas jurídicas enquanto tipos, que devem ser relacionados com a situação posta, para definir se é o caso, ou não, de aplicação.⁷⁹²

Jane Pereira observa que a categorização constitui a primeira fase da ponderação, uma vez que esta não pode dispensar aquela, pelo fato de que a categorização é indispensável à atividade interpretativa.⁷⁹³

A autora chama a atenção para o fato de que a “*interpretação inicia-se sempre com uma leitura textual, a partir da qual se busca relacionar o significado dos preceitos normativos com o conjunto de eventos em análise.*”⁷⁹⁴

É de extrema relevância questionar se a categorização pode resolver casos difíceis, e que envolvem normas constitucionais abertas e indeterminadas, ou se seria mais adequada a ponderação.

Constata-se que a ponderação se conecta com a teoria dos princípios, e que a categorização se associa com as regras e a subsunção.

Portanto, o método da categorização, que exclui a ponderação, corresponde às propostas da teoria interna dos direitos fundamentais (que não admite a restrição do seu núcleo essencial),

⁷⁹² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 277.

⁷⁹³ Ibid. p. 279.

⁷⁹⁴ Ibid.

ao passo que a sua inclusão remete para a teoria externa daqueles direitos, que se apresenta flexível quanto à possibilidade de restringir o núcleo essencial daqueles direitos.

O segundo modelo metodológico de interpretação dos direitos fundamentais é a hierarquização. Gonçalves Pereira afirma que a hierarquização “*consiste em estabelecer hierarquias prévias e rígidas entre os bens constitucionalmente tutelados*”. Neste caso, “*as colisões entre direitos, ou entre estes e bens coletivos, são resolvidos de acordo com pautas preestabelecidas que determinam o peso abstrato e a importância de cada um deles, concluindo-se no sentido da prevalência do que ostenta maior hierarquia*”. Estas hierarquias são dispostas de várias formas.⁷⁹⁵

Otto Bachof incorpora a visão de que as normas de uma Constituição devem respeitar o direito supralegal⁷⁹⁶, uma vez que este é “*imanente a toda a ordem jurídica que se reivindique legitimamente deste nome e, portanto, também, e até mesmo em primeira linha, a toda a ordem constitucional que queira ser vinculativa*”. E continua:

*[...] mais importante do que a incorporação terminológica do direito supralegal é, porém, de novo, o fato de uma norma constitucional que infrinja tal direito não poder reivindicar nenhuma obrigatoriedade jurídica, independentemente da questão de saber se e em que medida o direito supralegal violado foi transformado em direito constitucional escrito.*⁷⁹⁷

Outra vertente, apresentada por Gonçalves Pereira, é a possibilidade de se instituir uma hierarquia material entre as normas que integram a Constituição. Nessa direção, as normas oriundas do poder constituinte originário poderiam ser invalidadas por não estarem mais em conformidade com outras normas da mesma origem, mas de maior importância valorativa.⁷⁹⁸

Um terceiro modelo de hierarquização citado pela autora:

[...] não concebe que normas oriundas do poder constituinte originário sejam invalidadas, mas admite que se estabeleça uma ordem de

⁷⁹⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 286.

⁷⁹⁶ BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1951. p. 42.

⁷⁹⁷ Ibid. p. 68.

⁷⁹⁸ PEREIRA, op. cit. p. 287.

*preferência abstrata absoluta entre os direitos fundamentais, a qual deve imperar como critério de solução de conflitos em todos os casos concretos.*⁷⁹⁹

Outra forma de hierarquização apresentada “*é aquela empregada como critério adjacente à ponderação. Trata-se de “presumir um escalonamento abstrato entre certos bens e interesses constitucionalmente protegidos, o qual poderá ser afastado, na apreciação de casos concretos, mediante justificação”*. Um exemplo nesse sentido encontra-se na decisão da Suprema Corte americana, que assentou que “*as liberdades pessoais desfrutam de proteção constitucional mais intensa do que os direitos de natureza econômica.*”⁸⁰⁰ É de destacar, com a autora, que o fundamento utilizado para embasar aquela tese foi:

*[...] a necessidade de proteger os direitos da minoria, frisando-se a importância de fortalecer o processo democrático mediante uma tutela diferenciada das liberdades mais relevantes para o funcionamento da democracia, como, por exemplo, a liberdade de expressão e de imprensa.*⁸⁰¹

Por último, a autora apresenta um outro exemplo de hierarquização como mecanismo para solucionar colisões de direitos e que é determinada pelo princípio *in dubio pro libertate*, de origem europeia.⁸⁰² Gonçalves Pereira afirma que esse modelo de interpretação assenta na ideia de que “*a Constituição consagra uma ordem escalonada de valores, no âmbito da qual a liberdade ocupa posição de primazia.*”⁸⁰³ Nesse caso, as liberdades serão interpretadas de forma extensiva e os limites a elas impostos serão interpretados restritivamente.

Após esta rápida análise da hierarquização como método de interpretação dos direitos fundamentais é possível constatar, segundo a autora, que ele funciona apenas como critério auxiliar do método da ponderação de bens e interesses a seguir.⁸⁰⁴ É de fundamental importância lembrar que a ponderação surgiu em virtude da ascensão das teorias pós-positivistas, que ela se opõe francamente ao positivismo jurídico, e que aquelas teorias

⁷⁹⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 289.

⁸⁰⁰ Ibid. p. 291.

⁸⁰¹ Ibid. p. 292.

⁸⁰² Ibid. p. 293.

⁸⁰³ Ibid. p. 294.

⁸⁰⁴ Ibid. p. 295.

preconizam uma relação entre o direito, a moral e a justiça, razão pela qual admitem a ponderação como o método de interpretação dos direitos fundamentais, até porque eles são reconhecidos no âmbito da teoria dos princípios e devem essa superioridade material a autores aqui já apresentados, como Ronald Dworkin e Robert Alexy. A ponderação substituiu a categorização na jurisprudência da Suprema Corte americana, no final dos anos 1930 e início da década de 1940 e, do ponto de vista dogmático, teve a sua origem no realismo jurídico.

Gonçalves Pereira observa que o outro fator determinante para a adoção de métodos mais flexíveis na jurisprudência americana foi o das mudanças profundas de natureza social e econômica ocorridas no período entre as guerras, as quais impulsionaram diferentes formas de interpretação dos textos constitucionais. Na Alemanha, a ponderação tem sido alçada ao estatuto de princípio jurídico, tamanha é a sua importância na Corte daquele país. Contudo, a autora observa que, em tempos recentes, a doutrina parece tender a retomar o raciocínio conceitual de categorização, em virtude da adesão de vários autores à teoria interna dos limites dos direitos fundamentais, como o filósofo Jürgen Habermas, e outros.⁸⁰⁵

Ana Paula de Barcellos entende como ponderação, “*a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais*”⁸⁰⁶.⁸⁰⁷

Gonçalves Pereira afirma que a ponderação, em sua acepção mais corrente:

*[...] significa a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentem em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, em que medida cada um deles deverá ceder ou, quando seja o caso, qual deverá prevalecer.*⁸⁰⁸

Como já anteriormente vimos, o Código Civil português prevê, em seu art. 335.^{o809}, o uso da ponderação quando se estiver diante de uma colisão de direitos iguais ou da mesma

⁸⁰⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 302.

⁸⁰⁶ A hermenêutica tradicional remete para as interpretações de natureza literal ou gramatical, lógica, histórica, sistemática, teleológica e sociológica.

⁸⁰⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23.

⁸⁰⁸ PEREIRA, op. cit. p. 304.

⁸⁰⁹ Artigo 335.º - (Colisão de direitos) 1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento

espécie para que se possa decidir qual deles possui maior relevância, de acordo com cada caso em concreto. A respeito da ponderação no caso de conflitos entre direitos da mesma espécie, Capelo de Sousa destaca que:

*[...] há que se verificar se os direitos colidentes têm uma estrutura formal e um fundamento axiológico-normativo assentes quer em interesses juridicamente tutelados de qualidade e grau idênticos quer em interesses juridicamente tutelados de peso equilibrado, embora diversos, ou, diferentemente, se na colisão de direitos há predominância de interesses tutelados de uma das partes.*⁸¹⁰

Dessa forma, Capelo de Sousa reflete acerca do fato de que o próprio ordenamento jurídico propõe uma solução para questões de colisão de direitos, através do uso da ponderação: quando a questão envolver direitos similares, cada um deve ceder o que for possível, sem que com isso comprometa a outra parte; na hipótese de os direitos não corresponderem em similaridade, a resolução será com base naquele tido como mais elevado. Há, portanto, uma ponderação relativa no tocante à colisão de direitos, já que se realiza uma reflexão de maneira separada, notadamente quanto aos direitos similares ou não.⁸¹¹

A ponderação também tem sido utilizada na prática jurídica brasileira, sobretudo no âmbito das denominadas normas-princípios, em contraposição às normas-regras, cuja diferença foi analisada por Ronald Dworkin, concluindo que os princípios operam em uma dimensão de peso e a regras na base do “all-or-nothing”⁸¹².

Ávila explica aquela dimensão de peso atribuída às normas-princípios por Dworkin: “os princípios [...] não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos,

para qualquer das partes. 2. Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior. A explicação pode ser extraída da natureza subjetiva e objetiva da liberdade de expressão e comunicação (ver supra, cap. II, item 3), isto é, da proeminência dessa liberdade tanto para o desenvolvimento da personalidade (dimensão subjetiva), como para a formação da opinião pública independente e para o adequado funcionamento do regime constitucional democrático (dimensão objetiva). (PORTUGAL. Decreto-Lei n. 47344, de 25 de novembro de 1966. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação - Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/47344-1966-477358>. Acesso em: maio 2022).

⁸¹⁰ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 534.

⁸¹¹ Ibid.

⁸¹² DWORKIN, Ronald M. *The Model of Rules*. *University of Chicago Law Review*, v. 35, 1967. p. 25. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3553&context=uclev>. Acesso em: maio 2022.

os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios”. Assim, Ávila afirma que a dimensão de peso dos princípios pode ser percebida nos casos de colisões entre princípios, quando se sobrepõe aquele com peso relativo maior do que o outro, sem perder sua validade.⁸¹³

No que diz respeito às normas-regras, Dworkin observa que, apesar de os princípios e regras apontarem para decisões particulares direcionadas às obrigações jurídicas, em cada caso concreto, as regras: *“são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e, neste caso em nada contribui para a decisão.”*⁸¹⁴ Portanto, se houver conflito entre duas regras, uma delas não pode ser válida, diferentemente das normas-princípios que têm a dimensão de peso.

Foi a partir destas premissas que Alexy chegou à técnica da ponderação para a aplicação dos princípios enquanto comandos de otimização⁸¹⁵. Alexy afirma que:

*[...] princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações.*⁸¹⁶

Daí o uso frequente da ponderação em decisões judiciais, no sentido de solucionar aparentes tensões normativas por meio do balanceamento ou sopesamento dos elementos que compõem os princípios e decidir pela solução mais adequada a cada caso concreto.

É importante ressaltar, com Barcellos, que o direito sempre se deparou com conflitos normativos, ou seja, a hermenêutica sempre conviveu com as antinomias e as técnicas para a

⁸¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 37.

⁸¹⁴ “*Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision*”. (tradução nossa) (DWORKIN, Ronald M. *The Model of Rules*. *University of Chicago Law Review*, v. 35, 1967. p. 25. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3553&context=uclrev>. Acesso em: maio 2022).

⁸¹⁵ As posições teóricas de Ronald Dworkin e Robert Alexy foram devidamente exploradas em artigo anterior, razão pela qual, não se pretende estender a análise no presente trabalho.

⁸¹⁶ ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. *Revista De Direito Administrativo*, v. 217, p. 67–79, 1999. p. 75. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>. Acesso em: maio 2022.

sua superação.⁸¹⁷ São conhecidos os critérios temporal, hierárquico e da especialidade, para o enfrentamento daqueles conflitos. Da mesma forma, o direito vale-se dos métodos de interpretação clássica, como o sistemático, o teleológico, sem descuidar a interpretação literal, histórica e lógica, além da analogia e dos costumes, estes mais tradicionalmente reconhecidos nos países do “*common law*”.

A diferença entre todas as técnicas ou métodos tradicionais de interpretação e a ponderação reside fundamentalmente no fato de que aqueles operam sob a lógica da subsunção, que, segundo Barcellos, “*continua a ser a lógica ordinária de aplicação silogística do direito (recondizível ao positivismo jurídico)*”. O raciocínio correspondente à subsunção é descrito pela autora:

*[...] em primeiro lugar, identifica-se uma premissa maior, composta por um enunciado normativo ou por um conjunto deles. A premissa maior incide sobre uma premissa menor (o conjunto de fatos relevantes na hipótese), e desse encontro entre as premissas maior e menor produz-se uma consequência: a aplicação de uma norma específica ao caso, extraída ou construída a partir da premissa maior.*⁸¹⁸

Do ponto de vista metodológico, a ponderação seria uma alternativa à interpretação jurídica tradicional através da subsunção, quando em um determinado caso não fosse possível adotar a linha de raciocínio de aplicação do raciocínio de natureza silogística, a partir da incidência de uma única premissa maior, representada pela norma. Isso acontece em relação aos “*casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma solução concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas.*”⁸¹⁹

Há casos em que vários dispositivos constitucionais originários incidem sobre uma mesma hipótese, indicando soluções diversas, assim como uma situação em que enunciados infraconstitucionais encontram amparo lógico e axiológico em alguns dispositivos

⁸¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 28.

⁸¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 30.

⁸¹⁹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003. p. 39. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em: maio 2022.

constitucionais, mas também afrontam outros ao mesmo tempo. Nesse contexto, a subsunção “*não tem elementos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes.*”⁸²⁰

A segunda diferença anotada por Barcellos entre a ponderação e as técnicas tradicionais de solução de conflitos normativos relaciona-se com a natureza de tais conflitos, por estes refletirem “*um confronto entre valores ou opções políticas decorrentes da própria Constituição como um todo e dos princípios por ela previstos*”. A autora exemplifica, oportunamente, os “*conflitos entre a liberdade de expressão e direito à honra e à intimidade, entre propriedade e sua função social, entre proteção do meio ambiente e direito à moradia*”, além de outros que revelam tensões entre normas constitucionais consagradas pelo constituinte.⁸²¹

As técnicas tradicionais de solução de antinomias não conseguem resolver esse tipo de conflito, porque, de acordo com Barcellos, “*a definição do próprio sentido e alcance dos enunciados normativos nesses casos depende de escolhas entre valores ou opções políticas em confronto, todos refletidos de forma mais ou menos intensa no sistema constitucional.*”⁸²²

Diante deste contexto em que os critérios para essas escolhas não podem ser extraídos do texto ou do sistema, porquanto eles oferecem várias conclusões, a subsunção se torna totalmente inócua e a ponderação é a única alternativa disponível para a superação de tais conflitos, uma vez que estes são materialmente diferentes e, por esta razão, a ponderação enquanto técnica genérica consegue solucionar qualquer conflito normativo.

Daí que Barcellos observe com propriedade que a ponderação também é entendida como “*a atividade pela qual se avaliam não apenas enunciados normativos ou normas, mas todas as razões e argumentos relevantes para o discurso, ainda que de outra natureza (argumentos morais, políticos, econômicos, etc.)*”. Nesse sentido, segundo a autora, “*a ponderação acaba por se confundir com a atividade de interpretação jurídica como um todo.*”⁸²³

Vale observar que ponderação e interpretação não são conceitos idênticos. Conforme já se assentou, a ponderação, assim como a categorização e a hierarquização, são técnicas, métodos de interpretação. A interpretação é definida, usando Vitor Frederico Kümpel, como um “*processo de definição do sentido e alcance das normas jurídicas, tendo em vista a*

⁸²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 32.

⁸²¹ Ibid. p. 34.

⁸²² Ibid.

⁸²³ Ibid. p. 27.

integração do sistema com a harmoniosa aplicação da fonte a um determinado caso concreto.”⁸²⁴

Têm-se preocupado com estabelecer esta diferenciação conceitual vários autores renomados nacional e internacionalmente, tais como Roberto Bin, Humberto Ávila e José Joaquim Gomes Canotilho:

*[...] a atividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens.*⁸²⁵

Barcellos propõe um modelo de ordenação da técnica da ponderação, em três etapas. Na primeira etapa, o intérprete deverá identificar os enunciados normativos em tensão. Na segunda, identificará os fatos relevantes e a repercussão da incidência dos enunciados normativos sobre aqueles fatos. A terceira etapa representa a decisão a ser tomada por meio de determinados parâmetros jurídicos para a orientação das escolhas do intérprete.⁸²⁶

A autora estabelece três diretrizes a serem atendidas pelo intérprete, antes da utilização destes parâmetros: a) qualquer decisão deverá ser pautada de forma universal, levando em conta situações ou casos semelhantes; b) deve-se produzir a concordância prática dos enunciados normativos em conflito; c) e o mais importante: a decisão deverá respeitar o núcleo essencial dos direitos em exame.⁸²⁷

Quanto aos parâmetros, Barcellos afirma que eles deverão orientar o intérprete e terão como objetivo a redução da subjetividade e a ampliação do controle das suas decisões. São eles: a) os enunciados que tenham estrutura de regra (incluindo os núcleos dos princípios) têm preferência sobre os enunciados com estrutura de princípios; b) as normas que se referem diretamente aos direitos fundamentais dos indivíduos e à dignidade humana deverão ter preferência sobre aquelas que contribuem indiretamente para esse resultado.⁸²⁸

⁸²⁴ KÜMPEL, Vitor Frederico. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 165.

⁸²⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 309.

⁸²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 91-139.

⁸²⁷ *Ibid.* p. 146.

⁸²⁸ *Ibid.* p. 159.

Partindo de tais pressupostos, a ponderação apresenta-se como uma alternativa às técnicas tradicionais de solução de conflitos normativos, principalmente no âmbito dos direitos fundamentais, por serem estes de hierarquia constitucional e carecerem de uma solução que deverá ser relativizada consoante cada caso concreto e, em virtude do direito que deverá prevalecer, levando-se em consideração outros argumentos de natureza política, econômica, moral, etc.

Ou seja, o núcleo essencial dos direitos fundamentais está sujeito ao princípio da proporcionalidade⁸²⁹, cuja restrição só será legítima a sua razão de ser for a tutela de outro bem jurídico-constitucionalmente relevante, de modo que a análise deve ser feita a partir de uma justificação constitucional.⁸³⁰ É o caso dos direitos coletivos, que, na maioria das vezes, prevalecem sobre os direitos individuais, como, por exemplo, na publicação de uma biografia em que os direitos de personalidade padecem em face do interesse coletivo, ou quando se veicula um fato cuja fonte é lícita e de interesse público, a despeito de afetar do ponto de vista pessoal as pessoas envolvidas.

Dessa forma, para que se possam concretizar os direitos da personalidade, importa, então, a reflexão acerca da possível colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade de outros sujeitos de direito. Caso ocorra choque entre direitos da personalidade, será necessária ponderação, por meio, por exemplo, da teoria descrita por Robert Alexy⁸³¹. Nesse sentido, a ponderação “[...] parece ser a melhor técnica para resolver os conflitos entre o direito à imagem e à intimidade versus o direito à liberdade de imprensa e à informação.”⁸³² Impõe-se, então:

[...] uma ponderação criteriosa, que admita o sacrifício da privacidade apenas se necessário (e na exata medida do que for necessário) para a realização de outro interesse que, nas circunstâncias do caso concreto, afigure-se ainda mais relevante sob o prisma constitucional.⁸³³

⁸²⁹ A posição teórica concernente àquela legitimidade remete para os autores que defendem a teoria relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais, entre eles, Robert Alexy, conforme já se examinou no presente artigo.

⁸³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional* 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁸³¹ “A sistematização da ideia de pesagem remonta ao estudo de Robert Alexy, professor da Universidade de Kiel, Alemanha, traduzido no Brasil por Virgílio Afonso da Silva, professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (ALEXY, Robert. *Teoria...*, 2008). Para o presente autor, parece que foram as lições do jurista Tedesco que influenciaram a elaboração do dispositivo inserido no Código de Processo Civil de 2015. Alexy trata, em sua obra, da ponderação de direitos fundamentais.” (TARTUCE, Flavio. *Direito Civil: lei de introdução e parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 235).

⁸³² TARTUCE, Flavio. *Direito Civil: lei de introdução e parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 300.

⁸³³ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 146.

Através da técnica da ponderação podem-se “[...] *em casos de difícil solução (hard cases)*” utilizar “[...] *princípios e direitos fundamentais*” a serem “[...] *sopesados no caso concreto pelo aplicador do Direito, para se buscar a melhor solução.*”⁸³⁴

Trata-se, portanto, de uma técnica a ser utilizada em cada caso concreto, não havendo uma resposta única pré-determinada para cada caso. De acordo com Tartuce:

*[...] a ponderação é um mecanismo argumentativo de grande relevo para a solução das problemáticas atuais mais complexas. Não restam dúvidas de que esse relevante artifício de lógica jurídica é associado à visão civil-constitucional do sistema, pois é a partir da Constituição Federal que são resolvidos problemas essencialmente privados.*⁸³⁵

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal brasileiro julgou um Recurso Extraordinário em que o requerente demandava indenização por fato de natureza pessoal divulgado em televisão, sob a alegação do direito ao esquecimento.⁸³⁶ O STF negou o pedido, em razão de o direito ao esquecimento não existir no ordenamento jurídico brasileiro, e sendo, portanto, incompatível com a Constituição Federal brasileira de 1988. Com relação ao mérito, concluiu que o fato noticiado era verdadeiro, de origem lícita e sobretudo de interesse público, justificando a prevalência dos direitos coletivos sobre os direitos individuais, por meio da técnica da ponderação.

Trata-se, pois, da prevalência dos direitos coletivos relativamente aos direitos individuais (de personalidade), desde que aqueles não extrapolem e venham a violar constitucionalmente ou legalmente a intimidade, a imagem e a honra das pessoas, situação em que a própria Constituição brasileira prevê o direito de resposta proporcional ao agravo (Inciso V do artigo 5º), além do direito à indenização por dano moral ou material previsto nos Incisos V e X do mesmo artigo.

⁸³⁴ TARTUCE, Flavio. *Direito Civil: lei de introdução e parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 300.

⁸³⁵ *Ibid.* p. 235.

⁸³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 1010606*. Relator: Ministro Dias Toffoli, julgado em 20 de maio de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346473757&ext=.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2021.

Sob outro prisma, como já visto, há autores que estudam o núcleo essencial de um direito fundamental, estabelecendo uma fronteira entre a sua *dimensão interna e externa*.⁸³⁷ Em resumo: a dimensão interna de um direito fundamental corresponde ao seu núcleo essencial e não pode ser restringida ou eliminada sob pena de se extirpar um direito garantido constitucionalmente, passível de ser julgado inconstitucional pelo Poder Judiciário.

O direito fundamental da liberdade religiosa pressupõe a liberdade de crença, de culto e de organização religiosa. A sua dimensão interna ou o seu núcleo essencial corresponde à liberdade de crença ou, se for o caso, de descrença, constituído para não ser relativizado perante outro direito de hierarquia constitucional ou infraconstitucional.

No entanto, a sua dimensão externa remete para a liberdade de culto e de organização religiosa, que poderá ser restringida caso haja antinomia com outro direito fundamental (ou colisão entre direitos fundamentais. A maioria dos autores, entre os quais Farias, entende que

*[...] sucede a colisão entre os direitos fundamentais e outros valores constitucionais quando interesses individuais (tutelados por direitos fundamentais) contrapõem-se a interesses da comunidade, reconhecidos também pela constituição, tais como: saúde pública, integridade territorial.*⁸³⁸

É oportuno observar que os interesses comunitários (coletivos) são aqueles que se encontram protegidos pela Constituição. No conflito entre os dois direitos fundamentais (individual e coletivo) deve prevalecer, pela mesma técnica da ponderação, o direito coletivo à saúde e à vida⁸³⁹ relativamente ao direito de culto de natureza individual. O núcleo essencial da liberdade religiosa, o direito de crença, obviamente não é violado por uma tal decisão.

Justifica-se a intervenção do Poder Judiciário na colisão de direitos fundamentais, em razão da natureza de ambas as normas constitucionais, as quais, nesse caso, não remetem para

⁸³⁷ Aquela divisão remete, respectivamente, para a visão de uma das diversas teorias que tratam das restrições dos direitos fundamentais, entre elas, a teoria interna e externa aqui apresentadas. Recapitulando: a primeira, segundo Jane Gonçalves, não admite a imposição de limites externos àqueles direitos, a menos que haja expressa autorização constitucional. A segunda afirma, segundo a autora, que o “*conteúdo inicialmente protegido de cada direito pode ser limitado por meio de uma normatividade que não lhe é inerente. Nesse caso é imperativo que se parta para a ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos, o que permite deduzir que o conteúdo protegido corresponde ao que Robert Alexy já citado no presente artigo observa que “é aquilo que resta depois de uma ponderação”*”. (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 171-256).

⁸³⁸ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000. p. 11.

⁸³⁹ Respectivamente previstos nos artigos 6º, 196 e 5º da Constituição brasileira.

a reserva de lei, já que se encontram previstas na própria Constituição, o que equivale a afirmar que ambas detêm a mesma hierarquia e são restringidas “diretamente pela Constituição”⁸⁴⁰.

Sendo assim, a solução fica por conta da jurisprudência (e não do legislador), que utiliza a técnica da ponderação dos bens jurídicos protegidos pela Constituição. Um dos direitos fundamentais será inevitavelmente restringido em favor do outro, consoante o caso em análise.

Os princípios que auxiliam neste tipo de tarefa são: (I) o princípio da unidade da Constituição, em que o Poder Judiciário deverá fazer uma interpretação sistemática que leve em conta os demais dispositivos constitucionais que permitem uma opção equilibrada e em consonância com o todo do texto constitucional; (II) o princípio da concordância prática, cuja essência afirma que a aplicação de uma norma constitucional deve ser realizada em conexão com as demais normas constitucionais, corroborando o princípio da unidade da constituição; e (III) o princípio da proporcionalidade, aqui já apresentado, e que procura equilibrar os direitos fundamentais individuais e coletivos, auxiliando fundamentalmente no uso da técnica da ponderação, além de evitar abuso ou excessos cometidos eventualmente no âmbito da Administração Pública.

A necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito, a serem analisados em cada contexto, possibilitam a melhor aplicação possível do princípio da proporcionalidade, em conjunto com o princípio da razoabilidade.

A presente inserção doutrinária, acrescida da análise de dispositivos constitucionais e legais que disciplinam o direito à liberdade de expressão em seu conceito amplo, não pode descuidar também uma anotação sobre os vários documentos e/ou diplomas supralegais que tratam do tema. Destacam-se, entre esses documentos, o *Bill of Rights*, a Declaração dos Direitos do Homem, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e, por fim, a Constituição da República, permitindo concluir, usando as palavras de Farias:

[...] a liberdade de expressão e informação é atualmente entendida como um direito subjetivo fundamental assegurado a todo cidadão, no sentido de poder se manifestar livremente, por meio da palavra, escrito, imagem ou outro meio de difusão (direito à liberdade de expressão), bem como no direito de comunicar ou receber informação verdadeira,

⁸⁴⁰ Conforme classificação das restrições de direitos fundamentais de Robert Alexy já analisadas no presente trabalho.

*sem impedimentos nem discriminações (direito à liberdade de informação).*⁸⁴¹

Em conclusão, a liberdade de expressão e de informação representa o termômetro no âmbito de um Estado Democrático de Direito, uma vez que, segundo Farias, “*contribui para a orientação da opinião pública.*”⁸⁴²

Destarte, aquelas liberdades remetem inquestionavelmente para o pluralismo político previsto que é inerente a um regime democrático. Portanto, na colisão com os demais direitos fundamentais da hierarquia constitucional, os tribunais têm decidido que, em princípio, a liberdade de expressão e informação goza de *preferred position*.

Neste ponto resta imperioso – numa lógica de proporcionalidade, equilibrando o ponto de colisão que se releve menos oneroso para os direitos expostos, considerando as características presentes nos fatos – o uso da ponderação proporcional para harmonizar o discurso livre, positivo e justo, fundamental para a manutenção humorística entre os membros da sociedade ⁸⁴³.

A despeito de os direitos de personalidade – direito à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem – estarem efetivamente protegidos constitucionalmente e, ao mesmo tempo, estabelecerem limites externos à liberdade de expressão e informação, quando esses direitos entram em colisão existe uma metodologia a ser adotada, consoante o caso concreto. Neste sentido, afirma Farias: “*os tribunais constitucionais têm partido da preferred position em abstrato dessa liberdade em razão de sua valoração como condição indispensável para o funcionamento de uma sociedade aberta.*”⁸⁴⁴ Contudo, quando a aplicação do critério da *preferred position* se dá em concreto (caso concreto em análise), há que atender a determinados requisitos enumerados pelo autor:

[...] (a) o público (assuntos ou sujeitos públicos) deve ser separado do privado (assuntos ou sujeitos privados), pois não se justifica a valoração preferente da liberdade de expressão e informação quando

⁸⁴¹ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000. p. 162.

⁸⁴² Ibid. p. 197.

⁸⁴³ MACHADO, Jónatas E. M. e BRITO, Iolanda A.S. Rodrigues de. Liberdade de expressão, informações falsas e figuras públicas. O perigo da manipulação da esfera de discurso público. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Vol. XCV. Tomo1. Coimbra, 2019.p.80.

⁸⁴⁴ Ibid. p. 197.

*essa liberdade se referir ao âmbito inter privatos dos assuntos ou sujeito.*⁸⁴⁵

Nesse contexto privilegia-se a vida privada do sujeito, a menos que se trate de uma figura pública.

*[...] b) o cumprimento do limite interno da veracidade (atitude diligente do comunicador no sentido de produzir uma notícia correta e honesta), pois a informação que revele manifesto desprezo pela verdade, ou seja, falsa perde a presunção de preferência que tem a seu favor.*⁸⁴⁶

Daí a relevância da ponderação de bens constitucionalmente tutelados que deve ser utilizada pelo Poder Judiciário (jurisprudência), quando se tratar da colisão de direitos fundamentais, especialmente os individuais em face dos coletivos.

Finalmente, é de suma importância ressaltar que a técnica da ponderação se afeiçoa mais ao sistema do *common law* do que ao sistema *civil law* adotado por Portugal. No sistema *common law* (anglo-saxão), o magistrado tem maior poder de discricionariedade do que no sistema *civil law*⁸⁴⁷ (romano-germânico), em que os magistrados se encontram muito mais atrelados à lei do que aos precedentes (jurisprudência) e costumes que são aplicados no sistema *common law*.⁸⁴⁸

Os direitos fundamentais de hierarquia constitucional são tutelados e limitados em face de outros direitos fundamentais da mesma hierarquia. Assim, o direito à liberdade de expressão e de informação, assim como outros direitos relacionados com a livre manifestação do pensamento, com caráter individual ou coletivo, como por exemplo, a liberdade religiosa, filosófica e política, em princípio não podem ser restringidos pois representam a essência de um regime democrático.

O duplo caráter daqueles direitos é garantido pela Constituição da República, no sentido de reafirmar o direito à plena liberdade de expressão (incluindo-se a liberdade de informação e

⁸⁴⁵ Ibid. p. 197.

⁸⁴⁶ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000. p. 198.

⁸⁴⁷ No sistema *civil law*, prevalecem as decisões judiciais fundamentadas em lei.

⁸⁴⁸ No sistema *common law*, as decisões judiciais são fundamentadas não somente na lei, como também na jurisprudência (precedentes) e nos costumes. Daí o uso maior da ponderação relativamente ao sistema *civil law*.

de imprensa) denominada liberdade positiva e, ao mesmo tempo, de ratificar a garantia da não interferência do Estado naquelas liberdades (liberdade negativa).

Como nenhum direito fundamental é absoluto, o direito à liberdade de expressão encontra limitações de natureza constitucional e infraconstitucional, além dos diplomas supralegais (de ordem internacional).

Por fim, na hipótese de colisão de direitos fundamentais individuais e/ou coletivos correspondentes à liberdade de expressão e de informação, em que o texto constitucional não remete para a reserva de lei, a metodologia comumente empregue pelo Poder Judiciário é a técnica da ponderação em abstrato ou em cada caso concreto, em que prevalecerá, respectivamente, o direito fundamental coletivo (*preferred position* pelos tribunais) ou os direitos de personalidade (individuais), consoante os elementos fáticos indispensáveis à análise.

15 Casuística internacional

*Para ter real valor, a liberdade tem de significar
o direito de dizer às pessoas aquilo que elas não querem ouvir*
George Orwell

Nesta etapa da tese, analisaremos experiências internacionais de conflito entre direitos, iniciando com o estudo do Relatório Global de Expressão (GxR, indicado na sigla inglesa), que apresenta dados sobre a liberdade de expressão no mundo.

A análise parte do estudo empírico do Instituto Artigo 19, fundado pelo Professor Staffan I. Lindberg⁸⁴⁹, em 2014, reunindo o trabalho de monitorização da liberdade de expressão em 161 países, com 25 indicadores, e visando responder se cada pessoa é livre de protestar, ensinar, acessar e comunicar *online*, e se está incluído, na sua garantia fundamental, participar socialmente e fiscalizar e responsabilizar, se for o caso, o Poder Público. Esta análise resultou em uma escala de 10 a 100 pontos, dividida em 5 grupos: (I) de 0 a 19 pontos: em crise; (II) de 20 a 39 pontos: altamente restrito; (III) de 40 a 59 pontos: restrito; (IV) de 60 a 79 pontos: pouco restrito; (V) de 80 a 100 pontos: aberto.

A dinâmica para a construção da pesquisa inclui as grandes mudanças da liberdade de expressão ao longo de um período de 10 anos, com a análise de movimentações das tendências,

⁸⁴⁹ Professor da Universidade de Gothenburg na Suécia, Fundador e Diretor da V-Dem. Institute. Idealizador do Relatório Global de Expressão desde 2014.

em termos geográficos e analíticos, relevando a eficácia das estruturas, a facilidade do acesso à informação, e a liberdade de exprimir, opor, participar e fiscalizar a prestação de contas.

Como resultado da análise, que demonstrou que a liberdade de expressão está em declínio, Portugal destacou-se como o 11º melhor país do mundo. Já o Brasil, quase chega à categoria de crise, registrada com o declínio acentuado da política nacional, e os Estados Unidos, geralmente líder do ranking, vêm “*regredindo e criando ambientes mais hostis para comunicadores e ativistas.*”⁸⁵⁰ Outra conclusão evidenciada pelo estudo é a de que, além de 51% da população mundial viver em países com classificação crítica, países historicamente liberais, como o Reino Unido, caíram de posição ao deslegitimarem alguns movimentos pacíficos, como a Rebelião da Extinção, “*associando a sua causa com aqueles definidos como grupos terroristas.*”⁸⁵¹

Os dez melhores países do *Ranking* Global da Liberdade de Expressão são: Dinamarca com 93 pontos; Suíça, Noruega, Canadá, Suécia e Finlândia, com 91 pontos; Bélgica, Estônia e Alemanha, com 90 pontos; Letônia e Portugal, em décimo lugar, com 89 pontos. A Espanha ocupa o 17º lugar e Itália o 19º, ambos com 87 pontos; Estados Unidos ocupa o 25º lugar, com 84 pontos; França o 30º e Reino Unido o 31º lugar, ambos com 82 pontos. O Brasil ocupa o 94º lugar, com 46 pontos, já na área de liberdade de expressão restrita.⁸⁵²

Os dez piores países do *Ranking* são: 152º Iêmen, 153º Tadjiquistão, 154º Guiné Equatorial, ambos com 4 pontos, 155º Arábia Saudita, 156º China e 157º Bahrein, ambos com 3 pontos, 158º Síria, 159º Turcomenistão e 160º Eritreia, ambos com um ponto, e, no último lugar, sem pontuar, a Coreia do Norte, no 161º.⁸⁵³

15.1 A experiência americana

A luta emancipatória das treze colônias contra os ingleses apresentava os ideais não apenas de liberdade política, econômica e religiosa, mas também de combate à censura. A primeira emenda à Constituição Americana trata justamente da proibição de censura prévia,

⁸⁵⁰ ARTICLE 19. *The Global Expression Report 2019/2020: The State of Freedom of Expression Around the World*. Disponível em: <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2020/10/GxR2019-20report.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021. p. 6.

⁸⁵¹ ARTICLE 19. *The Global Expression Report 2019/2020: The State of Freedom of Expression Around the World*. Disponível em: <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2020/10/GxR2019-20report.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁸⁵² *Ibid.* p. 25.

⁸⁵³ *Ibid.* p. 26.

funcionando como uma regra de competência negativa, que proibia o Congresso de emanar qualquer norma que coibisse a liberdade de expressão e de imprensa.

Contudo, o entendimento que se tinha da proibição de censura abrangia apenas a censura prévia, não excluindo uma possível incriminação de “*opiniões críticas que de alguma forma pusessem em causa a estima e a reputação dos governantes junto dos eleitores.*”⁸⁵⁴ Até mesmo Thomas Jefferson chegou a defender, em 1776, a proibição de pregações subversivas. Assim, entendia-se que havia compatibilidade entre a censura prévia e uma condenação *ex post*.

Esta situação, contudo, era frágil. O Tribunal do júri corresponde à opinião popular, não sendo imune a preconceitos; as opiniões nem sempre se reduzem a uma verdade ou a uma mentira, pois podem ser juízos de valor.

A discussão passou a tomar outro rumo. Passou-se a entender que essa emenda, de fato, apenas proibia a censura prévia e delegava a matéria nos Estados Federados. Em 1812, os crimes federais, oriundos do *Common Law*, foram afastados pelo Supremo Tribunal. A situação se complica em 1798, quando é promulgado o *Sedition Act*, que “*tornava ilegal escrever, imprimir, proferir ou publicar materiais com conteúdo falso, escandaloso e malicioso contra os órgãos legislativos ou executivos, com a intenção de os desrespeitar.*”⁸⁵⁵ O pano de fundo era a “*convergência de ameaças externas com as lutas políticas internas entre federalistas (conservadores) e republicanos (liberais, liderados por Thomas Jefferson).*” De fato, as acusações de sedição eram todas contra republicanos.⁸⁵⁶

Não obstante a tentativa de coibição da liberdade de expressão, o Congresso não manteve uma opinião pública favorável, e, em 1800, os Republicanos vencem as eleições, sendo eleito presidente Thomas Jefferson. A partir desse momento, a ideia de liberdade de expressão se alarga. A existência de crimes de sedição e de todos os crimes políticos verbais passa a ser considerada incompatível com a ordem constitucional-democrática. Assim:

⁸⁵⁴ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 63.

⁸⁵⁵ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 65.

⁸⁵⁶ Vale a pena destacar o caso *Terminiello vs. Chigago* (Suprema Corte Americana, 337 U.S. 1, 1949): por proferir discurso agressivo relativamente à causa negra e à judaica, o padre Terminiello foi preso pela polícia de Chicago, com a alegação de que seus irmãos, de índole antissemita e fascista, causavam desordem. O Tribunal sustentou que a função da liberdade de expressão é a de promover a disputa e que este objetivo poderia ser melhor alcançado quando se criavam insatisfações ou levavam a pessoa à raiva. Na essência, todos os discursos são frequentemente provocatórios e desafiantes e podem valer-se de preconceitos que causem profundos efeitos. Assim, a corte reviu a condenação imposta ao padre em primeira instância. (MIRANDA, Silva. *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: *Quartier Latin* do Brasil, 2008. p. 250).

*a liberdade de expressão e de imprensa abarcava toda a crítica à política, apenas limitada pela proibição de condutas injuriosas do bom nome e da reputação [...] Começava a consolidar-se o entendimento nos termos do qual a autodeterminação democrática de um povo depende da existência e da manutenção de uma esfera de discurso público livre e aberto.*⁸⁵⁷

Em 1791, verifica-se um marco no direito dos Estados Unidos: a primeira emenda é adotada, impedindo, textualmente, que o Congresso norte-americano infrinja os seus direitos fundamentais:

*O Congresso não deverá fazer leis que estabeleçam uma religião nacional, nem que proíbam o livre exercício da religião, nem que restrinjam a liberdade de expressão ou infrinjam a liberdade de imprensa, nem que interfiram no direito reunião pacífica, ou que proíbam os cidadãos de solicitarem uma reparação governamental de queixas.*⁸⁵⁸

Hustler Magazine vs. Falwell é a mais clássica das decisões de primeira emenda na qual a Suprema Corte estendeu a proteção constitucional a discursos ultrajantes ou ofensivos.⁸⁵⁹ O queixoso foi Jerry Falwell, um conhecido fundamentalista religioso e líder da Maioria Moral, uma organização política que procurou injetar valores tradicionais na vida pública americana. Os réus eram a Revista *Hustler* e o seu editor, Larry Flynt, ambos conhecidos por se dedicarem à indústria pornográfica⁸⁶⁰. O assunto da disputa era uma sátira que descrevia um encontro

⁸⁵⁷ MACHADO, op. cit. p. 67.

⁸⁵⁸ FIRST Amendment. *Cornell Law School*. Legal Information Institute. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment. Acesso em: 02 jun. 2021.

⁸⁵⁹ Friedman aduz as garantias reafirmadas pela sua Suprema Corte sempre que provocada (o famoso caso Jerry Falwell x Larry Flynt): “No coração da Primeira Emenda está o reconhecimento da importância fundamental do livre fluxo de ideias e opiniões sobre questões de interesse e preocupação pública. A liberdade de falar o que pensamos não é apenas um aspecto da liberdade individual, mas também é essencial para a busca comum da verdade e da vitalidade da sociedade como um todo. Temos, portanto, sido particularmente vigilantes para assegurar que as expressões individuais de ideias permaneçam livres de sanções impostas pelo governo” (LAWRENCE M., Friedman; GRANT M., Hayden. *American Law: an introduction*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2017. p. 209).

⁸⁶⁰ MOTA, Francisco Teixeira da. A liberdade de expressão em tribunal. Lisboa: Ensaios da Fundação, 2013.p.22.

incestuoso entre Falwell e sua mãe em um banheiro⁸⁶¹, e que se destinava, como Flynt testemunhou, a “*assassinar*” a integridade de Falwell.

Michael Sandel observou certa vez que “*os liberais frequentemente se orgulham de defender aquilo a que se opõem*”. Se isso for verdade, havia muito de que se orgulharem, na opinião de Falwell. Mesmo aqueles que sustentavam que a paródia Hustler era constitucionalmente protegida, confessavam a “*profunda repugnância*” que ela inspirava. Diante dessa repugnância, no entanto, a Suprema Corte, reunindo-se de forma impressionante em apoio de uma opinião do Presidente Rehnquist, sustentou sobre a primeira emenda que, por mais “*ultrajante*” que a sátira fosse ou por mais maliciosamente motivada ou intensamente dolorosa, uma figura pública como Falwell não poderia recuperar os danos sem demonstrar a existência de “*uma falsa declaração de fato que foi feita com ‘malícia real’*.”⁸⁶²

A Suprema Corte americana entendeu que a tradição americana de cartunistas e satiristas políticos, por exemplo, representa uma forma de discurso “*muitas vezes calculada para ferir os sentimentos do sujeito do retrato*”. Assim, a regulamentação de intenções impróprias, embora importante para o Direito Civil pelo ato ilícito, é constitucionalmente inadequada “*na área do debate público sobre figuras públicas*”.⁸⁶³

Segundo, no mundo do debate público, salvaguardado pela primeira emenda, “*as falsas declarações de fato são particularmente sem valor*”, pois “*interferem na função de busca da verdade do mercado de ideias*”. É especialmente importante, por outro lado, “*assegurar que as expressões individuais de ideias permaneçam livres de sanções impostas pelo governo*”, particularmente aquelas opiniões ou ideias envolvidas na crítica de “*homens e medidas públicas*”.⁸⁶⁴

Essa liberdade “*é essencial para a busca comum da verdade e da vitalidade da sociedade como um todo*”.⁸⁶⁵ A caricatura em questão deveria, portanto, receber particular solicitude constitucional, não só porque expressa uma ideia, mas também porque envolve a crítica de uma figura pública.

Além disso, as comunicações não factuais no discurso público não podem ser constitucionalmente penalizadas por causa do seu “escândalo”: o “escândalo”, na área do

⁸⁶¹ POST, Robert. The constitutional concept of public discourse: outrageous opinion, democratic deliberation, and Hustler Magazine V. Falwell. *Harvard Law Review*, n. 3, v. 103, jan., 1990. p. 607.

⁸⁶² POST, Robert. The constitutional concept of public discourse: outrageous opinion, democratic deliberation, and Hustler Magazine V. Falwell. *Harvard Law Review*, n. 3, v. 103, jan., 1990. p. 605.

⁸⁶³ ESTADOS UNIDOS. United States Supreme Court. *108 S.Ct. 876,485 U.S. 46,99 L.Ed.2d 41*. Hustler Magazine v. Falwell, No. 86-1278. Decidido em: 24 fev. 1988. Disponível em: <https://case-law.vlex.com/vid/hustler-magazine-v-falwell-892120989>. Acesso em: jun. 2022.

⁸⁶⁴ Ibid.

⁸⁶⁵ Ibid.

discurso político e social, teria uma subjetividade que lhe é inerente e que permitiria a um júri impor responsabilização com base nos gostos ou opiniões dos jurados, ou talvez com base em sua antipatia por uma expressão particular.

Embora reconhecendo francamente que a “recusa” teve suas exceções, como, por exemplo, com relação a “palavras de luta” ou ao discurso “vulgar”, “ofensivo” e “chocante” transmitido pelos *media* eletrônicos, no caso Falwell o Tribunal simplesmente diminuiu a aparente incoerência. Observou casualmente que “*o tipo de expressão envolvida neste caso não nos parece ser regido por nenhuma exceção aos princípios gerais da Primeira Emenda*”, e que “*o discurso não perde seu caráter protegido simplesmente porque pode envergonhar outros*” ou porque “*a sociedade pode achá-lo ofensivo.*”⁸⁶⁶

Os danos avaliados contra Flynt e Hustler, argumentou o Tribunal, devem ser avaliados em relação às exigências desse mesmo mandato constitucional. Por esta razão, não é suficiente simplesmente observar, como no caso em apreço, que os delitos de difamação e influxo intencional de aflição emocional têm funções e elementos diferentes. A questão decisiva é, antes, de que modo esses elementos afetam o debate sobre os assuntos públicos protegidos pela Constituição americana.

A disposição constitucional americana determinou que o Congresso não faria nenhuma lei a respeito de estabelecer uma religião ou proibir o seu livre exercício; ou de restringir a liberdade de expressão, ou da imprensa. Sob esta óptica, não deixam de existir limites à expressão, como por exemplo o incitamento à prática de crimes, atentar contra a democracia, podendo o Estado impor restrições quanto ao tempo, local e modo como o humor há-de dar a conhecer os seus gracejos⁸⁶⁷.

Portanto, não pode haver um relato final sobre os limites do domínio da linguagem humorística. Com as conclusões sobre o processo a entenderem ser possível haver convicções firmes sobre o cerne deste assunto, mas simultaneamente permanecendo a sua periferia ideológica e vaga, sujeita a uma negociação interminável entre democracia e vida comunitária, neste julgamento, os Estados Unidos determinaram que a liberdade de expressão é um elemento fundamental, constitucionalmente garantido, e também um exercício de tato social, o qual, *per se*, é um guia insuficiente para demarcar os limites do humor.

⁸⁶⁶ ESTADOS UNIDOS. United States Supreme Court. *108 S.Ct. 876,485 U.S. 46,99 L.Ed.2d 41*. Hustler Magazine v. Falwell, No. 86-1278. Decidido em: 24 fev. 1988. Disponível em: <https://case-law.vlex.com/vid/hustler-magazine-v-falwell-892120989>. Acesso em: jun. 2022.

⁸⁶⁷ MOTA, Francisco Teixeira da. *A liberdade de expressão em tribunal*. Lisboa: Ensaio da Fundação, 2013.p.18.

15.2 Os limites trazidos pelo modelo jurisprudencial italiano

A Constituição Italiana não utiliza a fórmula “liberdade de expressão” do pensamento, encontrado na Constituição da República Romana. No entanto, salvaguarda, pelo menos, os aspetos gerais de uma verdadeira diversidade conceitual entre liberdade de manifestação do pensamento e liberdade de expressão, sendo preciso estabelecer o que limitava a disciplina geral, sem considerar as previsões constitucionais que regulam, de forma específica, as manifestações do pensamento (em particular, o artigo 33, §1º: a arte e a ciência são livres e livre é seu ensinamento)⁸⁶⁸.

A Constituição reconhece a todos a manifestação do pensamento, que atribua um certo poder, uma certa faculdade, a todos. Contudo, a prática aplicada restringiu “todos” a apenas “interessados”, evitando a devida interferência do Poder Judiciário no funcionamento do órgão para o qual é indispensável construir um valor constitucional e de ser, portanto, preservado.

É certo também que, em geral, os cidadãos italianos não estão desprovidos de limites, dado que estão sob a lei, encontrando na Carta Constitucional fundamentos implícitos e princípios constitucionais expressamente enunciados ou deduzíveis. Com base nesta premissa, o equilíbrio do interesse tutelar não oprime o direito à liberdade de manifestar a própria opinião ou a elaboração do humor, nem veta o exercício anômalo que é o abuso.

A amplitude da fórmula constitucional é o princípio do “*favor libertatis*”, impondo, assim, que surjam conclusões diversas. Entretanto, o primeiro ponto de análise recai sobre o §6º do artigo 21 da Constituição italiana, que assevera: “*são proibidas as publicações impressas, os espetáculos e todas as demais manifestações contrárias ao bom costume. A lei estabelece medidas adequadas para prevenir e reprimir as violações.*”⁸⁶⁹ Nota-se assim que a letra da norma é agora mais ampla, porquanto se fala simplesmente de “manifestação” e não de

⁸⁶⁸ Art. 33. *A arte e a ciência são livres como livre é o seu ensinamento. A República dita as normas gerais sobre a instrução e institui escolas públicas para todos os níveis e graus. Entidades e particulares têm o direito de fundar escolas e institutos de educação, sem ônus para o Estado. A lei, ao fixar os direitos e as obrigações das escolas particulares que requerem a equiparação, deve assegurar às mesmas plena liberdade e aos seus alunos um tratamento escolar equivalente àquele dos alunos das escolas públicas. Está previsto um exame oficial para a admissão nos vários níveis e graus de escolas ou para a conclusão dos mesmos e para a habilitação ao exercício profissional. As instituições de alta cultura, universidades e academias, têm o direito de fixar ordenamentos autónomos nos limites determinados pelas leis do Estado.* (ITÁLIA. Constituição da República Italiana. Edição em língua portuguesa. 2018. Disponível em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 04 out. 2021).

⁸⁶⁹ ITÁLIA. *Constituição da República Italiana*. Edição em língua portuguesa. 2018. Disponível em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 04 out. 2021.

manifestação do pensamento (em particular, das que proíbem a autorização e a censura), mas que não são manifestações de pensamento.

O certo é que, em qualquer dos casos, é comum à jurisprudência constitucional, e não segue imposições da Corte Europeia dos Direitos do Homem, a qual, como se nota, é peremptória em reconhecer, no artigo 10 da CEDU, a liberdade de expressão, afirmando claramente que o bom costume não pode colidir com a moral e com a consciência ética, “[...] porque a lei moral vive na consciência individual e não pode transformar-se em objeto de um regulamento legislativo.”⁸⁷⁰ Assim, foi recusada qualquer concessão excessivamente ampla e indeterminada de limites, e deu-se apoio a mais garantias.

O bom costume, impondo um determinado comportamento na vida social e nas relações, resulta de um mesmo conjunto de preceitos, cuja inobservância comporta, em particular, a violação do pudor sensível – fora da família e, sobretudo, dentro dela – e da dignidade pessoal. Nesta perspectiva, é evidente que o pudor sexual é um elemento central do bom costume, mas não o exaure.⁸⁷¹

A sentença 368 de 1992, ao invés, parece seguir uma direção mais precisa, afirmando que o conceito de bom costume está “suficientemente determinado”, e que não:

[...] serve para exprimir simplesmente um valor de liberdade individual ou, mais precisamente, não abarca apenas a conotação de uma exigência de mera conveniência entre as liberdades de vários indivíduos, tendendo antes a significar um valor referível à comunidade em geral, no sentido de que indica as condições essenciais que, relativamente aos conteúdos morais e aos modos de expressão do costume sexual num determinado momento histórico, são indispensáveis para assegurarem, sob o ponto de vista considerado, uma convivência, social em consonância com os princípios constitucionais invioláveis da tutela da dignidade humana e do respeito recíproco entre as pessoas (art. 2 da Constituição).⁸⁷²

⁸⁷⁰ ITÁLIA. Tribunal Constitucional. *Sentença n. 9*, Julgado em 04 de fevereiro de 1965. Disponível em: <https://www.giurcost.org/decisioni/1965/0009s-65.html>. Acesso em: 04 out. 2021.

⁸⁷¹ PACE, Alessandro; MANETTI, Michela. Artigo 21. In: *Commentario della Costituzione, a cura di Giuseppe Branca*. A. Pizzorusso. Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 2006. p. 30.

⁸⁷² ITÁLIA. Tribunal Constitucional. *Sentença n. 368*, Julgado em 27 de julho de 1992, Relator Ministro Antonio Baldassarre. Disponível em: <https://www.giurcost.org/decisioni/1992/0368s-92.html>. Acesso em: 04 out. 2021.

Na realidade, a jurisprudência constitucional italiana parece operar uma forte união entre os bons costumes e a dignidade humana, colocando limites ao primeiro e buscando resolver a intangibilidade da segunda.

Assim decidindo, o Tribunal mais não faz senão retomar a distinção na doutrina entre reserva absoluta (que fica subordinada às fontes) e reserva relativa (que consiste em as fontes secundárias não só disporem *secundum*, mas também *praeter legem*, aquele costume usado quando não há lei vigente para atender à situação específica)⁸⁷³.

Mafalda Castanheira Neves observa que a sátira tem sido usada enquanto direito da personalidade pela jurisprudência italiana, como meio para aumentar audiências e para fazer crescer as tiragens de publicações, tendo como efeito o lucro.⁸⁷⁴

Obviamente, a questão fundamental da Constituição italiana não afronta explicitamente uma ligação entre liberdade de expressão do humor e democracia, mas sua solução oferece todos os instrumentos necessários àquela triangulação entre liberalismo, democracia e liberdade de expressão, “*crendo que a liberdade de manifestação do pensamento é característica fundamental da forma de Estado livre.*”⁸⁷⁵

Edward Corwin assevera que a Constituição italiana é um símbolo e um instrumento, enquanto expressão, representação e formalização, dos valores essenciais de uma comunidade política (uma fonte normativa, essencialmente liberal e conservadora dos valores), e como mecanismo de legitimação da projeção política dos órgãos de decisões, assegurando uma dinâmica da rogativa e da transformação social.⁸⁷⁶

Conclui Corwin que, na Constituição, há um delicado equilíbrio entre as duas concepções indicadas, observando que “*é inerente ao interesse político*” de percepção democrata-pluralista que a dinâmica social e a decisão política têm como fundamento e princípio o reconhecimento de espaços de liberdade invioláveis a favor dos indivíduos e dos grupos sociais. A chave da solução do problema seria o pluralismo: a democracia que a Constituição tem em mente não é a democracia dos mais fortes, mais numerosos, mas a democracia do pluralismo, que considera uma riqueza a pluralidade de opiniões, dos valores, dos estilos de vida, sem excluir ninguém que possa ser considerado não tolerável porque incompatível com o pluralismo ou com a dominante concepção da dignidade.

⁸⁷³ LUCIANI, Massimo. *La Libertà Di Espressione, Una Prospettiva di Diritto Comparato. Servizio Ricerca del Parlamento Europeo*, Itália, 2019. p. 17.

⁸⁷⁴ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Litigiosidade Jurídico-Religiosa*. Possibilidade de tutela civilística do sentimento religioso. Cascais: Príncipe Editora, 2015. p. 157-158.

⁸⁷⁵ LUCIANI, op. cit. p. 17.

⁸⁷⁶ CORWIN, Edward S. The Constitution as Instrument and as Symbol. *American Political Science Review*, v. 30, p. 1071-1085, 1936. p. 1071.

Nesta linha, o humor recebe o limite do bom costume, o limite do intransitável, salvaguardando direitos que não podem ser renunciados, garantindo uma proteção sistêmica, não fracionada, em uma série de normas não coordenadas, com possível conflito entre elas. Se assim não fosse, verificar-se-ia a ilimitada expansão de um dos direitos, que poderia ser tirano relativamente a outras situações jurídicas constitucionalmente reconhecidas, constituindo, no seu todo, expressão da dignidade de seus indivíduos.⁸⁷⁷

O humor também encontra limitação no direito italiano com a proibição da defesa do fascismo ou do nazismo por grupos que perseguem propósitos antidemocráticos (Lei 645 de 1985), muitas vezes usando a violência disfarçada de humor. Estão previstas punições pecuniárias que variam entre duzentos e seis e quinhentos e dezesseis euros, e mesmo pena de reclusão de pelo menos três anos.

15.3 O modelo francês de liberdade de expressão

A Revolução Francesa, movimento de combate às estruturas arcaicas do *Ancien Régime*, trazia em sua essência a defesa da liberdade. A Declaração do Homem e do Cidadão, de 1789, dispõe, em seu art. 11, que: “*a livre comunicação de pensamentos e de opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todos os cidadãos podem, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.*”⁸⁷⁸

A Revolução Francesa mostra, porém, em que medida a imposição de uma nova ortodoxia destrói os direitos fundamentais em sua essência. O período do Terror (1793-94), durante o qual Robespierre impôs autoritariamente a sua vontade (política única, centralizadora e autoritária), é um exemplo do retrocesso das conquistas de liberdade em um curto lapso de tempo. Durante o governo do Diretório (governo burguês instaurado após a queda de Robespierre), também ocorrem restrições ao direito à liberdade de expressão, embora não tão radicais quanto as mencionadas anteriormente. Percebendo o caráter potencialmente subversivo da imprensa, o governo passa a “*desenvolver mecanismos de intervenção e controle*”. A Era

⁸⁷⁷ CORWIN, Edward S. The Constitution as Instrument and as Symbol. *American Political Science Review*, v. 30, p. 1071-1085, 1936. p. 1071.

⁸⁷⁸ DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: jun. 2022.

Napoleônica também se caracterizou, contraditoriamente, por “*uma rígida forma de controle de expressão da imprensa.*”⁸⁷⁹

Com a queda do Império, o apelo à retomada do respeito pela liberdade de expressão é atendido pelo monarca restaurador, Luís XVIII, sensível às aspirações de cunho liberal. A Constituição de 1814 apresentava, em seu art. 8º, a deferência à liberdade de expressão. Contudo, por falta de legislação infraconstitucional que assegurasse esse direito, e pela oscilação das vontades do monarca entre o liberalismo e o conservadorismo, o direito de liberdade de expressão sofre “*a consagração de um regime assente na exigência de autorização prévia para todos os escritos com mais de 20 folhas de impressão, na censura, na caução e no imposto de selo.*”⁸⁸⁰

Carlos X, que reinou após Luís XVIII, impõe-se, a partir de 1835, como um monarca autoritário, restringindo ainda mais a liberdade de expressão. Somente a partir da II República é que a liberdade de expressão encontra um espaço relativamente mais liberal. Suprime-se a caução e o imposto de selo, e reforçam-se as garantias de defesa em caso de infração da imprensa. A Constituição da II República, influenciada pelo fato de a Revolução de 1848 ser, em boa parte, preparada pelo trabalho dos jornalistas, proibia, em seu art. 8º, qualquer forma de censura.

Há um novo revés após o golpe de Napoleão III, que restaura novamente o regime de censura e caução. Os assuntos políticos mais importantes eram comentados apenas por órgãos do Estado. Em 1869, há um novo abrandamento, e, em 1881, é promulgada a Lei de Imprensa, que vigora até aos dias de hoje.

Passados mais de duzentos anos da Revolução Francesa, em 13 de novembro de 2015, têm lugar em Paris atentados terroristas que deixam 130 mortos e centenas de feridos, perpetrados, covardemente, sob a justificativa de que a revista satírica *Charlie Hebdo* ofendeu os fundamentalistas islâmicos ao divulgar uma sátira do profeta Maomé. Na sequência dos atentados, o mundo começou a questionar o humor e seus excessos e, coincidentemente, a liberdade de expressão no mundo revela declínio, de acordo com o Article 19.⁸⁸¹

⁸⁷⁹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 71.

⁸⁸⁰ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 72.

⁸⁸¹ ARTICLE 19. *The Global Expression Report 2019/2020: The State of Freedom of Expression Around the World*. Disponível em: <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2020/10/GxR2019-20report.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

Quatorze jihadistas foram condenados a penas que variam de 4 a 30 anos de prisão⁸⁸². Mas a revista satírica não perdeu apenas seus ilustradores; viu acender um debate internacional sobre a sátira, o humor, o direito à blasfêmia. O povo, porém, caminhou novamente sobre Paris, pedindo respeito pela liberdade de expressão, defendendo a *Charlie Hebdo*⁸⁸³, entendendo que a resposta desproporcional e desmesurada dos terroristas não deveria diminuir direitos fundamentais há séculos conquistados naquele mesmo local, e respondendo aos religiosos

⁸⁸² O Tribunal Especial de Paris condenou Ali Riza Polat a trinta anos de prisão por “cumplicidade” nos crimes terroristas cometidos pelos irmãos Saïd e Chérif Kouachi e Amedy Coulibaly. Os cinco magistrados, que prenderam esta sentença a um período de segurança de dois terços, não seguiram as requisições do Ministério Público antiterrorismo, que exigia prisão perpétua contra o principal arguido presente, apresentado, como a “senhora de prova”, no atos preparatórios. Isabelle Coutant-Peyre, advogada de Ali Riza Polat, já anunciou que seu cliente vai recorrer. “*Lamento que as pessoas que estavam no camarote e que não eram, a meu ver, os culpados ou os responsáveis, tenham sido tratadas como animais de feira*”, declarou no final, denunciando “*uma forma de racismo na justiça francesa [...] e um julgamento fictício.*” (THOMAS, Marlène. Justice. Procès des attentats de 2015: les accusés condamnés à des peines allant de quatre ans de prison à la perpétuité. *Libération*, 16 dez. 2020. Disponível em: https://www.liberation.fr/france/2020/12/16/proces-des-attentats-de-2015-la-qualification-terroriste-ecartee-pour-six-des-onze-accuses-presentes_1808829/. Acesso em: 16 set. 2021) (tradução nossa).

⁸⁸³ Importante ressaltar o estudo do Centro de Estudos Judiciários de Portugal: “*Num tempo em que os conflitos políticos e militares têm também por fundamento visões religiosas radicalmente opostas do mundo e dos comportamentos permitidos ou proibidos a cada um de nós (mesmo aos laicos) e em que tal oposição ideológica por parte dos fundamentalistas islâmicos radicais já se manifestou através de atos terroristas bárbaros praticados em França (sendo que o HUMOR e uma das revistas iconoclastas que mensalmente o transmite foi o alvo único de um desses atos de ódio: CHARLIE HEBDO), assiste-se a um debate bem dentro da Europa acerca do que, em nome desse valor fundamental ocidental que é o da liberdade de opinião e expressão, deve ser dito e não dito, num exercício cauteloso de autocensura, por forma a não irritar (desnecessária e inutilmente) a besta assassina. Deixo-vos, assim, com estas derradeiras palavras, que foram redigidas por RICARDO ARAÚJO PEREIRA: «BASICAMENTE, HÁ TRÊS GRANDES PERSPETIVAS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: HÁ AS PESSOAS QUE SÃO CONTRA, AS PESSOAS QUE SÃO A FAVOR, E AS PESSOAS QUE SÃO A FAVOR DESDE QUE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO SIRVA APENAS PARA QUE OS OUTROS POSSAM DIZER COISAS QUE NÃO OFENDEM NINGUÉM. EU PERTENÇO AO SEGUNDO GRUPO, COM MAIS DUAS OU TRÊS PESSOAS. A MAIOR PARTE DA SOCIEDADE, SOBRETUDO AQUELA PARTE DA SOCIEDADE QUE SE MANIFESTA NA INTERNET, PERTENCE AO ÚLTIMO GRUPO. NÃO ME CUSTA A ADMITIR QUE ESSAS SÃO AS PESSOAS QUE MAIS AMAM A LIBERDADE DE EXPRESSÃO. PARA ELES, A LIBERDADE DE EXPRESSÃO É TÃO PRECIOSA QUE DEVE SER USADA COM PARCIMÓNIA, PARA NÃO ESTRAGAR. É TÃO IMPORTANTE QUE NÃO DEVE CAIR NAS MÃOS DE QUALQUER BADAMECO. E É TÃO NOBRE QUE ATÉ LHE FICARIA MAL PROTEGER QUALQUER DISCURSO. (...) PESSOALMENTE, GOSTO DA MINHA LIBERDADE DE EXPRESSÃO SEM MAS. É LIBERDADE SEM MAS, E CAFÉ SEM AÇÚCAR. REALMENTE, NÃO FICA TÃO DOCINHO, MAS NÃO ESTRAGA O VERDADEIRO SABOR» (Visão n.º 1201, de 10/3/2016 a 16/03/2016)*”. (SAPATEIRO, José Eduardo. *Humor, direito e liberdade de expressão*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, Coleção Formação Contínua, p. 215-235, dez. 2016. p. 110).

conservadores que a França, ainda em 1791,⁸⁸⁴ foi o primeiro país do mundo a descriminalizar a blasfêmia.⁸⁸⁵

Depois do acontecido na Charlie Hebdo, os principais jornais do mundo combinaram, em solidariedade, a “semana da republicação” em apoio da liberdade de expressão. Só jornais dinamarqueses, holandeses e belgas republicaram, tal como muitos em França; mas a maioria dos jornais britânicos não republicou, merecendo menção apenas o *The Guardian* e o *The Independent*, que reproduziram um memorial em homenagem ao jornal francês. O *The New York Times* disse que, em atenção às famílias muçulmanas de *Brooklyn*, não republicaria; a *Associated Press*, divulgou nota afirmando que há anos se abstém de apresentar imagens deliberadamente provocadoras⁸⁸⁶.

Com os ideais constituídos a partir da Revolução Francesa, a liberdade de expressão continua sendo um direito protegido e resguardado pelos tribunais franceses. Todavia, como já vimos, a sua posição no ranking da liberdade de expressão contraria os esforços em vista da manutenção deste direito sagrado e conquistado mediante uma revolução.

⁸⁸⁴ De fato, foi em 2007, durante o julgamento contra o Charlie Hebdo, pela publicação de charges de Maomé, que os juízes esclareceram sua posição sobre o crime de blasfêmia. Ao decidir que na “*França é possível insultar uma religião, suas figuras e seus símbolos*”, mas que “*por outro lado é proibido insultar os seguidores de uma religião*”, a liberdade de blasfêmia finalmente parece confirmada. No entanto, mesmo que esta decisão seja aprovada pelo Senado, que declara que “*na lei francesa, não há incriminação punindo blasfêmia conforme definido acima, isto é, nenhuma ofensa punindo ataques a divindades, dogmas, crenças ou símbolos religiosos*”, o fato permanece que os Recentes de Mila, em janeiro de 2020, - o adolescente que havia criticado por ocasião de um Instagram *ao vivo* a religião muçulmana - e o atual julgamento do Charlie Hebdo reacendem o debate sobre o valor legal da liberdade de blasfemar. A liberdade de expressão e, portanto, de acordo com a analogia jurídica francesa, a liberdade de blasfemar, também teria um valor supralegislativo, porque está consagrada na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos (CESDH), em particular em seu artigo 10, que afirma que “*Toda pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito inclui a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou transmitir informações ou ideias sem a interferência das autoridades públicas*”. Da mesma forma, o Senado lembra o valor jurídico internacional da liberdade de expressão em virtude do artigo 19, §1º do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, que afirma, sobriamente, que “*Ninguém pode se preocupar com suas opiniões.*” (MOUMINE, Célia. Le procès Charlie Hebdo et la liberté de blasphémer. *Ap.D Connaissances*, 09 set. 2020. Disponível em: <https://apdconnaissances.com/2020/09/09/le-proces-charlie-hebdo-et-la-liberte-de-blasphemer/>. Acesso em: 16 set. 2021) (tradução nossa).

⁸⁸⁵ *Se a blasfêmia é uma ofensa, é pertinente que se lhe dê um tratamento jurídico análogo à injúria e à difamação. Todas as individualidades físicas e morais podem, num estado de direito, exigir que a sua dignidade seja respeitada publicamente. Se uma pessoa, ou entidade, merece essa consideração, também um crente e a sua religião devem gozar de semelhante protecção legal. Quando a dignidade de indivíduos e instituições, religiosas ou não, é posta em causa, a sua defesa não é uma questão do foro confessional, mas uma exigência ética e jurídica.* (DE ALMADA, Gonçalo Portocarrero. Do terrorismo ao ‘direito’ à blasfêmia. In: SAPATEIRO, José Eduardo. *Humor, Direito e Liberdade de Expressão*. Humor na Jurisprudência Portuguesa. 1. ed. Centro de Estudos Judiciários: Lisboa, 2016. p. 210).

⁸⁸⁶ ASH, Timothy Garton. *Liberdade de Expressão: Dez princípios para um mundo interligado*. 1ª ed. Lisboa: Temas e debates – Círculo de leitores. 2017.p.176.

CAPÍTULO IV – OS PROBLEMAS QUE O HUMOR ARRASTA CONSIGO

Os homens receavam as bruxas e queimavam mulheres. A expressão tem por função libertar os homens da escravidão dos seus medos irracionais

Louis Brandeis, juiz norte-americano

Além de um alívio, uma válvula de escape, o humor é uma maneira de falarmos sobre coisas que de outra forma discutiríamos. Nas palavras de Timothy Ash, “*um inestimável antídoto para todos os fanatismos*”. E o autor continua, citando o escritor político israelita Amos Oz: “*Nem por uma vez na vida vi um fanático com sentido de humor, nem alguma vez vi uma pessoa com sentido de humor tornar-se um fanático*”⁸⁸⁷.

Segundo o autor, o humor é ato transgressor das normas convencionais de civilidade, fortalecendo a civilidade, subvertendo conscientemente o preconceito, asseverando que até a comédia tem seus limites, possivelmente determinado pelo juízo artístico e social, dependendo do que se está a expressar, quando, como e onde.⁸⁸⁸

Mick Hume relata uma bravata contra o humor denominando-os como *contra-Voltaire*. Alega que o que estes procuram é silenciar os humoristas, fazendo negar “*ao artista ofensivo o direito de falar, exigindo que ele seja silenciado. Esta veia censória só pode ter consequências graves tanto para a comédia como para a liberdade de expressão em geral*”⁸⁸⁹.

A comédia como vimos anteriormente é uma arte complicada: algumas pessoas podem rir de coisas improváveis, e a tentativa de impor limites, “*afastando-se o que não se enquadra no gosto do momento, é arriscar matá-la*”⁸⁹⁰.

Haverá divergência quanto a saber quais são os limites do direito e quais são as limitações impostas ao exercício de um direito, assistindo-se frequentemente a uma confrontação e considerando o abuso do direito como um limite deste, “*uma vez que estabelece o seu fundamento axiológico-normativo ou, se preferir, o seu substrato material*”, ao passo que

⁸⁸⁷ ASH, Timothy Garton. *Liberdade de Expressão: Dez princípios para um mundo interligado*. 1ª ed. Lisboa: Temas e debates – Círculo de leitores. 2017.p.116.

⁸⁸⁸ ASH, Timothy Garton. *Liberdade de Expressão: Dez princípios para um mundo interligado*. 1ª ed. Lisboa: Temas e debates – Círculo de leitores. 2017.p.281.

⁸⁸⁹ HUME, Mick. Tradução de Rita Almeida Simões. *Direito a ofender: a liberdade de expressão e o politicamente correto*. Tinta da China Editora. Lisboa: 2016.p.160-161.

⁸⁹⁰ HUME, Mick. Tradução de Rita Almeida Simões. *Direito a ofender: a liberdade de expressão e o politicamente correto*. Tinta da China Editora. Lisboa: 2016.p.165.

outros defendem “*que o referido instituto consubstancia uma limitação ao exercício do direito*”⁸⁹¹.

16 O abuso do direito

A regulação jurídica do chamado abuso do direito surgiu da necessidade de delimitação do exercício dos direitos ditos subjetivos, isto é, do controle em face da liberdade individual, quando o sujeito prejudica terceiros ao satisfazer os seus interesses. A discussão sobre o abuso do direito, praticado quando ocorre o exercício danoso do direito à liberdade de expressão em face dos direitos da personalidade de outrem, tem lugar no quadro da responsabilidade civil, já que a liberdade se afigura como instituto indissociável da responsabilidade:

*[...] a responsabilidade não é um obstáculo à liberdade, mas a outra face da moeda que jamais deixará de acompanhar aquela, porque o homem não pode continuar a ser visto como indivíduo, mas terá de ser visto necessariamente como pessoa dotada de uma ineliminável dignidade ética, e como tal, como um ser de responsabilidade.*⁸⁹²

Assim, identificar o abuso do direito, os limites internos e intimamente relacionados com a função do direito subjetivo são essenciais para se caracterizar a responsabilização do agente que excede os limiares do humor e ofende direitos fundamentais individuais e coletivos.

Trata-se, pois, da exteriorização da liberdade do indivíduo que se encontra autorizado pelo direito positivo (ordem jurídica) a agir e a exigir de outro indivíduo um determinado comportamento. Assim, retoma-se, neste momento, o debate acerca da ideia do direito subjetivo, que constitui a *facultas agendi*, i.e., o direito de fazer o que se quiser, enquanto o

⁸⁹¹ SEQUEIRA, Elsa Vaz de. Dos pressupostos da colisão de direitos no Direito Civil. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2004.p. 116. A autora ainda relembra, em relação aos limites do direito, à sua divisão entre limites intrínsecos e extrínsecos, sendo o primeiro derivado “*da estrutura do próprio direito subjetivo ou da previsão da norma que o consagra e são representados pelo objecto do direito e pelo conjunto de poderes e deveres que integram o seu conteúdo*”; já os extrínsecos “*atendendo à necessária coexistência no ordenamento jurídico desse direito com outros direitos, comprimem-se do exterior, traduzindo, desta forma, a limitação recíproca do campo da incidência das deferentes normas que consagram direitos subjetivos, operada pela interpretação das respectivas previsões normativas. O que significa que o âmbito de cada direito se encontra delimitado pelo objecto e pelos poderes e deveres que fazem parte do conteúdo dos demais direitos subjetivos*”.

⁸⁹² BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Do nexos de causalidade ao nexos de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Dissertação (Doutorado na área de Jurídico-civilísticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012. p. 306-307.

direito objetivo (ordenamento jurídico) seria a *norma agendi*, norma de agir, ou seja, as normas que disciplinam a conduta dos homens em sociedade.

Para cada direito subjetivo, impõe-se o cumprimento de um dever, sob pena de imposição de sanção prevista pela ordem jurídica. Daí a dificuldade de se delimitar até que ponto pode o sujeito satisfazer os seus interesses sem prejudicar terceiros.

A proposta deste capítulo é, portanto, a partir da perspectiva de que o exercício dos direitos fundamentais pode causar conflitos, entender como harmonizar as liberdades humanas, especialmente a liberdade de expressão, através da sua limitação, fixando para o abuso do direito os parâmetros que possibilitem a responsabilização civil e penal daqueles que ultrapassam essas fronteiras. Mais: reconhecendo que o abuso do direito constitui um instituto com ampla aplicação, observa-se, desde já, que o presente capítulo pretende discuti-lo enquanto conceito estruturante da responsabilidade civil, especialmente analisado sob a ótica do princípio fundamental da liberdade de expressão e do direito da personalidade.

Muito se discute acerca da origem do instituto do abuso do direito.

Alguns autores⁸⁹³ encontram traços da teoria do abuso do direito nas máximas e aforismos extraídos do Direito Romano a partir da *iuris prudentia* romana, ou seja, a ciência e técnica do direito que determinava o que era justo ou injusto, consoante o caso em concreto.⁸⁹⁴ Assim, na *prudentia* romana, proibiam-se atos praticados com a intenção de prejudicar um terceiro e que não trouxessem qualquer vantagem ao autor.

Contudo, é importante mencionar que o direito romano apresentou textos contraditórios, sob forte influência do individualismo e de presunções de que o direito subjetivo individual poderia ser exercido na forma pretendida pelo seu titular, sem qualquer freio ou limitação. O que se pode afirmar é que não havia, naquela época, um princípio geral proibitivo que limitasse o caráter absoluto dos direitos, mas era possível identificar o início de um movimento que buscava despertar nos sujeitos um interesse, ainda que mínimo, pelas consequências do exercício daqueles.⁸⁹⁵

Por sua vez, Menezes Cordeiro defende que no direito romano não há a formulação de uma teoria dos atos abusivos, mas apenas o julgamento descompromissado de atos que

⁸⁹³ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'Abus des Droits*. Paris: Dalloz, 1868, p.27.

⁸⁹⁴ DE SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. Abuso do direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). Tomo: *Teoria Geral e Filosofia do Direito*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/167/edicao-1/abuso-do-direito>. Acesso em: jun. 2022.

⁸⁹⁵ DE SÁ, Fernando Augusto Cunha. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 50.

poderiam ser qualificados como abusivos, mas sem uma base científica.⁸⁹⁶ Concordando-se ou não com o posicionamento deste autor, o instituto do abuso do direito sempre esteve permeado pela noção da equidade, do bom senso, desenvolvendo-se e ganhando força científica a partir da segunda metade do século XIX, na França, onde dois casos se tornaram famosos.

Em 1855, a edificação de uma falsa chaminé, destinada a prejudicar o vizinho, constituiu um célebre exemplo da constatação do abuso do direito julgado pelos tribunais, os quais, segundo comentário de Ustárroz, não concordaram com a atuação do proprietário, embora a obra tivesse sido realizada no seu terreno, “*uma vez que o seu agir era animado por uma perspectiva antissocial.*”⁸⁹⁷ No caso, a decisão determinou a demolição da falsa chaminé.

Já em 1913, em Compiègne, um morador, vizinho de um construtor de dirigíveis que possuía em sua propriedade um hangar para fazer as aterragens, construiu uma torre alta de madeira, equipada com pontas de ferro, com o objetivo de dificultar a aterragem das aeronaves naquele local. A decisão proferida reconheceu que o único fim da ação do réu foi prejudicar o autor, determinando-se a demolição das obras.⁸⁹⁸

Assim, pode-se dizer que a moderna teoria do abuso do direito teve sua origem, ainda no século XIX, na jurisprudência da França⁸⁹⁹ e na da Alemanha, constituindo uma forma de superação das teses positivistas, que enalteciam o direito subjetivo com um poder ilimitado. Remedio e Oliveira ratificam essa constatação, afirmando que a teoria do abuso do direito surgiu *como forma de superar as concepções individuais do século XIX, que compreendiam o direito subjetivo como expressão da liberdade individual e como poder de vontade ilimitada.*⁹⁰⁰

O contexto histórico do instituto tem íntima relação com o desenvolvimento da sociedade liberal e com o surgimento do sistema capitalista, considerando que nessa época teve início a discussão do absolutismo dos direitos, com a proposta da relativização destes em atenção ao caráter social da norma.

Considerando o direito positivado, a Prússia foi pioneira ao disciplinar, em 1794, a proibição do ato abusivo, estabelecendo que o exercício do direito pelas pessoas deveria ser contido em seus próprios limites.⁹⁰¹ Há, portanto, uma aproximação à ideia proposta pela teoria

⁸⁹⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 674.

⁸⁹⁷ USTÁRROZ, Daniel. A atualidade da teoria do abuso do direito. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, São Paulo, v. 68, n. 495, jan., 2019. p. 50.

⁸⁹⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 552-553.

⁸⁹⁹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 670.

⁹⁰⁰ REMEDIO, José Antonio; OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. O abuso de direito no sistema jurídico nacional: origens e aplicabilidade. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 22, n. 126, fev./maio, 2020. p. 120.

⁹⁰¹ CORDEIRO, op. cit. p. 674.

interna dos direitos fundamentais, em que os direitos existem com seu conteúdo já determinado, inclusive com os possíveis limites ao seu exercício, sendo limites imanes, internos e implícitos àquele direito.

O direito grego, que teve influência no direito português, foi muito influenciado pelo direito romano e pelos códigos francês e alemão, apresentando-se, de certa forma, mais moderno e objetivado. No caso do abuso do direito, o artigo 281 do Código Civil grego, de 1946, proíbe o exercício de um direito que exceda os limites da boa-fé, da moralidade ou dos fins sociais e econômicos do direito. Em um primeiro momento, a jurisprudência grega limitava o campo de incidência do abuso, reconhecendo-o apenas para os direitos subjetivos legais, ou seja, para aqueles que não fossem entendidos como de ordem pública. Por outro lado, a doutrina grega considerava que o artigo 281 constituía uma norma de ordem pública.⁹⁰²

Assim, a jurisprudência grega, de certa forma, estabeleceu uma classificação nova para os direitos subjetivos: aqueles que podem sofrer abuso e os que não podem. Esta limitação não se coadunava com a previsão contida no artigo 25 da Constituição Federal grega de 1975, que reconhece o direito dos cidadãos como símbolo máximo da liberdade e da justiça, condenando o seu exercício abusivo.⁹⁰³

Já no tocante ao direito português, o abuso do direito foi disciplinado pelo artigo 334 do Código Civil: *É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.*⁹⁰⁴

No Brasil, a teoria do abuso do direito teve influência significativa do direito português, conforme se pode comprovar pelo dispositivo do Código Civil de 2002 (artigo 187), muito embora a doutrina e os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro já o admitissem.

Feita esta sucinta retrospectiva da evolução do instituto do abuso do direito, e verificando-se a sua recepção pela jurisprudência e instituição do direito positivo, é possível concluir que o abuso do direito lança luz sobre o conceito de direito subjetivo, analisado no tópico “Oposição entre uma visão individualista e uma visão personalista”. Tratando, especificamente, de compreender a relação entre o humor e a liberdade de expressão, ponderando acerca das possíveis colisões entre direitos fundamentais, especialmente o

⁹⁰² SÁ, Fernando Augusto Cunha. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 78.

⁹⁰³ Ibid. p. 80.

⁹⁰⁴ PORTUGAL. *Código Civil Português*. Aprovado por Carta de Lei de 1 de julho de 1867. Lisboa, 1868. Disponível em: <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>. Acesso em: maio 2022.

exercício da liberdade de expressão em oposição ao desenvolvimento da personalidade, é importante que se recorde a tutela da personalidade como parte da moderna consciência jurídica, que ingressou nas Constituições contemporâneas como direito geral do homem e subjetivo público face ao Estado, tornando-se um direito subjetivo privado com efeitos absolutos em relação a terceiros.

José Antonio Remedio e Gustavo Henrique de Oliveira observam, pertinentemente, que *a complexidade da vida social torna cada vez mais difícil manter a pessoa restrita ao âmbito de seus próprios direitos, uma vez que seu comportamento, muitas vezes acaba atingindo direitos de terceiros.*⁹⁰⁵ A proposta é, então, compreender o que seria juridicamente permitido e socialmente aceito, e o que seria considerado abuso do direito, no exercício da liberdade de expressão pelos profissionais humorísticos.

A atual sociedade globalizada experimenta uma alta complexidade nas suas relações, o que promove, por certo, uma crise de valores, demandando que sejam observadas as diferenças, respeitando as suas individualidades, exigindo que o intérprete do direito se baseie em critérios técnicos e objetivos para compreender o abuso do direito sem se afastar da finalidade do instituto, entendida como sua utilidade não apenas individual, mas, sobretudo, coletiva e social.

Perlingieri observa que o interesse do titular do direito é protegido “*se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade*”. O interesse acaba provocando, na maior parte das vezes, “*uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus.*”⁹⁰⁶ E foi a complexidade dessas situações que levou à crise do direito subjetivo, cuja finalidade era a de defender um interesse individual e egoísta que não encontrou suporte nas novas relações sociais.

O autor explica que a complexidade das situações subjetivas indica que:

[...] em cada situação estão presentes momentos de poder e de dever, de modo que a distinção entre situações ativas e passivas não deve ser entendida em sentido absoluto, razão pela qual, aquela complexidade situacional exprime a configuração solidarista do nosso ordenamento constitucional.

⁹⁰⁵ REMEDIO, José Antonio; OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. O abuso de direito no sistema jurídico nacional: origens e aplicabilidade. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 22, n. 126, fev./maio, 2020. p. 116.

⁹⁰⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 677.

Assim, “ao poder de controle por parte de alguns se contrapõe o poder de disposição e de utilização por parte de outros”. A partir do momento em que o sujeito extrapola o exercício dos seus direitos, surge o abuso desses direitos. Perlingieri define o abuso como “o exercício contrário ou de qualquer modo estranho à função da situação subjetiva”. O autor observa que, “se o comportamento concreto não for justificado pelo interesse que impregna a função da relação jurídica da qual faz parte a situação, configura-se o seu abuso.”⁹⁰⁷

Dada a complexidade das diferentes relações entre sujeitos, é possível identificar vários comportamentos de abuso em cada situação e a sua função. Daí a necessidade de examinar os interesses em jogo e a sua relevância do ponto de vista jurídico, com o fim de promover a sua harmonização, por meio da aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, no âmbito individual e coletivo.

A partir de tais considerações, o autor constata que há abuso quando “um comportamento, ainda que coincidindo com o conteúdo do direito considerado de um ponto de vista formal, substancialmente constitui um seu desvio.”⁹⁰⁸

Portanto, o ordenamento contempla não um direito subjetivo ilimitado e que se preocupa apenas com o interesse do sujeito, mas “um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular.”⁹⁰⁹ Tais limites são inerentes ao direito subjetivo do sujeito e levam em conta razões de natureza coletiva.

Há, por certo, uma dificuldade inerente ao reconhecimento da fronteira entre o exercício dos direitos do sujeito de um lado, e, do outro, a limitação da sua conduta com relação a terceiros. Por essa razão, houve a imperiosa necessidade de as normas a serem criadas terem uma redação ampla e aberta, que lhes permitisse exercer um controle efetivo sobre as mais variadas formas de comportamento em sociedade.

Assim, a concessão de liberdade acaba demandando um controle por parte do Estado, para se evitar o chamado abuso do direito, definido por Remedio e Oliveira “como um fenômeno jurídico ligado à forma de exercício das prerrogativas jurídicas que, veladamente, pode mostrar-se prejudicial à esfera de direitos de outra pessoa, apesar de aparentemente ser compatível com o ordenamento jurídico.”⁹¹⁰

⁹⁰⁷ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 683.

⁹⁰⁸ Ibid. p. 684.

⁹⁰⁹ Ibid. p. 677.

⁹¹⁰ REMEDIO, José Antonio; OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. O abuso de direito no sistema jurídico nacional: origens e aplicabilidade. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 22, n. 126, fev./maio, 2020.

Rui Stoco afirma que é justamente na ideia de relatividade e de limitação do direito externado que a doutrina entende que *“a abusividade surge do conflito entre o interesse individual e o interesse coletivo.”*⁹¹¹ Stoco observa que se construiu um silogismo cujas premissas contêm as seguintes conclusões: *“(I) o direito é uma faculdade; (II) essas faculdades estão contidas no direito subjetivo; (III) esses direitos subjetivos são relativos e, por fim, (IV) é essa relatividade que ocasiona o abuso dos direitos.”*⁹¹²

A constatação da relatividade no exercício do direito subjetivo remete, inquestionavelmente, para os direitos fundamentais positivados na Constituição, entre os quais, os direitos de personalidade.

A esse respeito, Pietro Perlingieri alerta que:

*[...] a presença, na Constituição, de numerosas previsões de direitos civis (direito à saúde, ao estudo, à vida livre e digna) e de liberdades civis, unidas à cláusula geral de tutela do livre desenvolvimento da pessoa humana leva a excluir a tipicidade dos direitos da personalidade em termos quantitativos e permite considerar de forma qualitativamente diversa, o tema da pessoa, de maneira a elevá-la ao centro do ordenamento, estendendo a sua tutela e relevância objetiva.*⁹¹³

A constitucionalização de outros ramos do direito, entre os quais o direito civil⁹¹⁴, tem uma dupla finalidade: a de emprestar um pano de fundo, que remete para o princípio da dignidade da pessoa e, ao mesmo tempo, ponderar os interesses individuais (ou os direitos individuais) com os interesses da coletividade (direitos coletivos).

Perlingieri ratifica o fato de que, o constitucionalismo moderno e a introdução da consequente legalidade constitucional (leis ordinárias que se harmonizam com o texto constitucional) levaram ao método da interpretação constitucional, o qual reconhece a prevalência da Constituição como um ato normativo que deve orientar as leis que não poderão ter qualquer vestígio de inconstitucionalidade. Assim, a aplicação das chamadas normas-

⁹¹¹ STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 59.

⁹¹² STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 58.

⁹¹³ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 585.

⁹¹⁴ Outros ramos do direito foram igualmente constitucionalizados visando proteger a dignidade da pessoa humana. O direito penal e o direito administrativo fazem parte dessa constitucionalização.

princípios não assume a forma silogística da subsunção, “*mas aquela da otimização ao realizar o preceito, segundo uma sua hierarquia, mas também segundo uma sua razoável ponderação em relação ao caso concreto a ser decidido.*”⁹¹⁵

Ainda no sentido da ponderação entre os direitos individuais e os direitos coletivos, o autor reforça a necessidade de “*ter consciência de que a ideia de sociedade e de ética pressuposta na Constituição deve ser relevante e que, dessa forma, no ordenamento positivo penetram valores e princípios historicamente caracterizados.*”⁹¹⁶

A origem de tais mudanças encontra-se na exacerbação da liberdade individual a partir da Revolução Francesa, cuja principal conquista foi a garantia da autonomia da vontade dos indivíduos perante o Estado. Partiu-se de um extremismo anterior – uma forte intervenção estatal na vida dos indivíduos – para um ponto igualmente radical, em que se impôs uma total liberdade individual.

Remedio e Oliveira corroboram esta afirmação, ao observarem que a concepção doutrinária clássica, prevalecente no século XIX, “*adotou a ideia de que os direitos individuais eram absolutos, ou seja, a ação praticada com base no direito a ninguém prejudicava.*”⁹¹⁷ Ascensão afirma que tal pensamento teve como base o positivismo jurídico, cuja tese era a de “*não há obrigação que não conste da lei.*”⁹¹⁸

Pode-se dizer, assim, que a teoria do abuso do direito tem sido amplamente aceita pela doutrina, embora haja autores que persistam em negar a sua existência e divulguem a chamada teoria negativista.

Entre os teóricos da teoria negativista, é oportuno citar Marcel Planiol, que propugnou a tese da logomaquia para rejeitar a teoria do abuso do direito, tendo sido acompanhado por outros autores, como Emmanuel Lévy e Duguit. Planiol acredita que há uma contradição inerente à expressão abuso do direito: ou o sujeito se comporta de acordo com o direito, praticando ato lícito, ou o sujeito adota uma conduta que afronta o ordenamento jurídico e comete um ato ilícito. Em seu entender, a contradição na expressão estaria no fato de que não é possível falar, simultaneamente, em ato conforme e contrário ao direito, o que equivaleria a deduzir que “*o direito cessa quando o abuso começa.*”⁹¹⁹

⁹¹⁵ PERLINGIERI, op. cit. p. 585.

⁹¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 595.

⁹¹⁷ REMEDIO, José Antonio; OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. O abuso de direito no sistema jurídico nacional: origens e aplicabilidade. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 22, n. 126, fev./maio, 2020. p. 120.

⁹¹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. A propriedade de bens imóveis na dialética do abuso e da função. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Questões controvertidas: direito das coisas*. São Paulo: Método, 2008. p. 23.

⁹¹⁹ REMEDIO, op. cit. p. 123.

Jorge Manuel Coutinho de Abreu segue na mesma direção, ao observar⁹²⁰ que, no excesso levado a cabo no exercício de um direito, ele se torna ilegítimo, porquanto “*no abuso de um direito temos, não verdadeiramente um direito, mas sim um direito aparente.*”⁹²¹

Contudo, a teoria negativista foi paulatinamente rejeitada, tanto pela doutrina, quanto pela legislação (nacional e internacional). A teoria negativista foi responsável, ainda, por catalisar o desenvolvimento das correntes afirmativistas, com base na crítica da tese de Planiol.

De Sá observa que:

*[...] os defensores da tese afirmativista asseveram que o abuso do direito é ato ilegítimo, situando-se a ilegitimidade num excesso de exercício de um determinado direito subjetivo, isto é, são ultrapassados os limites que ao direito são impostos pela boa-fé, pelo fim econômico ou social e pelos bons costumes.*⁹²²

Contestando a teoria de Planiol, Louis Josserand, no início do século XX, desenvolve uma importante teoria do abuso do direito, cuja tese inspirou o conteúdo do artigo 187 do Código Civil brasileiro, aprofundando a teoria da responsabilidade civil daquele país.⁹²³ Josserand buscou destacar o sentido duplo do direito: aquele dos direitos subjetivos, que são prerrogativas do titular e aquele em que os direitos objetivos, entendidos como um conjunto de regras, enunciam o que seria lícito e ilícito.⁹²⁴ Josserand afirma que “*o exercício desmedido de um direito, sem limitação, conduziria à injustiça, por desconsiderar interesses legítimos alheios*”⁹²⁵, sendo que, ao exercer seu direito subjetivo, o titular poderia fazê-lo de forma a transgredir o direito objetivo, caracterizando o abuso do direito.

Nesse sentido, as prerrogativas concedidas ao titular de um direito só podem ser utilizadas se não estiverem em desconformidade com os interesses da coletividade. Para o autor, o real sentido do abuso do direito baseia-se no desvio do direito em relação à sua finalidade ou função social, seja a mesma econômica ou moral, egoísta ou desinteressada, já que esta traduz o seu verdadeiro espírito. Para um exercício legítimo dos direitos subjetivos, seria necessário,

⁹²⁰ O autor faz essa observação ao analisar o artigo 334 do Código Civil português.

⁹²¹ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 67.

⁹²² DE SÁ, Fernando Augusto Cunha. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 104.

⁹²³ USTÁRROZ, Daniel. A atualidade da teoria do abuso do direito. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, São Paulo, v. 68, n. 495, jan., 2019. p. 47.

⁹²⁴ PACHECO, José da Silva. Da teoria do abuso do direito no final do século XX. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, 1985. p. 69.

⁹²⁵ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'Abus des Droits*. Paris: Dalloz, 1868.p.78.

então, o respeito pela função que justificou a sua atribuição, pelo que os atos ilícitos não violam a letra da lei, mas o espírito dela, pois se apresentam como injustificados e ilícitos, ou, ainda, abusivos.⁹²⁶

A ideia da “funcionalidade social ou econômica” dos direitos subjetivos, grandemente impulsionada pela obra de Josserand, constitui uma das hipóteses mais controversas da teoria do abuso do direito, porquanto a expressão carrega o perigo da discricionariedade, ou seja, de ter diferentes significados, a depender de quem a interprete. Para resolver essa pendência, Castanheira Neves propõe que se busque o que denomina por axiologismo-normativo, o fundamento axiológico do direito, que seria o seu próprio e preciso limite.⁹²⁷ O critério retoma a ideia dos limites internos do direito, indicando um limite material para o seu exercício, que deve ser observado ao lado da estrutura formal do mesmo.

É esse o ponto sensível da teoria do individualismo, marcada pelo positivismo jurídico, acarretando um problema que corresponde à fronteira entre o que é permitido pela lei e o que é proibido. A base desse pensamento remete para o princípio da legalidade, razão pela qual se acabou criando uma cultura em que, se a lei não proíbe ou permite, o sujeito pode fazer o que quiser dentro dos parâmetros legais, quer tenha boa intenção quer aja de forma antiética e de má-fé, sob o manto aparente da legalidade. E é justamente esse o ponto que constitui sério óbice à identificação do abuso do direito nas relações em sociedade: o fato de um sujeito estar aparentemente exercendo os seus direitos expressos na ordem jurídica, quando, na verdade, já extrapolou a sua fronteira, causando danos ao direito de terceiros.

Evidentemente, a teoria mostra-se insuficiente quando se percebe que um indivíduo, ainda que agindo sob o manto da lei, a partir de um direito reconhecido pelo ordenamento jurídico, pode lesar terceiros, causando danos que colidem com a própria ideia do direito. A liberdade deve envolver deveres de respeito de uns em relação aos outros. Segundo Barbosa: “*Isto que o pensamento individualista não conseguiu compreender é perfeitamente ilustrado pela ideia do abuso do direito.*”⁹²⁸

A despeito da importância de se garantir o direito à liberdade das pessoas, a Revolução Industrial, que sobreveio tempos depois, acabou gerando problemas sociais que, ao contrário

⁹²⁶ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'Abus des Droits*. Paris: Dalloz, 1868. p. 364.

⁹²⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão-de-facto-questão de direito ou problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica: a crise*. Coimbra: Almedina, 1967. p. 522.

⁹²⁸ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*. Dissertação (Doutorado na área de Jurídico-civilísticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012. p. 307.

do que se pensava, demandou a intervenção do Estado nas relações sociais e contratuais, para o seu devido regramento, especialmente entre o capital e o trabalho, cuja solução iria muito além dos interesses meramente individuais.

Até então, o exercício dos direitos individuais acabou permitindo, impunemente, danos injustos a terceiros, sob o argumento, segundo Guerra, de que “*apenas e tão só se estar a exercitar um direito reconhecido por lei*” e que “*era invocado com frequência e, em princípio, era o suficiente para que se afirmasse a licitude das ações humanas*”. Contudo, o pressuposto de cada norma jurídica era o de promover a paz social, razão pela qual, a partir do final do século XIX, surge, finalmente, a reação àquela compreensão do “*absolutismo dos direitos individuais*”, afirma o autor.⁹²⁹

Passou-se, paulatinamente, a entender que teriam de ser relativizados tanto os poderes do Estado quanto os direitos individuais (das pessoas). Usando as palavras de Guerra: “*o direito subjetivo passa a encontrar limites nas próprias regras de convívio social, nas noções de bem-estar e nas exigências de justiça social.*”⁹³⁰ Na mesma direção, Josserand critica o absolutismo dos direitos subjetivos, ao questionar a forma de pensar os direitos humanos como invioláveis, uma vez que o indivíduo se torna soberano, usando o seu direito ilimitadamente, a despeito do seu meio social.⁹³¹

Mafalda Miranda Barbosa afirma, pertinentemente, que o absolutismo dos direitos subjetivos foi superado pelo suporte emprestado pela teoria personalista, a qual impôs limites àqueles direitos. Assim, no contexto do ordenamento jurídico português, observa que a redação do artigo 334 do Código Civil passou a ser interpretada de forma a facilitar a compreensão do abuso do direito. Portanto, “*é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim económico ou social desse direito.*”⁹³²

A partir daí, mudou-se, também, o entendimento do direito objetivo (antes atrelado ao positivismo), cujo papel não seria mais o de constituir uma mera forma de ordenamento das condutas sociais. De acordo com a autora, o direito objetivo passa a apresentar uma dimensão axiológica, que tem o condão de enquadrar e informar: a) os diversos preceitos normativos; b)

⁹²⁹ GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. *Responsabilidade civil por abuso do direito*. São Paulo: Editora da Escola Paulista da Magistratura, 2016. p. 301-302.

⁹³⁰ GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. *Responsabilidade civil por abuso do direito*. São Paulo: Editora da Escola Paulista da Magistratura, 2016. p. 302.

⁹³¹ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'Abus des Droits*. Paris: Dalloz, 1868.p.27.

⁹³² BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Litigiosidade Jurídico-Religiosa*. Cascais: Principia, 2015. p. 148.

os arrimos jurisprudenciais; e c) as múltiplas construções que a doutrina cria para facilitar a busca da justiça.⁹³³ Ou seja, a validade do ordenamento jurídico resulta das construções sociais, daquilo que os indivíduos entendem como correto em determinado momento.

É importante reforçar que a dimensão axiológica no âmbito do direito objetivo implica a escolha dos valores morais e éticos que devem servir de orientação, na criação de normas, na fixação da jurisprudência e do conteúdo doutrinário. Com esta concepção, aquela normatividade vai além da positividade, validando o ordenamento jurídico no sentido de concretizá-lo, efetivamente, em cada caso.

Partindo, pois, do pressuposto da dimensão axiológico-normativa do direito objetivo, os dispositivos legais passaram a disciplinar os direitos subjetivos e a absorver, paulatinamente, as situações configuradoras do abuso do direito que, anteriormente, eram apenas instituídas pelos tribunais.

Conforme Mafalda Miranda Barbosa afirma: *“estas normas o que fazem é recuperar para o próprio conteúdo normativo-conceitual dos direitos subjetivos em causa os limites que, através de uma prévia casuística do abuso do direito, se lhes foi reconhecendo”*. A autora ressalta que *“esse abuso abstratamente regulado passa, logo no plano formal, a definir o conteúdo normativo dos direitos a que se refere, e remete-nos, portanto, para questões interpretativas e de aplicação da lei no seu sentido comum.”*⁹³⁴

Entende-se, portanto, atualmente, o direito subjetivo como um dever-ser, que respeita a dignidade da pessoa, alçada ao plano do Direito constitucional e cujo exercício se deve conformar com a aplicação dos direitos de personalidade, elencados também como direitos fundamentais. Daí que a teoria do abuso do direito se apoie no princípio da convivência, visando a conciliação do direito individual em relação aos direitos alheios, fixando-lhe um limite.

Tomando como ponto de partida o fato de as normas adquirirem dimensão axiológica, a sua essência converge, inevitavelmente, usando as palavras de Miranda Barbosa, *“para o que pode ser sustentado na ótica dos princípios e no plano metodológico e filosófico mais denso e puro.”*⁹³⁵

Assim, reconhecer um direito subjetivo é constatar que ele faz parte de um todo jurídico, composto por princípios normativos que deverão ser respeitados, sinalizando que o direito de

⁹³³ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Litigiosidade Jurídico-Religiosa*. Cascais: Principia, 2015. p. 148.

⁹³⁴ Ibid. 149.

⁹³⁵ Ibid. p. 151.

um sujeito deve ser exercido em consonância com as normas, as quais deverão ser interpretadas à luz daqueles princípios, resultando na preservação da dignidade da pessoa:

*Dito de outra forma, se o direito subjetivo é visto como uma forma de realização da autonomia privada, uma forma de exercício da liberdade humana, então, teremos de concluir que ele implica não só a delimitação de uma esfera de ação, mas igualmente uma série de deveres, desde que se entenda a liberdade como uma liberdade em sentido positivo, geradora de responsabilidade e deveres de solidariedade.*⁹³⁶

Haverá então abuso do direito sempre que o exercício concreto do direito invocado pelo sujeito seja dissonante com um ou mais princípios normativos que compõem o sistema jurídico, seja ele, “positivo, transpositivo ou suprapositivo”, observa Miranda Barbosa.⁹³⁷ A estrutura formal do direito subjetivo, fixada pelo ordenamento jurídico, e o fundamento normativo desse direito, que lhe confere materialidade, devem estar em conformidade; caso contrário, haverá abuso do direito.⁹³⁸

Retomando o estudo do artigo 334 do Código Civil português, que define o abuso do direito, propõe-se, neste momento, para definirmos as bases para os desenvolvimentos subsequentes, uma exegese da referida normativa, que assim dispõe: “*É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.*”⁹³⁹

A referida norma começa por estatuir a ilegitimidade do exercício de um direito: “*É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente*”, possuindo, segundo Menezes Cordeiro, o mesmo significado da expressão “é ilícito” ou “não é permitido”. Configura-se o abuso do direito quando o agente não tiver a habilitação, a autorização para agir no âmbito de certo direito.

⁹³⁶ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Um caso de ressarcimento de danos puramente patrimoniais – comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de setembro de 2016 (processo nº1952/13.6TBPVZ.P1.S1). *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3, n. 2, p. 453-486, 2017. p. 467. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/2/2017_02_0453_0486.pdf. Acesso em: jun. 2022.

⁹³⁷ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Litigiosidade Jurídico-Religiosa*. Cascais: Principia, 2015.

⁹³⁸ BARBOSA, op. cit. p. 467.

⁹³⁹ PORTUGAL. *Decreto-Lei n. 47344, de 25 de novembro de 1966*. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação - Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/47344-1966-477358>. Acesso em: 18 out. 2021.

Além do mais, a ilegitimidade deve ser lida não somente em seu sentido técnico, associada à figura técnica da ilegitimidade processual, como também alcançando o agir do agente que, ainda que autorizado pela lei, exceda os limites da boa-fé, dos costumes ou dos fins sociais e econômicos do direito.⁹⁴⁰ Não há, portanto, a classificação do ato abusivo como ato ilícito, o que, de certa forma, possibilita a produção de outros efeitos jurídicos. O ato abusivo é, portanto, um ato ilegítimo.

Também neste primeiro trecho o legislador estatuiu que o ato abusivo demanda um agir, um exercício, a prática de uma ação. Cabe, neste ponto, interrogarmo-nos acerca do cabimento do ato abusivo na omissão por parte do agente. Embora a expressão contenha a ideia de atuação, ela deve ser compreendida de modo a comportar tanto a ação quanto a omissão, desde que esta seja relevante ao ponto de se projetar na esfera de interesses de outra pessoa.

Em seguida, exige-se, para a configuração do abuso, que o agente pratique sua ação de forma notória: “*quando o titular exceda manifestamente*”. Assim, para que o abuso se caracterize, seria necessário que o excesso fosse manifesto, uma vez que só assim é que se poderia justificar a responsabilização. Ocorre que a expressão é estabelecida sob uma base fortemente valorativa, exigindo que o intérprete do Direito utilize critérios objetivos para verificar se a ação ou omissão causou repercussão sobre a vida dos sujeitos atingidos.

A segunda parte do artigo dispõe assim: “[...] *os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.*” O artigo em análise sanciona, então, o comportamento que exceda objetivamente determinado limite.

O primeiro aspecto que se sujeita aos limites objetivos seria a boa-fé, também mencionada, com o mesmo sentido objetivo, nos artigos 227º/1, 239º e 437º/1 do Código Civil português. A boa-fé, em seu sentido objetivo, entendida como princípio normativo, impõe aos sujeitos um modo de agir qualificado, correspondente ao padrão objetivo de comportamento exigível a um sujeito leal, honesto e correto. Demanda-se, portanto, a assunção de um padrão passível de ser qualificado, objetivamente, como uma conduta correta, a partir da qual será possível decidir, no caso concreto, se o exercício de um direito estaria de acordo ou não com a boa-fé.⁹⁴¹

⁹⁴⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, n. 65, v. 2, set. 2005. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutriniais/antonio-menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e-perspectivas-star/>. Acesso em: jun. 2022.

⁹⁴¹ Ibid.

Diante do caráter indeterminado da boa-fé referida na forma de cláusula geral, é interessante mencionar que a doutrina moderna tem estabelecido hipóteses típicas caracterizadoras da cláusula geral da boa-fé. Um exemplo seria a proibição *do venire contra factum proprium*, ou seja, o exercício de uma posição jurídica em contradição com um comportamento assumido antes pelo sujeito, tendo em vista contrariar a boa-fé e o princípio da confiança.

Quanto aos bons costumes, há uma pretensão de validade supraindividual, que remete para a moral social, ou seja, aquele conjunto de regras morais que são aceitas e adotadas por todos os membros da comunidade. Não se trata de usos ou práticas morais, mas de comportamentos que se entende deverem ser observados. Trata-se de uma moral objetiva, que corresponde ao sentido ético imperante na comunidade social.⁹⁴²

Nas palavras de Orlando de Carvalho⁹⁴³, os princípios da boa fé e dos bons costumes, são como normas em branco, não porque:

ao juiz caiba inventar a solução, como acontece nas decisões de equidade: é porque lhe cabe veiculá-la e filtrá-la de uma massa ideológica tanto menos orgânica quando se prende, sobretudo, com comportamentos e sentimentos cuja sistematização é extremamente difícil, já porque vão evoluindo como decurso do tempo, já porque se filiam frequentemente em rotinas de cuja origem há muito vaga consciência, já porque sofrem de uma permanente dialéctica (ideologia dominante – ideologia dominada), que torna assaz controverso o consenso a seu respeito.

Por fim, o artigo em análise faz referência aos fins econômicos e sociais. Este fim compreende a função/finalidade atribuída a um direito, a qual é contrariada pelo agente em sua atuação, ou seja, enquanto os bons costumes e a boa-fé são limites gerais ao exercício de um direito, o fim econômico ou social trata de cada direito, individualmente considerado.

⁹⁴² DE MELO, Daniel Bessa. O abuso do direito: contributos para uma hermenêutica do artigo 334.º do Código Civil português. *Revista Julgar*, out. 2020. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2020/10/20201029-JULGAR-O-Abuso-do-Direito-contributos-para-uma-hermen%C3%AAutica-do-art-334-do-C%C3%B3digo-Civil-portugu%C3%AAs-1.pdf>. Acesso em: jun. 2022.

⁹⁴³ CARVALHO, Orlando de – *Teoria Geral do Direito Civil*. 3 ed. Coimbra Editora 1992, p. 116.

Aqui, é interessante mencionar que uma parte da doutrina⁹⁴⁴ adota o conceito de “fim pessoal” do direito, em que este se dirigiria à realização de interesses da pessoa a quem fosse atribuído, reconhecendo-se uma posição utilitarista do instituto.

Contudo, cumpre ter presente que o exercício de um direito não trará necessariamente um benefício ao seu titular, de modo que, se ele não interferir na esfera de outrem, será juridicamente irrelevante. Remédio e Oliveira afirmam que *“todos os direitos possuem uma finalidade social, de forma que somente o exercício do direito em conformidade com a finalidade social possuirá legitimidade.”*⁹⁴⁵ Uma ação pode ser contrária aos princípios e ao ordenamento jurídico e, ainda assim, ter sido realizada nos limites do direito subjetivo.

Conclui-se, então, que a função pessoal significaria que os direitos são atribuídos aos sujeitos para finalidades próprias da realização desses sujeitos, havendo desvio quando o exercício desses se dê não em benefício próprio, mas com a intenção de prejudicar terceiros.⁹⁴⁶ Heloísa Carpena, observa que se *“impõem limites éticos ao exercício dos direitos subjetivos e de outras prerrogativas individuais, como o princípio da boa-fé objetiva, dos bons costumes, da função social e econômica dos direitos”*. Assim, *“todo e qualquer ato jurídico que desrespeite tais valores, ainda que não seja ilícito por falta de previsão legal, pode ser qualificado como abusivo, ensinando a correspondente responsabilização.”*⁹⁴⁷

Por fim, é possível constatar que *“a projeção para a boa-fé, os bons costumes e o fim econômico e social do direito só se torna inteligível na medida em que estas fórmulas possam ser vistas como expressão de princípios normativos do sistema.”*⁹⁴⁸ Tal é a dimensão axiológica que o direito objetivo atualmente alcançou. Conforme já referido, a normatividade vai além da positividade, validando o ordenamento jurídico no sentido de concretizá-lo, efetivamente, em cada caso a ser analisado.

Feito tal esforço de decomposição analítica da fórmula do supramencionado artigo, é possível, então, buscar delimitar conceitos para o que se entende e configura o abuso do direito. Utilizam-se definições apresentadas por doutrinadores de renome, de modo a dar robustez à formulação que se pretende neste trabalho.

⁹⁴⁴ FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil*: fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica. 5. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2010. p. 625.

⁹⁴⁵ REMÉDIO, José Antonio; OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. O abuso de direito no sistema jurídico nacional: origens e aplicabilidade. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 22, n. 126, fev./maio, 2020. p. 124.

⁹⁴⁶ DE MELO, op. cit.

⁹⁴⁷ CARPENA, Heloisa. O abuso do direito no código civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *Parte Geral do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 391-394.

⁹⁴⁸ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Litigiosidade Jurídico-Religiosa*. Cascais: Principia, 2015. p. 152.

Caio Mário da Silva Pereira explica o que entende por abuso do direito:

*[...] abusa, pois, de seu direito o titular que dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito próprio. O fundamento ético da teoria pode, pois, assentar em que a lei não deve permitir que alguém se sirva de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem.*⁹⁴⁹

Aqui, Rui Stoco esclarece com propriedade que, para o exercício de um direito, o indivíduo deve manter-se “dentro de uma limitação ética, além da qual desborda do lícito para o ilícito e do exercício regular para o exercício abusivo.”⁹⁵⁰

De forma similar, Gustavo Henrique de Oliveira entende que “o abuso de direito corresponde a uma categoria especial de ato jurídico que se situa entre o ato lícito e o ato ilícito, iniciando-se em conformidade com as disposições legais, porém finalizando com desrespeito aos valores contidos na lei ou no direito.”⁹⁵¹

Diante de tais pressupostos, Strenger define o conceito de abuso do direito como: “[...] o ato realizado, com apoio em preceito legal, que causa dano a interesse não especificamente protegido pelo ordenamento positivo, manifestado pela lesão a princípios éticos e sociais, objetiva ou subjetivamente, mediante adequação entre o intencional e o sentido da lei.”⁹⁵²

Em todos estes conceitos se percebe que o abuso do direito é caracterizado não somente a partir do ato ilícito, positivamente identificado, mas se aproxima também dos princípios normativos que compõem o sistema jurídico, especialmente os princípios da boa-fé, os bons costumes, e o fim econômico e social do direito. Ao expressarem os princípios normativos, estas cláusulas possibilitam a identificação e configuração do abuso do direito em cada situação, além de facilitarem a sua avaliação e o equilíbrio dos interesses (direitos) em causa.

Desta maneira, o abuso do direito abrange o exercício de qualquer direito a partir de uma forma anormal, no sentido da sua intensidade ou da sua execução, que possa comprometer o gozo dos direitos de um terceiro e criar uma desproporção objetiva entre a utilidade do exercício por parte do seu titular e as consequências que outra pessoa tem de suportar.

⁹⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 430.

⁹⁵⁰ STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 59.

⁹⁵¹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *Responsabilidade Civil: do seu abrandamento à luz da nova sistemática brasileira*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 44-45.

⁹⁵² STRENGER, Guilherme Gonçalves. Abuso de direito. *Revista Associação Paulista do Ministério Público*, São Paulo, v. 1, n. 12, p. 24–25, nov., 1997. p. 24.

Configura abuso a situação em que, existindo em concreto o direito, o seu exercício choca com a dimensão de fundamentação, exemplificando uma situação que preenche critérios de abuso do direito:

*Se A, pessoa, usar a sua liberdade de expressão de modo tal que ponha em causa a dignidade de B, a contradição gerada não ocorre entre o direito e o fundamento do seu reconhecimento, mas diretamente entre o exercício que do direito se faça e o princípio normativo do reconhecimento da dignidade do outro e, portanto, dos direitos de personalidade dele.*⁹⁵³

Há, aqui, abuso do direito em sentido próprio, assim denominado pela autora, pois a situação em apreço preenche os critérios de concretização dos chamados limites à liberdade de expressão, quando se trata da proteção dos direitos de personalidade.⁹⁵⁴

O intérprete terá mais elementos para analisar os motivos que legitimam o exercício dos direitos, condenando os atos antissociais, isto é, aqueles que não se harmonizam com a finalidade da lei, embora, conforme já afirmado, sejam adotados, aparentemente, em conformidade com a lei.

Assim, para que o sujeito exerça o seu direito, é necessário que se submeta a uma obrigação de não provocar danos aos outros sujeitos, em consonância com o princípio da solidariedade, em qualquer aspecto da vida cotidiana: político, econômico ou social. O fato de se levar em conta a necessidade de se harmonizarem as complexas relações sociais contemporâneas facilitou a convivência e a consciência da solidariedade que deve haver entre os interesses individuais e coletivos. Remedio e Oliveira afirmam, em registo conclusivo, que “*a teoria do abuso do direito, rompendo com a tradição absolutista e individualista do direito, contribui de forma concreta para a sua socialização.*”⁹⁵⁵

Ainda tratando do conceito do abuso do direito, Limongi França argumenta que este constitui uma categoria de conteúdo próprio, entre o ato lícito e o ilícito, de modo que a ilicitude do ato estaria na sua forma de execução, configurando o abuso: “[...] *um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado*

⁹⁵³ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Litigiosidade Jurídico-Religiosa*. Cascais: Principia, 2015.p.44.

⁹⁵⁴ Ibid.

⁹⁵⁵ REMEDIO, José Antonio; OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. O abuso de direito no sistema jurídico nacional: origens e aplicabilidade. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 22, n. 126, fev./maio, 2020. p. 134.

que se considera ilícito”⁹⁵⁶ É um ato ilícito na medida em que o autor transgride o dever de observar as regras morais e a finalidade econômica e social do direito.

Também nesse sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade afirmam que o abuso do direito constitui uma categoria autônoma, definindo-o assim:

*[...] categoria autônoma, de concepção objetiva e finalística, e não apenas dentro do âmbito estreito do ato emulativo (ato ilícito). Diferentemente do ato ilícito, que exige a prova do dano para ser caracterizado, o abuso de direito é aferível objetivamente e pode não existir dano e existir ato abusivo.*⁹⁵⁷

Em sentido contrário, Paulo Nader considera o abuso do direito como um ato ilícito e que deve gerar uma sanção civil.⁹⁵⁸ O autor parte do pressuposto de que o ato ou é ilícito e deve ser vedado, ou se enquadra como válido e legal, a exemplo de outros autores que não reconhecem a autonomia desse instituto.⁹⁵⁹

O debate proposto pelo Professor Proença propõe uma reflexão sobre o conceito de ilicitude no ordenamento jurídico português:

Sabendo-se que a ilicitude assume um papel decisivo na configuração de qualquer responsabilidade civil subjetiva, o legislador de 1966, repudiando a assimilação “italiana” feita, pelo art. 28º do Decreto-Lei nº 32171, de 29 de julho de 1942, entre ilicitude e dano injusto, concebeu esse requisito de uma forma mais rigorosa e mais ampla do que sucedera no art. 2.361º do Código de Seabra, repartindo, no nº 1 do art. 483º, «o domínio da ilicitude em duas grandes províncias» (p. 95). Esta parte da norma irá mais tarde ser fonte de controvérsia, quer na sua letra, quer no seu conteúdo, ao serem colocados certos quesitos:

⁹⁵⁶ LIMONGI FRANÇA, Rubens. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 45.

⁹⁵⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 256.

⁹⁵⁸ Remete para a posição de autores que defendem a teoria negativista do abuso de direito.

⁹⁵⁹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.p.85.

o que é «violar ilicitamente o direito de outrem»? Que direito de outrem? Como identificar uma norma de proteção?»⁹⁶⁰

Nessa perspectiva, entende-se que há ilicitude no excesso dos limites impostos pelos bons costumes, “[...] porque se incorre numa forma qualificada de ilicitude”⁹⁶¹, ou pelos fins econômicos e sociais do direito, “[...] porque a intervenção danosa não se poderá socorrer da causa de exclusão de ilicitude consistente no exercício regular do direito”⁹⁶². Ora, não é possível convocar a ilicitude para a hipótese de violação do princípio da boa-fé, por não haver um dever jurídico de corresponder às legítimas expectativas de terceiros. É nesse sentido que Mafalda Miranda Barbosa entende o abuso do direito como uma terceira modalidade de ilicitude extracontratual, dando-se muitas vezes a sua caracterização sem a mediação de uma norma legal.⁹⁶³

Dentro dessa perspectiva, o abuso do direito seria, então, um dos tipos delituais específicos que conduzem à responsabilidade civil extracontratual. A responsabilidade civil extracontratual é aquela na qual se encaixam as violações dos direitos de personalidade, fundando-se na discussão “entre liberdade e responsabilidade, actualizada por uma ideia de solidariedade, sustentada num plano de comunicação global, é erigida em nome da tutela de bens jurídicos essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade de cada um”.⁹⁶⁴

A principal função da responsabilidade civil extracontratual por fatos ilícitos é essencialmente reparadora de danos, visando a restituição dos lesados ao estado em que se encontravam antes do episódio da lesão. Assim, quando o exercício abusivo de um direito, por uma pessoa, causar dano a outra, dará lugar à obrigação de indenizar, com o intuito de preservar a justiça e o equilíbrio social, já que o dano gera um desequilíbrio jurídico e econômico a ser restaurado.

⁹⁶⁰ PROENÇA, José Carlos Brandão. A responsabilidade civil extracontratual nos 50 anos de vigência do código civil: um olhar à luz do direito contemporâneo. *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 1, p. 245-311, 2019. p. 247.

⁹⁶¹ DE MELO, Daniel Bessa. O abuso do direito: contributos para uma hermenêutica do artigo 334.º do Código Civil português. *Revista Julgar*, out. 2020. p. 59. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2020/10/20201029-JULGAR-O-Abuso-do-Direito-contributos-para-uma-hermen%C3%AAtica-do-art-334-do-C%C3%B3digo-Civil-portugu%C3%AAs-1.pdf>. Acesso em: jun. 2022.

⁹⁶² Ibid.

⁹⁶³ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Do nexos de causalidade ao nexos de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Dissertação (Doutorado na área de Jurídico-civilísticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012. p. 341.

⁹⁶⁴ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate. *Boletim da faculdade de Direito*, n. 81, 2005. p. 512.

Ainda sobre o dever de reparação, derivado da ideia de compensar o desequilíbrio causado pelo ato ilícito, Díez-Picazo observa que:

*[...] a vida jurídica é uma luta constante em que se enfrentam os direitos e interesses. Cometer uma falta delitual é ferir um direito sem poder justificar-se em um direito superior ou pelo menos equivalente. Este ato ilícito compromete a responsabilidade do seu autor, porque envolve uma ruptura do equilíbrio jurídico que somente a condenação a uma compensação pode restabelecer.*⁹⁶⁵

Dessa forma, a existência comunitária do indivíduo, enquanto ser (necessariamente) social, “*só pode existir bem, isto é realizar-se, quando harmoniza interioridade e vida social, bem próprio e bem comum, personalidade e comunidade*”⁹⁶⁶. Porém, sendo certo que, mesmo nas comunidades primitivas se divisavam normas reguladoras da convivência (e, assim, direito), não é menos certo que tal convivência nunca se fez sem confronto ou conflito entre os seus elementos. Neste particular, existiu no seio das comunidades humanas desde os primeiros tempos a noção ou ideia de delito, enquanto mal ilegitimamente causado por um elemento da comunidade a outro, no quadro e em resultado das relações de convivência (então, de conflito) entre os diversos membros.

Originalmente, a reação ao delito (necessária para a reafirmação da própria comunidade que aquele contraria) era concretizada pela simples exposição do autor à represália (*rectius*, à *vindicta*) do ofendido ou da sua família. A principal manifestação positiva da vingança encontra-se na famosa lei de Talião⁹⁶⁷, também dita pena de Talião⁹⁶⁸, que se descobre em

⁹⁶⁵ Do original: “*La vida jurídica és una lucha constante em la cual derechos e intereses se enfrentan. Cometer una falta relictual es lesionar un derecho sin poder justificarse en un derecho superior o por lo menos equivalente. Esse acto deviene ilícito y compromete la responsabilidade de su autor, porque supone una ruptura del equilibrio jurídico que solo la condena a la indemnización puede restabelecer.*” (DÍEZ—PICAZO, Luis. *Derecho de danos*. Madrid: Civitas, 1999. p. 293). (tradução nossa).

⁹⁶⁶ CRUZ, Sebastião. *Direito Romano (Ius Romanum)*. Coimbra: Fontes, 1984. p. 9.

⁹⁶⁷ “*Talião, isto é, o direito pelo qual alguém sofre o mesmo mal que fez*”, do latim *lex talionis: lex: lei, e talion: retaliação*.

⁹⁶⁸ Definição de Melo Freire que, reportando-se ao talião plasmado em vários livros das Ordenações Filipinas (liv. 3, tit. 60, parágrafo 5, e liv. 5, tit. 85, entre outros), afirma que essa pena “*não significa que se possa retribuir com um mesmo gênero, por exemplo, infligir um ferimento natural igual, e, se for tomado à letra, não pode realmente ter lugar em todos os delitos, quais os morais, mas tão somente que deve haver verdadeira medida e estimação do delito, e a justa reparação do dano.*” (MELO FREIRE. *Instituições de Direito Criminal Português. Boletim do Ministério da Justiça*, n. 155, 1966, tradução de Miguel Pinto Meneses).

textos tão arcaicos como o Código de Hamurabi de 1730 a.C., no reino da Babilônia, ou no direito hebraico constituído na Bíblia.⁹⁶⁹

Em último termo, a reação (*reactius*, retaliação) era demarcada pela exigência de uma rigorosa reciprocidade ou correspondência entre o crime e a pena, refletida, na asserção “*olho por olho, dente por dente.*”⁹⁷⁰ A reação ao ilícito era, então, coisa privada, da iniciativa do ofendido ou dos seus familiares⁹⁷¹, muito distante de qualquer tipo de controle comunitário que não fosse o da fixação de um limite de reciprocidade para a retaliação.⁹⁷²

A Lei das XII Tábuas foi o primórdio da intervenção do Estado e o primeiro passo na direção da separação entre o ilícito de caráter civil e a infração de índole penal, já no período da República⁹⁷³, caracterizando-se, de um lado, por uma “*notável extensão da repressão pública, à qual são atraídos muitos atos lesivos contra o interesse geral que antes não eram considerados como merecedores de sanção, e, de outro, pela forte tendência a submeter o controle estadual ao arcaico regime da vingança privada.*”⁹⁷⁴

O modelo aquiliano foi um dos passos mais decisivos na evolução anunciada no plebiscito do século III a.C., o qual no domínio da responsabilidade extracontratual ficaria famoso como a *Lex Aquilia de damno*, e o lançamento de alguns dos elementos fundamentais do ilícito civil. Tamanha é a sua importância que, até aos dias atuais, figuram na base do sistema de responsabilidade civil extracontratual. O *damnum iniuria datum*, ou *damnum vislumbra-*

⁹⁶⁹ O direito à vingança é permitido e, de certo modo, imposto pela Bíblia, no Velho Testamento, nomeadamente no Livro do Êxodo, cap. 21, versículos, 22-25 (“*Se alguns homens pelejarem, e um ferir uma mulher grávida, e for causa de que aborte, porém não havendo outro dano, certamente será multado, conforme o que lhe impuser o marido da mulher, e julgarem os juízes. Mas se houver morte, então darás vida por vida. Olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé. Queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe*”, e no Livro do Levítico, cap. 24, versículos 19-20: “*Quando também alguém desfigurar o seu próximo, como ele fez, assim lhe será feito; Quebradura por quebradura, olho por olho, dente por dente; como ele tiver desfigurado a algum homem, assim se lhe fará*” (BÍBLIA, V. T. Êxodo, cap. 21, 22:25).

⁹⁷⁰ “*A lei do talião [...] representa já um progresso perante a ilimitação da vingança primitiva*” (ARANGIO-RUIZ apud ANTÔNIO LA TORRE, *Genesi e Metamorfosi della Responsabilità Civile*. Revista do Direito da Integração e Unificação na América Latina, n. 8, 1999. p. 62).

⁹⁷¹ “*Enquanto a vingança privada [...], que transforma a vítima ou seus parentes em ministros da expiação, foi o primeiro dominante na legislação, a distinção entre responsabilidade civil e a criminal não podia surgir*” (MANUEL DIAS DA SILVA. *Estudo sobre a responsabilidade civil conexas com a criminal*, Primeira parte, Imprensa da Universidade de Coimbra, 1886. p. 2).

⁹⁷² Num ulterior desenvolvimento, a vingança seria percebida como poder do lesado enquanto representatividade da coletividade (ANTÔNIO LA TORRE, *Genesi e Metamorfosi della Responsabilità Civile*. Revista do Direito da Integração e Unificação na América Latina, n. 8, 1999).

⁹⁷³ De 510 a.C. a 27 a.C. – Até à queda no império romano do Ocidente, Roma passou pelas seguintes formas de governo: *monarquia* (753 a.C. a 510 a.C.); *república* (510 a.C. a 27 a.C.); *principado* (27 a.C. a fins do século III – 284); *dominado* (284 a 476).

⁹⁷⁴ BERNARDO SANTALUCIA. *Derecho Penal Romano*, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, S.A., Madrid, 1990. p. 55.

se no seu desvalor econômico, e, portanto, “*como diminuição do patrimônio conseqüente do fato lesivo que é datum, ou seja, produzido ao terceiro.*”⁹⁷⁵

A evolução da responsabilidade civil trilha o caminho das reformas de Augusto durante o *Principado*, sendo introduzida na sistematização pelos juristas romanos enquanto fato criador de obrigações. Assim: a responsabilização devida pelo dano “*como se se tratasse de um contrato no qual o devedor há de satisfazer algo ao credor*”⁹⁷⁶, surgindo a *obligatio ex delicto*, que impede “*o passo direto entre o direito do culpado ao seu resgaste e o direito de crédito da vítima à obtenção de uma reparação pecuniária.*”⁹⁷⁷

Após o fim do *Principado*, e com a chegada de Justiniano ao poder, em que “*manifestou imediatamente a sua grande aspiração de restaurar, através das armas da política e da legislação, a unidade do Império, dando à nova Roma a glória da antiga, e, quanto possível, com todo o saber clássico*”⁹⁷⁸, o Império Romano agarra-se à tradição, introduzindo, nessa época, a ação de dano depurada de quase todas as originais conotações penais, quedando-se evidenciada na sua função de ressarcimento. Portanto, uma despenalização havia surgido nesta época, culminando numa figura autônoma de ilícito civil.

Com o advento do jusracionalismo, “*O direito natural racionalista teve uma larga influência direta sobre a ciência jurídica positiva. Deve-se salientar que se organizaram minuciosas exposições sistemáticas do direito natural, conseguidas por dedução exaustiva de axiomas básicos*”⁹⁷⁹. Em consequência, nas primeiras codificações civilistas no final do século XVIII, como o Código Prussiano de 1794, o Código Francês de 1804 e o Código Austríaco de 1811, foi mantida a ideia do núcleo fundamental do *damnum iniuria datum*, do modelo aquiliano, como, por exemplo, no artigo 1382º do *Code Civil* Francês, ao estabelecer que: “*Qualquer ação humana que cause a outrem dano, obriga à reparação deste por parte daquele por cuja culpa tal ação aconteceu*”⁹⁸⁰, permanecendo a ideia de que qualquer dano que fosse perpetrado culposamente deveria dar ensejo ao ressarcimento. Com base nisso, dar-se-iam as características que empiricamente seriam reconhecidas como matriz do ser humano – a

⁹⁷⁵ ARANGIO-RUIZ apud ANTÔNIO LA TORRE, *Genesi e Metamorfosi della Responsabilità Civile*. Revista do Direito da Integração e Unificação na América Latina, n. 8, 1999. p. 76.

⁹⁷⁶ AMAYA GARCIA, Victor Manuel. *Coautoria y Complicidad: Estudio histórico y Jurisprudencial*. Editora Dykinson, 1993. p. 09.

⁹⁷⁷ JUAN MANUEL BLANCH NOUGUES. *Observaciones Acerca de La Poena Privada*. Revista de La Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1989. p. 143.

⁹⁷⁸ CRUZ, Sebastião. *Direito Romano (Ius Romanum)*. Coimbra: Fontes, 1984. p. 51.

⁹⁷⁹ ALMEIDA E COSTA, Mário Júlio. *História do Direito Português*. 3. ed. Almedina: Coimbra, 1996. p. 353.

⁹⁸⁰ Do original: “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui um dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*”. (tradução nossa).

conservação da espécie o instinto de preservação, uma maneira de controlar o egoísmo, e como afirmação do princípio *neminem laedere*.⁹⁸¹

O novo modelo de responsabilidade civil chegaria a Portugal, não exatamente concordante com o modelo francês de 1804, no projeto de António Luís de Seabra, aprovado pela lei que promulgou o Código Civil de 1867. Nesse contexto, durante a vigência do Código de Seabra, diversas matérias nele previstas haviam sido alteradas por diplomas avulsos⁹⁸², ventilando-se a sua desadequação às concepções sociais e às doutrinas jurídicas de meados do século XX, especialmente reveladas no campo dos contratos e obrigações e, ainda, nos direitos reais.⁹⁸³

Neste contexto, o Código Civil de 1966 apresentou um conjunto de inovações, incluindo a separação entre responsabilidade contratual e responsabilidade civil extracontratual, delitual ou aquiliana. Para além disso, a obrigação de indenização aparece, agora, como figura autônoma aplicável “*a todas as situações em que uma pessoa, agindo ilícita ou mesmo licitamente, seja obrigada a reparar os danos que a outra sofreu.*”⁹⁸⁴

Fala-se em responsabilidade civil extracontratual, aquiliana, delitual, extra-obrigacional ou extranegocial, quando esta emerge de um fato ilícito ou de um fato que, embora lícito, cause danos, delimitadas suas regras pelo art. 483.º do Código Civil:

*ARTIGO 483.º (Princípio geral) 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. 2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.*⁹⁸⁵

⁹⁸¹ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Lições de Responsabilidade Civil*. 1. ed. Cascais: Princípiã, 2017. p. 51.

⁹⁸² PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 68.

⁹⁸³ A tendência individualista do Código de Seabra apresentava-se em oposição à tendência social do direito privado moderno (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 68).

⁹⁸⁴ Neste particular, o Código Português acompanhou o precedente legislativo dos Códigos alemão e grego (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em Geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 85).

⁹⁸⁵ PORTUGAL. *Decreto-Lei n. 47344, de 25 de novembro de 1966*. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação - Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/47344-1966-477358>. Acesso em: jun. 2022.

Por sua vez, conforme já estudado anteriormente, os direitos de personalidade encontram guarida no art. 70.º do Código Civil, que estabelece uma proteção destes em face das ameaças ou ofensas ilícitas à personalidade física ou moral dos indivíduos. Concede-se à pessoa o poder de exigir dos demais o respeito da sua personalidade, através de garantias jurídicas, como a responsabilidade civil:

ARTIGO 70.º (Tutela geral da personalidade) 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.⁹⁸⁶

Interessante observar que o legislador buscou dar aos cidadãos o poder discricionário de decidir a melhor maneira de lidar com ameaça ou ofensa à sua personalidade física ou moral, afastando do Estado o poder de decisão sobre a tutela direta de alguns direitos. Um exemplo claro de regulamentação desta normativa seria através da Lei n. 2 de 1999, que regulamenta as normas voltadas à imprensa, prevendo o direito de resposta e retificação àqueles que forem objeto de referência que possa afetar a sua reputação ou boa fama. Outro exemplo seria nos casos envolvendo o direito ao nome, que prevê a proteção civil e penal, nos casos de injúria, calúnia e difamação, estabelecendo a ação condicionada à representação da vítima. Algumas soluções independem, portanto, da responsabilidade civil.

Assim, no caso de ameaças ou ofensas praticadas contra os direitos da personalidade, tais como o direito à honra, à imagem, ao bom nome, à reputação, entre outros tutelados pelo art. 70.º do CC, haverá incidência da responsabilidade extracontratual, estabelecida pelo art. 483.º do CC, mencionado anteriormente.

De acordo com os termos legais, revela-se que a responsabilidade gerada por fatos ilícitos carece de uma demonstração dos pressupostos anunciados pela normativa acima indicada, que são: i) a prática voluntária de um fato pelo agente, ii) a ilicitude deste fato, iii) a culpa ou dolo por parte do lesante, iv) a existência de um dano e v) a relação de causalidade entre o fato e o dano.⁹⁸⁷ Há-de consignar-se que a exposição do ponto que aqui interessa parte

⁹⁸⁶ Ibid.

⁹⁸⁷ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações*. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2011. p. 109.

da possibilidade de responsabilização civil nos casos em que se verifique a ocorrência de abuso do direito, na prática humorística, que gere dano a outra pessoa no âmbito dos seus direitos da personalidade.

Como primeiro requisito da responsabilidade, exige-se que se esteja perante um comportamento humano passível de ser controlado ou dominável pela vontade.⁹⁸⁸ Não se exige que a conduta seja intencional, bastando a possibilidade de o agente poder controlar o ato, ou seja, basta que a conduta lhe seja imputável em virtude da sua vontade.

Por sua vez, a ilicitude é uma infração à lei que decorre da violação de um dever jurídico. Conforme dispõe o artigo 483.º do Código Civil, as modalidades de ilicitude são a violação de um direito de outra pessoa, ou a violação da lei que tenha a finalidade de proteger interesses alheios. Há ainda, conforme anteriormente vimos outras causas de condutas antijurídicas que acarretam responsabilização civil, como o abuso do direito.

No caso específico da ilicitude praticada através da esfera do humor, entende-se que a ausência de consentimento do ofendido para a prática de determinado fato pelo agente, observado a partir do direito à imagem, geraria a ilicitude do comportamento, nos termos do art. 70.º e do art. 79.º, ambos do CC.

Quanto à culpa, como pressuposto da responsabilidade, é necessário verificar se a atuação do lesante foi em termos de merecer reprovação ou censura do direito em face da sua capacidade e circunstâncias concretas, por poder e dever ter agido de outro modo, extraíndo-se do artigo 487.º/2, do Código Civil, que “[...] a culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso.”⁹⁸⁹

Quando se fala em culpa do lesante, remete-se para a ideia do *animus jocandi*, já acima discutida, exigindo-se que a sátira tenha uma intenção jocosa concretamente verificável, afastando-a de uma potencial lesão que ultrapasse os limites do respeito ao outro. Conforme afirma Mafalda Miranda Barbosa: “No fundo, a sátira, tendo subjacente a si uma crítica, e não sendo como tal elogiosa, deve ser pessoalmente neutral, apelando-se a uma distinção entre a crítica objetiva e a crítica subjetiva (e dominada por motivações pessoais)”⁹⁹⁰

⁹⁸⁸ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 527.

⁹⁸⁹ PORTUGAL. *Decreto-Lei n. 47344, de 25 de novembro de 1966*. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação - Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/47344-1966-477358>. Acesso em: jun. 2022.

⁹⁹⁰ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Litigiosidade jurídico-religiosa: possibilidade de tutela civilística do sentimento religioso*. Cascais: Príncípa, 2015. p. 162.

Por outro lado, buscando afastar a análise de uma mera “*sindicância da intencionalidade do agente*”⁹⁹¹, perscrutando-se eventual habilidade satírica do autor da mensagem, propõe-se a valoração da sátira pelo seu resultado objetivo, aferido de acordo com o padrão do homem médio, não sendo mais tão importante o objetivo do agente.⁹⁹² A culpa normativa é aferida a partir de um paradigma de conduta, edificado a partir do comportamento esperado em sociedade e em cada contexto de interação social, de um dado grupo.

A conclusão a que se chega é que será ultrapassado o limite da licitude do humor quando for usado como instrumento de ofensa e ataque pessoal, sem qualquer finalidade de interesse público.

Trabalhados os conceitos de ilicitude e culpa, cumpre salientar que ambos os pressupostos incidem sobre o fato voluntário praticado pelo agente, diferenciando-se entre si na medida em que aquele se consubstancia numa contrariedade objetiva do comportamento do agente em relação ao ordenamento jurídico, ao passo que a culpa configura uma censurabilidade subjetiva, ou seja, um juízo de censura do lesante, que podia e devia ter agido de modo diverso.

Tais pressupostos podem ser objeto de verificação da responsabilidade civil em separado, conforme se procede na doutrina alemã, com o modelo dualista, também chamado modelo culpa/ilicitude, no qual se constata a desconformidade da conduta com o direito (ilicitude), aferindo-se depois a sua censurabilidade (culpa).⁹⁹³ Uma outra forma de verificação é aquela realizada em momento único, utilizada no modelo monista de tradição francesa, no qual a culpa e a ilicitude são condensadas no conceito jurídico de *faute*, em que esta ao mesmo tempo se apresenta “*enquanto juízo envolvente, capaz de verificar, no agente, a desconformidade da sua conduta exterior com o exigido pelo Direito e a censurabilidade dessa desconformidade*”.⁹⁹⁴ Em relação aos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual, o ordenamento jurídico português, tal como o brasileiro, seguem a tradição dualista alemã.

Considerando que o objeto de estudo do presente trabalho são os direitos da personalidade, ou seja, direitos subjetivos consagrados através de cláusulas gerais ou cláusulas indeterminadas, é pertinente analisar a ilicitude a partir das doutrinas do resultado e da conduta.

⁹⁹¹ Ibid. p. 162.

⁹⁹² Ibid. p. 162.

⁹⁹³ NETO, Felipe Teixeira. A ilicitude enquanto pressuposto da responsabilidade civil delitual: um exame em perspectiva comparada (luso-brasileira). *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3, n. 6, p. 1163-1190, 2017. p. 1167.

⁹⁹⁴ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 424.

A doutrina da ilicitude do resultado se satisfaz com a violação do direito ou bem jurídico para a configuração da ilicitude e permite alcançar maior segurança na determinação da existência de tal requisito da responsabilidade civil.

Contudo, é inviável que se aplique a ilicitude do resultado nos casos em que se está diante de um tipo normativo em aberto, indeterminado, como aquele em discussão: “*Tal acontece nos casos dos direitos à empresa e do direito geral de personalidade que, enquanto direitos-quadro, não têm contornos nítidos*”.⁹⁹⁵ Efetivamente, o tipo de ilícito decorrente da violação desses direitos apresenta contornos pouco precisos, tornando-se necessário, nesse contexto, realizar uma ponderação casuística, sopesando, por um lado, os interesses ou direitos do lesado atingidos, e os interesses ou valores prosseguidos pelo agente com a sua atuação, por outro, para se poder concluir pela existência de ilícito.

Entre os argumentos integrantes das críticas dirigidas à doutrina da ilicitude do resultado, um dos mais fortes e incisivos propõe a ideia de permitir, com grande facilidade, a afirmação da ilicitude da atuação do agente, ainda que os resultados danosos, contrários ao ordenamento jurídico, se tenham dado nos limites de uma ação socialmente útil e legal.⁹⁹⁶

Tal orientação da ilicitude do resultado vigorou durante muito tempo, contrapondo-se atualmente a uma nova proposta, segundo a qual a afirmação da existência da ilicitude exige a necessária consideração de que o comportamento do agente violou um dever, sendo-lhe exigível a adoção de outro comportamento: “*A ilicitude envolve sempre “um juízo de reprovação: não se fez, podendo fazer-se, aquilo que se deveria ter feito*”.⁹⁹⁷

Deste modo, é possível identificar na ilicitude uma certa dimensão subjetiva, que recai na adoção pelo agente dos deveres objetivos de cuidado, orientação designada como ilicitude da conduta, que acaba por possibilitar a detecção de dimensões do requisito da culpa no contexto da delimitação do ilícito.⁹⁹⁸ No campo da ilicitude da conduta, é insuficiente que se verifique o resultado da ação, sendo fundamental a violação ilícita de um dever de cuidado, denominado “*duty of care*”. Sua principal característica é a constatação da ilicitude no momento da conduta, em contrariedade com o ordenamento jurídico, sem a necessidade de se observarem os seus eventuais resultados.

⁹⁹⁵ LEITÃO, Adelaide Menezes. *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 649

⁹⁹⁶ MATOS, Filipe Miguel de Albuquerque. Ilicitude extracontratual (umas breves notas). In: *Novos olhares sobre a responsabilidade civil*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018.p.26.

⁹⁹⁷ Ibid.

⁹⁹⁸ MATOS, Filipe Miguel de Albuquerque. Ilicitude extracontratual (umas breves notas). In: *Novos olhares sobre a responsabilidade civil*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018.p.26.

De acordo com a orientação da ilicitude da conduta, a compreensão do requisito da ilicitude está na ideia de lesão ou perigo de lesão em virtude da adoção, pelo agente, de condutas contrárias aos comandos do ordenamento jurídico, enquanto para a perspectiva da ilicitude do resultado a afirmação da existência deste requisito depende, tão somente, de a conduta do agente se revelar causalmente adequada à produção dos danos. Em síntese:

A doutrina da ilicitude do resultado (Lehre von Erfolgsunrecht/Erfolgsunrechtlehre) contenta-se com a violação do direito ou bem jurídico para a afirmação, ou pelo menos indicição da ilicitude; para a teoria da ilicitude da conduta (Lehre von Verhaltensunrecht/Verhaltensunrechtlehre) só seria assim nos casos de actuação dolosa, pressupondo-se, nas restantes situações, a violação de um dever objectivo de cuidado.⁹⁹⁹

Importa ainda sublinhar que a discussão em torno da caracterização da divisão entre a ilicitude da conduta e a ilicitude do resultado, bem como a opção por um dos termos deste binómio, só teve como pano de fundo as considerações acerca dos pressupostos para a configuração da responsabilidade civil, de modo que, para o objetivo deste trabalho, não há vantagem prática relevante em tal diferenciação.

Por sua vez, Mafalda Miranda Barbosa defende a manutenção da doutrina tradicional, que prima pela ilicitude ancorada no resultado, sem que seja necessário ancorar-se em um formalismo conceitual que ignore a intencionalidade material do agente. Segundo a autora, o entendimento da ilicitude por esta via fica dependente, não da constatação da culpa, mas de um nexo de imputação, pois o que se procura é determinar se aquele resultado pode ou não ser remetido para a esfera de responsabilidade do agente.¹⁰⁰⁰

Nessa medida, aponta-se outro pressuposto da responsabilidade civil: o nexo de causalidade entre o fato e o dano, que traduz a obrigatoriedade de ressarcir relativamente aqueles danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão. O nexo de

⁹⁹⁹ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Do nexo de causalidade ao nexo de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Dissertação (Doutorado na área de Jurídico-civilísticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012. p. 1450.

¹⁰⁰⁰ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Do nexo de causalidade ao nexo de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Dissertação (Doutorado na área de Jurídico-civilísticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012.p.338.

causalidade atua como um instrumento de diálogo, a partir da constatação de que o simples reconhecimento da incidência normativa, ou seja, do fator de atribuição objetivo, não é suficiente para transformar o agente do fato em responsável, na medida em que tal qualificação apenas ganha sentido em atenção a uma determinada espécie de dano, experimentado de um determinado modo.

Sendo, portanto, a ilicitude conceito autônomo relativamente à culpa, segue-se que ela se afere por via do resultado, o que faz com que:

[...] do ponto de vista dogmático, seja imperioso saber se a lesão do direito pode ou não ser reconduzida ao comportamento do pretense lesante. Em determinadas situações, será, aliás, esta a única via para se extrair uma conclusão acerca da própria ilicitude. [...] Só os critérios forjados com base na intencionalidade predicativa da juridicidade são aptos a encontrar uma resposta que se pretende normativamente justa e materialmente adequada.¹⁰⁰¹

Como pressuposto da responsabilidade civil é necessário, também, que se tenha produzido um prejuízo que, na sua vertente patrimonial, é o reflexo do dano real sobre a situação patrimonial do lesado, compreendendo não só o dano emergente – prejuízo causado nos bens ou direitos inseridos na esfera patrimonial do lesado ao tempo da lesão – como também o lucro cessante – benefício que o lesado deixou de poder obter em razão da lesão ao qual, ao tempo dela, ainda não tinha direito.

Assim, pensar em violação de direitos conduz à conclusão de que tenha havido algum tipo de dano, uma consequência negativa e prejudicial a uma pessoa. O dano é, portanto, a perda que o lesado sofreu em consequência de certo fato, seja no âmbito material, espiritual ou moral. É a lesão causada ao interesse juridicamente tutelado que reveste as mais das vezes forma de destruição, subtração ou deterioração de certa coisa, material ou incorpórea¹⁰⁰², comportando danos patrimoniais ou não patrimoniais.

Analisados os pressupostos do dever de indenizar, percebe-se que a ilicitude assume contornos de relevância autônoma no que toca ao surgimento do vínculo da responsabilidade civil, porquanto é só quando a conduta geradora do dano puder ser tida como ilícita (na sua

¹⁰⁰¹ Ibid.

¹⁰⁰² VARELA, Antunes. Das Obrigações em Geral. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 619-620.

acepção técnico-jurídica, ou seja, contrária a um dever jurídico) que se pode imputar ao agente a obrigação de reparar o dano.¹⁰⁰³

Já em relação ao ato abusivo, entende-se que podem dele advir outras consequências, para além do dever de indenizar, sendo que a sanção será aquela que possa, de forma razoável, atenda às peculiaridades do caso concreto. Admite-se, assim, não ser razoável submeter à tutela específica ou à sanção *in natura* uma enumeração minuciosa e exaustiva, em virtude da diversidade de comportamentos que podem ser tidos como disfuncionais.

Josserand aponta a existência de três grupos de sanções possíveis para o abuso do direito: (i) perdas e danos, como sanção pecuniária e reparatória; (ii) medidas judiciais preventivas, representativas do suprimento de vontade ou do reconhecimento de invalidades, e (iii) recusa de concessão de tutela jurídica àquele titular da posição jurídica que a estivesse exercendo de forma abusiva.¹⁰⁰⁴

Assume-se, portanto, a ideia de que as sanções devem ser determinadas consoante as circunstâncias específicas do comportamento concretamente assumido pelo titular do direito. Ocorre que, neste ponto, surge o problema de que, no caso de comportamentos atentatórios dos direitos de personalidade, se está diante de um dano não patrimonial.

No caso da violação do direito de personalidade, ocorre que a personalidade humana não é avaliável monetariamente, já que os bens de personalidade não integram o património. Quando então se verifica uma violação da personalidade, surgem danos não patrimoniais ou morais, ou seja, “*prejuízos de interesse de ordem biológica, espiritual, ideal ou moral, não patrimonial, que, sendo insusceptíveis de avaliação pecuniária, apenas podem ser compensados, que não exatamente indemnizados, com a obrigação imposta ao agente*”.¹⁰⁰⁵

No tocante ao dano não patrimonial, controversa é a questão a respeito da sua ressarcibilidade, ou seja, do cálculo da indenização. Contudo, percebe-se a ausência do sentido de justiça na defesa da impossibilidade de compensação diante da aparente irreparabilidade desses danos. De fato, a proposta de defesa da reparação de danos não patrimoniais não propugna apagar a lesão, mas sim buscar atenuar um mal consumado, tendo presente que a compensação pecuniária pode ajudar à satisfação das mais diversas necessidades do ser humano.

¹⁰⁰³ NETO, Felipe Teixeira. A ilicitude enquanto pressuposto da responsabilidade civil delitual: um exame em perspectiva comparada (luso-brasileira). *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3, n. 6, p. 1163-1190, 2017.

¹⁰⁰⁴ JOSSERAND, Louis. Relatividad y abuso de los derechos. In: *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Bogotá: Temis, 1982. p. 1-29.

¹⁰⁰⁵ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 458-460.

Segundo Mota Pinto, os danos não patrimoniais “[...] não são prejuízos avaliáveis em dinheiro, a atribuição de uma soma pecuniária correspondente legitima-se, não pela ideia de indenização ou de reconstituição, mas pela de compensação”.¹⁰⁰⁶ Reconhece-se que os bens cuja violação provoca um dano não patrimonial são infungíveis e não podem ser reintegrados, mesmo por equivalente; e também que é possível, “[...] em certa medida, contrabalancear o dano, compensá-lo mediante satisfações derivadas da utilização do dinheiro”.¹⁰⁰⁷

O art. 496.º do Código Civil chama a atenção para o fato de que nem todo o incômodo é capaz de gerar responsabilização civil, recebendo a tutela do direito, tão somente, os danos que tenham um potencial de gravidade. Segundo Antunes Varela, a gravidade do dano deve ser medida por um padrão objetivo, a partir da apreciação de cada caso concreto, e não a partir de fatores subjetivos.¹⁰⁰⁸

Paula Meira faz menção do n.º 1 do art. 496.º, sob a epígrafe “danos não patrimoniais”, que prevê expressamente que: “na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.”¹⁰⁰⁹ A autora entende¹⁰¹⁰ que da leitura do n.º 3 do art. 496.º resulta claro que a “indenização” por danos não patrimoniais (*rectius*, indemnização compensatória ou, noutros casos, indemnização punitiva) é calculada de acordo com os seguintes critérios:

- a) *Equidade: critério orientador de todos os restantes; b) Grau de culpabilidade do agente (primeiro critério previsto no artigo 494.º); c) Situação económica do agente (segundo critério previsto no artigo 494.º); d) Situação económica do lesado (terceiro critério previsto no artigo 494.º); e) Demais circunstâncias do caso (quarto critério previsto no artigo 494.º, o qual é, em rigor, uma cláusula aberta, que*

¹⁰⁰⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 129.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.* p. 129.

¹⁰⁰⁸ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 606.

¹⁰⁰⁹ LOURENÇO, Paula Meira. *A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação*. Disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf. Acesso em: jul. 2022.

¹⁰¹⁰ E acrescenta: “o montante da indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no art. 494.º” – artigo 496.º/3/I parte; [...] no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos do número anterior” (ou seja, as pessoas elencadas no n.º 2 do artigo 496.º, a saber: o cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último aos irmãos ou sobrinhos que os representem) – artigo 496.º/3/II parte. (LOURENÇO, Paula Meira. *A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação*. Disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf. Acesso em: jul. 2022).

*dá ampla liberdade à justiça do caso concreto, a cargo do labor jurisprudencial).*¹⁰¹¹

O Código Civil português trata a matéria da obrigação de indenizar o dano não patrimonial nos artigos 562º e seguintes, dos quais derivam duas formas possíveis de indenização: a reconstituição *in natura* ou específica, e a indenização em dinheiro. Como medidas de reconstituição natural, tem-se:

*[...] a retratação do ofensor pela ofensa cometida; o direito à publicação de sentença condenatória do lesante, visto que a publicação desempenha uma “função retributiva”, tendo por finalidade levar ao conhecimento de todos a injúria que foi feita ao lesado e a sanção aplicada, e de prevenção nos casos em que a divulgação se reporte a fatos verdadeiros; e, por fim, há o direito a retratação pública que tem como intuito diminuir os prejuízos causados pela divulgação de fatos ofensivos: para que surta um efeito é necessário que a retratação seja sentida pelo público como um ato de contrição do lesante.*¹⁰¹²

Inexistindo a possibilidade de reconstituir naturalmente o dano, a obrigação de indenização pode ocorrer em dinheiro ou por equivalente, representando, em pecúnia, o valor dos prejuízos suportados pelo ofendido. A compensação deverá ser pautada ainda por juízos de equidade, considerando as situações concretas de cada caso.

Assim, para Mafalda Miranda Barbosa, o dano ocupa lugar nuclear no sistema, funcionando como um limite do valor indenizatório em que se projeta.¹⁰¹³ Segundo a autora, o

¹⁰¹¹ “Entendemos que a equidade, correspondente à justiça distributiva, é a pedra angular da determinação do montante da indemnização punitiva, à luz da qual todos os outros critérios devem ser ponderados, adaptando-se a regra ao caso concreto, de acordo com critérios de justiça e de igualdade. E, por outro lado, parece-nos razoável que o julgador o faça para calcular o montante a atribuir por danos não patrimoniais, sempre que esteja em causa a tutela de situações jurídicas de personalidade, maxime quando se coloca em causa direitos de personalidade”. (LOURENÇO, Paula Meira. *A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação*. Disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf. Acesso em: jul. 2022).

¹⁰¹² COELHO, Maria Daniela Caetano Ferreira Pinto. *Densificação material do direito à liberdade de expressão*. Dissertação (Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017. p.126.

¹⁰¹³ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Do nexó de causalidade ao nexó de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Dissertação (Doutorado na área de Jurídico-civilísticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012. p. 339.

resultado, no âmbito da responsabilidade civil, é o dano, que só pode ser valorado na medida em que esteja relacionado com o comportamento do sujeito, retomando as discussões acerca da dicotomia entre a ilicitude da conduta e a ilicitude do resultado. Conclui a autora que a preferência pela doutrina do resultado não significa olhar para o dano do ponto de vista formal, mas valorá-lo como efeito de uma preterição, praticada pelo agente, de um dever de respeito diante de outra pessoa.¹⁰¹⁴

Ainda tratando do dano, é interessante abordar o instituto dos danos punitivos que, com base no direito da personalidade e em decorrência da influência do sistema do *common law*¹⁰¹⁵, foram “importados” para ordenamentos jurídicos diferentes, como é o caso do Portugal. A importância de se aplicar a teoria no âmbito da responsabilidade civil, que decorre do uso inadequado do humor, reside no fato de que, em Portugal, embora não se encontre previsão legal, a teoria dos *punitive damages* tem sido defendida como resultado da interpretação extensiva dos danos extrapatrimoniais, como concretização da suposta faceta punitiva desses danos.

Embora as indenizações com caráter punitivo já se tivessem manifestado desde o século XIII na Inglaterra, para o que interessa a este estudo vale notar que, até meados do século XIX, “as funções compensatória e punitiva foram confundidas pelas Cortes inglesa e norte-americanas.”¹⁰¹⁶ Foi somente no decorrer do século XIX que os danos extrapatrimoniais foram progressivamente reconhecidos como indenização compensatória e não punitiva. Os *exemplary damages* eram recorrentemente incluídos na categoria de *compensatory damages*, pela simples recusa de se atribuir caráter compensatório às indenizações do dano extrapatrimonial.

Dessa forma, os danos materiais, decorrentes diretamente do ilícito, *actual damages*, passam a incluir também os danos extrapatrimoniais, denominados *aggravated damages*, isolando-se os danos punitivos, ou exemplares, em uma categoria autônoma, denominada *punitive* ou *exemplary damages*. Assim, para todos os efeitos, o direito inglês consagrou as categorias de *aggravated*, *exemplary* e *restitutionary damages*. Efetivamente, foram assim denominados os diversos relatórios da Comissão de Direito da Inglaterra e de Wales, destinados a tentar uniformizar a matéria.¹⁰¹⁷

¹⁰¹⁴ Ibid. p. 1450.

¹⁰¹⁵ Não obstante o berço desta função punitiva seja a Inglaterra, como veremos, é inegável que foi a sua aplicação em solo norte-americano que a tornou mundialmente conhecida.

¹⁰¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. *Revista da Ajuris*, n. 100, ano XXXII. São Paulo: Ajuris, dez. 2005. p. 240.

¹⁰¹⁷ *Law Commission for England and Wales Consultation Paper on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, relatório que foi publicado em 1993 e 1997. O relatório tinha o objetivo de assentar as diversas categorias de dano com base na jurisprudência do país até então.

Apesar de a jurisprudência inglesa já ter consagrado os *punitive damages* como tradição histórica, a sua imputação ficou vaga e sem critérios delineados de forma definitiva até 1964, quando o caso *Rookes vs. Barnard* traçou as balizas de aplicação do instituto. Aqui, a *House of Lords*, além de estremar os danos punitivos dos danos morais, determinou as três categorias nas quais seria possível aplicar os *punitive damages*: (a) atos opressivos, arbitrários ou inconstitucionais oriundos de servidores do governo; (b) condutas que, embora lesivas, sejam economicamente vantajosas para o réu de um ponto de vista econômico, considerando-se uma eventual indenização a ser paga em termos puramente compensatórios; e (c) nos casos expressos em lei¹⁰¹⁸.

Portanto, ao contrário do que um sistema de *common law* pudesse apresentar à primeira vista, vê-se que as hipóteses de indenização com caráter punitivo estão bem delineadas naquele direito. Criou-se o *categories test*, onde se impõe examinar, em cada caso concreto, se está presente uma das três condições permissivas de aplicação dos danos punitivos.

A experiência europeia foi acompanhada, noutra latitude, pelo desenvolvimento de um modelo de responsabilidade civil de evolução em sentido diferente daquele inicialmente apresentado. No universo anglo-saxônico, floriu no domínio do *Tort Law* a indenização punitiva, cujo montante excede o valor dos danos, com vista a alcançar outros objetivos que não apenas o de colocar o lesado na situação em que ele se encontraria se não se tivesse produzido o fato causador do dano.

Posteriormente, já na década de 70, surgiu na Inglaterra a inovação da aplicação de danos punitivos para a tutela de direitos da personalidade. O caso ficou conhecido como *Cassel & Co. vs. Broome*, versando sobre a publicação de um livro em que se descrevia um desastre de um navio com destino à Rússia, atribuindo, implicitamente, a responsabilidade do mesmo a um antigo comandante da Marinha (mesmo após o comandante ter alertado o autor e a editora de que esta referida descrição lhe ofendia o nome). Reconduzindo o caso vertente ao segundo tipo de situações aplicadas no caso *Rookes vs. Barnard*, o tribunal determinou a aplicação de *punitive damages*, considerando que a editora havia publicado o livro intencionalmente, visando alcançar lucros e sem consideração pelos direitos do lesado¹⁰¹⁹. O antigo comandante da Marinha recebeu 25.000 libras, a título de danos punitivos.

¹⁰¹⁸ Tradução livre. No original, o acórdão da *House of Lords*, ao descrever os requisitos que haviam sido afirmados pela *Court of Appeal*, assim se pronuncia: “[...] *exemplar damages could be awarded in cases (i) of oppressive, arbitrary or unconstitutional acts by government servants; (ii) where the defendant’s conduct had been calculated by him to make a profit for himself which might well exceed the compensation payable to the plaintiff; (iii) where expressly authorised by statute (post, p.1226, 1227)*” ([1964] A.C. 1129, p.1131).

¹⁰¹⁹ LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. XLIII, n. 2. Coimbra Editora, 2002. p. 1033.

Os *punitive damages* chegaram aos Estados Unidos no século XVIII, tendo o primeiro caso registrado ocorrido no ano de 1784. Tratou-se do caso *Genay v. Norris*, no qual um médico havia colocado, por gracejo, uma inofensiva droga no copo do seu doente, o que lhe ocasionou terríveis dores. Outro famoso caso, *Coryell vs. Colbaugh* (1791), em que o noivo engravidou a noiva e quebrou a promessa de casamento, o que foi considerado uma ofensa e um insulto grave à honra tanto da vítima quanto do nascituro, estigmatizando-os irremediavelmente do ponto de vista social.

A partir de meados do século XIX, os tribunais americanos passaram expressamente a enunciar que os *punitive damages* eram atribuídos para sancionar o lesante e prevenir idênticas condutas pelo ofensor e pelos demais membros da sociedade.

É interessante notar que, desde 1935, os *punitive damages* são perfilhados em todos os EUA, com exceção dos estados de Lousiana, Massachusetts, Nebraska e Washington, sendo fixados em casos de negligência grosseira (*gross negligence*), responsabilidade civil do produtor (*products strict liability*), responsabilidade objetiva do comitente (*vicarious liability*), curta duração do contrato (*contractual bypass*) e incumprimento contratual (*breach of contract*).

Transferindo o centro da discussão da conduta do ofensor e o grau de sua culpa para a existência e extensão dos danos injustamente sofridos, como consequência, o objetivo maior dos *punitive damages* não é apontar o culpado pelo fato, mas sim garantir que a vítima será devidamente indenizada.

Por seu lado, o manual de Mafalda Miranda Barbosa destina à função punitiva boa parte da sua explanação sobre as *Finalidades da Responsabilidade Civil*, quando revela que da “*ideia de punição, historicamente, conotada com o direito penal, ter-se-ia de, em primeiro lugar, remover qualquer obstáculo à mobilização dela num domínio que não lhe é – pelo menos automaticamente – conatural.*”¹⁰²⁰

Saliente-se que há situações prejudiciais tão intoleráveis que exigem do sistema jurídico uma atenção especial no sentido de se punir com maior gravidade econômica o agente lesante, excedendo a própria reparação do dano causado. Isso verifica-se a partir do momento em que se produzem graves prejuízos, com sério menosprezo dos interesses fundamentais, máxime quando estamos diante de lesões cometidas à integridade física e espiritual das pessoas, como ocorre no uso desvirtuado da liberdade de expressão, sendo a vítima alvo da manifestação ferida em sua honra, imagem ou privacidade.

¹⁰²⁰ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Lições de Responsabilidade Civil*. 1. ed. Cascais: Príncípia, 2017. p. 54.

Os exemplos clássicos em que deve incidir a indenização punitiva representam situações em que o resultado do prejuízo perpetrado na esfera de direitos alheios é mais vantajoso ao sujeito lesivo, porquanto o seu lucro com o dano causado é maior do que a possível indenização que lhe seja imposta em favor da vítima.

Outro exemplo clássico de situação em que os *punitive damages* teriam uma eficácia maior dentro do sistema é o caso dos danos perpetrados por intermédio dos meios de comunicação em massa: o ressarcimento por difamação de uma pessoa famosa geralmente será inferior aos lucros obtidos com a atitude reprovável daquele que se insurge contra direitos da personalidade da pessoa.¹⁰²¹

Nesta linha, a indenização punitiva satisfaz uma tríplice função: sancionar o autor do ato lesivo, porquanto determinadas condutas praticadas com total desprezo dos interesses mais relevantes da vida social devem ser punidas de maneira mais rigorosa pelo direito. O ressarcimento, restitui supostamente a vítima à situação *ex ante*. Porém, se o causador do prejuízo obtém vantagens, as consequências prejudiciais para o corpo social advindas com a prática do ato ilícito não terão sido totalmente eliminadas.¹⁰²²

Paula Meira acredita que:

*[...] é atendendo à relevância dos bens jurídicos abrangidos pelo princípio da tutela geral da pessoa humana que defendemos o aumento da indemnização em caso de culpa grave do lesante, sendo admissível a condenação do lesante num montante punitivo, que visa sancioná-lo. Esta ponderação da culpa grave do agente deve ser feita no âmbito de um critério geral orientador: a equidade.*¹⁰²³

¹⁰²¹ LOURENÇO, Paula Meira. *A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação*. Disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf. Acesso em: jul. 2022.

¹⁰²² GONZÁLEZ, Matilde Zavala e ZAVALA, Rodolfo Martín González. *Indemnización Punitiva*. In: *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Anfbal Alterini. Directores Alberto Jesús Bueres, Aída Kemelmajer de Carlucci. Abeledo – Perrot: Buenos Aires, 1997, p. 189.

¹⁰²³ *Este entendimento é preconizado na doutrina francesa por SUZANNE CARVAL (La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., Paris, 1995, p. 105, e E. DONALD ELLIOT, "Why Punitive damages Don't Deter Corporate Misconduct Effectively", Ala.L.Rev., Vol. 40, n.º 3, 1989, pp. 1070 e ss.), que defende a aplicação de punições em sede de responsabilidade civil (condamnations punitives), com o objectivo de assegurar a protecção de liberdades e direitos imateriais. Segundo esta autora, em caso de violação do direito à reserva da vida privada por um meio de comunicação social, deve aplicar-se ao agente uma sanção, calculada de acordo com dois tipos de critérios: a) Critérios objectivos - a publicação da sentença condenatória, o pagamento simbólico de um euro ou a restituição dos lucros obtidos com a venda do jornal; b) Critérios subjectivos, em função do grau de culpa do agente (e.g. o pagamento de um montante punitivo semelhante aos punitive damages). Parece-nos que a aplicação desse montante punitivo é possível à luz da nossa ordem jurídica, tendo em conta o dolo ou a culpa grave do agente, e ainda porque o n.º 2 do artigo 70.º assim o permite, como explicitaremos de seguida. Ao abrigo do n.º 2 do*

Portanto, defende que, dentro dessa margem de liberdade, o juiz pode atribuir ao lesado um montante punitivo, atento o bem jurídico em causa, à semelhança dos *punitive damages* anglo-saxônicos, reportando-se à função reparatória, e procedendo-se à interpretação do que denomina *atualista* do preceito, convergindo para a expressão “as providências adequadas às circunstâncias do caso”, o que garante permitir ao lesado pedir a condenação num montante punitivo, *em especial quando se colocam em causa valores e bens jurídicos tão importantes como os atinentes à tutela pessoa humana*.¹⁰²⁴

Por seu lado, Pedro Pais salienta a importância de analisar o instituto do enriquecimento sem causa, uma vez que, ao fazer-se uso, sem autorização, da imagem alheia ou da sua privacidade, haveria benefício com um enriquecimento ilegítimo à custa dessa violação dos direitos da personalidade, “na modalidade do enriquecimento por intervenção, de receber do lesante o valor com que injustamente se locupletou à custa do lesado.”¹⁰²⁵

Além disso, “uma das razões (se não a principal) por que a pena privada e, bem assim, os meios de coerção ao cumprimento, vêm despertando um interesse crescente é a da relativa ineficácia, sob o ponto de vista preventivo-sancionatório, da tutela operada pela via da indemnização.”¹⁰²⁶ Com efeito, a pena privada corresponderia primeiramente a impor ao lesante uma quantia superior ao prejuízo por si causado, pelo que a natureza meramente ressarcitória da tradicional indenização se revelaria inoperante.

art. 70.º “(i)ndependentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”. (LOURENÇO, Paula Meira. *A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação*. Disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf. Acesso em: jul. 2022).

¹⁰²⁴ “sabendo que à luz da visão clássica da responsabilidade civil é muito difícil calcular os danos não patrimoniais, não sendo possível retirar o lucro ao lesante, os meios de comunicação social escolhem violar os direitos de outrem e sujeitam-se às regras da responsabilidade civil. Esta opção será sempre a mais eficiente do ponto de vista económico, pois a indemnização ou a compensação a pagar por danos não patrimoniais também será sempre inferior ao lucro decorrente do aumento das audiências e da venda de exemplares (ao qual se soma, no caso do curto-circuito do contrato, a poupança com as despesas inerentes à celebração do contrato).” (LOURENÇO, Paula Meira. *A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação*. Disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf. Acesso em: jul. 2022).

¹⁰²⁵ Continua, lamentando nos seguintes termos: “O incremento patrimonial obtido pelo interventor é ilícito e não encontra uma causa jurídica que o sustente. Pior ainda, o único suporte que consegue consiste numa prática ilícita. Repugna ao Direito que aqueles que praticam o ilícito enriqueçam com isso. Além de injusto, é desmoralizante o espetáculo, infelizmente frequente, de os autores de actos e atividades ilícitas ficarem impunes e, pior ainda, ficarem ricos. A impunidade e o enriquecimento de quem age ilicitamente fazem descrer na Justiça e são estímulo para novos desvios de condutas para ilicitude e para a prática de novos actos ilícitos. O Direito não pode (não deveria) tolerar o enriquecimento decorrente da prática de actos ou atividades ilícitas”. (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p.150-151).

¹⁰²⁶ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 659.

Salvo melhor juízo, não são atingidos os progressivos fenômenos esperados dos danos punitivos, de recuperar a função preventiva, conforme doutrinariamente salienta Castanheira Neves:

[...] se é o dano ou o prejuízo e sua reparação que fundamentalmente importam, por que não admitir formas de os impedir, impondo contra-estímulos à liberdade de ação orientados pelo objetivo de uma eficaz prevenção da sua produção ou verificação [...] ¹⁰²⁷? [...] O “que está em causa, afinal é reagir contra um sistema que se perspetive”. ¹⁰²⁸

Outra função justificadora da aplicação dos *punitive damages* é a de evitar atos lesivos similares, uma vez que, punindo com maior rigor as condutas consideradas mais perigosas para a sociedade, o sistema vale-se de um aspecto pedagógico eficaz no combate à disseminação de condutas lesivas análogas. “*O sistema preventivo é eficaz, se a pessoa pode segurar benefício que exceda o peso de compensação*”. ¹⁰²⁹

Assim, no *tort law* os *punitive damages* também podem resultar em um valor mais elevado a título de indenização a ser paga pelo autor do injusto. Contudo, observando-se requisitos diferentes como aquele representado pela hipótese do lucro obtido com a prática de ato ilícito, haveria uma elevação no valor a ser fixado a título de indenização, em virtude da intensidade do elemento subjetivo que dirige a atuação do agente lesivo, na hipótese em que este visa obter uma vantagem com a eventual desgraça alheia, caso pratique lesão dos direitos da personalidade.

Diante do exposto, pode-se inferir, em virtude da necessidade de se implementar a função punitiva, que o sistema labora com a possibilidade de se impor um ressarcimento diferenciado, consoante também o elemento subjetivo. O emprego dos danos punitivos como faceta dos danos morais decorre, em primeiro lugar, da ausência de conceituação efetiva sobre danos morais, consequência esta que permite ao juiz ajustar e reajustar as soluções conforme entenda necessário, oportuno ou conveniente, inclusive de forma dissonante com o ordenamento legal, dada a inexistência de previsão legal.

¹⁰²⁷ NEVES, A. Castanheira. Pessoa Direito e Responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, Jan./mar., 1996. p.15.

¹⁰²⁸ Ibid.

¹⁰²⁹ GONZÁLEZ, Matilde Zavala e ZAVALA, Rodolfo Martín González. *Indemnización Punitiva. In: Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini. Directores Alberto Jesús Bueres, Aída Kemelmajer de Carlucci. Abeledo – Perrot: Buenos Aires, 1997, p. 189.

De um lado, o pagamento em pecúnia proporcionaria à vítima uma satisfação, um sentimento de compensação capaz de amenizar o sofrimento experimentado. Em contrapartida, a indenização terá o condão de servir como punição ao lesante, causador do prejuízo, incutindo-lhe um impacto tal que seja suficiente para dissuadi-lo de cometer novos atentados à esfera jurídica alheia, principalmente em sede de dano extrapatrimonial, no sentido de que a reparação pecuniária tem não somente o cunho de reparar o prejuízo, como também caráter sancionatório ou punitivo, pedagógico, repressor e preventivo, com o escopo de evitar outros danos futuros.¹⁰³⁰

Explicita-se, ainda, que, do ponto de vista da análise econômica do direito, a finalidade preventiva do instituto foi positivamente apreciada. Contudo, coloca-se em evidência que os *punitive damages*, na medida em que ocasionam a obrigatoriedade de o agente lesivo pagar em dinheiro uma soma maior do que o dano correspondente à sua conduta, causam enriquecimento sem causa.¹⁰³¹

A Suprema Corte americana adotou o entendimento de que a condenação ao pagamento dos danos punitivos, se estes forem manifestamente excessivos (*grossly excessive*), contraria a cláusula do devido processo (*due process*) estabelecida na XIV Emenda. Em particular, a Suprema Corte federal decidiu expressamente que os danos punitivos não podem ser empregues para sancionar a periculosidade ou a indesejabilidade dos comportamentos geralmente praticados pelo agente lesivo, bem como não podem estender-se ao potencial prejuízo ocasionado a terceiros.

Neste sentido, os danos punitivos devem ser fixados levando-se em consideração três fatores: 1) o grau de culpa ou de antijuridicidade do comportamento efetivado contra a vítima; 2) o montante do dano ocasionado na vítima; 3) a extensão de outras sanções civis cominadas por comportamentos semelhantes.¹⁰³²

No tocante aos direitos da personalidade, existe uma codificação robusta e uma tutela geral de personalidade, que dispensa os danos autônomos. O direito deve ser uma ferramenta aplicada de modo seguro, mas também simples. Aumentar e nomear todos os tipos de danos

¹⁰³⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 27. Nesse sentido, também assinala Fernando Noronha (NORONHA, Fernando. Desenvolvimento contemporâneo da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, ano 88, v. 761, p. 31-44, mar. 1999).

¹⁰³¹ SIRENA, Pietro. *Il Risarcimento dei C.D. Danni Punitivi e la Restituizione dell'Arricchimento Senza Causa*. In: *Rivista di Diritto Civile*. Ano LII, N. 6, Novembro-Dicembre. Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Padova, 2006, p. 531-532.

¹⁰³² SIRENA, Pietro. *Il Risarcimento dei C.D. Danni Punitivi e la Restituizione dell'Arricchimento Senza Causa*. In: *Rivista di Diritto Civile*. Ano LII, N. 6, Novembro-Dicembre. Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Padova, 2006, p. 533.

causaria a discricionariedade e a taxatividade da sua aplicação, e os direitos da personalidade, enquanto tutela geral de proteção, não estão sujeitos, *a priori*, a uma cartilha de aplicação.

Isto, sem mencionar que a falta de contornos decorre de uma necessidade própria desta matéria, pois a responsabilidade civil avança conforme progride a civilização, havendo necessidade de constante adaptação deste instituto às novas necessidades sociais. Daí que as leis sobre esta matéria devam ter caráter genérico.

A Professora Mafalda Miranda Barbosa levanta a dificuldade da introdução deste tipo de danos no ordenamento jurídico português, resultado da própria natureza dos mesmos, uma vez que não são suscetíveis de avaliação pecuniária. Justifica, ainda, que a *“par de uma finalidade de compensação, sustentam igualmente a existência de uma função de satisfação do lesado.”*¹⁰³³

Assim, entende-se que, não obstante o caráter genérico das normas atinentes ao assunto, o ordenamento jurídico português não está preparado para a inclusão da indenização punitiva como resultado de um transplante legal que não observou os requisitos para a sua aplicação no seu país de origem, nem tão-pouco, os contornos da responsabilidade civil.

Tratando-se de uma pena, conforme expressamente reconhecido por vasta doutrina que acolhe a sua aplicação, é necessária a existência de uma norma que a fundamente, por ser exigência de um dos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito. Igualmente, permitir o pagamento de danos extrapatrimoniais é cancelar o enriquecimento ilícito da vítima, visto que a sua situação final não será igual àquela em que ficaria se o dano não se tivesse observado, além de tutelar que o sofrimento se transmude em excelente fonte de captação de ganho patrimonial. De outro modo, pode-se prever a fixação de uma indenização àqueles que receberam valores à custa de direitos alheios, com a mesma justificativa do enriquecimento sem causa, como se viu nos exemplos de direito da personalidade.

Sílvio Rodrigues destaca que, apesar de alguns doutrinadores entenderem que a noção de abuso do direito está atrelada exclusivamente ao instituto da responsabilidade civil, outros admitem a sua autonomia e a sua extensão a outros campos do direito, *“gerando consequências outras que não apenas a obrigação de reparar, pecuniariamente, o prejuízo experimentado pela vítima.”*¹⁰³⁴

É importante abordar esta questão, pois é comum encontrar, nas demais áreas do direito, abuso ou desvio de poder que configuram, inquestionavelmente, um ato abusivo, e que pode

¹⁰³³ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Lições de Responsabilidade Civil*. 1. ed. Cascais: Princípia, 2017. p. 61.

¹⁰³⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 51.

ser enquadrado não apenas em dispositivos no âmbito do Direito Civil, mas também no Direito Administrativo, Econômico, Penal, Tributário, Trabalhista e outros, tendo em vista a sua constitucionalização, conforme se pode constatar nas previsões de grande parte dos dispositivos da Constituição da República (que trata dos direitos políticos), além de outros.

Assim, o abuso do direito é um instituto de muitas faces, com dimensão pluricultural e interdisciplinar. Venosa afirma que a aplicação da teoria do abuso do direito em outras áreas (além do Direito Civil) constitui fator limitador dos “*desmandos do Estado*”, que só foi disciplinado a partir da publicização do Direito Privado.¹⁰³⁵

De acordo com Fernando Sá, existem critérios para se determinar o alcance da teoria do abuso do direito, entre os quais se destacam “*a sua ilegitimidade precisamente num excesso de exercício de um certo e determinado direito subjectivo: hão de ultrapassar-se os limites que ao mesmo tempo são impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo próprio fim social ou econômico do direito exercido.*”¹⁰³⁶

Para a teoria subjetiva, esclarece Francisco Amaral, o abuso do direito existe quando o seu titular tem como objetivo prejudicar terceiros, utilizando o seu direito sem necessidade. Assim, os seus elementos principais são: a) o exercício de uma prerrogativa jurídica, b) o objetivo de ocasionar prejuízo e c) a inexistência de interesse econômico.¹⁰³⁷ A teoria subjetiva reconhece como ato abusivo a intenção do agente de prejudicar terceiro, ou que seja exercido sem nenhum interesse pelo seu autor.

Por sua vez, a teoria objetiva entende, conforme afirmam Remedio e Oliveira, que “*o abuso do direito decorre do exercício anormal do direito, independentemente da intenção do agente, motivo por que o abuso deve ser avaliado concretamente.*”¹⁰³⁸

O Código Civil português consagrou a teoria objetiva do abuso do direito, não exigindo a consciência dolosa (“malévola”)¹⁰³⁹ de se excederem os limites da boa-fé, dos bons costumes ou dos fins sociais e econômicos do direito, sendo suficiente para a configuração do abuso que sejam, simplesmente, excedidos.

¹⁰³⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.p.27.

¹⁰³⁶ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.p. 103

¹⁰³⁷ AMARAL, Francisco. Os atos ilícitos. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O novo Código Civil: estudos em homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003. p. 161.

¹⁰³⁸ OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *Responsabilidade Civil: do seu abrandamento à luz da nova sistemática brasileira*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 126.

¹⁰³⁹ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo 96A136. Relator: Fernando Fabião. Data do julgado: 02 jul. 1996. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/06b8c48022301713802568fc003b7b6f?OpenDocument> . Acesso em: jun. 2022.

Daí a afirmação de que o ato abusivo, diferentemente do ato ilícito (definido formalmente pelo legislador) deve ser identificado e punido pelo aplicador do direito (Poder Judiciário), a depender de cada situação jurídica (caso concreto). Esse é o elemento que caracteriza a teoria objetiva do abuso do direito.

Trata-se de avaliar, em cada caso concreto, se o agente exerceu o seu direito, extrapolando os limites impostos, pelo seu fim social, econômico, pela boa-fé, ou pelos bons costumes. Basta, portanto, examinar o ato e o dano em si.

Considerando, pois, a existência da teoria do abuso do direito – na linha do atual entendimento por parte da doutrina, legislação e jurisprudência, o direito resulta das demandas do indivíduo e da sociedade e, como tal, deve consagrar os princípios e valores jurídicos¹⁰⁴⁰, que dispõem sobre o dever de se atender à sua função social. Tem sido esta a orientação da jurisprudência dos tribunais superiores.

Nessa direção, Ustároz observa que “*os direitos prima facie reconhecidos no ordenamento precisam ser temperados, quando de sua aplicação concreta, para o respeito e a consideração dos direitos alheios*”. Esta assertiva alerta para o fato de que o homem realiza os seus direitos, “*mas dentro de um meio social, do qual ele constitui uma das suas incontáveis células.*” E continua: “*ele (o homem) deve se comportar em função do meio do qual ele saiu, cada vez que ele exerce um direito, ainda que aparentemente o mais individual e egoísta. É uma prerrogativa social que ele deve utilizar, em conformidade com o espírito da instituição, civilizadamente.*”¹⁰⁴¹

Assim, para o autor, não basta obedecer cegamente à literalidade da lei; é necessário utilizá-la como “*um meio de encontrar a justiça.*”¹⁰⁴²

Segundo Heloísa Carpena, o “*exercício de cada direito deve respeitar seu espírito próprio*”, para buscar a real intenção da justiça, além da letra da lei. Logo, “*o critério de abuso não está apenas na intenção de causar danos, mas no desvio do direito de sua finalidade ou função social*”. Assim:

¹⁰⁴⁰ Vale ressaltar que ambas as teorias (subjéctiva e objetiva) se baseiam em princípios que representam a carga axiológica do ordenamento jurídico. A ofensa a qualquer um dos princípios que as fundamentam enseja o nascimento de institutos preventivos e repressivos, como o abuso do direito, por exemplo. Defender a teoria subjéctiva ou objetiva para entender o ato antijurídico ocasionado pelo sujeito é chegar ao mesmo ponto: violação de princípios.

¹⁰⁴¹ USTÁRROZ, Daniel. A atualidade da teoria do abuso do direito. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, São Paulo, v. 68, n. 495, jan., 2019. p. 48.

¹⁰⁴² *Ibid.* p. 49.

[...] como o ordenamento constitui o conjunto de regras sociais obrigatórias, o direito subjetivo, como parte da juridicidade, não poderia ter diferente natureza e finalidade, assumindo caráter social tanto na origem como na missão que se destina a desempenhar. O ato abusivo consiste na atuação anti-social.¹⁰⁴³

Logo, o abuso do direito pode ser identificado em uma ampla realidade jurídica no cotidiano das pessoas. Como lembra o jurista francês Josserand:

[...] a aproximação entre o abuso do direito e o desvio do poder seria resultado da sua fonte comum, a qual levaria [...] à mesma ideia fundamental de que as nossas prerrogativas, quer sejam de ordem privada, quer de ordem pública, obedecem ao seu próprio valor social e devem ser exercidas em conformidade com o fim a que respondem.¹⁰⁴⁴

O avanço progressivo da teoria do abuso do direito contribuiu para a inserção de vários princípios no ordenamento jurídico como um todo, abrangendo, praticamente, todos os campos do direito, além de ensejar o reconhecimento de que não existem direitos absolutos; isto é, os direitos individuais têm limites relativamente aos direitos coletivos, o que permite afirmar que a sua afronta acarreta as sanções igualmente previstas na ordem jurídica.

A nova e ampla interpretação emprestada pela jurisprudência à redação do artigo 334º do Código Civil português, assim como as demais áreas do direito, foi apoiada pela doutrina, a qual tem dado suporte a essa lógica judicial, alargando a fonte do dever de indenizar terceiros, especialmente no âmbito da extrapolação do exercício do direito à liberdade de expressão relativamente aos demais direitos fundamentais, em particular os direitos de personalidade.

Em síntese, verifica-se que o abuso do direito é um ato ilícito que gera responsabilidade civil, aplicando-se, ao estudo em questão, a sua configuração extracontratual, porque decorrente do próprio ato ilícito, a partir de uma concepção objetiva, ou seja, independente da culpa do agente.

¹⁰⁴³ CARPENA, Heloisa. *O abuso do direito no código civil de 2002*. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *Parte Geral do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 391-392.

¹⁰⁴⁴ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'Abus des Droits*. Paris: Dalloz, 1868.p.15.

A boa-fé, os bons costumes e os fins sociais e econômicos representam os valores emprestados à legislação, sem olvidar que constituem o pano de fundo do texto constitucional, impondo a sua presença como um dos instrumentos de controle dos atos abusivos individuais, de um lado, e, de outro, a limitação dos poderes do Estado. Elsa Vaz de Sequeira nomeia critérios para a análise do comportamento abusivo, como a violação de um fim econômico ou social, se há desrespeito aos bons costumes e ainda se se age em desconformidade com a boa fé¹⁰⁴⁵.

A sua principal atenção vai para o desrespeito à boa fé, explicando que a boa fé “*assume função balizadora ou sindicadora da actuação de posições em si mesma conforme com as normas que formalmente as atribuem, com vista a uma justa composição de interesses entre os sujeitos*”¹⁰⁴⁶.

Por sua vez, a liberdade de expressão é um direito fundamental do cidadão, o qual, para viver em sociedade, tem a necessidade de expressar seus desejos e convicções, escolhas e manifestações em torno da vida, de si mesmo, nas relações sociais e na pura e simples comunicação com outros grupos de pessoas.

Em um país democrático, protegido por normas constitucionais que dão guarida aos princípios e valores que norteiam a conduta dos cidadãos, a abrangência da liberdade de expressão fortalece a interação social, cultural, política entre as pessoas e destas com o mundo. A sua garantia é indispensável à dignidade do indivíduo e, por consequência, à manutenção do Estado Democrático de Direito.

Portanto, o reconhecimento do caráter amplo da liberdade de expressão, enquanto princípio, remete para o fato inquestionável de que ele é parte de um sistema normativo complexo, formado por regras e princípios que impõem, para a sua garantia, a aplicação de uma interpretação sistemática.

E é justamente pela sua natureza principiológica que o direito fundamental da liberdade de expressão não é absoluto, mas limitado por outros dispositivos constitucionais e legais. Por certo que o exercício da liberdade de expressão não pode exceder outros direitos fundamentais, ou seja, não pode ser usada para manifestar ou cometer atos ilícitos puros, como por exemplo a apologia do crime, o antissemitismo, o ódio, além de outros, ou mesmo atos ilícitos equiparados, entendidos como o abuso do direito.

¹⁰⁴⁵ SEQUEIRA, Elsa Vaz de. *Teoria geral do direito civil: princípios fundamentais e sujeitos*: Lisboa. Universidade Católica Editora, 2020.p.135.

¹⁰⁴⁶ SEQUEIRA, Elsa Vaz de. *Teoria geral do direito civil: princípios fundamentais e sujeitos*: Lisboa. Universidade Católica Editora, 2020.p.136.

É indubitável que, tratando-se de dois direitos fundamentais de grande complexidade, é um enorme desafio para o Direito assegurar um equilíbrio entre o exercício da liberdade de expressão, nas suas mais diversas dimensões, conforme visto, e a necessária proteção da dignidade da pessoa e dos direitos de personalidade. Além disso, o direito deve proceder como instrumento de afirmação da tolerância e reconhecimento, tendo em vista o ideal do Estado Democrático de Direito, caracterizado por ser livre, plural e igualitário.

A proposta deste tópico de identificar o abuso do direito a partir da conceituação do direito subjetivo e seus limites, foi fundamental para construir a tese deste trabalho, que se traduz na concepção de que a legislação infraconstitucional, especialmente aquela regulamentada pelo Código Civil, é suficiente e adequada para se evitar o excesso humorístico e os abusos cometidos em face dos direitos da personalidade.

Neste contexto, a legislação infraconstitucional figura como elemento vital para concretizar aqueles limites previstos na Constituição, com a finalidade precípua de evitar o abuso do direito. Caso se configure um abuso do direito, há que se imputar a responsabilidade civil, penal ou administrativa ao sujeito titular do direito individual extrapolado, a qual deverá ser rigorosamente fundamentada de acordo com a legislação existente sobre o tema. Assim, conclui Mafalda Miranda Barbosa, *“sempre que do exercício da liberdade de expressão resultar uma ofensa gratuita não justificada pela prossecução de quaisquer fins públicos [...], devemos concluir estar diante não de um verdadeiro exercício de uma liberdade, mas de um abuso de liberdade”*.

Tôrres observa que a regulamentação da liberdade de expressão exige a atuação do Estado para garantir a mediação entre grupos sociais que representam a maioria e a minoria, no que diz respeito aos meios de comunicação. A autora esclarece que, quando se fala em regulação da liberdade de expressão, não se cogita somente sobre limites, mas inclui-se, também, o conceito de condicionamentos de exercício. *“Os limites visam à resolução de conflitos de direitos constitucionalmente protegidos, ao passo que os condicionamentos viabilizam o exercício do direito, ou seja, são normas materiais, organizatórias e procedimentais que estruturam e disciplinam.”*¹⁰⁴⁷

Sejam normas que condicionem o lugar, tempo e modo do exercício das liberdades comunicativas, ou que limitem a atividade comunicativa, ambas são passíveis de serem consideradas como restrições e, consoante o seu nível, podem ser, presumidamente, inconstitucionais, caso atinjam o conteúdo básico do direito fundamental e configurem censura.

¹⁰⁴⁷ TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, V. 50, n. 200, out./dez., 2013.p.12.

A atuação do Poder Legislativo na regulamentação dos limites internos e intimamente relacionados com a função do direito subjetivo é essencial para se caracterizar a responsabilização do agente que excede os limiares do humor e ofende direitos fundamentais individuais e coletivos. Advoga-se a atuação da lei, não na definição do que seja ou não humor, mas na regulamentação direcionada aos indivíduos e aos meios de comunicação dos limites do humor. Ou ainda, nas palavras de Orlando de Carvalho: “*o abuso de direito é justamente um abuso porque se utiliza o direito subjectivo para fora do poder de se usar dele. Trata-se como uma ilegitimação radical que torna, decerto, o direito improcedente*”¹⁰⁴⁸.

Conclui-se que o exercício da liberdade de expressão não deve ser atingido em seu conteúdo pela interferência estatal, através da delimitação conceitual do que seja ou não humor, em cujo aspecto a atuação deve sempre manter a neutralidade, isto é, não adentrar no mérito dos temas debatidos nesse sentido. Tendo como pressuposto essa separação e neutralidade estatal em relação ao estabelecimento do que seja ou não humor, toda a atividade de comunicação pode ser condicionada pela legislação infraconstitucional, que regulamentará a atuação dos meios de comunicação, desde que, obviamente, não se constate qualquer violação do exercício do direito fundamental de liberdade de expressão.

Em síntese: defende-se que o Estado, entendido como o Poder Legislativo e Judiciário, não deve interferir no conceito do humor, mas sim onde ele cabe. Sua atuação deve estar adstrita àquelas situações em que há impossibilidade de fazer humor, como, por exemplo, no caso de ofensas racistas, em que há uma limitação legal.

As dúvidas que ainda pairam sobre a total compreensão da teoria do abuso do direito, e, de modo especial, sobre a interpretação a ser dada à redação do artigo 334º do Código Civil, estimulam ainda mais a doutrina, sem desprezar a relação de complementaridade entre aquele dispositivo e os dispositivos constitucionais, que foram determinantes para o seu fortalecimento perante a jurisprudência.

Como corolário, a própria teoria do abuso do direito já estabeleceu as competências do legislador e do aplicador do direito, no tocante ao exame e interpretação que deve haver em cada situação jurídica concreta, sinalizando que, em princípio, o legislador deixou claro quando há a ocorrência de um ato ilícito e a indispensável intervenção do Poder Judiciário quando ocorrer ato abusivo.

¹⁰⁴⁸ CARVALHO, Orlando de – *Teoria Geral do Direito Civil*. 3 ed. Coimbra Editora 1992, p. 119.

17 O politicamente (in)correto

*Os maiores perigos para liberdade escondem-se na intromissão insidiosa de homens zelosos,
bem-intencionados, mas sem discernimento*

Louis Brandeis

Conforme visto, percebe-se que o direito subjetivo se constitui, fundamentalmente, como um espaço concreto de liberdade, de exercício do livre-arbítrio, condicionando o que Cordeiro define como uma “[...] *permissão normativa específica de aproveitamento de um bem.*”¹⁰⁴⁹ Em contrapartida, a partir do momento em que se estatuem funções aos direitos, ou seja, em que estes devem respeitar sua finalidade e função social e econômica, sob pena de se incorrer em abuso do direito, há um cerceamento dessa liberdade. Nessa perspectiva, cabe o questionamento: deve o sujeito utilizar seus direitos de acordo com o padrão politicamente correto para evitar o abuso do direito ou a prática do ato ilícito? Mais: o politicamente correto serve como limite ao exercício de direitos por seus titulares?

A postura denominada *politicamente (in)correta* remete para os valores éticos e morais que mudam dinamicamente de acordo com a forma de evolução de uma sociedade, não numa conduta necessariamente voltada para o direito, mas em uma adequação de linguagem e tratamento com a intenção de um melhor convívio social. Nesse sentido, tendo em mente que o direito representa uma forma de governança, entende-se que os valores não são meros ideais ou princípios abstratos; ao invés, para o direito os valores representam formas de vida social percebidas como desejáveis e possíveis, sendo concretizados em formas particulares de interação social.

O politicamente (in)correto é um conceito relativamente novo, que procura definir o comportamento de uma pessoa a partir de condicionantes e valores normalmente aceitos em uma comunidade. Comportar-se de acordo com determinados valores impostos por uma sociedade significa adequar-se, de modo conveniente, aos costumes e princípios adotados socialmente e que, na maioria das vezes, acabam por tolher a autenticidade do ser humano.

O dicionário inglês de Cambridge define o termo “politicamente correto” como “*expressões políticas ou ações que evitam ofender, excluir e/ou marginalizar grupos de pessoas*”

¹⁰⁴⁹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, n. 65, v. 2, set. 2005. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutriniais/antonio-menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e-perspectivas-star/>. Acesso em: jun. 2022.

que são vistos como desfavorecidos ou discriminados, especialmente grupos definidos pelo gênero, orientação sexual ou cor.”¹⁰⁵⁰

Adilson Citelli define o “politicamente correto” como:

[...] a resposta e tomada de posição pelas esquerdas (considerando o termo no contexto norte americano) às formações discursivas conservadoras e mesmo à direita, no tangente aos problemas envolvendo as etnias, as relações de poder, o tratamento dos conflitos sociais, a orientação sexual, o papel da mulher, o lugar da religião.¹⁰⁵¹

Por sua vez, o termo “politicamente incorreto” (que se opõe ao “politicamente correto”), segundo Marcelo Coelho, “é uma forma de expressão que banaliza preconceitos sociais, sem receios de nenhuma ordem.”¹⁰⁵² E Di Carlo e Kamradt afirmam que o “politicamente incorreto” “foi apropriado por movimentos de direita e é atualmente utilizado como ferramenta de oposição às pautas da esquerda e das minorias.”¹⁰⁵³

Uma das principais críticas é a de que o termo politicamente (in)correto passou a ser um comportamento imposto às pessoas, cujo pano de fundo remete ora para a esquerda, ora para a direita, permitindo deduzir que, a despeito de se tentar minimizar essa constatação, a ditadura do politicamente (in)correto decorre daquela fissura político-ideológica e, como tal, tem sido duramente contestada, uma vez que tem provocado, cada vez mais, a divisão entre classes políticas, sociais e econômicas e, por consequência, um atraso cultural de grandes proporções.

O filósofo Luiz Felipe Pondé ratifica a posição de alguns autores de que o termo politicamente correto “é um “ramo” do pensamento de esquerda americano”, cujo contexto remete para a ascensão social dos negros americanos, no final dos anos 1960, e dos gays, em 1980. Pondé considera que, por ser um fenômeno que entrou na agenda da nova esquerda americana, a necessidade de melhorar o convívio com os negros acabou se transformando em um “programa político de criação de uma nova consciência social.”¹⁰⁵⁴

¹⁰⁵⁰ POLITICALLY CORRECT. Cambridge Dictionary. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/politically-correct>. Acesso em: jul. 2022. (tradução nossa).

¹⁰⁵¹ CITELLI, Adilson. Educação e politicamente correto. In: COSTA, Cristina. *Comunicação e Liberdade de Expressão: atualidades*. São Paulo: ECA/USP, 2016. p. 53.

¹⁰⁵² COELHO, Marcelo. Politicamente fascista. *Folha de S. Paulo*, 18 de maio de 2011. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/paywall/login.shtml?https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/917484-politicamente-fascista.shtml>. Acesso em: 06 dez. 2021.

¹⁰⁵³ DI CARLO, Josnei; KAMRADT, João. Bolsonaro e a cultura do politicamente incorreto na política brasileira. *Teoria e Cultura*, v. 13, n. 2, dez., 2018. p. 55-70.

¹⁰⁵⁴ PONDÉ, Luiz Felipe. *Uma Filosofia Politicamente Incorreta*. 2. ed. São Paulo: Globo Livros, 2020. p. 22-23.

Determinados “mantras”¹⁰⁵⁵ são analisados criticamente pelo autor, sob alguns aspectos relevantes. A primeira constatação crítica de Pondé é a de que *“a diferença entre a velha esquerda e a nova esquerda é que, para a velha, a classe que salvaria o mundo seria o proletariado (os pobres), enquanto, para a nova, é todo o tipo de grupos de “excluídos”: mulheres, negros, gays, aborígenes, índios, marcianos.”* A outra diferença é o caráter revisionista que remete para o mantra de que não é preciso partir para uma revolução violenta (como da velha esquerda), *“nada de destruição do capitalismo, mas, sim, de acomodação do status quo econômico às demandas de inclusão dos grupos de excluídos”*, no sentido de que o capitalismo teria de aprender a incluir todos os grupos excluídos e estes *“aprenderiam que o capital é um excelente parceiro na luta pelos direitos.”*¹⁰⁵⁶

Tais considerações levam o autor a afirmar que:

*[...] o politicamente correto, assim, neste momento, se caracterizará por ser um movimento que busca moldar comportamentos, hábitos, gestos e linguagem para gerar a inclusão social desses grupos e, por tabela, combater comportamentos, hábitos gestos e linguagem que indiquem uma recusa dessa inclusão.*¹⁰⁵⁷

A partir destes pressupostos, Pondé constata criticamente que aquele movimento acabou se transformando em *“ações afirmativas, isto é, leis e políticas públicas que gerassem a realização do processo (cotas de negros, gays, índios nas universidades e nas empresas).”*¹⁰⁵⁸ Segundo o autor, o problema decorrente de tais políticas é que as universidades (sempre de esquerda) começaram a produzir teorias

*[...] sobre como a ideologia (de descendentes diretos de Marx) de ricos, brancos, homens heterossexuais, ocidentais, cristãos criaram mentiras para colocar as vítimas (os grupos de excluídos citados acima) como sendo menos inteligentes, capazes, honestos, etc. O passo seguinte foi criar departamentos nas universidades dedicados à crítica da ideologia dos “poderosos”.*¹⁰⁵⁹

¹⁰⁵⁵ Denominação do autor.

¹⁰⁵⁶ PONDÉ, op. cit. p. 22-23.

¹⁰⁵⁷ Ibid.

¹⁰⁵⁸ Ibid.

¹⁰⁵⁹ PONDÉ, Luiz Felipe. *Uma Filosofia Politicamente Incorreta*. 2. ed. São Paulo: Globo Livros, 2020.

Independentemente da existência do preconceito, Pondé observa que o politicamente correto criou “*uma agenda de mentiras intelectuais (filosóficas, históricas, psicológicas, antropológicas, etc.) a serviço do “bem” gerando censura e perseguições nas universidades e na mídia para aqueles que ousam pôr em dúvida suas mentiras do “bem”*”. Em outras palavras, todo aquele que contrariar uma conduta considerada politicamente correta será reconhecido como politicamente incorreto.¹⁰⁶⁰

Neste contexto, o autor apresenta criticamente algumas criações do politicamente correto, como a afirmação de que o mais fraco politicamente é melhor moralmente; que Deus é, na verdade, uma Deusa (no sentido de que se chamo Deus a Deus é porque julgo que o homem (gênero) é mais parecido com Deus do que a mulher); a proibição da utilização de termos como “futuro negro”, além de outras expressões que, se usadas, demonstrariam o preconceito em face da cor, gênero e outros.¹⁰⁶¹

A conclusão do autor é a de que:

*[...] vemos, assim, um contexto econômico, associado a uma teoria política e a uma teoria filosófica sobre a linguagem, criar um Leviatã. O politicamente correto hoje é muito amplo como fenômeno, mas sempre é autoritário na sua essência, porque supõe estar salvando o mundo.*¹⁰⁶²

Stephen Fry¹⁰⁶³, ao participar nos “Debates Munk”¹⁰⁶⁴, inicia a sua intervenção discorrendo sobre o que significa ser “politicamente correto”. Observa criticamente a natureza político-ideológica emprestada ao termo:

[...] tenho plena consciência de que muitas pessoas que escolheram – incorretamente, a meu ver – para analisar essa questão em termos de esquerda e direita, noções que considero depreciadas e implodidas,

¹⁰⁶⁰ Ibid. p. 24.

¹⁰⁶¹ Ibid. p. 25.

¹⁰⁶² Ibid. p. 26.

¹⁰⁶³ Ator, roteirista, escritor, dramaturgo, jornalista, poeta, comediante e diretor de cinema.

¹⁰⁶⁴ Trata-se de um dos mais importantes eventos sobre políticas públicas no Canadá.

*pensarão que estou traindo a mim mesmo e às causas que abracei no decorrer dos anos.*¹⁰⁶⁵

Fry observa que *“tudo isso precisa parar – esse ódio, esse ressentimento, essa hostilidade, essa intolerância; acima de tudo, essa convicção do tipo com-nós-ou-contra-nós”*. De acordo com Fry, *“abriu-se um Grand Canyon em nosso mundo. A fissura, a fenda, aumenta a cada dia. Nenhum dos lados consegue ouvir uma palavra sequer que o outro lado grita, e nem quer ouvir”*.

Fry remete para uma guerra cultural promovida por todas essas pessoas, enquanto as demais tentam levar as suas vidas adiante, demonstrando um misto de perplexidade e tédio ao constatar o que ele denomina de *“loucura tóxica, binária e de valor nulo”* e que deve parar antes *“que destruamos a nós mesmos”*. Faz questão de afirmar:

*[...] minha maior objeção ao politicamente correto não é que ele tenha tanto a ver com as coisas que desprezei e às quais me opus a vida inteira: pregação (com todo o respeito), piedade, arrogância, caça às bruxas, delações, shaming¹⁰⁶⁶, afirmações sem evidência, acusações, inquisição, censura. [...] Minha maior objeção é que eu acho que o politicamente correto não funciona.*¹⁰⁶⁷

Fry faz uma analogia, afirmando que quer ir à montanha dourada. Mas não crê que esse seja o caminho para se chegar lá. E prossegue: *“o politicamente correto está sempre obcecado em estar certo, sem pensar em quão eficaz pode ser”*. E termina: *“o progresso não é conquistado por pregadores ou guardiões da moralidade, mas, parafraseando Yevgeny Zamyatin, por loucos, ermitões, heréticos, sonhadores, rebeldes e céticos”*. A história corrobora Yevgeny Zamyatin no que diz respeito ao filósofo grego, Sócrates, condenado a tomar veneno por pregar uma filosofia diferente da reconhecida pelas autoridades poderosas da sua época; afrontar os deuses do Estado ao introduzir novas divindades; contrariar a ordem

¹⁰⁶⁵ DYSON, Michael Eric et al. *Politicamente Correto: os debates Munk*. Tradução de André de Leones. São Paulo: É Realizações Editora, 2020.p.55.

¹⁰⁶⁶ Fazer uma pessoa se envergonhar por algum motivo.

¹⁰⁶⁷ DYSON, op. cit.

estabelecida e, sobretudo, questionar a forma de conhecimento considerada por todos como correta.¹⁰⁶⁸

Da mesma forma, refere-se à história do cientista, astrônomo, físico e engenheiro italiano, Galileu Galilei, que ousou criar teorias que foram consideradas heréticas pela Igreja católica. Entre elas, a comprovação da teoria heliocêntrica de Nicolau Copérnico de que a terra girava em torno do Sol, razão pela qual foi condenado ao confinamento e à declaração de que aquela teoria seria apenas uma hipótese.¹⁰⁶⁹ São muitos os exemplos da realidade que evidenciam a relativização daquilo que se reconhece como politicamente correto ou incorreto, uma vez que a conduta ou linguagem pode levar ao desenvolvimento, e independe da visão dicotômica da esquerda ou da direita.

Pondé, ao tratar dos valores que compõem a democracia – liberdade e igualdade – observa que, *“quando você dá mais espaço para a liberdade, a tendência é que a democracia acentue as diferenças entre as pessoas e os grupos que nela vivem”*. Segundo o autor, *“a liberdade é a chave da capacidade criativa e empreendedora do homem. Quando você acentua a igualdade, a democracia ganha em nivelamento e perde em criatividade e geração de abundância para as pessoas”*. Assim, afirma que:

*[...] o politicamente correto é um caso clássico de censura à liberdade de pensamento, por isso, sob ele, o pensamento público fica pobre e repetitivo, ou seja, medíocre e covarde. Quando se acentua a igualdade na democracia, amplia-se a mediocridade, porque os covardes temem a liberdade.*¹⁰⁷⁰

Ademais, continua o autor, a pior coisa da democracia será, talvez, o fato de ela ter dado aos idiotas a consciência do seu poder numérico, conforme dizia Nelson Rodrigues. Pondé observa que Nelson Rodrigues criticava em suas colunas de jornais que, após a Revolução francesa, os “idiotas” se apercebessem de que estavam em maior número; desde então, todo o mundo passou a ter de lhes agradar para poderem existir (principalmente intelectualmente).

¹⁰⁶⁸ DYSON, Michael Eric et al. *Politicamente Correto: os debates Munk*. Tradução de André de Leones. São Paulo: É Realizações Editora, 2020. p. 51-53.

¹⁰⁶⁹ É oportuno lembrar que as teorias de Galileu Galilei foram reconhecidas formalmente pelo papa João Paulo II, em 1992.

¹⁰⁷⁰ DYSON, op. cit.

*“Todo mundo que pensa um pouco vive com medo da força democrática (numérica) dos idiotas. O politicamente correto é uma das faces iradas desses idiotas.”*¹⁰⁷¹

Outra questão relevante nesse contexto crítico é levantada por Fry, ao relativizar o politicamente correto no sentido de desmistificar a compreensão de que ele é exclusivamente de esquerda. Fry faz um relato: *“estive na Rússia e me confrontei com um homem profundamente homofóbico e desagradável, e existe politicamente correto na Rússia. Só que é politicamente correto de direita.”*¹⁰⁷²

Michelle Goldberg¹⁰⁷³ também participou nos Debates Munk, posicionando-se a favor do politicamente correto. Segundo Goldberg, o politicamente correto:

*[...] não é só uma expressão que designa os excessos da esquerda nos campi ou as pessoas sendo terríveis no Twitter. Acho que ela pode ser usada [...] como uma forma de deslegitimar qualquer tentativa das mulheres e das minorias raciais e sexuais de superar a discriminação ou mesmo de argumentar que essa discriminação é real.*¹⁰⁷⁴

Trata-se, pois, de um conflito de natureza discursivo-política entre diferentes forças político-ideológicas, que procuram fortalecer, cada qual à sua maneira, os seus valores, por meio de uma linguagem que procura traduzir as respectivas ideologias e convicções, as quais, por sua vez, remetem para as suas condutas nos mais diversos aspectos da vida cotidiana.

É oportuno lembrar que o uso do termo “politicamente correto” não era usual até às últimas décadas do século XX, e tampouco significava uma desaprovação social, conforme a sua atual compreensão.

Assim, o uso corrente do termo provém da primeira vez em que foi pronunciado por James Wilson, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1793, no julgamento do caso *Chisholm versus Georgia*. Com efeito, em 1792, Alexander Chisholm, executor testamentário de Robert Farquhar, apresentou aos juízes o caso contra o Estado da Geórgia perante a Suprema Corte, por causa do pagamento devido por mercadorias que Farquhar tinha antes fornecido durante a Guerra da Independência dos Estados Unidos e que não tinham sido pagas. Chisholm

¹⁰⁷¹ PONDÉ, Luiz Felipe. *Uma Filosofia Politicamente Incorreta*. 2ª edição. São Paulo: Globo Livros, 2020, 35-36.

¹⁰⁷² DYSON, Michael Eric et al. *Politicamente Correto: os debates Munk*. Tradução de André de Leones. São Paulo: É Realizações Editora, 2020. p. 57.

¹⁰⁷³ Colunista do *New York Times*, jornalista e autora de *best-sellers*.

¹⁰⁷⁴ DYSON, op. cit.

saiu vitorioso naquela causa, em que James Wilson, um dos juízes que proferiram o voto vencedor, fez o seguinte comentário:

The states, rather than the PEOPLE, for whose sakes the States exist, are frequently the objects which attract and arrest our principal attention. This, I believe, has produced much of the confusion and perplexity, which have appeared in several proceedings and several publications on state-politics, and on the politics, too, of the United States. Sentiments and expressions of this inaccurate kind prevail in our common, even in our convivial, language. Is a toast asked? “The United States,” instead of the “People of the United States” is the toast given. This is not politically correct.^{1075 1076}

Os defensores da expressão “politicamente incorreto” afirmam que a estratégia do “politicamente correto” pretende limitar e/ou impedir o exercício efetivo do direito à liberdade de expressão.

Por outro lado, os que criticam o “politicamente incorreto” relacionam-no com práticas autoritárias e com um discurso de discriminação contra as minorias, o que, na sua compreensão, difunde os preconceitos há muito tempo enraizados numa sociedade conservadora.

Portanto, o politicamente incorreto afrontaria os direitos fundamentais, além de constituir uma forma de controle da liberdade de expressão dos grupos denominados não conservadores.

Em países como Brasil e Portugal, o termo foi usado por conservadores, os quais se referem a um patrulhamento ideológico. Conforme se pode depreender, tais termos acabaram fazendo parte de um discurso tanto de esquerda quanto da direita, transformando-os em instrumentos político-ideológicos e, ao mesmo tempo, em verdadeiras mordanças no seio da sociedade, no sentido de reprimir o humor, ideias e pensamentos, cuja linguagem (escrita ou oral) tem sido mutilada ao longo do tempo, causando uma paralisia cultural.

¹⁰⁷⁵ ZINK, James R. The Language of Liberty and Law: James Wilson on America's Written Constitution. *American Political Science Review*, v. 103, n. 3, ago. 2009. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/27798515>. Acesso em: 07 dez. 2021.

¹⁰⁷⁶ *Os Estados, mais do que os POVOS, para os quais os Estados existem, são frequentemente os objetos que atraem e prendem nossa atenção principal. Isso, acredito, produziu grande parte da confusão e perplexidade que apareceram em vários procedimentos e várias publicações sobre política de estado e também sobre a política dos Estados Unidos. Sentimentos e expressões desse tipo impreciso prevalecem em nossa comum, e até mesmo acolhedora, linguagem. É pedido um brinde? “Aos Estados Unidos”, em vez de “Ao povo dos Estados Unidos” o brinde dado. Isso não é politicamente correto.* (tradução nossa).

Além disso, os mesmos termos evocam uma potencial ameaça à democracia, uma vez que não há ambiente favorável para a livre liberdade de expressão que venha a divergir daquilo que se considera “politicamente correto”, contribuindo sobremaneira para um calar de vozes que, a médio e longo prazos provocarão uma significativa involução social, cultural e política, devido a posições e teorias divergentes, verdadeiras ou não, que provocam um desenvolvimento intelectual e político relacionado com a arte da persuasão, por meio de debates e da busca do consenso, variáveis indispensáveis em um regime democrático.

Nessa perspectiva, é possível afirmar, com certa segurança, que a pluralidade de opiniões e pensamentos divergentes de cada grupo se caracteriza como um processo natural, pois faz parte, inquestionavelmente, de um Estado Democrático de Direito. Tal divergência é inerente a uma democracia e, em princípio, não justificaria qualquer restrição do direito fundamental à liberdade de expressão, igualmente positivado na Constituição da República Portuguesa.

O problema a enfrentar diz respeito à forma como tais condutas são expressas, podendo acabar por se transformar em instrumentos de agressividade e de violência moral e física, tendo como pano de fundo as ditas ideologias extremas, tanto de direita como de esquerda.

O mais importante em todo este contexto é a constatação inequívoca de que a liberdade de expressão, prevista constitucionalmente, tem de ser respeitada, desde que não afronte outros direitos fundamentais igualmente dispostos e que remetem, direta ou indiretamente, para o sobreprincípio da dignidade humana. Nesse caso, a liberdade de expressão restaria limitada relativamente aos demais direitos fundamentais de natureza individual, como o direito à intimidade, à honra, à vida privada e à imagem das pessoas, sendo-lhes assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação.

Nessa direção, observa com absoluta propriedade John Stuart Mill, ao defender a liberdade de opinião e de expressão, que a liberdade das pessoas quanto à sua opinião e ao seu agir têm limitações que deverão ser respeitadas, quando se tratar de um efeito nocivo para as demais pessoas. Afirma Mill: “[...] até as opiniões perdem a sua imunidade quando as circunstâncias em que são expressas são tais que a sua expressão constitui efetivamente uma instigação a um ato danoso.” Mill apresenta a seguinte situação (de seu tempo) para melhor compreensão do tema:

[...] a opinião de que os comerciantes de trigo fazem os pobres passar fome, ou que a propriedade privada é um roubo, devem ser deixadas em paz quando simplesmente divulgadas na imprensa, mas poderão

*incorrer justamente em castigo quando ditas a uma turba exaltada reunida perante a casa de um comerciante de trigo, ou quando distribuídas entre a mesma turba sob a forma de cartazes.*¹⁰⁷⁷

Nesta última situação, o que Mill quer alertar é para a possibilidade de incitação à violência e, de modo especial, ao recrudescimento da rivalidade entre diferentes classes sociais e econômicas, que retratam, inquestionavelmente, as ideologias contrapostas e só servem para causar instabilidade sob os mais amplos aspectos.

E continua:

*[...] qualquer tipo de atos que causem dano injustificável a outros podem ser controlados – e nos casos mais importantes precisam absolutamente de o ser – pelos sentimentos desfavoráveis das pessoas e, quando necessário, pela sua intervenção ativa. A liberdade do indivíduo tem de ter essa limitação; não pode prejudicar as outras pessoas.*¹⁰⁷⁸

É justamente nesse aspecto que se justifica, tanto constitucional como legalmente, no quadro dos valores éticos e morais de uma sociedade, a necessidade de proteção daqueles direitos individuais cuja afronta remeteria ao que hoje se denomina de postura politicamente “incorreta”, seja ela de esquerda ou de direita, embora seja comumente assacada à direita (relativamente à posição de esquerda, em razão da própria origem do termo).

Por outro lado, prossegue Mill, alertando sobre a importância da liberdade de opinião:

*[...] mas se se abstém de importunar os outros no que lhes diz respeito, e age meramente de acordo com a sua própria inclinação e juízo em coisas que lhe dizem respeito, então as mesmas razões que mostram que a opinião deve ser livre provam também que lhe deve ser permitido agir com base nas suas opiniões à sua própria responsabilidade sem ser importunado.*¹⁰⁷⁹

¹⁰⁷⁷ MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Edição especial. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 90.

¹⁰⁷⁸ Ibid. p. 90.

¹⁰⁷⁹ MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Edição especial. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 91.

Nessa linha, Mill reconhece que a liberdade de expressão e de opinião são indispensáveis ao bem-estar da humanidade, com base em quatro fundamentos.¹⁰⁸⁰ Em primeiro lugar, afirma o autor que não se deve impedir que uma opinião seja emitida, até porque essa opinião será provavelmente verdadeira e, na hipótese de ela ser suprimida por qualquer autoridade, a sociedade perderá a oportunidade de conviver com novas verdades e se desenvolver.¹⁰⁸¹ De acordo com Mill, “*quem deseja suprimi-la nega, obviamente, a sua verdade; mas não é infalível. Não tem autoridade para resolver a questão por toda a humanidade, e de retirar a todas as outras pessoas os meios de ajuizar,*”¹⁰⁸²

Em segundo lugar, acrescenta Mill:

*[...] mesmo que a opinião silenciada esteja errada, pode conter uma porção de verdade, o que frequentemente acontece; e dado que a opinião geral ou prevalecente sobre qualquer assunto raramente ou nunca constitui a verdade por inteiro, é apenas através do conflito de opiniões opostas que o resto da verdade tem alguma hipótese de vir ao de cima.*¹⁰⁸³

Assim, uma opinião, mesmo que equivocada, enseja uma reflexão acerca da posição que se defende, promovendo uma análise crítica que impede a adoção de um pensamento ou teoria sem o aperfeiçoamento que lhe é inerente, por meio da sua divulgação e debate que, por sua vez, permite que a verdade se complete e componha uma nova opinião prevalecente.

Mill explica o terceiro fundamento da liberdade de expressão:

*[...] mesmo que a opinião dominante não seja apenas verdadeira, mas constitua também a verdade por inteiro; a não ser que se deixe que seja vigorosa e honestamente contestada, e a não ser que isso de fato aconteça, será mantida como um preconceito pela maior parte dos que a aceitam, havendo pouca compreensão ou sentimento em relação aos seus fundamentos racionais.*¹⁰⁸⁴

¹⁰⁸⁰ Ibid. p. 86.

¹⁰⁸¹ Ibid. p. 86-87.

¹⁰⁸² Ibid. p. 43.

¹⁰⁸³ Ibid. p. 87.

¹⁰⁸⁴ MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Edição especial. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 87.

Em quarto lugar, o autor adverte a relevância de se expor à discussão uma opinião ou uma doutrina, sob risco de que ela se torne um dogma aceito formalmente por todos e enfraqueça com o passar do tempo, justamente pela ausência de opiniões divergentes e que poderiam aprofundar o seu conteúdo.¹⁰⁸⁵

Assim, independentemente da politização imposta às pessoas e à sua liberdade de expressão, significativamente reprimida em razão da necessidade obrigatória de se comportar de acordo com os valores e princípios que se coadunam, ora com a vontade da maioria, ora pela vontade da minoria, o que está em jogo é a manutenção das liberdades públicas e, naturalmente, a democracia.

Partindo do pressuposto do enquadramento das condutas sociais e políticas em um extremo ou outro, o que se está a restringir ou eliminar é, de um lado, a liberdade de expressão e, de outro, o estímulo e agravamento de comportamentos contrapostos em função de ideologias, bem como a consequente reprimenda à necessidade humana de se expressar de forma natural e espontânea, sem ter receio de ser interpretado de acordo com os ditames impostos por uma ideologia de esquerda ou de direita, enfraquecendo o risco.

Trata-se de um retrocesso cultural progressivamente em curso, porquanto a ausência de opiniões divergentes sobre um determinado tema, seja qual for a sua natureza, é confundida e, na maioria das vezes, convenientemente interpretada como uma agressão, impossibilitando a evolução da sociedade e o amadurecimento da democracia. Com efeito, ao impor-se o silêncio de uma minoria, nunca se dará a oportunidade a um debate e a chegar-se a um consenso, que é o indicativo de um regime democrático bem conduzido.

Nesse sentido, Mill chama a atenção para o que a experiência demonstra em uma situação em que se defende uma opinião e se torna difícil identificar os seus limites, uma vez que, na hipótese de um ataque eficaz e poderoso de um oponente, a pessoa ficará ofendida e aquela opinião será considerada imoderada ou algo similar. Ademais, observa o autor “*o modo de defender uma opinião pode ser bastante objetável e pode incorrer justamente em censura, ainda que a opinião seja verdadeira.*”¹⁰⁸⁶

É oportuna a afirmação de Mill de que as ofensas remetem para os argumentos sofisticados em que se suprimem fatos, ou mesmo argumentos, além de se deturparem elementos que compõem um caso, ou ainda descreverem, de forma errada, a opinião oposta. Nesse tipo de situação, o problema é que, muitas vezes, tais ofensas ocorrem de boa-fé, por parte de pessoas que não são consideradas ignorantes e incompetentes, mas que na realidade o

¹⁰⁸⁵ Ibid. p. 87.

¹⁰⁸⁶ MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Edição especial. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 87.

são. Torna-se muito difícil por esta razão comprovar a sua culpa, e tampouco a lei consegue “*ter a presunção de interferir neste tipo de má conduta controversa*”, como ressalva o autor.¹⁰⁸⁷

O problema ainda mais relevante, conforme Mill ressalta, é a compreensão daquilo que se chama de “*discussão imoderada, nomeadamente invectivas, sarcasmo, ataques pessoais e coisas do gênero*”. Ora,

*[...] a denúncia destas armas mereceria mais compreensão se alguma vez se propusesse que fossem interditas a ambos os lados; mas apenas se deseja restringir o seu uso contra a opinião prevalecente; contra a opinião não prevalecente, não só podem ser usadas sem desaprovação geral, como também aquele que a usar receberá elogios pelo seu empenho honesto e justa indignação.*¹⁰⁸⁸

É justamente aí que reside o problema, conforme o autor afirma:

*[...] as opiniões dominantes são as beneficiárias quase exclusivas da vantagem injusta que se possa adquirir através deste modo de as defender. A pior ofensa deste tipo que pode ser cometida por uma argumentação é estigmatizar como pessoas más e imorais aquelas que sustentam a opinião contrária.*¹⁰⁸⁹

Assim, as pessoas que defendem uma opinião impopular e se oponham à opinião prevalecente geralmente são caluniadas, por serem minoritárias e não terem qualquer influência. Nesses casos, é possível expressar uma opinião contrária, desde que se utilize uma linguagem moderada, sem qualquer vestígio de ofensa, para que possa ser ouvida, a despeito da afronta e de agressões verbais da opinião prevalecente.

Daí a defesa sábia de Mill de que é muito mais salutar para a justiça, e sobretudo para a prevalência da verdade, limitar uma linguagem que ele denomina de vituperativa (ofensiva) proveniente de opiniões prevalecentes (da maioria), do que restringir opiniões que venham da minoria (não prevalecentes). Mill explica que a lei e a autoridade devem condenar todas as pessoas – “*independentemente do lado de que se posicionem – em cuja defesa se manifeste*

¹⁰⁸⁷ Ibid. p. 87-88.

¹⁰⁸⁸ Ibid. p. 88.

¹⁰⁸⁹ Ibid. p. 87.

malícia, reacionarismo, intolerância de sentimento ou falta de sinceridade.”¹⁰⁹⁰ Nesse sentido, são completamente corretas as críticas endereçadas aos comportamentos e aos signos linguísticos que levam a uma comunicação intersubjetiva carregada de preconceitos raciais, de gênero, cor, além de outros que compõem o conceito do politicamente “incorreto” e que merecem ser enquadradas de fato e de direito, aquando da sua expressão perante a sociedade.

Maria Berenice Dias observa que *“não é preciso declinar a série de vocábulos e expressões utilizados para identificar um fato natural, que sempre existiu, mas que a humanidade insiste em rejeitar: o amor ao mesmo sexo”*. Nesse contexto, a autora assevera: *“o preconceito e a discriminação que cercam as variantes que se afastam da sexualidade aceita como correta – pelo simples fato de ser majoritária – levam ao surgimento de denominações que acabam sempre escorregando para o escárnio e o deboche.”*¹⁰⁹¹

Assim, na expressão “homossexualismo”, que significava “desvio ou transtorno sexual”, o sufixo “ismo” utilizado para identificar doença foi afastado e substituído por “dade”, que quer dizer “modo de ser”, levando ao termo “homossexualidade”, que, na Classificação Internacional de Doenças (CID), passou a ser chamada de “transtorno de preferência sexual”. Maria Berenice Dias acaba criando um neologismo – homoafetividade – para retirar o direcionamento daquele termo para uma questão exclusivamente sexual, realçando o afeto que une duas pessoas, independentemente do sexo do par.

Partindo do pressuposto da utilização de uma variada gama de termos para a definição de uma união entre pessoas do mesmo sexo, o que importa é a eliminação de preconceitos, discriminações, não apenas no sentido de se adotar uma linguagem “politicamente correta”, mas, conforme afirma a autora, *“sobretudo, posturas humanas e sociais, democráticas e libertárias corretas.”*¹⁰⁹²

Assim, qualquer tipo de linguagem ou conduta que venha a afrontar os dispositivos constitucionais e legais que tratam daquele tema serão enquadrados, o que representa uma vitória para aquele grupo, traduzida em legislação, que retrata a preocupação do Poder Legislativo em satisfazer as suas demandas.

Aqueles vícios ou quaisquer outras formas de discriminação devem ser punidos, seja qual for o lado em que a pessoa esteja. Mesmo contra a própria opinião, a honra deve ser dada *“a quem, independentemente da opinião que sustente, tenha calma suficiente para perceber e*

¹⁰⁹⁰ MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Edição especial. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 88.

¹⁰⁹¹ DIAS, Maria Berenice. Politicamente correto. *Âmbito jurídico*, 28 de fevereiro de 2003. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-12/politicamente-correto/>. Acesso em: 06 dez. 2021.

¹⁰⁹² DIAS, Maria Berenice. Politicamente correto. *Âmbito jurídico*, 28 de fevereiro de 2003. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-12/politicamente-correto/>. Acesso em: 06 dez. 2021.

descrever honestamente a verdadeira natureza dos seus oponentes e das suas opiniões”, o que impele a entender que não se deve exagerar nos aspectos negativos e nem deixar de mencionar os seus aspectos positivos; “essa é a verdadeira moralidade da discussão pública.”¹⁰⁹³

Goldberg, nos Debates Munk, dirigiu a palavra a um dos oradores, Jordan Peterson, que critica o que ele denomina de *“trindade perversa da igualdade, diversidade e inclusão”*. Nesse sentido, Goldberg considera que *“os esforços para expandir direitos e privilégios outrora concedidos apenas a homens brancos, heterossexuais e proprietários de terras são iluministas ou estão muito de acordo com o Iluminismo”*, e ratifica o seu argumento citando John Stuart Mill (um homem branco): *“o despotismo dos costumes é, em toda a parte, o obstáculo permanente ao avanço humano.”¹⁰⁹⁴*

Goldberg aproveita para chamar a atenção para os termos considerados irritantes e politicamente corretos nos anos 1980, como: não referir os indígenas como “índios”; e os negros como afro-americanos; incluir mulheres e negros no currículo da civilização ocidental, além de outros que eram interpretados como: *“novos conceitos, novas palavras enfiadas pela sua garganta”, porque a “maneira como costumamos falar e pensar parece natural e normal”*. Conclui a sua intervenção constatando que, nos Estados Unidos, *“está em curso uma tentativa monumental de reverter o progresso social em prol da superação do politicamente correto. Como alguém que vive lá (refere-se a ela própria), eu lhes asseguro, isso não se parece em nada com progresso.”¹⁰⁹⁵*

Por sua vez, Jordan Peterson¹⁰⁹⁶, que se contrapõe ao politicamente correto (assim como Stephen Fry), defende a supremacia do indivíduo relativamente aos grupos que representam o elemento coletivo, referindo-se criticamente à formação de grupos que integram a minoria para fazerem valer os seus direitos. Para Peterson, ser coletivista, isto é, membro de um grupo (em razão da sua etnia, sexo, raça), implica que:

[...] se elimina qualquer consideração do indivíduo em um nível muito fundamental, e, também, qualquer ideia de liberdade de expressão. [...] para um individualista, liberdade de expressão é como você dá sentido ao mundo e reorganiza a sociedade de uma maneira apropriada.¹⁰⁹⁷

¹⁰⁹³ MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Edição especial. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, 89.

¹⁰⁹⁴ DYSON, Michael Eric et al. *Politicamente Correto: os debates Munk*. Tradução de André de Leones. São Paulo: É Realizações Editora, 2020.

¹⁰⁹⁵ Ibid. p. 43-45.

¹⁰⁹⁶ É psicólogo clínico, professor de Psicologia na Universidade de Toronto.

¹⁰⁹⁷ DYSON, Michael Eric et al. *Politicamente Correto: os debates Munk*. Tradução de André de Leones. São Paulo: É Realizações Editora, 2020.p.58.

Peterson observa que o tipo coletivista da esquerda radical, que se associa a esse ponto de vista do politicamente correto, defende o poder do seu grupo, e esse tipo de narrativa acaba sendo aceito em universidades, como, por exemplo, o conceito de civilização ocidental definido “*como um patriarcado opressivo e dominados pelos homens.*”¹⁰⁹⁸

Goldberg contesta os argumentos de Peterson, afirmando que muitas “*peças historicamente não puderam se realizar como indivíduos*”. E cita nessa linha o movimento das mulheres, dos gays e outros grupos que lutaram e lutam por direitos civis. Goldberg afirma: “*longe de ser um movimento coletivista, é uma espécie de liberalismo clássico ao extremo. Essas pessoas estão dizendo: “Eu tenho o direito de definir a minha identidade em oposição àquela que me foi coletivamente atribuída.*”¹⁰⁹⁹

Michael Eric Dyson¹¹⁰⁰ tem uma posição a favor do politicamente correto e defende com afinco políticas identitárias (posições políticas baseadas nos interesses e nas perspectivas de grupos sociais com os quais os indivíduos se identificam), contrapondo-se aos argumentos críticos de Peterson, quando defende o individualismo. Dyson utiliza o termo *snowflake*¹¹⁰¹ para se dirigir aos homens brancos que choramingam: “[...] *mamãe, mamãe, eles não vão deixar a gente brincar e têm tudo o que a gente costumava ter no antigo regime, quando a gente era certo, racista e supremacista e dominante e patriarca e odiava gays e lésbicas e transexuais*”. E conclui a sua crítica: “*é, você tem que compartilhar. Esse mundo não é só seu; esse mundo é de todos.*”¹¹⁰²

Para reforçar a sua argumentação, Dyson faz também uma analogia com a história de David Foster Wallace, ao narrar que “*dois peixes estão nadando e um peixe mais velho vem na direção oposta. Ele diz: ‘Oi rapazes, como está a água?’. Eles continuam a nadar, depois se viram um para o outro: ‘O que, diabos, é água?’*” E Dyson observa: “*quando você está dentro disso, você não sabe o que é isso. Nada do que o diabo fez, diz Keyser Söze, foi mais interessante do que fazer as pessoas acreditarem que ele não existe. Eis o que é a supremacia branca.*”¹¹⁰³

¹⁰⁹⁸ DYSON, op. cit. p. 46-47. Este tipo de crítica remete, mesmo que indiretamente, para a crítica de Pondé, quando afirma que as universidades foram tomadas pela esquerda, sempre com o intuito de criticar a ideologia dos poderosos e de perseguir aqueles que ousam contrariar as suas mentiras do “bem” (usando a expressão do autor). Tais afirmações já constam nas citações da obra do autor, em páginas anteriores do presente artigo.

¹⁰⁹⁹ Ibid. p. 54.

¹¹⁰⁰ Escritor, professor de Sociologia na Universidade de Georgetown e comentarista.

¹¹⁰¹ Termo usado para as pessoas que se acham especiais.

¹¹⁰² DYSON, Michael Eric et al. *Politicamente Correto: os debates Munk*. Tradução de André de Leones. São Paulo: É Realizações Editora, 2020.p.48.

¹¹⁰³ Ibid. p. 50-51.

Segundo Dyson – indo ao encontro de Goldberg –, *“aqueles que têm direitos individuais não precisaram lutar por eles da mesma forma que os indivíduos negros e outras pessoas.”*¹¹⁰⁴ E relativiza os argumentos de Peterson com relação à esquerda. Dyson questiona qual seria a esquerda de que Peterson estaria falando, pois ele é de esquerda e não vê as coisas da mesma maneira. Dyson cita Thomas Jefferson como um grande árbitro da racionalidade, mas que também possuía escravos. E ressalta: *“é dessa complicação que estou falando. Não se trata de ou isto, ou aquilo; isso não é uma identidade coletiva”*. Thomas Jefferson, afirma Dyson, *“acreditava numa identidade coletiva – isto é, durante o dia. À noite, ele ouvia umas músicas do Luther Vandross, ia até a senzala e mantinha relações sexuais (...). Suas entranhas superaram sua lógica.”*¹¹⁰⁵

Há que diferenciar uma opinião divergente sobre determinados temas de natureza político-ideológica ou sobre qualquer aspecto que remeta para um debate delicado e polêmico, de uma expressão oral ou linguística que realmente afronte amplamente uma classe de pessoas e deva ser efetivamente punida aos olhos da lei. Na primeira situação, a ampla liberdade de expressão deve ser atendida, por duas razões distintas e igualmente relevantes: I) porque remete para o pluralismo político, um dos principais fundamentos de um Estado Democrático de Direito; II) porque se trata da tutela estatal de um direito fundamental, que constitui o alicerce de uma democracia, independentemente da natureza do tema a ser difundido ou que possa, eventualmente, ferir suscetibilidades pessoais ou sociais e provocar, mesmo que injustamente, uma revanche de natureza moral em face de quem o expressou, por meio da linguagem escrita ou oral.

Neste contexto, Hans Kelsen observa, oportunamente, que o *“princípio da liberdade e igualdade tende a minimizar a dominação”*, uma vez que *“a democracia não pode ser uma dominação absoluta [...] porque ela não apenas pressupõe, por definição, uma oposição (isto é, a minoria), mas também porque, politicamente, reconhece sua existência e protege seus direitos”*. De acordo com Kelsen, a democracia moderna não pode se desvincular do liberalismo político. Seu princípio, observa o autor, *“é o de que o governo não deve interferir em certas esferas de interesse do indivíduo, que devem ser protegidas por lei como direitos ou liberdades humanas fundamentais”*.

Essa é a forma correta de se respeitarem aqueles direitos das minorias em face do *“domínio arbitrário das maiorias”*, até porque a democracia é discussão, conclui o autor. A despeito da relevância de tais pressupostos, acrescenta Kelsen, *“a liberdade religiosa, a*

¹¹⁰⁴ Ibid. p. 50-60.

¹¹⁰⁵ Ibid. p. 50-56.

liberdade de opinião e de imprensa pertencem à essência da democracia; a ela pertence, acima de tudo, a liberdade da ciência, baseada na crença na possibilidade de conhecimento objetivo.”¹¹⁰⁶

Um exemplo oportuno que remete para o direito à liberdade de expressão, nesse sentido, ocorreu na Áustria, na condenação do historiador inglês David Irving a três anos de cadeia por negar o Holocausto.¹¹⁰⁷ É muito claro que Mill se oporia a tal condenação, mesmo que as declarações de Irving sobre o tema sejam consideradas repulsivas, porém destituídas de quaisquer elementos que tenham causado danos aos judeus.

Pedro Madeira observa que as pessoas que concordam com a punição de Irving têm “*uma vontade subliminar de impedir a divulgação de ideias politicamente incorretas.*”¹¹⁰⁸ Este é um caso que vem ao encontro das posições teóricas de Mill, o qual, conforme já se analisou, afirma que uma opinião não prevalecente é objeto de retaliações por parte do *mainstream*, isto é, da opinião convencional ou prevalecente.

Pedro Madeira compara o suposto dano provocado pela obra de Irving às declarações de pessoas que garantem ter sido raptadas por extraterrestres, ainda que não tenham quaisquer provas. A diferença entre as duas situações que levariam a um dano é que, no caso das pessoas que teriam sido abduzidas por extraterrestres, passariam a imagem de absurdas, porém inofensivas, ao contrário da ideia de Irving que, ao negar o Holocausto, teria afrontado os judeus e a opinião prevalecente. No entanto, a teoria exposta por Irving não incita ao ódio ou ao preconceito contra o povo judeu; expressa, tão somente, a sua opinião acerca do tema. A restrição imposta à sua obra e a sua punição representam, portanto, conforme Pedro Madeira afirma, “*não apenas uma clara infração da liberdade de expressão, como pode[m] também revelar-se desastros[as].*”¹¹⁰⁹

A partir deste exemplo, Pedro Madeira apresenta outros casos que remetem para as ideias consideradas politicamente incorretas pela opinião prevalecente: “*a ideia de que homens e mulheres têm diferentes aptidões e capacidades e a ideia de que diferentes raças têm diferentes aptidões e capacidades*”. Madeira observa que, desde logo, esta é uma questão empírica e não ideológica, o que não impede que as pesquisas realizadas sobre tais temas não sofram distorções, devido às posições ideológicas de quem as realiza.

¹¹⁰⁶ KELSSEN, Hans. *A Democracia*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 182-183.

¹¹⁰⁷ DAVID Irving. *Southern Poverty Law Center*. Disponível em: <https://www.splcenter.org/fighting-hate/extremist-files/individual/david-irving>. Acesso em: 17 ago. 2021.

¹¹⁰⁸ MADEIRA, Pedro. Introdução – Vida e obra. In: MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Edição especial. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p.17-18.

¹¹⁰⁹ MADEIRA, Pedro. Introdução – Vida e obra. In: MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Edição especial. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 17-18.

Contudo, não se pode negar que as pessoas rejeitam tais ideias e, se pudessem, proibiriam aqueles estudos, por os considerarem ofensivos. Daí a similaridade exposta por Madeira entre o caso de Irving e o caso da diferença de gênero e de raça, no que se refere às supostas aptidões e capacidades:

*[...] Em ambos, pessoas aparentemente bem-intencionadas querem suprimir a divulgação de certas posições por as considerarem politicamente incorretas. Torna-se aqui evidente que invocar a alegada incorreção política de uma posição como justificação para a suprimir é, na verdade, uma forma encapotada de censura.*¹¹¹⁰

Outro caso emblemático analisado por Pedro Madeira sobre a posição teórica de Mill, e muito relevante para o presente trabalho, é o episódio da publicação das caricaturas do profeta Maomé. Madeira observa que Mill concordaria que aquela publicação deveria ter sido permitida, por respeito à liberdade de expressão, uma vez que não teria finalidade preconceituosa em relação àquela religião.

É extremamente importante observar que, caso a publicação daquelas caricaturas de Maomé tivessem incitado ilegitimamente à violência ou ao preconceito religioso ou mesmo racial, o dano restaria comprovado e haveria razão suficiente para uma restrição da liberdade de expressão e a consequente punição dos responsáveis.

Pedro Madeira apresenta exemplos nessa direção, como o de um jornal que publicasse uma caricatura a parodiar os gays e, por causa disso, um homossexual ficasse indignado e pusesse uma bomba no edifício daquele jornal e matasse a todos os que lá estivessem trabalhando. Fica muito claro que tal publicação, a exemplo da publicação da caricatura de Maomé, não suporia qualquer tipo de incitação ofensiva relacionada com o preconceito ou com a violência em face da religião ou dos homossexuais, uma vez que a ilustração de um tema, por meio de sátira ou qualquer outra forma de humor, é uma arte que remete para a liberdade de expressão (liberdade artística).¹¹¹¹

Nos casos aqui expostos, é possível fazer duas constatações importantes para o presente contexto. Uma caricatura pode ser de mau gosto, mas nada impede que a sua publicação seja permitida, a despeito de algumas pessoas ou determinados grupos se sentirem ofendidos. Trata-

¹¹¹⁰ Ibid. p. 18.

¹¹¹¹ MADEIRA, Pedro. Introdução – Vida e obra. In: MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Edição especial. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 18-19.

se, pois, do direito ao exercício da liberdade de expressão, seja qual for a forma utilizada pelo seu autor, pelo fato inequívoco de que aquele direito é inerente a uma democracia, independentemente do sentimento de rejeição expressado, até porque, como observa Madeira, o Estado não pode criar *“uma polícia para impedir que as pessoas se ofendam umas às outras”*.

Outro ponto que deve ser ressaltado é o fato de os opositores da publicação terem acusado os governos ocidentais de hipocrisia, pois permitiram a condenação de Irving e nada fizeram com relação à publicação das caricaturas de Maomé, o que ratifica os argumentos de Mill quanto à diferença de tratamento destinado à opinião prevalecente e à não-prevalecente, no que se refere ao que é considerado politicamente correto ou incorreto e, por consequência, o que é reconhecido como linguagem ofensiva ou não.¹¹¹²

No que diz respeito à segunda situação¹¹¹³, a comunicação terá de se revestir de algumas condições para que se comprove uma afronta aos direitos individuais descritos – como, por exemplo, uma ofensa racial que venha a incitar a uma postura ainda mais preconceituosa, um sentimento de ódio ou algo similar.

Maria Helena de Moura Neves utiliza a literatura sobre ciganos para tentar esclarecer até que ponto a utilização daquele termo em determinadas circunstâncias pode configurar uma ofensa, seja aos ciganos, seja a qualquer pessoa a quem seja dirigido.

Em primeiro lugar, a literatura que trata dos ciganos apenas retrata épocas em que aquele povo era reconhecido perante os demais. Nesse caso, o leitor não poderá fazer qualquer juízo de valor no sentido de concluir que obras literárias tenham discriminado os ciganos, a menos que a linguagem utilizada pelo autor contenha algo distorcido do retrato de uma realidade vivida. Trata-se, conforme a autora observa, de uma linguagem que analisa as posturas sociais daquele momento e, por essa razão, é absolutamente legítima. Nessa direção, Moura Neves questiona se as referências de Guimarães Rosa aos ciganos fariam pensar que esse escritor seria politicamente incorreto. Daí o alerta da autora para o cuidado que se deve ter com as distorções que têm sido constantes, e que provocaram controvérsias na sociedade brasileira, *“na direção de um repúdio (feito ao sabor das paixões) daquilo que se considera, aqui e ali, como “politicamente incorreto.”*¹¹¹⁴

¹¹¹² Ibid. p. 18-19.

¹¹¹³ Citada anteriormente, de uma expressão oral ou linguística, que realmente afronte amplamente uma classe de pessoas e deva ser efetivamente punida aos olhos da lei.

¹¹¹⁴ NEVES, Maria Helena de Moura. Do “politicamente correto” ao incorretamente polido”. *Conferência pronunciada no VIII Congresso Internacional da Associação Brasileira de Linguística (ABRALIN)*, Natal (RN), 2 de fevereiro de 2013.

Moura Neves apresenta um exemplo relacionado com o significado da palavra cigano no dicionário Houaiss, em que se alegou a presença de referências preconceituosas e racistas contra os ciganos, como velhaco, trapaceiro e agiota. Tal fato ocorreu na cidade brasileira de Uberlândia, com a intervenção do Ministério Público, diante de um pedido de retirada de circulação dos exemplares daquele dicionário, sob a argumentação de ato preconceituoso no âmbito de uma reação “politicamente correta” que toma conta do cotidiano sob a forma, nem sempre equilibrada, das avaliações do uso linguístico.

Sintetizando Moura Neves: como um imaginário de poesia e de arte, conforme se pode constatar no poema “No último convés”, de Araújo Jorge; imaginário de encanto e de mistério, em razão do nomadismo que se vê em “A borboleta amarela” de Rubem Braga, que diz: “o cronista de jornal é como o cigano que toda a noite arma sua tenda e pela manhã a desmancha, e vai”¹¹¹⁵; imaginário de muita esperteza, como se vê no “ABC de Castro Alves”, da autoria de Jorge Amado, que fala dos Medrados, “os quais, depois de uma “guerra” entre famílias, no sertão, “nunca mais voltaram a ser fazendeiros de pouso certo [...]. Se transformaram em ciganos e, em cavalos ricamente ajaezados, estribos e selas de prata, correm as povoações do sertão da Bahia negociando com muita esperteza”. Finalmente, conclui a autora, no imaginário ainda de mistério e de dissimulação:

[...] exatamente pela soma de todo esse comportamento aventureiro: assim como se vê em “Os desvalidos”, de Francisco Dantas”, que, ao tratar de um episódio que envolvia negócios com cavalos, fala de “uma nação de gente vilã, em vez de fazer negócio liquidado, pegava a trapacear que nem cigano.”¹¹¹⁶

¹¹¹⁵ Ibid.

¹¹¹⁶ NEVES, Maria Helena de Moura. Do “politicamente correto” ao incorretamente polido”. *Conferência pronunciada no VIII Congresso Internacional da Associação Brasileira de Linguística (ABRALIN)*, Natal (RN), 2 de fevereiro de 2013. p. 140-141. Continua o autor: assim eu configurei, resumidamente: – imaginário de poesia e de arte, pela absoluta fuga da realidade do comum das coisas: assim como se vê no poema “No último convés”, em que J.G. de Araújo Jorge, falando de ciganos, fala de uma “alma de poeta” e de um “coração de louco”, que “improvisa nas praias poemas e rumores” (JGA); – imaginário de encanto e de mistério, pelo nomadismo que se resolve no constante pouso incerto: assim como se vê em A borboleta amarela, de Rubem Braga, que diz que “o cronista de jornal é como o cigano que toda a noite arma sua tenda e pela manhã a desmancha, e vai”. (B); – imaginário de muita esperteza, ainda em aura de encanto e mistério: assim como se vê no ABC de Castro Alves, de Jorge Amado, que fala dos Medrados, os quais, depois de uma “guerra” entre famílias, no sertão, “nunca mais voltaram a ser fazendeiros de pouso certo. (...) Se transformaram em ciganos e, em cavalos ricamente ajaezados, estribos e selas de prata, correm as povoações do sertão da Bahia negociando com muita esperteza.” (ABC); – imaginário, ainda de muito mistério, de dissimulação e de treta, exatamente pela soma de todo esse comportamento aventureiro-co: assim como se vê em Os desvalidos, de Francisco Dantas, que, a propósito de um episódio relativo a

Retornando ao episódio de repúdio do dicionário Houaiss, Moura Neves chama a atenção para “o que representam, em termos de acionamento de uso linguístico, os enunciados encontrados num dicionário geral de língua.” Há que assentar, afirma a autora, que: “não há entre o autor de um dicionário e o consulente um mínimo de fundo comum que se construa em termos de intersubjetividade, porque se trata de uma situação de uso linguístico instituída episodicamente no momento da consulta à obra”. Assim:

[...] o consulente não busca produzir uma “interpretação” por via daquela sua “leitura”; pelo contrário, ele já busca receber uma “lição” de interpretação assentada, mesmo porque não há como supor que um consulente e um dicionário interajam linguisticamente: a consulta é uma relação linguística de sentido único, em que não se dá nenhum engajamento de sujeitos conceptualizadores com respeito a um objeto conceptualizado.¹¹¹⁷

Não há relação interlocutória entre o autor das definições lexicográficas e o leitor; não há compartilhamento prévio de conhecimento entre eles. Nesse caso, “fica anulada qualquer possibilidade de entrar em questão aquilo que se tem querido catalogar como “politicamente (in)correto”. A partir deste contexto de análise, Moura Neves propõe que a categoria básica de avaliação “seja a intersubjetividade, a partir da qual as diversas marcas linguísticas de composição dos enunciados, podem ser resgatadas para ter sua função discursiva interpretada.”¹¹¹⁸

A autora propõe três diferentes situações de enunciação (e três diferentes situações de engajamento intersubjetivo), em diferentes gêneros, os quais evidenciam, ou não, uma ofensa por meio de uma linguagem escrita ou oral e, a depender de cada situação, uma conduta politicamente correta ou incorreta, independentemente de qualquer ideologia. Moura Neves propõe que nos imaginemos lendo Guimarães Rosa, o qual, a respeito dos ciganos, fala de tretas

negócio com cavalos, fala de “uma nação de gente vilã, que em vez de fazer negócio liquidado, pegava a trapacear que nem cigano”. (OSD).

¹¹¹⁷ Ibid. p. 155.

¹¹¹⁸ NEVES, Maria Helena de Moura. Do “politicamente correto” ao incorretamente polido”. *Conferência pronunciada no VIII Congresso Internacional da Associação Brasileira de Linguística (ABRALIN)*, Natal (RN), 2 de fevereiro de 2013. p. 155.

e de tramoias. O leitor de romances de Guimarães Rosa se conecta com o autor que retrata em sua fala *“o conteúdo da mente de toda uma região, de uma vivência, de uma cultura”*.

Assim, prossegue a autora, tudo o que ele disser passa para o imaginário construído pelo leitor, que não se questiona, nem discute e tampouco se avalia. Portanto, segundo a autora, não há como encontrar uma visão preconceituosa na criação de Guimarães Rosa, *“que é legitimamente colhida de sinais, de comportamentos, de intercursos legitimados em andanças e em vivências compartilhadas, os quais, na leitura, também nos é dado compartilhar.”*¹¹¹⁹

Moura Neves afirma que chegaríamos aos mesmos resultados de aceitação pacífica de uma construção marcada pela intersubjetividade de um imaginário negativo ou positivo dos ciganos, uma vez que a vida humana está longe de ser perfeita, por meio da leitura de outros autores, como Ariano Suassuna, que faz referências a um imaginário negativo dos ciganos, marcado pelo sebastianismo, assim como pelas palavras de Ledo Ivo, em *“Ninho de cobras”*, em que os ciganos fazem parte de um cenário seco e de pobreza das Alagoas.¹¹²⁰

Nesses exemplos analisados pela autora, a linguagem é escrita, e por certo há uma comunhão de conteúdo por meio da leitura, como em qualquer interlocução. Em tais situações descritas pelos diversos autores, os ciganos são vistos *“como companheiros de estrada dos cantadores de excelência, dos vaqueiros e dos defuntos em rede”*, em cenários de cobras, corujas, rios secos. Nesse sentido, observa a autora, *“não há como não entender a alusão à atividade de roubo de cavalos como absolutamente denotativa, por isso mesmo fortemente confiável, como pura descrição não avaliativa”*. E vem a pergunta de Moura Neves: *“onde encontrar o politicamente incorreto no fato de o leitor de hoje, como o de sempre, pactuar cognitivamente com o autor tais referências sócio-históricas, situacionais e comportamentais?”*¹¹²¹

A segunda situação de enunciação e de engajamento intersubjetivo analisado pela autora remete para a interlocução oral, especialmente a conversação. Nesse caso, o leitor daquelas peças literárias poderia escutar uma violenta discussão entre dois homens, em que um deles chama o outro de cigano, em razão de uma malfeitoria praticada. O questionamento remete para a forma de interpretação do uso do termo cigano. O locutor ofensor estaria sendo politicamente incorreto e preconceituoso, ao rotular o seu interlocutor de cigano, como sinal de falta de caráter, ou a situação remeteria para a mesma interpretação feita pelo leitor em suas leituras?

¹¹¹⁹ Ibid. p. 145.

¹¹²⁰ Ibid. p. 146.

¹¹²¹ NEVES, Maria Helena de Moura. Do “politicamente correto” ao incorretamente polido”. *Conferência pronunciada no VIII Congresso Internacional da Associação Brasileira de Linguística (ABRALIN)*, Natal (RN), 2 de fevereiro de 2013. p. 147.

Outro tipo de discurso direto analisado por Moura Neves versa sobre uma revista que noticia criticamente a violência contra imigrantes em países da Europa, especialmente na Alemanha, e traz a citação da fala de um cidadão alemão fortemente e explicitamente intolerante em relação aos ciganos e aos negros. Aqui, a altercação é entre um falante e o objeto da apreciação desabonadora (ciganos e negros), um objeto de discurso que, no momento, é apenas referido (é uma terceira pessoa do discurso). Trata-se de um ato linguístico que escancara uma referência preconceituosa aos ciganos e negros, constituindo uma profunda e pesada marca de intolerância.¹¹²²

Outra situação de caráter discursivo, em que se utiliza o termo cigano de forma desabonadora e preconceituosa, remete para uma notícia da imprensa que, ao apresentar um fato ou ato considerado negativo, denomina o fato de cigano. Eis a notícia citada pela autora: *“Gerir a dívida pública de forma mais eficiente é hoje o grande desafio. É aí, na dívida pública rolada a juro de cigano, que está hoje a causa maior da inflação brasileira.”*¹¹²³

Todas essas situações são candidatas ao título de “politicamente incorretas”.

Finalmente, a autora analisa o contraste entre as ofensas graves e xingamentos (o politicamente incorreto), inseridas em um tratamento altamente cerimonioso (o incorretamente polido), que ocorre cotidianamente entre parlamentares, em suas interlocuções no âmbito institucional.¹¹²⁴ Moura Neves observa que, termos como *“nobre deputado”* ou *“Vossa Excelência”* conflituam com *descalabros de uso linguístico, evidenciando um tratamento extremamente polido em face de “escolhas lexicais da maior sem-cerimônia e da maior grosseria que se possa suportar”*. Assim, prossegue a autora:

*[...] a visão do “politicamente incorreto”, por exemplo, é fruto de todo um condicionamento de épocas, de mundos culturais e, especialmente, do lugar de inserção dos cidadãos. E cada cidadão-enunciador responde por isso, em suas escolhas de uso (não se podendo esquecer que o uso se faz de escolhas).*¹¹²⁵

¹¹²² Ibid. p. 149.

¹¹²³ Ibid. p. 150.

¹¹²⁴ Ibid. p. 155.

¹¹²⁵ NEVES, Maria Helena de Moura. Do “politicamente correto” ao incorretamente polido”. *Conferência pronunciada no VIII Congresso Internacional da Associação Brasileira de Linguística (ABRALIN)*, Natal (RN), 2 de fevereiro de 2013. p. 157.

Nessa direção, Leandro Narloch escreveu “O Guia Politicamente Incorreto da História do Brasil”¹¹²⁶, desconstruindo determinados temas que, ao longo do tempo, acabaram se tornando “dogmas” e que ninguém ousa até agora contrariar, sob o risco de ser taxado de “politicamente incorreto”, principalmente se não for ao encontro da opinião prevalecente, à qual Mill se reportou em sua análise crítica sobre as questões que pairam sobre a liberdade de expressão.

Um exemplo oportuno e polêmico analisado em sua obra diz respeito a Zumbi, considerado o maior herói negro do Brasil. Narloch lembra que a data da sua morte é comemorada em várias cidades do país como o Dia da Consciência Negra. Ocorre que Narloch afirma que Zumbi “*mandava capturar escravos de fazendas vizinhas para que eles trabalhassem forçados no Quilombo dos Palmares*”, além de sequestrar mulheres, nas primeiras décadas do Brasil, e executar aqueles que quisessem fugir do quilombo. Narloch observa que “*essa informação parece ofender algumas pessoas hoje em dia, a ponto de preferirem omiti-la ou censurá-la, mas na verdade trata-se de um dado óbvio.*”¹¹²⁷

Todas as informações históricas contidas na obra de Narloch, acerca da história dos familiares de Zumbi e do que realmente acontecia no Quilombo dos Palmares, foram também narradas por Edison Carneiro no livro *O Quilombo dos Palmares*¹¹²⁸, entre outros que se ocuparam do tema. Nesse particular, é relevante observar que a história da vida no quilombo, de acordo com os vestígios e o pensamento da época, leva a crer que os fatos contados eram verdadeiros, e contrastam com o retrato de Zumbi feito por historiadores marxistas das décadas de 1950 a 1980.

Narloch remete para esse retrato Décio Freitas, Joel Rufino dos Santos e Clóvis Moura, que fizeram do líder negro do século XVII um representante comunista que dirigia uma sociedade igualitária. Para os autores citados por Narloch, “*enquanto fora do quilombo predominava a monocultura de cana-de-açúcar para exportação (tudo de ruim), em Palmares não existiam desníveis sociais, plantavam-se alimentos diversos e por isso havia abundância de comida (tudo de bom).*”¹¹²⁹ Diante dessa assertiva, Narloch afirma que “*nesta bibliografia de viés marxista há um esforço em caracterizar Palmares como a primeira luta de classes na História do Brasil.*”¹¹³⁰

¹¹²⁶ NARLOCH, Leandro. *O guia politicamente incorreto da história do Brasil*. São Paulo: Leya, 2009.

¹¹²⁷ Ibid. p. 73.

¹¹²⁸ Ibid.

¹¹²⁹ NARLOCH, Leandro. *O guia politicamente incorreto da história do Brasil*. São Paulo: Leya, 2009.

¹¹³⁰ Ibid. p. 76-77.

Outra desconstrução analisada por Narloch procura apresentar a verdadeira personalidade de Luís Carlos Prestes, no sentido de que, caso ele conseguisse tomar o poder no Brasil, “*provavelmente seria mais um dos tiranos socialistas que ainda hoje estarrecem o mundo.*”¹¹³¹ E acrescenta: “*sua atuação revolucionária deixou à mostra traços típicos de ditadores socialistas, como a obsessão pela traição e a intolerância com opiniões diferentes*”. Narloch observa que Prestes se declarou comunista, pouco antes de Getúlio Vargas tomar a presidência, e “*foi à União Soviética buscar apoio de Josef Stálin, um dos maiores tiranos da história, para a revolução socialista no Brasil.*”¹¹³²

Finalmente, o autor desconstrói o fato de que Alberto Santos Dumont teria inventado o avião. Na verdade, Dumont “*provou que as estruturas movidas a hidrogênio ou ar quente poderiam ser dirigíveis (balões) e tornou propriedade pública o direito de alguns de seus inventos, permitindo que qualquer pessoa copiasse os projetos de graça.*”¹¹³³ Assim, Dumont construía balões, mas não inventou o avião, cujo mérito foi dos irmãos americanos Orville e Wilbur Wright. Narloch apresenta os argumentos dos patriotas que defendiam Dumont, afirmando que ele teria conseguido voar com um objeto mais pesado do que o ar, o 14 Bis (e não um balão de ar quente), em 1906, ao passo que os irmãos Wright não conseguiram sair do chão usando força própria.¹¹³⁴ Narloch enumera cinco razões para não acreditar nos argumentos anteriores e que confirmam o mérito dos irmãos americanos.¹¹³⁵

Diante de tais constatações é possível afirmar que o “politicamente correto” pode sim remeter para uma eliminação ou restrição significativa da liberdade de expressão, principalmente se a opinião emitida contraria a opinião prevalecente.

Assim, opiniões taxadas como “politicamente incorretas” podem ser injustamente punidas, e não apenas pela vontade da maioria, e desembocar no Poder Judiciário, para aí serem também condenadas, por não agradarem à ditadura da opinião prevalecente, que impõe os valores morais *pari passu* com a conjuntura social, política e econômica de cada época.

Um exemplo nesse sentido remete para o resultado de um julgamento no Supremo Tribunal Federal brasileiro, no âmbito de um *Habeas Corpus* (82.424-RS de 2003), em que o plenário negou, por maioria, a liberdade a Siegfried Ellwanger, acusado do crime de racismo por também ter questionado, em sua obra, o Holocausto. A despeito dos votos vencedores que

¹¹³¹ Ibid. p. 249.

¹¹³² Ibid.. p. 253.

¹¹³³ Ibid.. p. 224.

¹¹³⁴ Ibid.. p. 224.

¹¹³⁵ Ibid.. p. 226.

denegaram a ordem de *Habeas Corpus* e dos votos divergentes vencidos¹¹³⁶, o voto do Ministro Ayres Britto chama a atenção, por interpretar o inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988, no sentido de estabelecer a diferença entre a “prática do racismo” e a teoria.

A redação do inciso XLII prevê: “*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.*”¹¹³⁷ Ayres Britto observa, com propriedade, que o dispositivo constitucional distingue entre prática do racismo e teoria, no sentido de interpretar que a prática, segundo o Ministro, remete para o comportamento, para a conduta de racismo, a qual pode assumir várias formas. Ayres Britto afirma:

*[...] o racista age por si mesmo ou, obliquamente, por induzimento, por incitação. De sorte que quando a lei penal refere-se aos três núcleos deônticos: da prática, da incitação e do induzimento, acho que ela até labora num certo equívoco: induzimento e incitação não passam de forma de prática.*¹¹³⁸

O núcleo da ideia que o Ministro quer transmitir, embora com certo embaraço (palavra utilizada pelo Ministro), é o de que seria preciso aprofundar a discussão, pois:

*[...] publicar um livro é um direito que exprime a liberdade de pensamento. Está no plano da reflexão, não no plano da ação; não está no plano da conduta, portanto, não significa prática. Escrever um livro está nos domínios da vida pensada, não propriamente da vida vivida. A vida vivida diz com a prática, a vida pensada diz com a edição do livro, em si.*¹¹³⁹

Assim, prossegue o Ministro em suas notas sobre o voto: “*estou tentando conciliar os dois princípios: o da vedação do preconceito e o da liberdade de pensamento.*”¹¹⁴⁰

¹¹³⁶ Votos dos ex-Ministros do Supremo Tribunal Federal do Brasil Marco Aurélio e Moreira Alves.

¹¹³⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Poder Legislativo, Brasília, DF: 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: jul. 2022.

¹¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 82.424/RS* (Tribunal Pleno), Relator Ministro Moreira Alves, Julgado em 17 de setembro de 2003. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2003-set-17/leia_voto_carlos_britto_hc_editor_nazista. Acesso em: jul. 2022.

¹¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 82.424/RS* (Tribunal Pleno), Relator Ministro Moreira Alves, Julgado em 17 de setembro de 2003. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2003-set-17/leia_voto_carlos_britto_hc_editor_nazista. Acesso em: jul. 2022.

¹¹⁴⁰ Ibid.

Em seu voto, após uma rigorosa análise sob todos os ângulos, o Ministro Ayres Britto ratifica o argumento de que ideias divergentes ou repulsivas, desde que não incitem ao preconceito ou a qualquer forma de discriminação, fazem parte da liberdade de expressão.

Assim, no final do seu voto, Ayres Britto conclui que se trata de uma obra de revisão histórica, ainda que literariamente muito pouco atraente e, em parte, quixotesca. É obra de quem professa uma ideologia, ainda que pouco verossímil.

Ayres Britto observa, ainda, que o autor-paciente defende o povo alemão “[...], *mas sem jamais falar do arianismo. Nem de superioridade racial alemã, ou de inferioridade racial judaica. Muito menos de justificar ou apoiar o holocausto*”. Em outro parágrafo do seu voto, Ayres Britto constata que o texto do autor-paciente (detidamente lido por ele) não incita ao preconceito, até porque “*para ele, preconceituoso é o sionismo*”. Na verdade, o que o autor criticava era o sionismo, além de não ter, em momento algum do seu livro, incitado à violência ou ao preconceito contra os judeus.

Ayres Britto sintetiza o seu voto afirmando que “*o presente caso é de uso da liberdade de expressão para cimentar uma convicção política*”, e estaria protegido pelo inciso VIII do artigo 5º da Constituição Federal brasileira: “*ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.*”¹¹⁴¹ Mesmo assim, por força da opinião pública prevalecente, o STF acabou negando a sua liberdade e omitindo, de certa forma, o direito fundamental à liberdade de expressão.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal brasileiro já tomou decisões contramajoritárias, como em relação à legalidade do aborto de feto anencefálico, enfrentando resistências religiosas; à proteção e legalidade de uniões homoafetivas e à criminalização da homofobia (adiantando-se ao Poder Legislativo), as quais também desafiaram forças conservadoras da sociedade brasileira; além de outras que permitem constatar, ora a força da opinião prevalecente, ora a força da opinião não-prevalecente, isto é, da minoria relativamente à vontade da maioria.

Assim, a questão do “politicamente correto” ou do “politicamente incorreto” fica relativizada diante de diferentes decisões tomadas em diferentes contextos, que favorecem a um ou outro, consoante a natureza de cada posição tomada pelos diferentes grupos que integram a sociedade.

¹¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 82.424/RS* (Tribunal Pleno), Relator Ministro Moreira Alves, Julgado em 17 de setembro de 2003. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2003-set-17/leia_voto_carlos_britto_hc_editor_nazista. Acesso em: jul. 2022.

Na mesma direção, o Poder Legislativo brasileiro vem criando e aprovando leis que atendem aos interesses da minoria, como, por exemplo, a previsão de cotas para pretos, pardos e indígenas em concursos públicos e a proteção mais efetiva em face da violência contra mulheres, além de outras.

Por último, é conveniente observar que determinadas condutas ou opiniões expressas evidenciam em cada época e região o fato inquestionável de que o que era natural no passado distante pode ser condenável no presente, e vice-versa.

Assim, com a positivação dos direitos fundamentais nas Constituições, todos os temas defendidos por uma postura ou linguagem politicamente correta têm conseguido transformar as suas demandas em legislação, por meio do Poder Legislativo e, de modo especial, satisfeitas pelo Poder Judiciário, cuja competência e atribuição são a de guardião da Constituição e, portanto, responsável por inúmeras decisões voltadas à proteção daqueles direitos.

Um exemplo nessa direção remete para o tema da homoafetividade, implicitamente amparado nos dispositivos constitucionais expressos, que remetem para o princípio da igualdade, da liberdade, da legalidade, todos eles sob o leque do princípio da dignidade humana, o qual, segundo Luís Roberto Barroso *“ilumina o núcleo essencial dos direitos fundamentais e do qual se irradiam, também, na esfera privada, os direitos da personalidade, tanto a sua versão de integridade física como moral.”*¹¹⁴²

Independentemente da relativização ou não do termo politicamente (in)correto, há que reconhecer a importância da crítica como uma ferramenta indispensável para a reflexão do que atualmente é considerado conduta ou linguagem correta ou incorreta. O que se pode depreender das diferentes críticas ao politicamente correto (a favor ou contra) é que, consoante a maioria que o impõe, seja à esquerda, seja à direita, o importante é afastar a dicotomia entre os dois termos, bem como a ideologia que se encontra por detrás, privilegiando acima de tudo a liberdade de expressão, mesmo que a opinião em si contrarie a maioria, independentemente de se estabelecer uma ligação negativa ou positiva entre uma e outra.

Usando as palavras de Pondé:

¹¹⁴² BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, n. 17, jan./jun., 2011. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105-Artigo_Luis_Roberto_Barroso_\(Diferentes_mas_iguais_o_reconhecimento_juridico_das_relacoes_homoafetivas_no_Brasil\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105-Artigo_Luis_Roberto_Barroso_(Diferentes_mas_iguais_o_reconhecimento_juridico_das_relacoes_homoafetivas_no_Brasil).pdf). Acesso em: jul. 2022.

[...] a praga PC¹¹⁴³ usa métodos de coerção institucional e de assédio moral, visando calar todo mundo que discorda dela, antes de tudo, tentando fazer dessas pessoas monstros e, por fim, tentando inviabilizar o comércio livre de ideias. Ideias não são sempre coisas “boas”. Às vezes doem.¹¹⁴⁴

Portanto, não há ganhos culturais no que se reconhece como politicamente correto e, sim, conforme ressalta Pondé, “*um aviltamento da cultura, da arte, do intelecto, enfim, do pensamento, em nome da política*”. O autor ratifica a sua posição, citando Nelson Rodrigues:

Eis o que eu queria dizer: o aviltamento começou quando o intelectual se politizou. Já não bastava ser “poeta”, “romancista”, ensaísta”, “dramaturgo”, “pintor”. Uma vez que a política é a linguagem do nosso tempo, o artista tem de sair de sua solidão criadora. Nunca se pediu um soneto a Bismarck, ou um romance a Roosevelt, ou um drama a Churchill.¹¹⁴⁵

Mesmo que de forma não definitiva (uma vez que o presente tema tem uma natureza dinâmica por si só, por se relacionar com as condutas sociais e políticas em cada época), o termo politicamente (in)correto deve ser relativizado, em razão da multiplicidade de interpretações que podem ser destinadas a cada linguagem (oral ou escrita) ou conduta, a depender dos múltiplos contextos em que se encontram inseridas e dos atuais valores e princípios de uma determinada sociedade.

Partindo, pois, do pressuposto de que o termo politicamente (in)correto retrata aqueles valores sociais, algumas condutas e/ou linguagem expressas poderão ser rotuladas de politicamente corretas ou politicamente incorretas, quando remeterem, respetivamente, à opinião prevalecte ou não-prevalecte, sendo portanto condenáveis ou não, o que permite deduzir que o surgimento desse termo parece ter-se transformado em uma espécie de censura, restrição ou mesmo eliminação do direito ao exercício da liberdade de expressão, igualmente positivado na Constituição como o princípio basilar de uma democracia.

¹¹⁴³ Forma de o autor se referir ao politicamente correto.

¹¹⁴⁴ PONDÉ, Luiz Felipe. *Uma Filosofia Politicamente Incorreta*. 2. ed. São Paulo: Globo Livros, 2020. p. 107.

¹¹⁴⁵ Ibid. p. 108.

Na mesma linha, é preciso ressaltar que o termo politicamente (in)correto tinha um viés político quando do seu surgimento, uma vez que era utilizado, tanto pela esquerda quanto pela direita, na defesa de suas respectivas teses, relacionadas ora com os interesses de uma minoria ora com os da maioria, possibilitando, assim, entender que aqueles interesses poderiam ou não ser legítimos e legais, como ocorre atualmente, assim como representarem, de alguma forma, uma mordaza à liberdade de expressão e, por consequência, um obstáculo à admissão de ideias novas e divergentes, impedindo injustamente o crescimento cultural de uma sociedade.

A despeito de tais considerações, não se pode deixar de observar que o termo politicamente (in)correto remete, segundo Pondé, para a educação doméstica, onde se aprende ou não “*que se deve rir com os outros e não rir dos outros*”.

A visão adequada da linguagem também deve ter em atenção o local, as pessoas que estão nele em ambiente inclusivo, como seria uma escola, uma universidade, mais que o parâmetro do politicamente (in)correto, ao passo que em ambientes de intimidade ou com finalidade específica do humor o riso não obedeceria, de fato, aos limites impostos pelo patrulhamento do politicamente in(correto). Tal afirmação tem como finalidade um alerta para o fato de que a imposição de determinadas condutas ou o cerceamento da expressão de ideias divergentes não podem ser confundidos com comportamentos violentos, agressivos que, na sua essência, remetem, inevitavelmente, para um ato de ofensa ou discurso de ódio, objeto da análise a seguir.

18 As piadas como ato de ofensa ou discurso de ódio

Se não incluir o direito a ofender, a liberdade de expressão é um conceito vazio

Ricardo Araújo Pereira

Conforme vimos, a conduta ou linguagem politicamente (in)correta é definida pelos valores e princípios prevalecentes em uma determinada sociedade e pelo ponto de vista da esquerda ou da direita, que ainda insiste em que aquela dicotomia pode descambar para um ato de ofensa e um discurso de ódio, consoante o contexto e a complexidade que caracterizam esse tipo de análise.

No que diz respeito à presente tese, o ato de ofensa, disfarçado em uma piada, será entendido como uma agressão verbal ou escrita, direcionada a uma determinada pessoa que, ao afrontar os seus direitos de personalidade e a sua dignidade humana, é passível de sanção civil e penal.

O discurso de ódio representa uma incitação à violência ou ao preconceito com relação a um ou mais grupos sociais, em razão das suas características especiais relacionadas com raça, cor, etnia, religião, opção sexual, deficiência física ou mental, ou mesmo com a nacionalidade, e pode ser igualmente punido, consoante o ordenamento jurídico de cada país e os limites constitucionais e legais impostos ao exercício da liberdade de expressão.

Neste contexto, será possível analisar a forma de enquadramento do discurso de ódio em determinados países, de acordo com a sua tradição histórica, doutrinária e jurisprudencial. Apresentam-se alguns casos que remetem, em sua maioria, para a prevalência da liberdade de expressão, apesar da igual hierarquia constitucional dos direitos de personalidade, além de outros que remetem para a configuração de um discurso de ódio.

Samanta Ribeiro Meyer-Pflug define o discurso de ódio como a manifestação de “*ideias que incitem a discriminação racial, social ou religiosa em determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias.*”¹¹⁴⁶

Para Winfried Brugger, o conceito do discurso de ódio:

*[...] está vinculado à utilização de palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião ou ainda à sua potencialidade ou capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas.*¹¹⁴⁷

No que diz respeito à identificação do discurso de ódio, os autores observam que:

*[...] a definição de Winfried Brugger apresenta uma série de verbos nucleares capazes de descrever o fenômeno de forma mais abrangente, tanto com relação aos seus efeitos imediatos (insultar, assediar, intimidar), quanto aos efeitos mediatos (instigar a violência ou discriminação).*¹¹⁴⁸

¹¹⁴⁶ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 97.

¹¹⁴⁷ BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*, Porto Alegre, ano 4, n. 15, p. 117-136, jan./mar., 2007. p. 118.

¹¹⁴⁸ SHÄFER, Gilberto; COGO LEIVAS, Paulo Gilberto; DOS SANTOS, Rodrigo Hamilton. Discurso de ódio – Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. *RIL – Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Brasília, ano 52, n. 207, jul./set., 2015. p. 144-146.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, “o discurso de ódio envolve todos os casos que expressam manifestações voltadas para a cultura da humilhação, englobando ações como cyberbullying¹¹⁴⁹, revenge porn¹¹⁵⁰ e o assim chamado linchamento virtual.”¹¹⁵¹ O conceito de Sarlet é particularmente relevante e se distingue dos demais em razão de o autor proceder a uma abordagem ampla do discurso de ódio, sob dois aspectos: o primeiro envolve qualquer tipo de humilhação, o que permite a compreensão de que se humilham não apenas os grupos sociais com características específicas (raça, cor, opção sexual e outras), como também determinados grupos políticos que podem ou não constituir a minoria, e que são atacados com a mesma intensidade; o segundo aspecto decorre de o mesmo discurso de ódio surgir inserido em rede virtual, independentemente dos grupos humilhados.

Por sua vez, Thiago Dias Oliva afirma que:

*[...] o discurso de ódio – entendido como a visão mais radical do discurso discriminatório – por definição: a) é um ato discursivo tendo um caráter eminentemente comunicativo; b) intimida os grupos fazendo com que deixem o espaço público ao mesmo tempo em que instiga as demais pessoas a rejeitar esses mesmos grupos; c) revela-se como uma forma de discriminação consciente de grupos sociais vulneráveis, buscando negar a esses o acesso a direitos.*¹¹⁵²

A definição de Dias Oliva distingue-se por se preocupar com a retirada daqueles grupos atacados, tendo como efeito perverso e generalizado a ausência de vozes divergentes, que desistem de enfrentar a maioria e acabam sendo estigmatizadas pelas pessoas em geral, além de renunciarem ao acesso e à satisfação dos seus direitos, culminando em um aumento progressivo da desigualdade social.

Também nesse sentido, e diante das intensas transformações culturais e tecnológicas verificadas nos últimos anos, especialmente em razão do avanço da internet e da polarização política, operando profundos processos para a construção de uma nova era digital, muitas vezes,

¹¹⁴⁹ Trata-se do uso de um espaço virtual para intimidar, hostilizar ou humilhar uma pessoa, configurando uma difamação.

¹¹⁵⁰ A pornografia de vingança indica o ato de expor na internet vídeos íntimos ou fotos de pessoas, sem o seu consentimento. Essa conduta costuma ocorrer quando um casal termina o relacionamento e um deles divulga cenas íntimas, submetendo o outro à humilhação pública, com a finalidade de se vingar.

¹¹⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de Expressão e o Problema da regulação do Discurso do ódio nas Mídias Sociais. *Revista de Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, set./dez., 2019. p. 1208.

¹¹⁵² OLIVA, Thiago Dias. *O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites à liberdade de expressão no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2014. p. 84.

as críticas e discussões a respeito de um determinado assunto não vêm sob a forma do discurso politicamente correto. Ao contrário, o que se tem cada vez mais percebido é que a intensidade da opressão tem demandado respostas imediatas e mais violentas. Essas respostas são feitas por uma patrulha de politicamente corretos, que vasculham as redes sociais, com o intuito de controlar o humor, fenômeno que se denominou por “cultura do cancelamento”. O cancelamento virtual ocorre quando os usuários, principalmente os das redes sociais, denunciam a postagem ou criticam o humorista pela sua piada, causando impossibilidade temporária de postar, o banimento na rede social, ou ridicularizar publicamente seus atos.

O cancelamento, que deriva do termo “cancelar”, é utilizado para se referir a indivíduos que sofreram um rechaçamento digital, fundamentado na prática reiterada de atos tidos como errôneos pelos indivíduos no ambiente digital. Por sua vez, a expressão “cultura” aparece em razão da constante reprodução desse processo pelos usuários. De tal modo que se toma a cultura do cancelamento como uma prática social possibilitada e potencializada pelo uso da tecnologia e das interações humanas pelas redes sociais, que se fundamenta como um ajustamento de condutas em relação a alguma transgressão social.

Por certo, para que haja essa pretensão de correção, é necessário um grupo de pessoas que estejam unidas em razão de algum sentido normativo em comum, relacionado com a cor, etnia, gênero, posição política, orientação sexual, etc. Percebe-se ainda uma dimensão moral nesses casos, considerando que a repressão do cancelamento é desencadeada quando se constata a não observância de alguma norma considerada como essencial por aquele grupo.

Apesar da intensidade que muitas vezes se manifesta, a ideia da cultura do cancelamento pressupõe a existência de uma cidadania democrática dependente de um ideal de tolerância e de um ambiente social comprometido com a pluralidade de ideias. Isso porque “*o ideal liberal é uma sociedade diversa, plural de pessoas autônomas guiadas pela razão e tolerância. O sonho é a coexistência harmônica. Mas, em razão da importância da tolerância para a organização social proposta, o liberalismo também acaba sendo excelente em gerar dissenso.*”¹¹⁵³

Dito de outra forma, a postura crítica é em certa medida compatível com e necessária à proteção da liberdade de expressão. Ora, se um grupo entende não levar mais em consideração, ou mesmo invalidar um ponto de vista de uma pessoa, em razão de determinada manifestação feita por esta, este movimento de “cancelamento” está amparado pela liberdade de expressão.

¹¹⁵³ NWANEVU, Osita. The Willful Blindness of Reactionary Liberalism. *The New Republic*, 6 de julho de 2020. Disponível em: <https://newrepublic.com/article/158346/willful-blindness-reactionary-liberalism>. Acesso em: jul. 2022.

A pressão social surge como um dos principais efeitos da cultura do cancelamento, considerando que, a partir de uma organização não planejada, um grupo de pessoas, que se identificam com as causas afetadas, atuam em conjunto, exercendo uma força simbólica sob um indivíduo ou organização. Entende-se que a pressão social estabelecida pela cultura do cancelamento tem, sobretudo, um efeito de espiral do silêncio nos usuários integrantes das redes sociais digitais, conforme Norris:

A clássica teoria da ‘espiral do silêncio’ se propõe como um ponto de partida interessante. Elisabeth Noelle-Neumann teorizou que as percepções de se estar em maioria ou minoria em opiniões dentro de qualquer grupo afetam os processos de comunicação interpessoal, especialmente a expressão aberta de atitudes e crenças sobre problemáticas morais profundamente polarizadas. Com as pressões sociais sobre o grupo, tanto palpites implícitos (não-verbais) como pontos-de-vista explícitos servem para influenciar a vontade de opinar com mais confiança ou ser mais reservado. Consequentemente, afirmações extremamente heterodoxas — como as dos negacionistas do Holocausto, defensores do Ku Klux Klan, [...] vão sendo ‘silenciadas’ dentro de um grupo, sendo consideradas como ideias absurdas, além das fronteiras da deliberação científica legítima e do debate ético.¹¹⁵⁴

O grande problema é a forma como o exercício da liberdade de expressão, através de tal cultura do cancelamento, se manifesta, e, certamente, definir os limites do tolerável enquanto comportamento individual e coletivo, no quadro de um ambiente plural e complexo, não é tarefa fácil.

Neste contexto, Schäfer, Cogo Leivas e Santos chamam a atenção para as características e os tipos de discurso de ódio. De acordo com os autores, o discurso de ódio visa a opressão de determinados grupos, estigmatizando-os e marcando-os como inimigos, além de promover a sua segregação, por não se enquadrarem no modelo dominante “*de sujeito social, nada abstrato: masculino, europeu, cristão, heterossexual, burguês e proprietário*”. Este modelo definido pelos autores alude aos integrantes de grupos não dominantes: respectivamente, a mulher, nativos, membros de outra religião, homossexuais ou lésbicas e trabalhadores

¹¹⁵⁴ NORRIS, Pippa. Cancel culture: myth or reality? *Political studies*, 11 de agosto de 2021. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/00323217211037023>. Acesso em: jul. 2022. p. 2.

(assalariados). A partir de tais características, os autores citam Rosenfeld, por distinguir o discurso de ódio do ponto de vista conceitual, dividindo entre *hate speech in form* e *hate speech in substance*. O *hate speech in form* “são aquelas manifestações explicitamente odiosas, ao passo que o *hate speech in substance* se refere à modalidade velada do discurso do ódio.”¹¹⁵⁵

Assim, o *hate speech in substance* vem disfarçado com argumentos de proteção moral e social, no contexto de uma democracia em fase de consolidação (recém-saída de um regime ditatorial) e que pode agredir os grupos não dominantes por meio de violência moral, preconceito, discriminação e ódio contra grupos vulneráveis, conduzindo à sua segregação.¹¹⁵⁶ Daí a necessidade de identificar, controlar e punir o chamado discurso de ódio, tarefa que vem sendo exercida pela mais alta instância do Poder Judiciário, com prudência e equilíbrio, no sentido de preservar ao máximo a liberdade de expressão enquanto alicerce fundamental de uma democracia.

Finalmente, há a construção de um conceito normativo do discurso de ódio baseado em critérios contidos em normas da legislação internacional (supralegal) e que contemplam, definitivamente, todos os elementos inerentes àquele conceito, preenchendo eventuais lacunas identificadas pela doutrina, contribuindo fundamentalmente para a sua compreensão. Afirma-se que o discurso do ódio:

*[...] consiste na manifestação de ideias intolerantes, preconceituosas e discriminatórias contra indivíduos ou grupos vulneráveis, com a intenção de ofender-lhes a dignidade e incitar o ódio em razão dos seguintes critérios: idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição.*¹¹⁵⁷

¹¹⁵⁵ SHÄFER, Gilberto; COGO LEIVAS, Paulo Gilberto; DOS SANTOS, Rodrigo Hamilton. Discurso de ódio – Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. *RIL – Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Brasília, ano 52, n. 207, jul./set., 2015. p. 147.

¹¹⁵⁶ Ibid.

¹¹⁵⁷ SHÄFER, Gilberto; COGO LEIVAS, Paulo Gilberto; DOS SANTOS, Rodrigo Hamilton. Discurso de ódio – Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. *RIL – Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Brasília, ano 52, n. 207, jul./set., 2015. p. 149-150.

Conforme se pode perceber, o conceito de ódio desenvolvido pelos autores tem natureza interdisciplinar, razão pela qual abrange uma gama de variáveis que definem o campo de ação em que o discurso de ódio atua relativamente aos indivíduos e aos grupos a que pertencem.

É oportuno observar que o discurso de ódio se vale do Estado Democrático de Direito e do direito à liberdade de expressão para divulgar ideias preconceituosas e discriminatórias sobre determinados grupos sociais, procurando disseminar a compreensão de que eles representam uma parcela de indivíduos marginalizados em razão das suas diferenças, que os tornariam menos capazes, inferiores e anormais.

A liberdade de expressar ideias divergentes, que nem sempre agradam à maioria ou à opinião prevalecente, é inerente à Democracia, cujos pilares são constituídos pelo pluralismo político *pari passu* com os princípios da liberdade e da igualdade.

Porém, ao extrapolar aquela liberdade, com piadas ofensivas às pessoas ou com expressões que representem um potencial de instigação ao ódio e à violência em face de determinados grupos sociais, especialmente os minoritários¹¹⁵⁸, configuram, respectivamente, um ato de ofensa ou um discurso de ódio.

O ato de ofensa expressa um pensamento que tem a finalidade de ofender uma pessoa reconhecida como “diferente”, em relação às pessoas consideradas “normais”. Tal diferença constitui uma característica de natureza racial, cor, gênero, orientação sexual, condição social ou econômica, que, por si só, justifica a sua humilhação e a sua desvalorização enquanto pessoa.

O discurso de ódio é genérico, embora tenha o mesmo objetivo e pretenda atingir a dignidade de um ou mais grupos sociais “diferentes”, no sentido de apresentarem as mesmas características elencadas acima.

É oportuno observar que, tanto no ato de ofensa, quanto no discurso de ódio, o efeito nocivo é destinado de forma imediata ao objeto da discriminação e da intolerância (à pessoa), e, de forma mediata, ao grupo ou segmento social a que a pessoa pertence, seja ele minoritário ou da maioria, o que permite afirmar que ambos provocam danos de natureza difusa e com efeito multiplicador.

Não se pode olvidar, também, que um discurso de ódio, ou mesmo um ato de ofensa, pode ser dirigido aos grupos sociais que representam a maioria, no tocante a uma condição social, econômica ou política.

¹¹⁵⁸ Justifica-se a expressão “especialmente, os minoritários” em razão da constatação de o ato de ofensa ou o discurso de ódio também serem destinados à maioria, ou seja, aos grupos sociais que representam a opinião prevalecente sobre determinados temas.

O ato de ofensa dirigido a uma pessoa afronta os direitos de personalidade positivados nas Constituições, na legislação suprallegal e infraconstitucional, o que permite a aplicação de sanções a serem determinadas pelo Poder Judiciário.

Nos Estados Unidos, por exemplo, o discurso de ódio, a depender do contexto histórico e do ordenamento jurídico de cada estado, vem inserido, incondicionalmente, no direito ao exercício da liberdade de expressão, de opinião e de pensamento.

Por outro lado, esse discurso pode ser enquadrado constitucional e legalmente, em países como a Alemanha, conforme se analisará a seguir.

No que diz respeito ao ato de ofensa, é preciso ter presente, mesmo que repetidamente, a imposição de limites à liberdade de expressão, no sentido da proteção de outros direitos fundamentais de igual hierarquia constitucional, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Nesse contexto, o Poder Judiciário exerce a sua atribuição de ponderar o aparente conflito entre aqueles direitos e decidir em cada caso concreto o que vai prevalecer. É oportuno esclarecer o que diferencia os direitos fundamentais da pessoa e os seus direitos de personalidade.

Carlos Alberto Bittar afirma que os “*direitos do homem*” ou “*direitos fundamentais*” da pessoa natural constituem “*objeto de relações de direito público, para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado*”. São eles: o direito à vida, à integridade física, à liberdade, além de outros previstos nas Constituições e que já foram analisados no presente capítulo. Os direitos de personalidade, continua o autor, constituem os mesmos direitos, porém, “*sob o ângulo das relações entre particulares, ou seja, da proteção contra outros homens.*”¹¹⁵⁹ Daí a necessidade de se proteger o direito à intimidade, à honra, ao nome, à imagem, à liberdade de pensamento, à liberdade de consciência e de religião, além de outros.

Bittar observa que os primeiros direitos correspondem aos direitos físicos do homem, e os segundos aos aspectos intelectual e moral da pessoa. Do ponto de vista técnico-jurídico, o autor chama a atenção para os chamados direitos naturais, que se encontram acima do direito positivo. De acordo com o autor, os direitos naturais “*são inerentes ao homem, que o Estado deve respeitar e, por meio do direito positivo, reconhecê-los e protegê-los.*”¹¹⁶⁰ Assim, esses direitos persistem, mesmo que não estejam contemplados pela legislação, em razão da transcendência da natureza humana.

¹¹⁵⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p.54.

¹¹⁶⁰ Ibid. p. 56-57.

Os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos pelo legislador, e passam a ser positivados no ordenamento jurídico, o que equivale a afirmar que os direitos naturais, uma vez positivados, passam a ter o *status* de direitos fundamentais.

Os conceitos de direitos fundamentais e de direitos de personalidade remetem para a doutrina tradicional, que ratificava a dicotomia entre o público e o privado, isto é, os primeiros se referiam à proteção do indivíduo em face do Estado, e os segundos relacionam-se com a relação entre os particulares, no sentido da proteção de uma contra outras pessoas.

Contudo, tal dicotomia perdeu o sentido na visão contemporânea, uma vez que há uma luta comum e constante pela efetividade dos direitos, os quais, segundo Bittar, permitem “*a plena realização da dignidade da pessoa em suas diversas manifestações*”. Assim, continua o autor:

*[...] o alcance dos direitos fundamentais toca a dimensão civil-privada, e, nesse sentido, como indicam os estudiosos da matéria, a exemplo de Ingo Wolfgang Sarlet, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais torna possível a sua incidência sobre as relações privadas.*¹¹⁶¹

Sintetizando o pensamento de Bittar, houve uma constitucionalização do direito civil e, por consequência, uma integração dos diversos ramos do ordenamento jurídico, garantindo a ampla proteção dos direitos humanos que foram traduzidos em direitos fundamentais, cujos direitos também incluem os direitos de personalidade.¹¹⁶²

Estas breves considerações sobre os direitos fundamentais e os direitos de personalidade possibilitam uma melhor compreensão do contexto que envolve um ato de ofensa e, principalmente, um discurso de ódio, objeto de análise do presente capítulo.

A interpretação dos vários conceitos do discurso de ódio constitui variável determinante para a forma de tratamento jurídico do tema em diversos países, no sentido de encontrar uma resposta constitucional para cada caso concreto em que ocorra colisão entre os direitos fundamentais reconhecidos com igual hierarquia e importância nas constituições.

Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que:

[...] um dos maiores desafios é o de achar um equilíbrio adequado entre a liberdade fundamental de expressão e a proteção da dignidade da

¹¹⁶¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 60.

¹¹⁶² Ibid. p. 61.

*pessoa humana e os direitos de personalidade, contra toda e qualquer manifestação que possa ser enquadrada no conceito de discurso do ódio.*¹¹⁶³

Nos Estados Unidos, onde historicamente se dá uma intervenção mínima do Estado, uma vez que a tradição é de uma democracia nos moldes do liberalismo clássico, a liberdade de expressão ocupa maior espaço relativamente à dignidade dos ofendidos.

Schäfer, Cogo Leivas e Santos observam que o modelo americano se baseia;

*[...] no pressuposto da neutralidade do Estado no que diz respeito à manifestação e à defesa de ideias num sentido geral. Essa isenção estatal no tocante aos direitos de expressão parte da nota de instrumentalidade da liberdade de expressão e da sua importância para o desenvolvimento do debate político e do próprio exercício da cidadania.*¹¹⁶⁴

Os autores justificam tal isenção estatal no sentido de que, nos Estados Unidos, a liberdade de expressão se relaciona diretamente com o exercício da soberania popular e da Democracia, possibilitando, assim, críticas ao governo, ao igual, e ao diferente.

Daniel Sarmento comenta que a garantia da liberdade de expressão foi incorporada na Constituição norte-americana em 1791, quando se aprovou a 1ª Emenda, embora só tenha conseguido efetividade após a 1ª Guerra Mundial, por meio da proteção do Poder Judiciário. A partir daí, ganhou cada vez mais espaço na jurisprudência americana. Essa jurisprudência acabou protegendo, quase incondicionalmente, as mais graves manifestações de ódio e preconceito em face de minorias, sob os mais diversos aspectos¹¹⁶⁵.

A despeito desta constatação, a 1ª Emenda garante a liberdade de expressão, conforme se pode constatar pela sua redação:

¹¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de Expressão e o Problema da regulação do Discurso do ódio nas Mídias Sociais. *Revista de Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, set./dez., 2019. p. 1207.

¹¹⁶⁴ SHÄFER, Gilberto; COGO LEIVAS, Paulo Gilberto; DOS SANTOS, Rodrigo Hamilton. Discurso de ódio – Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. *RIL – Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Brasília, ano 52, n. 207, jul./set., 2015. p. 146.

¹¹⁶⁵ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o problema do hate speech. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez., 2006. p. 57.

[...] Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.^{1166 1167}

Portanto, tanto o Poder Legislativo, quanto o Poder Judiciário americano caminham no sentido de respeitarem rigorosamente o direito fundamental à liberdade de expressão, em detrimento dos demais direitos fundamentais, como os chamados direitos de personalidade.

Sarmiento chama a atenção para o fato de que, atualmente, os Estados Unidos adotam uma proteção à liberdade de expressão:

*[...] em que há determinados campos considerados fora do alcance da 1ª Emenda, como o da “obscenidade”, outros que recebem uma proteção menos intensa, como a propaganda comercial, e uma área em que a tutela constitucional é extremamente reforçada, em cujo epicentro está o discurso político lato sensu.*¹¹⁶⁸

O autor observa que a forma de regulação estatal da liberdade de expressão é entendida sob dois aspectos. Segundo o autor:

*[...] são mais facilmente aceitas as restrições ligadas ao “tempo, lugar e forma” da manifestação, que sejam neutras em relação ao seu conteúdo, mas há um controle muito mais rigoroso das limitações atinentes ao teor do discurso, que se torna ainda rígido e quase invariavelmente fatal quando a regulação baseia-se em discordância relativa ao “ponto de vista” do agente”.*¹¹⁶⁹

¹¹⁶⁶ UNITED STATES. U.S. Constitution. First Amendment. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment. Acesso em: jul. 2022.

¹¹⁶⁷ *O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas.* (tradução nossa).

¹¹⁶⁸ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o problema do hate speech. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez., 2006.p.4.

¹¹⁶⁹ Ibid.

Utilizando os exemplos do autor, a limitação baseada no conteúdo diz respeito, em regra, a uma restrição que não discrimina pontos de vista diferentes. Sarmiento exemplifica com um caso hipotético em que a lei proibisse manifestações políticas de funcionários públicos. Assim, qualquer manifestação ligada a qualquer ideologia estaria vedada. Quanto à restrição baseada no ponto de vista, o autor explica que implicaria uma discriminação relacionada com a posição adotada pelo agente. De acordo com o mesmo exemplo, seria o caso de uma norma que vedasse manifestações políticas dos funcionários do Estado em favor do socialismo, mas que permitisse a defesa de outras ideologias.¹¹⁷⁰

Conforme se pode depreender, a tutela do discurso político corrobora os argumentos de Schäfer, Cogo Leivas e Santos, quando afirmam que a proteção do exercício da liberdade de expressão remete para o respeito pela soberania popular e o regime democrático americano.

Ingo Wolfgang Sarlet confirma que a Suprema Corte Americana tem mantido firme o seu entendimento de acordo com a 1ª Emenda à Constituição de 1787 dos Estados Unidos, a qual, no geral, veda a limitação ao direito à liberdade de expressão, o que lhe confere uma segura posição preferencial no cenário constitucional relativamente a outros direitos e bens constitucionais e, conseqüentemente, acaba conferindo um sentido restritivo ao conceito de discurso de ódio, para fins de sanção. O autor afirma que, nos Estados Unidos, manifestações contrárias à realidade fática, como a negação do Holocausto, manifestações neonazis, afirmação da supremacia branca, a exortação ou apoio de atos de violência de natureza discriminatória são, em regra, protegidas pela 1ª Emenda¹¹⁷¹.

Os casos julgados pela Suprema Corte corroboram as afirmações de Sarlet, no sentido de dar preferência à liberdade de expressão, relativamente aos demais direitos fundamentais. A Suprema Corte julgou o caso *Brandenburg vs Ohio*¹¹⁷², em 1969, reformando uma decisão que havia condenado Brandenburg, um líder da *Ku Klux Klan* no Ohio, por apologia ao crime. O líder organizou um encontro daquela entidade e divulgou-o pela televisão. As imagens mostravam pessoas com capuz, queimando cruzes e ofendendo negros e judeus, além de Brandenburg lhes dirigir ameaças, inclusive ao Congresso e à Suprema Corte, caso essas instituições continuassem a prejudicar a raça caucasiana, o que provocaria a vingança do seu grupo.

¹¹⁷⁰ Ibid. p. 58.

¹¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de Expressão e o Problema da regulação do Discurso do ódio nas Mídias Sociais. *Revista de Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, set./dez., 2019. p. 1213-1214.

¹¹⁷² SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o problema do *hate speech*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez., 2006. p. 59-60.

Sarmento observa que a Suprema Corte nem chegou a julgar o mérito (o racismo), porque considerou inconstitucional a lei do Ohio, uma vez que ela punia a defesa de uma ideia, o que afrontaria diretamente a liberdade de expressão. A Suprema Corte adotou uma forma de interpretação que distinguia a defesa de ideias racistas, protegida pela liberdade de expressão, da incitação ou promoção de ações ilegais, como a prática de atos violentos, que nesse caso não estariam protegidos. O fato de a Suprema Corte se limitar, de forma sutil, ao julgamento da inconstitucionalidade formal (daquela lei), em razão de uma punição em face da defesa de ideias, corrobora a tradição liberal e a proteção estatal à liberdade de expressão.

Na mesma direção, Sarmento relata outro caso de uma passeata organizada pelo Partido Nacional-Socialista da América, com pessoas vestindo uniformes nazistas e trazendo bandeiras com suásticas, no município de Skokie, em Chicago, em que parte da população de 70.000 habitantes era composta por judeus (40.000), além de 5.000 sobreviventes do Holocausto. O município tentou impedir a manifestação por meio de uma ação que foi julgada improcedente pela Suprema Corte do Illinois, ao mesmo tempo que editou normas que dificultavam aquele evento, declaradas inconstitucionais por violação da liberdade de expressão.

Este caso possibilita a constatação de que a Suprema Corte não tem julgado o mérito de demandas que tratam da restrição à liberdade de expressão, limitando-se a declarar a inconstitucionalidade formal de diplomas legais que criam obstáculos àquele direito constitucional. O autor observa que “*o entendimento jurisprudencial que se firmou ao longo do tempo foi de que, como as restrições ao hate speech envolvem limitações ao discurso político baseadas no ponto de vista do manifestante, elas são, em regra, inconstitucionais*”. Mais adiante, o autor explica a razão para tal entendimento: “*entende-se, segundo a decisão da Suprema Corte, que o Estado deve adotar uma postura de absoluta neutralidade em relação às diferentes ideias presentes na sociedade, ainda que considere algumas delas abjetas, desprezíveis ou perigosas.*”¹¹⁷³ Assim, as ideias defendidas por Hitler ou pela *Ku Klux Klan* devem receber a mesma proteção que as manifestações em defesa dos direitos humanos e da igualdade.

A despeito da prevalência da ampla proteção estatal à liberdade de expressão, Meyer-Pflug observa, oportunamente, que o Estado tem regulado palavras provocadoras (*fighting words*) e o discurso do ódio (*hate speech*). Nessa direção, a autora lembra que o juiz Oliver

¹¹⁷³ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o problema do *hate speech*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez., 2006. p. 60-61.

Holmes ratificou esse entendimento, desde que o Estado não passasse a regular a defesa geral de ideias (*general advocacy of ideas*).¹¹⁷⁴

Sarmiento observa que as restrições às manifestações só poderão ser impostas quando provocarem uma reação violenta da audiência, que a doutrina norte-americana chama de *fighting words*, cuja essência corresponde à garantia da ordem e da paz pública, e não à proteção do direito das vítimas.¹¹⁷⁵

Neste contexto, é oportuno analisar o caso *R.A.V vs City of St. Paul*¹¹⁷⁶, decidido em 1992 pela Suprema Corte, em que o próprio conceito de *fighting words* foi relativizado em favor da proteção às manifestações de racismo. Tratava-se de um grupo de jovens que teriam invadido o quintal de uma família de afrodescendentes e atado fogo numa cruz, o que caracterizava o símbolo da *Ku Klux Klan*.

Eles foram condenados com base em uma lei local que enquadrava aquela conduta como crime motivado por preconceito. No entanto, a Suprema Corte do Minnesota partiu do pressuposto de que aquela lei deveria ser interpretada em conformidade com a Constituição e de forma restritiva, punindo apenas as condutas reconhecidas como *fighting words*, as quais, sem dúvida, se enquadravam naquele fato típico. Apesar disso, a Suprema Corte revogou a condenação, afirmando que a lei era inconstitucional, mesmo tendo sido adotada a exegese de caráter restritivo.

Isto não significa impedir qualquer piada usando o tema do Holocausto. No Brasil, por exemplo, o comediante Danilo Gentili fez uma crítica em forma de piada, sem conotação de negação do extermínio, mas de crítica social, com uma moldura duvidosa, e com gosto reprovável, mas amparado pelo *animus jocandi*.

Contextualizando, na cidade de São Paulo, um bairro nobre chamado Higienópolis, de predominância judia, fez-se um abaixo assinado para que o metrô não chegasse ao bairro, com uma declaração velada de que popularizaria o bairro, conduzindo à perda de valor comercial. Então, o humorista criticou o abaixo assinado com a piada: “*Entendo os velhos de Higienópolis temerem o metrô. A última vez que chegaram perto de um vagão foram parar em Auschwitz.*”¹¹⁷⁷ Ainda que o gosto possa ser duvidoso e a repercussão tenha sido avassaladora, o humorista apagou o tuíte, justificando-se com uma frase do escritor Mark Twain: “*A fonte*

¹¹⁷⁴ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 139.

¹¹⁷⁵ SARMENTO, op. cit. p. 61.

¹¹⁷⁶ Ibid. p. 61-62.

¹¹⁷⁷ DANILO Gentili pede desculpas à comunidade judaica por piada. *Guiame*, 31 de maio de 2014. Disponível em: <https://www.guiame.com.br/nova-geracao/geral/danilo-gentili-pede-desculpas-a-comunidade-judaica-por-piada.html>. Acesso em: 19 out. 2021.

secreta do humor não é a alegria, mas a mágoa, a aflição e o sofrimento. Não há humor no céu.”¹¹⁷⁸

Retomando a análise americana, a exemplo do caso do município de Skokie, em Chicago, a Suprema Corte afirmou, usando as palavras de Sarmiento “*que seria lícito ao Estado proibir e penalizar o uso de fighting words, mas não fazê-lo de forma parcial, como no caso, visando a atingir apenas determinadas ideias ou concepções repudiadas pela maioria da sociedade*”. De acordo com aquele Tribunal, “*o legislador na hipótese em questão pretendia atingir apenas as manifestações de intolerância racial, religiosa ou de gênero, violando, com isso, o seu dever de neutralidade em relação aos diversos pontos de vista existentes na sociedade.*”¹¹⁷⁹

Em 2003, o caso *Virgínia vs Black et al*¹¹⁸⁰, similar ao caso anterior, foi julgado pela Suprema Corte, cuja decisão, diferentemente da anterior, considerou constitucional uma lei do Estado da Virgínia que criminalizara a queima de cruzeiros para intimidar pessoas ou grupos. A Suprema Corte reformou a decisão do Tribunal de Virgínia, afirmando que atos de ameaça de forma generalizada constituem uma forma de intimidação e são passíveis de repressão, ao contrário do caso anterior, em que a lei se voltara apenas, e tão somente, “*contra o discurso violento dirigido contra determinados grupos*”, o que não teria ocorrido no presente caso.

Mesmo assim, Sarmiento chama a atenção para o fato de que a Suprema Corte informou que a instrução transmitida ao Tribunal do Júri, relativamente a uma das condenações, “*de considerar a queima de cruzeiros como uma evidência prima facie de ameaça, violara a 1ª Emenda*”, uma vez que ela “*constitui manifestação legítima da liberdade de expressão, quando não é promovida com este intuito*” e que “*teria sido indevidamente ameaçada pela referida instrução.*”¹¹⁸¹

Com caráter excepcional, a liberdade de expressão é vedada quando as manifestações adquirem cunho difamatório e calunioso ou incitam à violência.

Schäfer, Cogo Leivas e Santos observam que a jurisprudência tem admitido, em situações pontuais, uma intervenção estatal restritiva que ocorre no “*momento da interpretação*

¹¹⁷⁸ Ibid.

¹¹⁷⁹ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o problema do *hate speech*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez., 2006. p. 62.

¹¹⁸⁰ Ibid. p. 62-63.

¹¹⁸¹ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o problema do *hate speech*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez., 2006. p. 63.

do caso e quando presente a regra do perigo claro e iminente de uma ação concreta que venha a violar um outro direito fundamental.”¹¹⁸²

Nessa direção, Sarmento narra o primeiro caso importante envolvendo o *hate speech*.¹¹⁸³ Trata-se do caso *Beauharnais vs. Illinois*, julgado pela Suprema Corte, em 1952, em que se discutia a condenação criminal de um indivíduo que havia distribuído panfletos em Chicago, nos quais chamava os brancos a se voltarem contra os negros para evitarem a miscigenação racial, uma vez que, segundo o condenado, eles seriam responsáveis por estupros, roubos e outros crimes. A condenação baseou-se em uma lei estadual que proibia a exibição de publicações em qualquer espaço público, que culpassem de atos criminais determinados grupos identificados por raça, cor, religião, e com isso expusessem tais grupos ao desprezo das pessoas e, por consequência, gerassem tumulto e instabilidade social. A Suprema Corte manteve a condenação, considerando a lei estadual constitucional, apesar de ter sido questionada em razão da suposta afronta à liberdade de expressão.¹¹⁸⁴

Conforme se pode constatar, o direito e a jurisprudência norte-americana defendem de forma incontestável o exercício da liberdade de expressão em face de outros direitos, até por conta da tradicional aversão à intervenção estatal na liberdade das pessoas, em detrimento de outro pilar de um regime democrático, que é a igualdade.

A defesa da liberdade alcança não apenas o direito e a sua jurisprudência, como também o mercado, porquanto a visão que se tem do Estado é a de que ele retira direitos, e, por esta razão, deve manter-se distante e neutro, no sentido de não aumentar a sua intervenção em qualquer campo de ação do indivíduo e do mercado. Diferentemente de outros países que utilizam o Estado para implementar políticas públicas de caráter afirmativo, com a finalidade de se minimizarem as desigualdades sociais e econômicas, os Estados Unidos privilegiam a liberdade sob todos os aspectos, notadamente quando se trata da liberdade de expressão, relativamente aos demais direitos fundamentais, como o direito à igualdade.

Sintetizando, tal entendimento mostra que as manifestações de ódio e intolerância contra minorias, embora não sejam compactuadas pela doutrina e pela sociedade americana – como é

¹¹⁸² SHÄFER, Gilberto; COGO LEIVAS, Paulo Gilberto; DOS SANTOS, Rodrigo Hamilton. Discurso de ódio – Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. *RIL – Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Brasília, ano 52, n. 207, jul./set., 2015. p. 146.

¹¹⁸³ SARMENTO, op. cit. p. 59.

¹¹⁸⁴ O autor observa que aquela decisão da Suprema Corte validou a ideia de *group libel* (difamação coletiva), embora a doutrina norte-americana afirme que os julgados supervenientes deram preferência ao debate em detrimento da honra, no que diz respeito às questões de ordem pública.

o caso de determinados grupos ligados a movimentos críticos em relação ao *mainstream* – são protegidas pela liberdade de expressão.¹¹⁸⁵

No que diz respeito ao direito da Alemanha, e de outros países europeus, o discurso de ódio já se encontra normatizado criminalmente, especialmente em virtude da experiência nazi vivida por aquela nação. Brugger afirma que “o discurso de ódio no modelo alemão é tratado como um insulto e uma difamação coletiva.”¹¹⁸⁶ Shafer, Cogo Leivas e Santos ressaltam que a Alemanha criminaliza, inclusive, “as teorias revisionistas que, valendo-se de argumentos científicos, desafiam verdades históricas, reproduzindo a lógica do pensamento nazista.”¹¹⁸⁷

Ingo Wolfgang Sarlet reforça esta assertiva, afirmando que:

[...] na Alemanha, tal como no ambiente europeu de forma geral (com destaque para a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais (CEDF) e mesmo a jurisprudência do TJUE¹¹⁸⁸, mas em especial na jurisprudência da CEDH¹¹⁸⁹ [...], o conceito de discurso de ódio [...] é mais amplo e, por via de consequência, maior é a possibilidade de impor limites à liberdade de expressão, como se verifica, por exemplo, com discursos que englobam o Holocausto ou que veiculem conteúdo discriminatório.¹¹⁹⁰

Sarlet cita como exemplo um caso em que a decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCFA), em 2018, entendeu ser compatível com a Lei Fundamental e com a liberdade de expressão, prevista em seu artigo 5º, 1, a criminalização e punição pela negação do genocídio nacional-socialista, em um caso concreto em que o Tribunal não admitiu uma reclamação constitucional, que visara impugnar a decisão que havia condenado a reclamante por ter negado a ocorrência do extermínio em campo de concentração de Auschwitz-Birkenau. O autor observa que o Tribunal se tem mostrado mais rigoroso quando se trata da difusão de

¹¹⁸⁵ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o problema do *hate speech*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez., 2006. p. 66.

¹¹⁸⁶ BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*, Porto Alegre, ano 4, n. 15, p. 117-136, jan./mar., 2007. p. 127.

¹¹⁸⁷ SHÄFER, Gilberto; COGO LEIVAS, Paulo Gilberto; DOS SANTOS, Rodrigo Hamilton. Discurso de ódio – Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. *RIL – Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Brasília, ano 52, n. 207, jul./set., 2015. p. 147.

¹¹⁸⁸ Tribunal de Justiça da União Europeia.

¹¹⁸⁹ Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

¹¹⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de Expressão e o Problema da regulação do Discurso do ódio nas Mídias Sociais. *Revista de Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, set./dez., 2019. p. 1214.

fatos que não são verdadeiros e, portanto, não contribuem para a formação da opinião pública e não são protegidos pela liberdade de expressão.¹¹⁹¹

Por outro lado, o Tribunal tem aceitado sátiras e charges de personalidades públicas, críticas ao governo e representantes políticos, fortalecendo, nesse sentido, a liberdade de expressão, ao contrário de situações em que se evidencia o discurso de ódio e de atos praticados no período nacional-socialista que são puníveis.

Sarmiento observa que, na Alemanha, a liberdade de expressão é também reconhecida como um dos mais importantes direitos fundamentais, embora seja com frequência ponderada pelos tribunais com outros direitos, como os de personalidade, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, como costuma ocorrer também no Canadá.¹¹⁹²

Importa destacar com o autor que, no ordenamento jurídico alemão, o princípio da dignidade humana tem ascendência sobre a liberdade de expressão, conforme se pode constatar em um caso (caso Lebach), em que o Tribunal proibiu a exibição de um programa de televisão, porque reconstituía um crime muitos anos depois de ele acontecer, e justamente quando o culpado estava prestes a ser solto.¹¹⁹³ O Tribunal Constitucional alemão argumentou que o crime já teria ocorrido há muito tempo e não haveria interesse público em fomentar um debate, além do fato de aquela exibição vir a impedir a ressocialização do réu, violando os seus direitos de personalidade. A Corte praticou a técnica da ponderação sobre dois direitos fundamentais igualmente relevantes – a liberdade de expressão e os direitos de personalidade – prevalecendo este na sua decisão, que reforça a aplicação do princípio da proporcionalidade em consonância com a superioridade do princípio da dignidade humana.¹¹⁹⁴

O direito à liberdade de expressão na Alemanha, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, é concebido não apenas como um direito negativo em relação ao Estado, mas sobretudo como um direito positivo, que acena para a obrigação deste de agir de forma a criar leis que visem a correção do mercado e a promoção de ideias plurais, como garantia de acesso do cidadão a um leque aberto de pontos de vista e de informações divergentes, próprias de uma democracia.

¹¹⁹¹ Ibid. p. 1215.

¹¹⁹² SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o problema do *hate speech*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez., 2006. p. 71-72.

¹¹⁹³ ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF). *BVerfGE 35,202 - Lebach*. Karlsruhe, julgado em 5 de junho de 1973. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035202.html#>. Acesso em: jul. 2022.

¹¹⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Do caso Lebach ao caso Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados. *Revista Consultor Jurídico*, 05 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protexcao-dad-os-mario-gonzalez>. Acesso em: 24 set. 2020.

No que diz respeito aos dois principais pilares (liberdade e igualdade) de uma democracia, a Constituição alemã prevê, em seu artigo 3º, 3, a igualdade perante a lei, no que diz respeito ao tema do presente artigo, cuja redação estabelece: “*Ninguém poderá ser prejudicado ou favorecido por causa do seu sexo, da sua descendência, da sua raça, do seu idioma, da sua pátria e origem, da sua crença ou das suas convicções religiosas ou políticas. Ninguém poderá ser prejudicado por causa da sua deficiência.*”¹¹⁹⁵

É nítida a busca isonômica da liberdade e da igualdade no direito alemão, quando comparada com os Estados Unidos, em que a prioridade é dada à primeira em detrimento da segunda, por razões históricas, culturais e políticas, totalmente diferentes do contexto alemão.

A despeito daquela constatação, a Constituição alemã não perde de vista a relevância de se preservar a liberdade de expressão e de opinião (artigo 5º), assim como as demais liberdades previstas em seus dispositivos, como o artigo 2º, que dispõe sobre o direito à liberdade no tocante ao desenvolvimento da personalidade da pessoa (direitos de personalidade) e com relação aos seus direitos relacionados com a sua integridade física (direito à vida), que são denominados direitos inerentes (naturais) à pessoa.¹¹⁹⁶ Na mesma direção, o artigo 4º, que trata da liberdade de crença e de consciência; o artigo 8º, que dispõe sobre a liberdade de reunião; e o artigo 9º, que consagra a liberdade de associação e coalizão. No que se refere ao artigo 9º, 2, a Lei Fundamental alemã prevê: “*São proibidas todas as associações cujas finalidades ou cuja atividade sejam contrárias às leis penais ou estejam orientadas contra a ordem constitucional ou os ideais do entendimento entre os povos.*”¹¹⁹⁷

Sarmiento lembra, oportunamente, que, em 1950, o Tribunal Constitucional alemão chegou a declarar a inconstitucionalidade do então Partido Socialista do Reich, por suas tendências neonazistas, assim como, no auge da Guerra Fria, a Corte decidiu sobre a inconstitucionalidade do Partido Comunista Alemão, porque ele teria a intenção de combater a ordem constitucional livre e democrática, por meio de um plano pré-definido.¹¹⁹⁸

Atualmente, essa visão se modificou, desde que a Corte tomou uma decisão, em 1978, em um caso em que três partidos comunistas se revoltaram contra emissoras de rádio e televisão,

¹¹⁹⁵ ALEMANHÃ. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Tradução de Assis Mendonça. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: jul. 2022.

¹¹⁹⁶ Conforme análise de Bittar inserida no decorrer desse artigo.

¹¹⁹⁷ ALEMANHÃ. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Tradução de Assis Mendonça. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: jul. 2022.

¹¹⁹⁸ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o problema do *hate speech*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez., 2006. p. 73. Tratava-se do antigo papel daquela Corte, de guardião da assim chamada democracia limitante, cujo pressuposto era o de que o Estado devia defender a democracia dos seus “inimigos”, que não aceitam as regras do jogo democrático e pretendem subvertê-las, conforme informações retiradas de Sarmiento (2006, p. 73). Daí a Lei Fundamental da Alemanha vedar aquele tipo de associação prevista em seu artigo 9º, 2.

porque se haviam recusado a transmitir a sua propaganda política, alegando que ela afrontava a ordem constitucional e, por consequência, o artigo 9º, 2, da Constituição alemã. O Tribunal deu ganho de causa aos partidos, sob a fundamentação de que a defesa de ideias, mesmo que contrárias à ordem constitucional, não daria o direito às emissoras de se recusarem a transmitir a sua propaganda, pelo menos enquanto aqueles partidos não fossem declarados inconstitucionais, no respeito pelo princípio da igual oportunidade para todos os partidos políticos.

Há que reconhecer que o direito alemão contém muitos instrumentos para o combate e punição da prática do *hate speech*. Winfried Brugger cita:

[...] a criminalização, pelo Código Penal alemão, da incitação ao ódio, insulto ou ataque à dignidade humana¹¹⁹⁹ de partes da população ou de grupos identificados pela nacionalidade, raça, etnia ou religião; a penalização da participação em organizações neonazistas e da exibição de símbolos, bandeiras, uniformes e saudações nazistas.¹²⁰⁰

Do ponto de vista do direito administrativo, Brugger destaca a proibição de reuniões ou manifestações em que seja praticado o *hate speech*; a colocação de livros e publicações que incitem ao ódio racial, bem como a vedação de programas de rádio e televisão que promovam a discriminação de grupos vulneráveis, além de outras restrições, assim como a previsão de ações de reparação de danos morais no âmbito do direito civil.

Nessa linha, o Tribunal alemão tem restringido a liberdade de expressão em decisões relacionadas com a negação do Holocausto, assim como tem privilegiado aquela liberdade em outros casos, como o livro intitulado “Verdade para a Alemanha: A Questão da Culpa sobre a 2ª Guerra Mundial”, em que a Corte concluiu que não se negava o Holocausto, mas sim a defesa da tese de que a culpa pela eclosão da 2ª Guerra seria dos adversários da Alemanha que a arrastaram para o conflito.¹²⁰¹

Todos os casos julgados ao longo do tempo permitem a afirmação de que a Corte soube diferenciar entre a ocorrência de *hate speech* e manifestações que, mesmo ferindo ou ofendendo determinados grupos, remetiam para a liberdade de expressão e de opinião.

¹¹⁹⁹ Previsto no artigo 1º da Lei Fundamental alemã.

¹²⁰⁰ BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*, Porto Alegre, ano 4, n. 15, p. 117-136, jan./mar., 2007. p. 136.

¹²⁰¹ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o problema do *hate speech*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez., 2006. p. 75.

É oportuna a observação de Brugger quanto à forma de tratamento jurídico (jurisprudência) do discurso de ódio nos Estados Unidos e na Alemanha. Afirma o autor: “o sistema jurídico americano proíbe o discurso do ódio o mais tarde possível – apenas quando há perigo iminente de atos ilícitos. A jurisprudência alemã coíbe o discurso do ódio o mais cedo possível.”¹²⁰²

Diferentemente dos Estados Unidos e da Alemanha, o direito constitucional português empresta igual hierarquia aos direitos fundamentais da liberdade de expressão e de opinião e aos direitos de personalidade, sem prejuízo da constatação inequívoca do sobreprincípio da dignidade humana, que serve de pano de fundo para a aplicação jurisprudencial em cada caso concreto e, em consonância com uma interpretação sistemática da Constituição, sob o manto dos princípios da unidade e da concordância prática que regem a sua exegese.

A leitura e a hermenêutica dos dispositivos constitucionais e do direito infraconstitucional permitem afirmar que aqueles direitos se encontram igualmente fortalecidos, embora se note uma leve tendência à prioridade do direito à liberdade de expressão¹²⁰³, como garantia constitucional da preservação da ordem democrática, tanto brasileira quanto portuguesa.

Ingo Wolfgang Sarlet segue na mesma direção, observando, com propriedade, que nenhum de ambos os direitos é absoluto:

[...] uma (reportando-se aos direitos de personalidade) com propósito de viabilizar o pleno desenvolvimento espiritual e autônomo de cada indivíduo, no que tange à proteção do plano interno de sua consciência e dignidade, resguardando-o de uma exposição pública desnecessária ou estigmatizante, enquanto que a outra (reportando-se ao direito de liberdade de expressão) visa a viabilizar o pleno desenvolvimento no plano externo não só de cada indivíduo, por meio da possibilidade desse manifestar, publicamente, a sua visão de mundo, garantindo assim a sua auto expressão – que também representa uma das dimensões da sua dignidade -, como também, por meio do livre fluxo de ideias e opiniões, estabelecer e efetivar o próprio sistema

¹²⁰² BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*, Porto Alegre, ano 4, n. 15, p. 117-136, jan./mar., 2007. p. 136.

¹²⁰³ Aquela prioridade não chega a um nível tão contundente quanto nos Estados Unidos e nem tão controlado como na Alemanha.

*democrático que a nossa Constituição estabelece o qual não se desenvolve sem a possibilidade de externalização de um pluralismo de ideais.*¹²⁰⁴

Sarlet expressa, claramente, as limitações implícitas entre os direitos fundamentais analisados, sinalizando que os direitos de personalidade representam o limite imposto na Constituição brasileira ao direito à liberdade de expressão, ao mesmo tempo que a liberdade de opinião do indivíduo (plano externo) também atende àqueles limites, acrescentando, ainda, que a Democracia se desenvolve com o livre fluxo de ideias e opiniões (divergentes), que pressupõem o pluralismo político.¹²⁰⁵

No que se refere ao discurso de ódio no Brasil, a interpretação e inserção do seu teor ainda carecem de uma legislação infraconstitucional específica, embora os dispositivos constitucionais, mercê do seu caráter amplo e aberto, possibilitem interpretação jurisprudencial capaz de dar uma solução em cada caso em particular, até pelo fato de o conceito do discurso do ódio ser relativamente novo do ponto de vista formal e moral¹²⁰⁶.

O artigo 3º, incisos I, III e IV da Constituição Federal brasileira refletem a preocupação do constituinte em assegurar uma sociedade que seja livre, justa e solidária, erradicando a pobreza, reduzindo as desigualdades sociais, em busca de promover o bem-estar de todos, sem discriminações relativas à raça, sexo, cor, idade, etc. O artigo 4º, incisos II e VIII da Constituição preveem que o Brasil se regerá em *“suas relações internacionais pelos princípios da prevalência dos direitos humanos e repúdio [...] ao racismo.”*¹²⁰⁷

Da mesma forma, os incisos I, III, VIII, XLI, XLII, além de outros previstos no artigo 5º da Constituição brasileira, dispõem sobre os direitos de igualdade de todos perante a lei; a não aceitação de tratamento desumano; a não privação de direitos em razão de crença religiosa ou convicção filosófica ou política; a punição de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e a previsão de crime de racismo como inafiançável e imprescritível, além dos §1º, 2º e 3º do mesmo artigo, em que se garante a aplicação imediata das normas que

¹²⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de Expressão e o Problema da regulação do Discurso do ódio nas Mídias Sociais. *Revista de Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, set./dez., 2019. p. 1216.

¹²⁰⁵ Ibid.

¹²⁰⁶ *“Uma sociedade é tanto mais rica moralmente quanto mais possibilidades oferece a seus membros de assumirem a responsabilidade pessoal ou coletiva de seus atos, isto é, quanto mais ampla for a margem proporcionada para aceitar consciente e livremente as normas que regulam as suas relações com os demais”*. VÁSQUEZ, Adolfo Sánches. *Ética*. Tradução de João Dell’Anna. Rio de Janeiro, Civilização brasileira, 23ª ed. 2002.p. 58.

¹²⁰⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Poder Legislativo, Brasília, DF: 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: jul. 2022.

definem os direitos e garantias fundamentais; a sua relação com as normas supralegais e os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos alçados ao *status* de emendas constitucionais.

Existe, evidentemente, o dever constitucional de o Estado planejar e executar ações governamentais que atendam, ao mesmo tempo, ao princípio da igualdade e das liberdades fundamentais, no sentido de garantir a dignidade da pessoa, prevista no inciso III, do artigo 1º da Constituição.

Para além das políticas afirmativas, o Estado tem uma atuação limitada em relação às liberdades fundamentais (dever negativo), assim como o dever de proteger as pessoas em face de ameaças e agressões que configurem atos de ofensa e discursos de ódio (dever positivo).

Independentemente da lacuna legislativa existente nesse sentido, os poucos casos concretos têm sido debatidos e decididos pelo Supremo Tribunal Federal, a mais alta instância do Poder Judiciário no Brasil. Excepcionalmente, alguns casos são decididos em detrimento de certas liberdades (não apenas a de expressão); porém, em regra, prevalece aquele direito.

Da mesma forma, o tratamento jurisprudencial tem dado atenção especial ao princípio da igualdade, notadamente, em casos correspondentes à igualdade de oportunidades, do ponto de vista social e econômico e, de modo especial, às decisões que levam em conta a discriminação em face de grupos de pessoas hostilizadas por razões de raça, cor, opção sexual, religião, além de outros fatores referentes às diferentes classes sociais.

Nessa direção, o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela criminalização da homofobia e da transfobia, no âmbito da ADO¹²⁰⁸-26¹²⁰⁹ e do Mandado de Injunção¹²¹⁰ n° 4.733¹²¹¹, em 2019, inserindo a conduta típica na Lei de Racismo, até que o Poder Legislativo edite uma legislação para o enquadramento de linguagens, atos e agressões em face de gays, lésbicas, bissexuais, transexuais e travestis.

A Corte estendeu também esse enquadramento ao conceito de racismo do ponto de vista social, incluindo outros grupos vulneráveis que sofrem constantemente ameaças e ofensas à sua condição, como deficientes, negros, mulheres e outros.

¹²⁰⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

¹²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADO. n. 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: jul. 2022.

¹²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *MI n. 4.733*. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgado em: 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>. Acesso em: jul. 2022.

¹²¹¹ O Mandado de Injunção é impetrado quando não existe norma regulando a matéria (lacuna legislativa).

Percebe-se nitidamente que a jurisprudência brasileira tem caminhado no sentido de alargar a proteção constitucional aos direitos de personalidade, adotando a técnica da ponderação entre direitos fundamentais de igual hierarquia constitucional, com a utilização dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade em consonância com os subprincípios da adequação e necessidade, para definir os contornos e limites a serem eventualmente impostos à liberdade de expressão, tendo como norma constitucional orientadora a dignidade humana.

Luís Roberto Barroso corrobora essa questão afirmando que:

[...] o direito de privacidade¹²¹² espécie do gênero direitos da personalidade, que inclui também o direito à honra e à imagem – teve desenvolvimento histórico mais recente, mas é compreendido hoje em dia como uma emanção do princípio da dignidade humana [...] a Constituição protege tanto a liberdade de expressão como o direito à privacidade [...] em uma sociedade democrática e de massas, a colisão entre esses direitos é frequente e inevitável.¹²¹³

Por outro lado, a Corte tem-se manifestado favorável ao amplo exercício da liberdade de expressão, como ao autorizar, em 2015, a publicação de biografias não autorizadas no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815¹²¹⁴, como no caso da biografia do cantor e compositor *Roberto Carlos, em Detalhes*, de Paulo Cezar Araújo¹²¹⁵.

A garantia constitucional da liberdade de expressão ficou registrada no acórdão assim redigido: “*autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular*” e “*o recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa*”. De acordo com a Ministra Carmen Lúcia, relatora daquela ação, “*erros corrigem-se segundo o direito, não se cortando liberdades conquistadas*”, pois “*a reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei.*”¹²¹⁶

Na mesma linha, Barroso observa que o Poder Judiciário brasileiro deve buscar o equilíbrio entre os direitos por meio da ponderação, em que se mantém a sua essência, embora

¹²¹² Um dos direitos fundamentais que compõem os direitos de personalidade, previsto no inciso X, do artigo 5º da Constituição Federal brasileira.

¹²¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional – Tomo IV. Imprensa, privacidade, princesas e topless*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 507.

¹²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADI n. 4.815*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Julgado em: 10 de junho de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: jul. 2022.

¹²¹⁵ DE ARAÚJO, Paulo César. *Roberto Carlos em detalhes*. São Paulo: Editora Planeta, 2017.

¹²¹⁶ BRASIL. op. cit.

se opte por um direito em detrimento de outro em cada caso concreto. Assim, desde que não haja uma ofensa, ameaça, agressão a uma pessoa ou a um grupo social vulnerável, a liberdade de expressão terá prioridade em relação aos direitos de personalidade.

No tocante à liberdade de imprensa, é preciso levar em conta alguns elementos que deverão ser analisados pelo Poder Judiciário, para que se decida sobre a prevalência da liberdade de expressão ou dos direitos de personalidade. Barroso enumera aqueles elementos que serão objeto de ponderação para a opção mais justa em cada situação a ser analisada: a veracidade do fato; a licitude do meio pelo qual foi obtida a informação; se a notícia remete para uma personalidade pública ou não; o local do fato (se é privado ou público); a natureza do fato (se é público ou privado) e, principalmente, se é ou não de interesse público a divulgação de uma notícia.

Nesse contexto, é possível deduzir se houve ou não abuso de poder de jornalistas ou de outros meios de comunicação, o que permitirá a responsabilização civil, penal, além do direito de resposta, previsto no inciso V do artigo 5º da Constituição brasileira, observando-se, sempre, as regras previstas nos seus artigos 220, 221 e 222, que garantem a liberdade de informação (em seu conceito amplo) e lhe estabelecem os limites.¹²¹⁷

É importante ressaltar que:

*[...] o Constituinte foi mais seletivo no que se refere às restrições que poderão ser aplicadas à liberdade de imprensa, de manifestação de pensamento e de expressão do que foi em relação à proteção da intimidade e da privacidade, a qual deverá contar com uma ponderação a posteriori para identificar as situações de grave e intolerável interferência na esfera de proteção privada.*¹²¹⁸

A constatação proveniente da doutrina e, especialmente, da jurisprudência, é de que a regra é a liberdade de expressão em todas as suas formas, conforme se depreende da unidade do texto constitucional, embora a própria Constituição se encarregue de prever dispositivos que a autolimitam¹²¹⁹ (conforme previsão dos artigos 220 e 221, que fixam regras diretas às

¹²¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional – Tomo IV. Imprensa, privacidade, princesas e topless*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 508-509.

¹²¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de Expressão e o Problema da regulação do Discurso do ódio nas Mídias Sociais. *Revista de Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, set./dez., 2019. p. 1216.

¹²¹⁹ Não se analisam em detalhe aqueles dispositivos (quanto à liberdade de expressão e seus limites), por já terem sido analisados neste trabalho.

emissoras de rádio e televisão e à imprensa, assim como determinados Incisos do seu artigo 5º), os quais permitem identificar, a exemplo de Brugger¹²²⁰, que o sistema jurídico brasileiro parece mais próximo do sistema norte-americano, ao punir um ato de ofensa ou um discurso de ódio após a ocorrência do fato¹²²¹, diferentemente do sistema alemão, que se antecipa àqueles fatos.

Dá a necessidade de uma interpretação sistemática da Constituição no que se refere à preferência *prima facie* pela liberdade de expressão, enquanto instrumento fundamental de um regime democrático, relativamente aos direitos de personalidade. Autores como Luís Roberto Barroso e Daniel Sarmento defendem o tratamento jurídico preferencial à liberdade de expressão, assim como o Supremo Tribunal Federal, desde que não configure atos de ofensa e discurso de ódio.

Exemplos mais recentes ratificam a prioridade emprestada pela Corte à liberdade de expressão, aquando da declaração do STF de não recepcionar a antiga Lei de Imprensa, no julgamento da ADPF¹²²²-130¹²²³ de 2008, quando a maioria dos ministros entendeu que a Lei nº 5.250/1967 feria a plena liberdade de expressão e, portanto, seria totalmente incompatível com a Constituição brasileira de 1988.

É oportuno destacar que, em determinada parte do teor do acórdão, os ministros afirmam:

*[...] primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana.*¹²²⁴

Conforme se observou acima, os Ministros ainda reforçam que os artigos 220 e 221 expressam a garantia da plena liberdade de expressão, sem olvidar os incisos do artigo 5º, que

¹²²⁰ BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*, Porto Alegre, ano 4, n. 15, p. 117-136, jan./mar., 2007. p. 136.

¹²²¹ O direito constitucional e legal à indenização e ao direito de resposta corroboram aquela afirmação.

¹²²² Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

¹²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADPF n. 130*. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgado em: 04 de setembro de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=559777>. Acesso em: jul. 2022.

¹²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADPF n. 130*. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgado em: 04 de setembro de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=559777>. Acesso em: jul. 2022.

preveem, se for o caso, indenização e direito de resposta, protegendo, em um momento posterior, os direitos de personalidade.¹²²⁵

No mesmo sentido, o STF decidiu, no âmbito da ADPF-187¹²²⁶, de 2011, que a “marcha da maconha”, em prol da legalização do seu consumo, seria um direito de reunião pública pacífica e de liberdade de pensamento (conforme previsão dos incisos XVI e IV do artigo 5º da Carta Magna), e não se enquadraria no artigo 287 do Código Penal brasileiro, que prevê o tipo penal de apologia do crime.

Finalmente, o STF brasileiro julgou procedente a ADI-4451¹²²⁷ de 2018, em que se declarou a inconstitucionalidade dos incisos II e III do artigo 45 da Lei nº 9.504/1997, e se diferenciou o papel das críticas divulgadas, assim como de sátiras e charges correspondentes ao processo eleitoral, de notícias falsas denominadas *fake news*. As primeiras foram liberadas em respeito à plena liberdade de expressão, e as últimas foram, já naquela ocasião, vedadas pelo Tribunal.

Conforme se pode depreender, os casos com que o Poder Judiciário se tem deparado ao longo do tempo ainda não se enquadram diretamente no que se entende por discurso de ódio, uma vez que o fenômeno tem ganhado maiores proporções em tempos recentes, à exceção de alguns julgados que podem ser inseridos naquele conceito.

Um dos principais julgamentos da Corte nesse contexto foi o caso Ellwanger¹²²⁸, em que se debateu sobre a constitucionalidade ou não da punição de manifestações de antissemitismo. O autor do livro (Siegfried Ellwanger) negava a ocorrência do Holocausto, sendo enquadrado no artigo 20 da Lei nº 7.716/1989 (lei que define crimes resultantes de preconceitos de raça e de cor e, recentemente, de orientação sexual).

O plenário do STF brasileiro decidiu, no âmbito de um *Habeas Corpus* n. 82.424-2¹²²⁹, que, naquele caso, deveria prevalecer a dignidade humana dos judeus em relação à liberdade de

¹²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADPF n. 130*. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgado em: 04 de setembro de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=559777>. Acesso em: jul. 2022.

¹²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADPF n. 187*. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 15 de junho de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em: jul. 2022.

¹²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADI n. 4.451*. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em: 02 de setembro de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2613221>. Acesso em: jul. 2022.

¹²²⁸ Caso já analisado no decorrer de um dos artigos que compõem o capítulo.

¹²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *HC n. 82.424-2*. Relator: Ministro Moreira Alves. Julgado em: 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: jul. 2022.

expressão, uma vez que naquela publicação haveria incitação ao preconceito e ao ódio contra os judeus, configurando *hate speech*.

Outro caso recente julgado pela Corte brasileira, em 2018, remete para o Inquérito n. 4694/DF¹²³⁰, em que a Primeira Turma rejeitou denúncia contra um parlamentar, que em um seu discurso se teria expressado de forma discriminatória com relação aos indígenas, mulheres, LGBTQIA+ e quilombolas. A Procuradoria-Geral da República enquadrou o fato num suposto cometimento de crime previsto no art. 20º da Lei nº 7.716/1989, correspondente à prática, indução ou incitação ao preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

O voto vencedor do Ministro Relator Marco Aurélio observou que as afirmações proferidas no discurso do parlamentar em relação às comunidades quilombolas:

[...] embora a consubstanciar entendimento de diferenciação e até de superioridade, mostram-se desprovidas da finalidade de repressão, dominação, supressão ou eliminação, razão pela qual, tendo em vista não se investirem de caráter discriminatório, são insuscetíveis a caracterizarem o crime previsto no artigo 20¹²³¹, cabeça, da Lei nº 7.716/1989.¹²³²

É oportuno destacar, no presente julgado, a ausência de requisitos que consubstanciam o chamado discurso discriminatório, ao contrário do que decidiu a Corte no julgamento do *Habeas Corpus*, em que Siegfried Elwanger foi enquadrado e condenado pelo mesmo artigo da Lei nº 7.716/1989, por negar o Holocausto em sua publicação.

Norberto Bobbio analisa três requisitos que terão de ser preenchidos, sucessivamente, para que se configure uma conduta discriminatória pejorativa e passível de enquadramento penal.¹²³³

O primeiro requisito diz respeito a um juízo de fato, quando se constata a diversidade existente entre grupos, homens e mulheres, por exemplo, de modo que, nessa situação, não

¹²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n. 4694/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 11 de setembro de 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768164396/inquerito-inq-4694-df-distrito-federal-0016317-5720181000000/inteiro-teor-768164398>. Acesso em: jul. 2022.

¹²³¹ Observe-se que, no caso Elwanger, o réu foi enquadrado no mesmo artigo, em razão de a Corte ter identificado elementos que compõem o discurso de ódio, diferentemente do presente caso em que não se comprovou a sua ocorrência.

¹²³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n. 4694/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 11 de setembro de 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768164396/inquerito-inq-4694-df-distrito-federal-0016317-5720181000000/inteiro-teor-768164398>. Acesso em: jul. 2022.

¹²³³ BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Unesp, 2011. p. 107-108.

haveria nada reprovável, já que, de fato, tais diferenças existiriam, comprovadas por dados objetivos: “[...] *os homens são de fato diferentes entre si. Da constatação de que os homens são desiguais, ainda não decorre um juízo discriminante*”.

O segundo requisito estará presente num momento posterior, em que o juízo discriminante se traduz em juízo de valor, preterindo-se um em detrimento de outro: “[...] *um seja considerado bom e o outro mau, ou que um seja considerado civilizado e o outro bárbaro, um superior (em dotes intelectuais, em virtudes morais etc.) e o outro inferior.*” É evidente que tais constatações se sustentariam em critérios de distinção não factuais, mas valorativos.¹²³⁴

O processo de discriminação só se completa com o terceiro requisito, que, segundo Bobbio, se materializa no juízo de valor de superioridade de um grupo em relação a outro, do qual decorrem conclusões como as de que o grupo superior deveria agir de forma a “ajudar” o superior a alcançar um nível mais alto de civilização, de bem estar, ou mesmo de que aquele teria o direito de exterminar os grupos mais inferiores: “*Somente quando a diversidade leva a este segundo modo de conceber a relação entre superior e inferior é que se pode falar corretamente de uma verdadeira discriminação, com todas as aberrações dela decorrentes.*”¹²³⁵

O voto do ex-Ministro Marco Aurélio evidencia no caso concreto a não materialização daqueles requisitos, razão pela qual o Plenário decidiu pela atipicidade do discurso do parlamentar.

Com relação às manifestações do parlamentar aos imigrantes, a Corte também entendeu que se tratava de críticas à política de imigração adotada pelo governo, e não propriamente de uma discriminação de caráter xenofóbico, que pudesse configurar discurso de ódio. Ademais, a linguagem usada pelo parlamentar estaria duplamente protegida: a) pela liberdade de expressão prevista no inciso IV do artigo 5º; e, b) pela imunidade parlamentar material (que pressupõe nexo de causalidade com o exercício do mandato), prevista no *caput* do artigo 53¹²³⁶, ambos da Constituição brasileira.

Finalmente, em outro caso julgado em 2018, pelo STF, no âmbito da ADI-2566/DF¹²³⁷, o plenário privilegiou igualmente a liberdade de expressão relativamente à proibição da prática

¹²³⁴ Ibid. p. 108.

¹²³⁵ Ibid. p. 108-110.

¹²³⁶ Carlos Maximiliano (1989, p. 44) define a imunidade parlamentar como “a prerrogativa que assegura aos membros do Congresso a mais ampla liberdade da palavra, no exercício das suas funções, e os protege contra abusos e violências por parte dos outros poderes constitucionais”. Observe-se que a primeira parte do conceito remete para a imunidade material e a segunda para a imunidade formal.

¹²³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2.566. Relator: Ministro Sydney Sanches. Julgado em: 22 de maio de 2002. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347623>. Acesso em: jul. 2022.

do proselitismo (esforço por converter alguém a uma determinada religião ou doutrina) em meios comunitários de radiodifusão, prevista no artigo 4º, §1º, da Lei n. 9.612/1998, que foi declarado inconstitucional, desde que obviamente não configure incitação ao ódio, à violência física ou moral em face de outras religiões ou credos.

A despeito da existência de outros casos, cujo objeto de análise e decisão jurisprudencial remetem para a liberdade de expressão e a sua ponderação em face dos direitos de personalidade, há que ressaltar a recente e crescente ocorrência do discurso de ódio na internet, especialmente nas redes sociais, e que está sendo enfrentado pelo STF brasileiro, como as *fake news*, atos de ofensa e outros que têm sido investigados e julgados pela Corte, com maior ou menor dificuldade, em razão da ausência de fronteiras próprias de um ambiente digital e decorrentes falhas de controle, das lacunas legislativas e da natureza polêmica do tema, cuja regulação demanda uma teia de cooperação internacional, tanto política quanto jurídica propriamente dita.

Partindo do pressuposto de que a liberdade de expressão é inerente a um regime democrático, o desafio das Cortes judiciárias é o da identificação da fronteira entre ideias divergentes e o limite de tolerância a ser aferido, quando se trata de um contexto natural de críticas, mesmo que ácidas, de uma constatação de discurso de ódio, passível de enquadramento civil e penal.

John Rawls, na sua teoria da justiça, trata da questão da tolerância e do interesse comum como argumentos determinantes da igual liberdade de consciência.¹²³⁸ O autor observa que “*a limitação da liberdade só é justificada quando isso é necessário para a própria liberdade, para evitar uma infração à liberdade que seria ainda pior.*”¹²³⁹ A assertiva de Rawls salienta que o Estado só deve “*limitar a liberdade de acordo com o interesse comum na ordem e na segurança públicas [...], todos reconhecem que o comprometimento dessas condições representa um risco para a liberdade de todos.*”¹²⁴⁰

Tratando-se de um país que adota o sistema *civil law* e ao mesmo tempo carece ainda de uma legislação sólida sobre o tema, o Judiciário brasileiro tem tido o cuidado de respeitar os seus poucos precedentes jurisprudenciais em consonância com os dispositivos constitucionais relacionados com a liberdade de expressão e os atos de ofensa, desempenhando com absoluta hígidez as suas atribuições.

¹²³⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 261.

¹²³⁹ Ibid. p. 264.

¹²⁴⁰ Ibid. p. 262.

Diante da análise efetuada no presente capítulo que ora se encerra, é possível concluir que o direito fundamental da liberdade de expressão constitui a variável determinante para a preservação de um regime democrático, especialmente por estimular a busca da verdade defendida por John Stuart Mill¹²⁴¹, por meio de ideias que, ao divergirem da opinião prevalecente, aperfeiçoam o processo de desenvolvimento cultural e político, mesmo que à custa de serem rotuladas de “politicamente incorretas”.

A despeito da importância atribuída à liberdade de expressão e do seu enquadramento constitucional, legal e supralegal, no sentido de prever os seus limites relativamente aos outros direitos fundamentais, como os direitos de personalidade, há que reconhecer que a violação de tais limites leva à configuração de atos de ofensa ou de discurso de ódio em face de determinados grupos minoritários e vulneráveis.

É imperativa a necessidade de enquadramento da linguagem e conduta de ódio, tanto no plano legislativo quanto na jurisprudência, como garantia da dignidade da pessoa e das instituições de um Estado Democrático de Direito.

19 A jurisprudência dos tribunais nacionais

Com o intuito de garantir e preservar a liberdade de expressão e manifestação cultural, a jurisprudência portuguesa consagra na parte dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a fim de preservar a pluralidade de opiniões, a liberdade do pensamento e sua efetivação através do humor, sem lhe caracterizar um direito absoluto, uma vez que a lei ordinária pode restringir alguns direitos, expressamente previstos na Constituição, para proteger outros direitos ou interesses igualmente protegidos.

Os limites desta liberdade compreendem os direitos da personalidade, o direito à imagem, à privacidade, à honra, alicerçados na dignidade da pessoa, com preservação quase absoluta, como bem elucida Jorge Miranda e Rui Medeiros, ao exaltarem o significado moral e a importância do bem ou interesse da esfera da vida protegido pela liberdade de expressão, sem a qual se atinge não apenas o pensamento, mas também e imediatamente a dignidade da pessoa e o desenvolvimento da personalidade, “[...] *sem que isso impeça o humorista de exprimir ou divulgar, pelos meios a que tenha acesso, ideias, críticas, deboches e opiniões.*”¹²⁴²

¹²⁴¹ Conforme análise efetuada no âmbito do capítulo “Politicamente (in)correto”.

¹²⁴² MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 848.

Em vários julgados portugueses, é possível analisar o conflito gerado entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. Em um acórdão, de 06 de setembro de 2016, o conflito em causa foi o direito ao bom nome, a liberdade de imprensa e informação, e o interesse público, no julgamento de um órgão de informação diário e regional, com traços humorísticos, chamado GG, considerado apartidário.

Discute-se aí que, muito embora a Constituição não estabeleça qualquer hierarquia entre o direito à liberdade de expressão e o direito ao bom nome e reputação, havendo colisão de tais direitos, a ponderação, ou balanceamento, deve considerar os casos concretos, *afastando-se qualquer ideia de supra ou infravalorização abstrata*, seguindo a orientação estabelecida pelos tribunais nacionais e pelo TEDH de *que as condicionantes à liberdade de expressão e de imprensa devem ser objeto de uma interpretação restritiva e sua necessidade deve ser estabelecida de forma convincente*, uma vez que, tendo sido a informação veiculada, a qual, no essencial, assenta em fatos verdadeiros, de relevância pública, não se pode concluir pelo dano injusto à reputação e ao bom nome, com a ressalva de que:

*[...] isto não deixa de ser válido pela circunstância dos fatos aparecerem distorcidos com opiniões grosseiras e desprimorosas, quando se trata de informação veiculada por jornal, cujo estatuto editorial aponta expressamente para o uso da irreverência, sarcasmo, caricatura e hipérbole, bem como para o propósito de consciencialização cívica.*¹²⁴³

¹²⁴³ Neste caso, ficou estabelecido internamente que os requeridos - que foram, lembre-se, não jornalistas, mas os opositores políticos de pessoa - foram condenados com base em comentários, clara e sem ambiguidade, destinados a fazer o público acreditar que o autor da denúncia foi culpado de uma infração penal grave, envolvendo abuso de poder e isto com a finalidade de obter benefícios políticos de tal facto. No entanto, como o Tribunal de recurso entendeu, estas declarações não têm qualquer base factual convincente, tendo também sido classificados sem fundamento mais tarde. Se é verdade que podemos considerar que as declarações em questão eram uma discussão de interesse geral - na medida em dizem respeito a alegadamente ilícita a conduta de um político local-, a verdade é que os requerentes só procuraram por estas declarações atacar o seu adversário político, culpando-o de fatos concretos e não fazendo apenas meros juízos de valor (Sgarbi c. Italie (déc.) n° 37115/06, 21 outubro 2008, et Vitrenko c. Ukraine (déc.), n° 23510/02, 6 dezembro 2008). Neste caso, o Tribunal denota que as alegações dos requerentes eram extremamente graves. Ora, se a alegação é grave, a sua base factual deve ser sólida (Pedersen e Baadsgaard, supra, ibid). No entanto, deduz-se dos factos estabelecidos pelo Tribunal de recurso que esta base factual falta neste caso. Com efeito, os requerentes não conseguiram provar a alegadamente ilícita conduta do reclamante. I - O art. 70° do Código Civil tutela a personalidade, como direito absoluto, de exclusão, na perspectiva do direito à saúde, à integridade física, ao bem-estar, à liberdade, ao bom nome, e à honra, que são os aspectos que individualizam o ser humano, moral e fisicamente, e o tornam titular de direitos invioláveis. II- O art.484° do referido diploma legal ao proteger o bom-nome de qualquer pessoa, singular ou colectiva, tutela um dos elementos essenciais da dignidade humana - a honra. III- A afirmação e difusão de factos que sejam idóneos a prejudicar o bom nome de qualquer pessoa acarretam responsabilidade civil (extracontratual), gerando obrigação de indemnizar se verificados os

requisitos do art. 483º, nº 1, do Código Civil. IV- O art. 484º do Código Civil prevê caso particular de anti-juridicidade que deve ser articulado com aquele princípio geral - contido no art. 483º - não dispensando a cumulativa verificação dos requisitos da obrigação de indemnizar. V- Os jornalistas, os media, estão vinculados a deveres éticos, deontológicos, de rigor e objectividade, que se cumprem com a recolha de informação, com base em averiguações credíveis que possam ser confrontadas, para testar a genuinidade das fontes, de modo a que o dever de informar com isenção e objectividade, não seja comprometido por afirmações levianas ou sensacionalistas, fazendo manchetes que têm, quantas vezes, como único fito o incremento das vendas e a avidez da curiosidade pública, sem que a isso corresponda qualquer interesse socialmente relevante. VI- Se forem violados deveres deontológicos pelos jornalistas, por não actuarem com a diligência exigível com vista à recolha de informações; se negligentemente, as não recolheram de fonte idóneas e se essas informações e as fontes não foram testadas de modo a assegurar a sua fidedignidade e objectividade, estamos perante actuação culposa. VII- Assiste ao Jornal o direito, a função social, de difundir notícias de interesse público, importando que o faça com verdade e com fundamento, pois, o direito à honra em sentido lato, e o direito de liberdade de imprensa e opinião são tradicionais domínios de direitos fundamentais em conflito, tendo ambos tutela constitucional pelo que facilmente se entra no campo da colisão de direitos - art. 335º do Código Civil - sendo que, em relação a factos desonrosos, dificilmente se pode configurar a exceptio veritatis a cargo do lesante. VIII- A prova da actuação diligente na recolha e tratamento da informação - a actuação segundo as *leges artis* - incumbe ao jornalista. (...) Não suscita dúvidas que há vários instrumentos de direito internacional vinculativos na ordem jurídica portuguesa (como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 12º; ou o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, art. 17º nº 1) asseguram o direito à dignidade, à integridade moral e ao bom nome e reputação das pessoas (o bom nome e reputação não deixa de ser apenas uma especificação ou particularização do direito à dignidade e à integridade moral). Também a lei infraconstitucional - art.s 70º nº 1 e 484º do CCivil - repele qualquer abuso contra a personalidade moral das pessoas, crédito e bom nome (sendo estes simples emanações da personalidade moral das pessoas). De outro lado, também a Constituição da República Portuguesa (art.s 37º nº 1 e 38º nº 1 e 2 alínea a)) assegura, como direito fundamental, a liberdade de expressão e divulgação do pensamento (pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio), e o direito de informar, assim como assegura a liberdade de imprensa (de que a liberdade de expressão do jornalista é conatural, e vem também expressamente assegurada). De igual forma, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 19º) afirma que todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, podendo difundir informações e ideias por qualquer meio de expressão. O Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (art. 19º) afirma, por seu turno, que toda e qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão (direito que compreende a liberdade de procurar, receber e expandir informações e ideias de toda a espécie, sob forma oral ou escrita, impressa ou artística, ou por qualquer outro meio). Mas logo a seguir dispõe que o exercício destas liberdades comporta deveres e responsabilidades especiais, podendo, em consequência, ser submetido a certas restrições que sejam necessárias e que devem, todavia, ser expressamente fixadas na lei, nomeadamente as inerentes ao respeito dos direitos ou da reputação de outrem. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem prescreve no seu art. 10º que qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão (direito que compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias). Mas acrescenta que o exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para, nomeadamente, a proteção da honra ou dos direitos de outrem. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece (art. 11.º) que todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão, direito que compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, e que são respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social. Também a lei ordinária, (Lei nº 2 /99, Lei da Imprensa) garante, no seu art. 1º, a liberdade de imprensa, nos termos da Constituição e da lei, abrangendo tal liberdade, e nomeadamente, o direito de informar. Constituem direitos fundamentais dos jornalistas, com o conteúdo e a extensão definidos na Constituição e no Estatuto do Jornalista, entre outros, a liberdade de expressão e de criação (art. 22º da Lei de Imprensa e art. 6º alínea a) do Estatuto do Jornalista, Lei nº 1/99). Mas já são deveres fundamentais dos jornalistas, entre outros, informar com rigor e isenção, rejeitando o sensacionalismo e demarcando claramente os factos da opinião, procurar a diversificação das suas fontes de informação, e ouvir as partes com interesses atendíveis nos casos de que se ocupem (art. 14º nº 1 alíneas a) e e) da Lei nº 1/99). A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (disponível www.dgsi.pt) tem indicado, em sede do confronto entre o direito à reputação e bom nome e o direito de expressão, alguns vetores que importa recordar. Assim: - No citado acórdão de 30 de junho de 2011 refere-se que a CEDH não tutela, no plano geral, o direito à honra. Não o ignora no artigo 10.º, n.º 2, mas a propósito das restrições à liberdade de expressão. Esta construção levou o TEDH a seguir um caminho inverso ao que vinham seguindo, habitualmente, os Tribunais Portugueses. Não partia já da tutela da honra, situando-se, depois, nas suas ressalvas, mas partia antes da liberdade de expressão, situando-se, depois,

na apreciação das suas restrições, constantes daquele artigo 10.º, n.º2. E vem proferindo múltiplas decisões cujo entendimento, mantido de forma constante, vem assentando, essencialmente, no seguinte: a liberdade de expressão constitui um dos pilares fundamentais do Estado democrático e uma das condições primordiais do seu progresso e, bem assim, do desenvolvimento de cada pessoa; as exceções constantes deste n.º 2 devem ser interpretadas de modo restrito. Tal liberdade abrange, com alguns limites, expressões ou outras manifestações que criticam, chocam, ofendem, exageram ou distorcem a realidade. Os políticos e outras figuras públicas, quer pela sua exposição, quer pela discutibilidade das ideias que professam, quer ainda pelo controle a que devem ser sujeitos, seja pela comunicação social, seja pelo cidadão comum - quanto à comunicação social, o Tribunal vem reiterando mesmo a expressão "cão de guarda" - devem ser mais tolerantes a críticas do que os particulares, devendo ser, concomitantemente, admissível maior grau de intensidade destas; na aferição dos limites da liberdade de expressão, os Estados dispõem de alguma margem de apreciação, que pode, no entanto, ser sindicada pelo próprio TEDH. - No acórdão de 21-10-2014 - (Revista n.º 941/09.OTVLSB.LI.SI, relator Gregório da Silva Jesus) indica-se que a prevalência do direito à honra e ao bom-nome no confronto com o direito à liberdade de expressão e de informação não se compadece com as situações em que certas afirmações, embora potencialmente ofensivas, sirvam o fim legítimo do direito à informação e não ultrapassem o que se mostra necessário ao cumprimento da função pública da imprensa. O direito do público a ser informado tem como referência a utilidade social da notícia - interesse público -, devendo restringir-se aos factos e acontecimentos que sejam relevantes para a vivência social, apresentados com respeito pela verdade. A verdade noticiosa não significa, porém, verdade absoluta: o critério de verdade deve ser mitigado com a obrigação que impende sobre qualquer jornalista de um esforço de objetividade e seguindo um critério de crença fundada na verdade. Embora seja difícil estabelecer o equilíbrio ténue entre o princípio da presunção de inocência, de que todos os cidadãos devem gozar, mormente na fase de inquérito, e o direito à informação, é inderrogável o interesse em dar a conhecer aos cidadãos uma matéria que, encontrando-se porventura sujeita ao segredo de justiça, releva do cometimento de irregularidades graves passíveis de configurar a prática de crimes. Há interesse público. - No acórdão de 01-04-2014 (Revista n.º 218/11.OTBPDF.LI.SI, relator Martins de Sousa) aduz-se que o direito à honra no confronto com o exercício do direito de liberdade de imprensa deve estar submetido a uma interpretação restritiva quando os queixosos são políticos ou outras figuras públicas, cujo estatuto e proeminência no governo das sociedades hodiernas há de ser mais permissivo e tolerante com o tom mais elevado e intenso das críticas de que são objeto pela imprensa, desde que não se trate de ofensa gratuita, desproporcionada ou que desvirtue o interesse geral subjacente à informação. - No acórdão de 08-05-2013 (Revista n.º 1486/03.7TVLSB.LI.SI, relator Moreira Alves) observa-se que não obstante a importância fundamental que assumem os direitos de liberdade de imprensa e de livre expressão nos modernos Estados democráticos, não se trata de direitos absolutos e ilimitados, como, da mesma forma, não são ilimitados os direitos de personalidade. O jornalista não pode publicar aquilo que entender se, ao fazê-lo, violar direitos de personalidade de outrem. Em casos especiais, pode dar-se prevalência ao direito de liberdade de imprensa em detrimento do direito de personalidade, mas, para que se imponha tal solução há que submeter o conflito concreto ao crivo de três critérios de análise: o critério da verdade, o critério do interesse público e o critério da proporcionalidade e adequação. Assim e desde logo, nunca poderá prevalecer o direito de liberdade de imprensa ou o direito de livre expressão da opinião se os factos noticiados forem falsos, equívocos, traduzirem meras suspeitas sem prova ou se fundarem em simples boatos. Por outro lado, é sempre necessário que a informação veiculada pela comunicação social corresponda à realização de um interesse público ou social de relevância, isto é, o interesse público há de, atenta a sua relevância, justificar a agressão do direito de personalidade com o qual entre em colisão. Pressuposta a verdade da imputação e o interesse público relevante, deve ser respeitado o devido grau de proporcionalidade e adequação, perante as circunstâncias concretas, em ordem a maximizar a eficácia prática dos dois direitos em conflito ou a prejudicar, o menos possível, aqueles dos direitos que deve ceder perante o outro. - No acórdão de 14-02-2012 (Revista n.º 5817/07.2TBOER.LI.SI, relator Helder Roque) refere-se que o direito do público a ser informado tem como parâmetro a utilidade social da notícia, ou seja, deve restringir-se aos factos e acontecimentos que sejam relevantes para a vivência social. A importância social da notícia deve ser integrada pela verdade do facto noticiado ou pela seriedade do artigo de opinião, o que pressupõe a utilização pelo jornalista de fontes de informação fidedignas, tanto quanto possível, diversificadas, por forma a testar e controlar a veracidade dos factos. As afirmações de facto ou são verdadeiras ou falsas, pressupondo a indispensabilidade da sua prova, ao contrário do que sucede com os juízos de valor, que não podendo encontrar-se, totalmente, desprovidos de base factual, já não impõem, em princípio, a averiguação da sua verdade ou falsidade, ou do seu escoramento emocional ou racional, desde que a génese subjetiva do juízo de valor seja, imediatamente, perceptível junto dos destinatários. São pressupostos da justificação das ofensas à honra, cometidas através da imprensa, causa de exclusão da ilicitude da conduta, a exigência de que o agente tenha atuado dentro da sua função de formação da opinião pública e visando esse objetivo [a], utilizando o meio concretamente menos danoso para a honra do atingido [b], com respeito pela

A Corte portuguesa enfrentou a colisão entre direitos com primorosas decisões, reconhecendo que, apesar de tratar a liberdade de expressão e criação cultural na moldura de direitos, liberdades e garantias pessoais, com ampla proteção desses direitos para manutenção da plena democracia, fomentando a pluralidade de opiniões e pensamentos, não é um direito absoluto, uma vez que a lei ordinária pode restringir e limitar ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionais igualmente protegidos, dando como exemplo dessa limitação os direitos da personalidade, especificamente o direito à honra e à privacidade, que se alicerçam na dignidade da pessoa.

Reconhece, ainda, que a liberdade de expressão abrange o recurso a certa dose de exagero, polêmica, provocação e agressividade, com a proteção do artigo 10º da CEDH, como interpretado pelo TEDH, cujas restrições têm de ser interpretadas estritamente e corresponder

verdade das imputações [c], em que, fundadamente, acreditou [d], depois de ter cumprido o dever de verificação da verdade da imputação [e]. O dever de comprovação não corresponde ao facto histórico narrado, nem à sua comprovação científica ou sequer à sua comprovação judiciária, antes há de satisfazer-se com as exigências derivadas das legis artis dos jornalistas. Mas estas não se contentam com um convencimento meramente subjetivo, antes é necessário que exista uma base objetiva, de que possa resultar, no quadro do direito de informação, uma crença fundada na verdade. Deste modo, e sem por um momento se poder pôr em causa a presunção da inocência da Autora e sem se esquecer ademais que o que se alcançou no inquérito não resultou de uma atividade precedida de contraditório e da devida defesa, é de concluir que nenhum comportamento ilícito se pode imputar aos Réus, precisamente porque o essencial da informação veiculada se fundava em factos processuais reais e nas ilações retiradas pela investigação. Nesta medida, agiram ao abrigo de um direito próprio, o direito à liberdade de expressão, na modalidade de expressão jornalística [...] Como se reportou acima, a liberdade de expressão deverá ser vista como constituindo um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e uma das condições primordiais do seu progresso e do pluralismo assente na tolerância, sendo que a liberdade de expressão e opinião vale também para as informações ou ideias que “melindram, chocam ou inquietam”. E assim, se a afirmação ou difusão de factos falsos deve ser havida como proibida e pura e simplesmente banida e responsabilizada penal e civilmente, já quanto aos factos verdadeiros a sua divulgação poderá ser admitida, desde que tal se efetue para assegurar um direito próprio ou um interesse público legítimo. É, no essencial, o que se passa no caso vertente. Acrescente-se que, como também se apontou acima, o dever que incide sobre o jornalista de relatar com verdade e rigor não tem por que se cumprir sempre ou necessariamente mediante uma comprovação absoluta dos factos (o que a mais das vezes seria até impossível de concretizar), senão que a informação há de possuir uma base factual objetiva razoavelmente credível, não sendo de excluir que o próprio jornalista extraia as suas conclusões ou ilações e as apresente como quase-factos. O que não é tolerável é o uso de factos fabricados, equívocos, levianos ou que traduzam meras suspeitas subjetivas ou boatos. Não é esta última, manifestamente, a situação vertente, e aqui divergimos por completo do entendimento da Recorrente quando aduz que os Réus se limitaram a fazer uso da mentira. [...] Acresce dizer que, pois que estando in casu basicamente em questão informação extraída ou extrapolada de um processo de inquérito criminal (ou seja, informação autêntica), não faz grande sentido pretender-se, como pretende a Autora, que cabia aos Réus ouvir previamente as partes com interesses atendíveis no caso. Mas, a levar aqui em linha de conta a existência de um dano infligido por ação adequada dos Réus e uma ofensa a um direito atendível da Autora, então é de relembrar que se verifica a exclusão da ilicitude e que fica excluída a responsabilidade civil quando ocorrem circunstâncias que tiram ao facto que originou o dano a sua ilicitude. Uma dessas circunstâncias que afastam a ilicitude é justamente o regular exercício de um direito, com o que fica justificado o facto danoso (v. Almeida e Costa, ob. cit., p. 519 e 520). Seria o que, no limite, se passaria no caso vertente, nomeadamente à luz do art. 335º do CCivil. Pois que, face às circunstâncias factuais concretas que se conhecem e ao interesse público subjacente aos factos publicitados, o direito à liberdade de expressão e de informação dos Réus deveria prevalecer sobre os direitos de personalidade (reputação e bom nome) da autora. (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (6ª Secção). Processo 60/09.9TCFUN.L1.S1. Relator Min. José Rainho, julgado em 06 de setembro de 2016).

a uma “*necessidade social imperiosa*”, por necessário e fundamental numa sociedade democrática, na citação do acórdão do STJ, de 03 de junho de 2009, o qual ressalta que:

*[...] uma tradição longamente firmada no seio das democracias admite com largueza a crítica e a opinião em certos domínios e sobretudo políticos [...] todavia, a crítica e a opinião não podem ter como único sustentáculo, mesmo aí, o ataque pessoal, sobretudo quando esse ataque é imotivado, cego, ditado pela paixão ideológica ou por um espírito de vindicta ou de ajustes de contas.*¹²⁴⁴

Outro julgado de relevância é o conflito estampado entre a liberdade de imprensa dos direitos da personalidade, com o respaldo que é necessário procurar para a “concordância prática” entre esses direitos, conferindo prevalência à integridade moral e ao bom nome, só assim não sucedendo quando concorram circunstâncias *susceptíveis de, à luz de relevante*

¹²⁴⁴ *Difamação - Injúria - Bem jurídico protegido - Crimes de perigo - Abuso de liberdade de imprensa - Liberdade de expressão - Direito de crítica I - O crime de difamação, tendo como objecto o mesmo bem jurídico do crime de injúria - a honra e consideração -, distingue-se desta por a imputação de factos ou utilização de expressões ser feita por intermediação de um terceiro, com quem o agente comunica por qualquer forma verbal ou escrita, imputando ao ofendido ausente factos ou formulando juízos ofensivos da sua honra e consideração, ao passo que, na injúria, a imputação ou juízo ofensivos da honra são dirigidos directamente ao titular desse bem jurídico (arts. 180.º, n.º 1, e 181.º, n.º 1, do CP). II - Não é necessário que tais expressões atinjam efectivamente a honra e consideração da pessoa visada, produzindo um dano de resultado, bastando a susceptibilidade dessas expressões para ofender. É que o crime em causa é um crime de perigo, bastando a idoneidade da ofensa para produzir o dano. III - Se as expressões utilizadas pelo demandado no seu escrito constituem um ataque directo à pessoa do demandante, nada têm a ver com uma crítica da sua actuação, pois esta, por muito contundente que seja, exige sempre uma relação com o objecto criticado, e uma relação lógica, racionalmente fundada, o que não exclui a ironia, o humor, mesmo corrosivo, e o tom sarcástico. IV - Criticar é tomar o objecto da crítica e julgá-lo, pois a crítica tem uma vertente judicativa. Não se exigindo que a actividade judicatória seja necessariamente sisuda e circunspecta, sendo compatível com uma multiplicidade de registos, desde o sério ao cómico, o que é certo é que ela tem de manter uma relação lógica com o objecto criticado e não descambar para o ataque pessoal, sobretudo quando tal ataque entre no domínio da ofensa à honra e consideração das pessoas. Se é verdade que o exercício da liberdade de expressão e de comunicação exigem, muitas vezes, um recuo da tutela da honra, esse recuo há-de ser justificado como meio necessário, adequado e proporcional para o exercício eficaz daquele direito. V - O mesmo se diga em relação ao direito de emitir opinião num artigo opinativo. Sendo a opinião de tónica subjectiva, a verdade é que ela tem de partir de um substrato objectivo e manter com ele uma ligação lógica. Podendo expender-se uma opinião, tanto sobre um facto, um acontecimento, como sobre uma pessoa, esta última é sempre mais difícil de aceitar, sobretudo quando se traduz numa opinião desfavorável, porque aí é mais fácil o resvalamento para o domínio do ilícito. VI - Uma tradição longamente firmada no seio das democracias admite com largueza a crítica e a opinião em certos domínios sociais e sobretudo políticos, aqui envolvendo mesmo os protagonistas. Todavia, a crítica e a opinião não podem ter como único sustentáculo, mesmo aí, o ataque pessoal, sobretudo quando esse ataque é imotivado, cego, ditado pela paixão ideológica ou por um espírito de vindicta ou de ajuste de contas. (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (5ª Seccção). Processo 617/09. Relator Min. Rodrigues da Costa, julgado em 03 de junho de 2009. Disponível em: <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2017/10/cadernoliberalidadeexpressoinformaodireitospersonalidadejurisprudncia-stj.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2021).*

interesse público, se justificar a solução oposta, ponderando a proporcionalidade ou a razoabilidade.^{1245 1246}

Já com relação à vida privada, é muito interessante o julgado da 7ª Secção, que reconheceu que a tutela do direito à intimidade, na esfera privada, e a proibição de revelações a essa relativas, no tocante à saúde e ao estado clínico de um paciente, devem *atender à contraposição do interesse do indivíduo em obstar o conhecimento ou a divulgação da informação*, com a ressalva de que “*a extensão do dever de resguardo, e, assim, do correlativo direito, deverá ser apreciada segundo as circunstâncias do caso e das pessoas.*” Aqui, o julgado demonstra uma diferenciação entre pessoa natural e notória, havendo em um caso respaldo maior do que no outro.¹²⁴⁷

¹²⁴⁵ *Liberdade de imprensa - Direito de personalidade - Colisão de direitos. I - Os direitos de informação e de livre expressão sofrem as restrições necessárias à coexistência, em sociedade democrática, de outros direitos como os da honra e reputação das pessoas. II - Há que procurar, antes do mais, a “concordância prática” desses direitos, de informação e livre expressão, por um lado, e à integridade moral e ao bom nome e reputação, por outro, mediante o sacrifício indispensável de ambos. III - Em último termo, o reconhecimento da dignidade humana como valor supremo da ordenação constitucional democrática impõe que a colisão desses direitos deva, em princípio, resolver-se pela prevalência daquele direito de personalidade (n.º 2 do art.º 335 do CC), só assim não sucedendo quando, em concreto, concorram circunstâncias susceptíveis de, à luz de relevante interesse público, justificar a adequação da solução oposta. IV - Existindo verdadeiro interesse público em que a comunidade seja informada sobre certas matérias, o dever de informação prevalece sobre a discricção imposta pelos interesses pessoais. V - Sempre, no entanto, será de exigir o respeito por um princípio, não apenas de verdade, necessidade e adequação, mas também de proporcionalidade (ou razoabilidade).* (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (7ª Secção). *Revista n.º 184/02*. Oliveira Barros (Relator), Miranda Gusmão e Sousa Inês, julgado em 07 de março de 2002. Disponível em: <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2017/10/cadernoliberaldadeexpressoinformaodireitospersonalidadejurisprudncia-stj.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2021).

¹²⁴⁶ Outros casos: Nordisk Film c. Dinamarca (2005): o TEDH aceitou a injunção das autoridades nacionais para obtenção de elementos obtidos por um jornalista que se tinha infiltrado numa rede pedófila (a ingerência justificava-se, era proporcional e legítima por visar a prevenção de crimes graves contra crianças). Sticking Ostade Blade c. Pays-Bas (2014): busca policial nas instalações de uma revista que tinha divulgado um comunicado de imprensa, informando que tinha recebido uma carta de uma organização que reivindicava atentados à bomba; o diretor invocou que, através da busca, tinha sido violado o direito à proteção das fontes; o TEDH julgou a queixa mal fundada e inadmissível, dizendo que a pessoa visada pela busca não se podia prevalecer da proteção de fontes face às razões de prevenção e investigação de criminalidade grave e à finalidade de evitar atentados, que, no caso, devia prevalecer. Saint-Paul Luxembourg SA c. Luxembourg (2013): mandado de busca e apreensão emitido em moldes amplos, que não impediam a descoberta de fontes jornalísticas; o TEDH concluiu pela violação do artigo 10.º da Convenção.

¹²⁴⁷ *Direitos fundamentais - Vida privada - Direito à reserva sobre a intimidade - Direitos de personalidade - Limites I - É ao direito ordinário que cabe a regulamentação do exercício dos direitos fundamentais, estabelecendo os necessários desenvolvimentos e concretizações, ficando, para tanto, em princípio, aberto ao legislador um amplo espaço livre de conformação. II - A tutela do direito à intimidade da vida privada desdobra-se em duas vertentes: a protecção contra a intromissão na esfera privada e a proibição de revelações a ela relativas. III - A saúde faz parte da individualidade privada do ser humano, e, assim, do assegurado resguardo da vida particular contra a eventualidade de divulgação pública. IV - O direito de resguardo não é, no entanto, absoluto em todos os casos e relativamente a todos os domínios. V - Havendo que atender à contraposição do interesse do indivíduo em obstar à tomada de conhecimento ou à divulgação de informação a seu respeito e dos interesses de outros em conhecer ou revelar a informação conhecida, interesses que ganharão maior peso se forem também interesses públicos, a extensão do dever de resguardo, e, assim, do correlativo direito, deverá ser apreciada “segundo as circunstâncias do caso e das pessoas”. VI - Desde que não contrariados por esse modo os princípios da ordem pública interna, é lícita a limitação voluntária do exercício dos direitos de personalidade,*

Ainda sobre a reserva da intimidade da vida privada, outro julgado mostra a violação da liberdade de imprensa em colisão com os direitos da personalidade. Uma publicação jornalística de veiculação nacional tratou desonrosamente uma mulher casada, de forma leviana, e imputando-lhe a prática de adultério, com violação *do bom nome, honra e consideração social*. *A partir da data da publicação dos artigos*, a referida vítima passou a *ser alvo de observações jocosas dos seus colegas de trabalho e de alguns clientes que conheciam seu cônjuge*, devido à vida pública que levava, justificando a indenização pelos embaraços causados a ambos na quantia de 24.939,99 euros.¹²⁴⁸

O direito de crítica, muito comum em matéria de humor, também tem elucidativo julgado que garante a importância fundamental da liberdade de expressão, impondo três

designadamente, podendo, em princípio, o exercício do direito ao resguardo, nas suas várias manifestações, ser objecto de limitações voluntárias. (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (7ª Seccção). Revista n. 2361/03. Oliveira Barros (Relator), Ferreira de Sousa e Armindo Luís, julgado em 25 de setembro de 2003. Disponível em: <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2017/10/cadernoliberalidadeexpressoinformaodireitospersonalidadejurisprudncia-stj.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2021).

¹²⁴⁸ *Liberdade de imprensa - Abuso de liberdade de imprensa - Direito de personalidade - Colisão de direitos - Direito ao bom nome - Direito à honra - Ofensas à honra e dignidade do outro cônjuge - Dolo directo - Dolo necessário - Dolo eventual - Danos não patrimoniais - Montante da indemnização I - A publicação, em jornal que se vende em todo o território nacional, de acusações ou insinuações feitas a uma mulher casada, no mínimo tratando-a como leviana e imputando-lhe a prática de adultério, atinge directamente o marido daquela, violando o seu direito ao bom nome, à honra e consideração social, e à reserva da intimidade da vida privada conjugal. II - Não importa que o facto afirmado ou divulgado seja ou não verdadeiro, contanto que seja susceptível, ponderadas as circunstâncias do caso, de abalar a honra e o prestígio de que a pessoa goze ou o bom conceito em que ela seja tida (prejuízo do bom nome) no meio social em que vive ou exerce a sua actividade. III - Na delimitação do direito à informação intervêm princípios éticos, pelos quais o jornalista responde em primeiro lugar, constituindo dever de quem informa esforçar-se por contribuir para a formação da consciência cívica e para o desenvolvimento da cultural sobretudo pela elevação do grau de convivencialidade como factor de cidadania, e não fomentar reacções primárias, sementes de violência, ou sentimentos injustificados de indignação e de revolta, tratando assuntos com desrespeito pela consciência moral das gentes, contribuindo negativamente para a desejável e salutar relação de convivencialidade entre elas. IV - Na conflitualidade entre os direitos de liberdade de imprensa e os direitos de personalidade, sendo embora os dois direitos de igual hierarquia constitucional, é indiscutível que o direito de liberdade de expressão e informação, pelas restrições e limites a que está sujeito, não pode atentar contra o bom nome e reputação de outrem, salvo se estiver em causa um interesse público que se sobreponha àqueles e a divulgação seja feita de forma a não exceder o necessário a tal divulgação. V - Actua culposamente, com dolo directo, o jornalista que voluntariamente narra certo facto ou faz alguma afirmação ou insinuação, sabendo que dessa forma atinge a honra ou o bom nome de outrem, sendo esse preciso efeito que ele pretende atingir. Age com dolo necessário (ou eventual) a empresa jornalística que, sem poder deixar de conhecer a natureza melindrosa e difamatória dos escritos, tinha também o dever de ter impedido a sua divulgação. VI - Tratando-se de notícia publicada em jornal que se vende em todo o território nacional; considerando que o lesado, a partir da data da publicação dos artigos, passou a ser alvo de observações jocosas dos seus colegas de trabalho e de alguns clientes que o conheciam devido à vida pública que levava, tendo até, em consequência, pedido uma licença sem vencimento como única forma de se furtar aos incómodos e ultrajes de que passou a ser alvo; atendendo a que o casal constituído por ele e a mulher, visada nas notícias publicadas, acabou por se separar devido às discussões e aos embaraços que tais artigos provocaram em ambos, justifica-se, por criteriosa e adequada às circunstâncias do caso, a atribuição da quantia de 5.000.000\$00 (ou seja, 24.939,99 Euros) para compensar os danos não patrimoniais sofridos pelo autor.* (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (7ª Seccção). Revista n. 3898/03. Araújo de Barros (Relator), Oliveira Barros e Salvador da Costa, julgado em 26 de fevereiro de 2004. Disponível em: <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2017/10/cadernoliberalidadeexpressoinformaodireitospersonalidadejurisprudncia-stj.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2021).

critérios para análise da *liberdade de expressão em detrimento do direito da personalidade: a verdade, o interesse público e personalidade e adequação*. No caso do humor, excluiríamos a verdade, conceito apenas aplicado na imprensa. Gracejos não podem incorrer na mesma valoração, pois excederia a liberdade de criação do humorista, que aumenta, inventa, com *animus jocosus*.¹²⁴⁹

Por fim, um julgado relacionado com a criminalização do negacionismo do Holocausto, em que se considerou que há violação de direitos, existindo tanto em Portugal quanto na Alemanha limites ao exercício do direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento. Assim:

[...] fundamental na negação do Holocausto é a rejeição do facto de ter existido uma política de perseguição, e extermínio, dos judeus, elaborada pelo estado nacional-socialista alemão, com a finalidade de

¹²⁴⁹ *Liberdade de imprensa - Direitos de personalidade - Direito de crítica - Liberdade de expressão - Texto de opinião - Jornalista - Juiz I - Os arts 70.º, n.º 1, e 484.º do CC, são preceitos legais que tutelam os direitos de personalidade, os quais, aliás, encontram consagração constitucional no art. 25.º da CRP. II - A par da protecção dos direitos de personalidade, a lei protege igualmente, designadamente em sede constitucional, o direito à liberdade de imprensa e o direito de livre expressão de opinião e pensamento, bem como o direito de difusão de ideias – arts. 37.º e 38.º da CRP. Os mesmos direitos têm consagração na CEDH – art. 10.º – e na DUDH – art. 19.º. III - Não obstante a importância fundamental que assumem os direitos de liberdade de imprensa e de livre expressão nos modernos Estados democráticos, há que frisar que não se trata de direitos absolutos e ilimitados, como, da mesma forma, não são ilimitados os direitos de personalidade. IV - O jornalista não pode publicar aquilo que entender se, ao fazê-lo, violar outros direitos de igual dignidade, designadamente, se violar os direitos de personalidade de outrem. V - Na doutrina e na jurisprudência tem-se procurado encontrar uma linha de orientação na ponderação de cada caso concreto, isto é, casuisticamente, lançando mão dos princípios gerais do abuso do direito – art. 334.º do CC –, sem esquecer, porém, que nessa ponderação o direito de informação e junto com ele o de livre expressão garante a existência de uma opinião livre, condição necessária, por seu lado, para um recto exercício de todos os demais direitos em que se fundamenta o sistema político democrático. VI - Tem-se admitido que, em casos especiais, pode dar-se prevalência ao direito de liberdade de imprensa em detrimento do direito de personalidade, mas, para que se imponha tal solução há que submeter o conflito concreto ao crivo de três critérios de análise: o critério da verdade, o critério do interesse público e o critério da personalidade e adequação. VII - Assim e desde logo, nunca poderá prevalecer o direito de liberdade de imprensa ou o direito de livre expressão da opinião, se os factos noticiados forem falsos, equívocos, traduzirem meras suspeitas sem prova ou se fundarem em simples boatos. VIII - Por outro lado, é sempre necessário que a informação veiculada pela comunicação social corresponda à realização de um interesse público ou social de relevância, isto é, o interesse público há-de, atenta a sua relevância, justificar a agressão do direito de personalidade com o qual, eventualmente, entre em colisão. X - Finalmente, pressuposta a verdade da imputação e o interesse público relevante, deve ser respeitado o devido grau de proporcionalidade e adequação, perante as circunstâncias concretas, em ordem a maximizar a eficácia prática dos dois direitos em conflito ou a prejudicar, o menos possível, aqueles dos direitos que deve ceder perante o outro. X - Resultando claramente da prova, e de qualquer modo é uma evidência, que a questão tratada pelas publicações em causa nos autos era de manifesto interesse social, justificavase o seu debate público e o respectivo tratamento não estava prejudicado, mesmo quando se critica, debate e opina sobre matéria de sentenças judiciais. XI - Num país democrático qualquer decisão judicial, para além do controlo interno, a cargo dos tribunais superiores (através dos recursos) está sujeita à crítica pública. (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (1ª Seccção). Revista n.º 1486/03.7TVLSB.L1.S1. Moreira Alves (Relator), Alves Velho e Paulo Sá, julgado em 08 de maio de 2013. Disponível em: <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2017/10/cadernoliberaldadeexpressoinformaodireitospersonalidadejurisprudncia-stj.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2021).*

*sua exterminação enquanto povo; que mais de cinco milhões de judeus foram sistematicamente mortos pelos nazistas e seus aliados; e que o genocídio foi realizado em campos de extermínio recorrendo a formas de extermínio em que prevalece a utilização de ferramentas de assassinato em massa, tais como câmaras de gás, existindo duas formas de encarar a maneira de combater o negacionismo: ou no campo das ideias do debate livre, e aberto, ou na valorização do bem jurídico fundamental que está em causa, tutelando-o com o recurso à criminalização.*¹²⁵⁰

Reconheceu-se que as formas para combater o negacionismo do holocausto estavam bem estabelecidas no fato de serem explícita ou implicitamente ilegais em dezenas de países, mas não criminalizadas noutros, com o entendimento em tal julgado *de que deve ser penalizada a difusão de condutas justificativas do genocídio como manifestação do discurso do ódio.*¹²⁵¹

¹²⁵⁰ No caso *M'Bala M'Bala c. France* (2015), o requerente era um humorista (Dieudonné) e também político (candidato às eleições para o Parlamento europeu de 2004 pelas listas anti-sionistas e Europalestina). Realizou um espetáculo numa sala em Paris com o título “j’ai fait l’con”. No final, chamou ao palco, para receber aplausos, Robert Faurisson, condenado várias vezes pelas teses negacionistas do Holocausto. Este foi trazido ao palco e foi-lhe entregue (por um ator vestido com pijama aos quadrados e com a cruz de David), um castiçal/símbolo judaico como “prémio pela infrequentabilidade e insolência”. Seguiu-se um diálogo, com várias referências ao passado do convidado e críticas ao entendimento de que, em nome da liberdade de expressão, não se pode atentar contra a “sacralização” do martírio do povo judeu. Registou-se uma apoteose geral, qualificada, por um comentador, como “o maior comício antisemita do pós-guerra”. O Tribunal Europeu considerou que o espetáculo tinha perdido o caráter de diversão para se transformar num meeting, referindo que o requerente não se podia prevalecer da sua qualidade de artista para, ao abrigo da liberdade de expressão, da sátira, do humor e da provocação, prosseguir, através de uma cena grotesca, fins contrários à Convenção, o que, a ser aceite, destruiria os valores e liberdades que esta consagra. Lê-se no acórdão: “O Tribunal não pode aceitar que a expressão de uma ideologia que vai contra os valores fundamentais da Convenção, como a justiça e a paz, assimilada num espetáculo mesmo que satírico e provocador, possa releva da proteção do artigo 10.º”. No caso, o Tribunal não seguiu a via do teste da proporcionalidade e do confronto entre os valores em presença e considerou que a queixa não podia ser aceite, face ao disposto no artigo 17.º da Convenção, pois o requerente não podia reclamar a proteção do artigo 10.º. Os factos, tanto no seu conteúdo como na sua tonalidade geral e na sua finalidade, tinham um acentuado caráter antisemita e negacionista inserindo-se no discurso de ódio, pelo que, ainda que revestidos de produção artística, visavam fins contrários à Convenção e não mereciam a proteção do seu artigo 10.º (CARVALHO, Fátima. *Humor, direito e liberdade de expressão: o excessivamente excessivo e a jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem*. Centro de Estudos Judiciários: Lisboa, 2016. p. 37).

¹²⁵¹ *Liberdade de expressão - Delito de opinião - Criminalização do negacionismo do Holocausto - Mandado de Detenção Europeu I - Os motivos de não execução facultativa não vinculam a autoridade judiciária de execução a não proceder à detenção e entrega, pois conferem-lhe, uma potestas decidendi dentro da liberdade e independência de convicção e de decisão que lhe é comumente reconhecida, mas vinculam-na a perpetrar um juízo jurídico de hermenêutica profundo e de ponderação da tutela de interesses juridicamente protegidos em conflito - a protecção de bens jurídicos em confronto com o crime e a protecção de interesses humanos face ao jus puniendi. II - A recusa facultativa assenta em argumentos e elementos de facto adicionais aportados ao processo e susceptíveis de adequada ponderação, nomeadamente factos invocados pelos interessados, que, devidamente equacionados, levam a dar justificada prevalência ao processo nacional sobre o do Estado requerente. III - O mandado de detenção europeu corporiza três características que simbolizam o princípio do reconhecimento mútuo. IV - A liberdade de opinião e de expressão são indissociáveis: a primeira é a liberdade*

Com a compilação destes julgados, é possível concluir, no plano jurídico-normativo, que a jurisprudência portuguesa se posiciona no sentido da articulação ou ponderação entre liberdade de expressão, opinião e liberdade cultural-artística, e os direitos da personalidade, operando uma compatibilização entre a prática de valores fundamentais e o exercício de tais direitos, norteados pelo julgador em normas constitucionais e legais internas, e amparando-o,

de escolher a sua verdade no segredo do pensamento, a segunda é a liberdade de revelar a outrem o seu pensamento; liberdades simétricas, têm necessidade uma da outra para se desenvolverem e se expandirem. V - A liberdade de expressão, segundo a jurisprudência do TEDH "constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática, o que vale mesmo para as ideias que ferem, chocam ou inquietam; e qualquer restrição a essa liberdade só é admissível se for proporcionada ao objectivo legítimo protegido. VI - A liberdade de expressão não é, não pode ser, a possibilidade de um exercício sem quaisquer limites alheio à possibilidade de colisão com outros valores de igual ou superior dignidade constitucional. Em Portugal, tal como na Alemanha, existem limites ao exercício do direito de exprimir, e divulgar, livremente o pensamento, e a sua violação pode conduzir à punição criminal ou administrativa. Esses limites visam salvaguardar os direitos ou interesses constitucionalmente protegidos de tal modo importantes que gozam de protecção, inclusive, penal. VII - A liberdade de expressão não pode prevalecer quando o seu exercício violar outros valores aos quais a lei confere tutela adequada. Tais valores tanto podem emanar de uma necessidade de defesa de bens jurídicos radicados na ordem constitucional, e cuja valoração é intuitiva, como podem resultar de uma necessidade de tutela de valores que inscritos no espaço jurídica em que o nosso país se inscreve nomeadamente o comunitário. VIII - Critério da dupla incriminação, ou da sua ausência, sendo omissos no elenco do artigo 12 da Lei 65/2003, está por alguma forma enunciado no nº3 do artigo 2 quando afirma que só é possível a entrega da pessoa reclamada se os factos que justificam a emissão do mandado de detenção europeu constituírem infracção punível pela lei portuguesa, independentemente dos seus elementos constitutivos ou da sua qualificação. IX - Fundamental na negação do Holocausto é a rejeição do facto de ter existido uma política de perseguição, e extermínio, dos judeus, elaborada pelo estado nacional-socialista alemão, com a finalidade de sua exterminação enquanto povo; que mais de cinco milhões de judeus foram sistematicamente mortos pelos nazistas e seus aliados; e que o genocídio foi realizado em campos de extermínio recorrendo a formas de extermínio em que prevalece a utilização de ferramentas de assassinato em massa, tais como câmaras de gás. X - Existem duas formas de encarar a maneira de combater o negacionismo: ou no campo das ideias do debate livre, e aberto, ou na valorização do bem jurídico fundamental que está em causa, tutelando-o com o recurso à criminalização. Tal dualidade está bem patente na circunstância de o negacionismo do Holocausto ser explícita ou implicitamente ilegal em dezasseis países, mas não criminalizado noutros países. XI - A mera difusão de conclusões sobre a existência, ou não, de determinados factos, sem emitir juízos de valor sobre os mesmos, ou a sua ilicitude, não se pode considerar como uma excepção à liberdade de expressão, mas sim como o produto de uma eventual elaboração intelectual, porventura injustificada ou patética, mas admissível. Falamos, assim, da diferença entre a mera negação do genocídio por contraposição à conduta que comporta uma adesão valorativa ao mesmo crime de genocídio, promovendo-o e exprimindo sobre ele um juízo de apreciação positiva. No mesmo plano se situa a incitação indirecta ao genocídio apresentando-o como justo, ou resultante de alguma espécie de provocação por parte daqueles que foram as suas vítimas. O entendimento de que deve ser penalizada a difusão de condutas justificativas do genocídio como manifestação do discurso do ódio está em consonância com as mais recentes aquisições em termos de direito comunitário como é o caso da Decisão-Quadro 2008/913/JAI do Conselho. XII - Não contém o vício da inconstitucionalidade a penalização de condutas que, embora não sejam claramente idóneas para incitar directamente à comissão de delitos contra o direito dos povos como o genocídio, supõem uma incitação indirecta ao mesmo ou provocam, de modo mediato, a discriminação, o ódio ou a violência que é precisamente o que permite, em termos constitucionais, o estabelecimento do tipo legal do artigo 240 nº 2 b) do Código Penal. XIII - A decisão sobre a prestação de garantia nos termos do artigo 13 da Lei 65/2003 depende da resposta formulada ao módulo do formulário pré estabelecido e, nomeadamente, à resposta afirmativa, ou negativa, à pergunta de se o interessado foi notificado pessoalmente, ou por outro modo informado da data e local da audiência. Interpretada a norma pela forma referida a resposta apenas admite uma daquelas alternativas e não uma incursão sobre a notificação dos prazos judiciais que foram fixados, como faz o mandado emitido. (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (3ª Secção). Proc. n.º 48/12.2YREVR.S1. Santos Cabral (Relator), Oliveira Mendes e Pereira Madeira, julgado em 05 de julho de 2012. Disponível em: <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2017/10/cadernoliberalidadeexpressoinformaodireitospersonalidadejurisprudncia-stj.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2021).

também, nas que integram a CEDH, como se vê em reiteradas decisões, aplicadas pelo TECD, órgão jurisdicional criado por Convenção para interpretar e aplicar no caso concreto.

Houve, sem dúvida, uma mudança ao longo do tempo, *em privilegiar, no caso de conflito de direitos, os direitos fundamentais individuais*, ligados em sua essência à própria dignidade, sobre o exercício de liberdade de expressão, ressaltando que pessoas notórias, incluindo políticos, *quer pela sua exposição, quer pela maneira com que defendem suas ideias*, devam ser mais tolerantes às críticas ou gracejos, do que os particulares.

Só o “excessivamente excessivo” merece ser reprovado, pois, nesse caso, duvida-se de que o objeto da piada seja o humor, sendo, antes, a violência, através de uma estrutura polêmica revestida de humor, que pode ensejar práticas como o racismo, a xenofobia, a negação do holocausto. Nesses casos, a liberdade de expressão esbarra no abuso do direito, no discurso do ódio, em crimes ou contravenções, protegidas, inclusive pelo Código Penal.

Refira-se que essa prevalência do direito à honra, no confronto da liberdade de expressão, é ensinada por Capelo de Sousa, para quem o bem mais precioso da personalidade moral, tutelada na figura do artigo 70º, é a honra, enquanto projeção que faz na percepção social do conjunto de valores individuais de cada um, incluindo os mais básicos, relativos às suas condições de pertencer ao gênero humano, até àqueles que se conquista através do esforço individual. Por fim, salienta que a honra é um atributo natural do homem, somente sendo afastada quando seus atos revelem o contrário, incluindo aquela, também, o bom nome e a reputação, que simbolizam a síntese do apreço social que o indivíduo merece.¹²⁵²

20 A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e do Tribunal de Justiça da União Europeia

Nem o laissez-faire de um Estado vigilante, nem o autoritarismo da planificação generalizada de um Estado intervencionista são apropriadas para as necessidades operacionais de uma sociedade moderna altamente diferenciada
Ulrich Beck

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, instrumento do Conselho da Europa, proporciona uma proteção adicional contra violações dos direitos consagrados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O sistema constitucional dos Estados-Membros, de que Portugal é signatário, emitiu a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, consagrando direitos e liberdades individuais, como a liberdade de expressão e de religião, por

¹²⁵² CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 2011. p. 301.

exemplo, formulando uma jurisprudência pelo Tribunal de Justiça da UE, que inclui os direitos de terceira geração, como o direito a uma boa administração pública e à proteção de dados.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia é aplicável a todos os atos das instituições dos Estados-Membros. Em caso de violação do teor desta, poderá apresentar queixa à Comissão que tem competência para análise da ilegalidade, iniciando um processo contra o Estado-Membro em questão, com a ressalva de que essa comissão não é um órgão judicial, tampouco uma instância recursal, para apreciar o mérito de casos concretos, exceto se tal for relevante para o cumprimento da sua missão de assegurar a aplicação correta do direito da UE pelos membros, podendo solicitar, às autoridades nacionais, que o resolvam e, em caso de infrutífera resolução, intentar uma ação contra este junto do Tribunal de Justiça.

Já o Tribunal de Justiça da União Europeia tem a última palavra no que tange aos tratados, à Carta e à Legislação Europeia, cabendo-lhe garantir a interpretação e aplicação uniforme por parte das instituições da UE. Caso um cidadão ou uma pessoa coletiva tenha seu direito violado no tocante aos direitos fundamentais, pode instaurar uma ação junto do Tribunal de Justiça, que tem o poder de anular o ato ou a violação. Entretanto, um cidadão ou uma pessoa coletiva não pode instaurar uma ação contra uma pessoa (singular ou coletiva) ou contra um Estado-Membro junto do Tribunal de Justiça.

O Tratado de Lisboa, que entrou em vigor em dezembro de 2009, instituiu que a UE será obrigada a aderir à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Nesse caso, as pessoas que tiverem os seus direitos humanos violados, depois de esgotadas as vias nacionais, poderão intentar uma ação junto do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, garantindo-lhe um controle jurisdicional adicional na proteção dos direitos fundamentais.

A fonte do direito da UE é composta de duas vertentes principais: o direito primário e o derivado. No caso do primário, inclui tratados como o Tratado da UE, Tratado sobre o Funcionamento da UE e o Tratado que instituiu a Comunidade Europeia da Energia Atômica, que estabelecem o quadro normativo. No direito derivado, sua composição é através de instrumentos jurídicos basilares nestes tratados internacionais, regulamentos, diretivas, decisões e acordos.

Do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada e adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 1948, extrai-se seu objetivo de reconhecimento da *dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis*, o qual *é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*, revelando que o desprezo e o desrespeito destes direitos *resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a*

*consciência da humanidade, com a esperança de que homens e mulheres gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade.*¹²⁵³

Desta Declaração merecem realce os artigos propulsores das garantias dos direitos fundamentais, das liberdades, limites e direitos, como o artigo 8º, que dita que todo o ser humano tem direito a *receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei*, complementado pelo artigo 18º, que garante que *todo o ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou particular*. E, ainda, o artigo 19º, que garante que todo o ser humano tem *direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras*, passando pelo artigo 27º, que fomenta a garantia da cultura, ao preservar que todo ser humano tem o *direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios*. Finaliza com o artigo 29º, permitindo o *livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade, estando sujeito às limitações, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática*¹²⁵⁴.

A institucionalização da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia data de 18 de dezembro de 2000. Em seu preâmbulo, com o objetivo de conduzir o bloco à paz, assume valores comuns, baseando-se nos valores individuais e na dignidade do ser humano, da liberdade, igualdade e solidariedade, conferindo proteção dos direitos fundamentais, buscando a evolução da sociedade, a evolução científica e tecnológica e o progresso social.

No artigo 3º, no que tange ao direito à integridade do ser humano, a alínea 1, garante a todas as pessoas o direito ao respeito pela sua integridade física e mental; o artigo 10º, a *liberdade de pensamento, consciência e de religião*; e o 11º garante que todas as pessoas *têm direito à liberdade de expressão, compreendendo a liberdade de opinião e a liberdade de receber e transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras*. Finaliza com a proibição do abuso do

¹²⁵³ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 19 out. 2021.

¹²⁵⁴ Ibid.

direito no artigo 54, mencionando que nenhuma disposição contida na presente Carta *deve ser interpretada no sentido de implicar qualquer direito de exercer atividades ou praticar atos que visem a destruição dos direitos ou liberdades por ela reconhecidos, ou restrições maiores desses direitos e liberdades que as previstas na presente Carta.*¹²⁵⁵

Em acórdão proferido em 23 de janeiro de 2007, no caso Almeida Azevedo c. Portugal, o TEDH decidiu, de acordo com a sua jurisprudência, que a liberdade de expressão:

*[...] constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e das condições primordiais do seu progresso e do desenvolvimento de cada um, sem prejuízo do disposto no artigo 2º do artigo 10º, é válida não só para as informações ou ideias acolhidas ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também àquelas que ferem, chocam ou ofendem. Assim o querem o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura sem os quais não há sociedade democrática, e o exercício desta liberdade está sujeito a exceções que devem interpretar-se estritamente, devendo a sua necessidade ser estabelecida de forma convincente. A condição do carácter, necessário numa sociedade democrática, impõe ao Tribunal averiguar se a ingerência litigiosa correspondia a uma necessidade social imperiosa.*¹²⁵⁶

¹²⁵⁵ CARTA dos direitos fundamentais da União Europeia. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 07 abr. 2021.

¹²⁵⁶ O Tribunal lembra que, de acordo com a sua jurisprudência constante, a liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e das condições primordiais do seu progresso e do desenvolvimento de cada um. Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 10.º, é válida não só para as «informações» ou «ideias» acolhidas ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também para aquelas que ferem, chocam ou ofendem. Assim o querem o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura sem os quais não há «sociedade democrática». Tal como estabelece o artigo 10.º da Convenção, o exercício desta liberdade está sujeito a exceções que devem interpretar-se estritamente, devendo a sua necessidade ser estabelecida de forma convincente. A condição do carácter «necessário numa sociedade democrática» impõe ao Tribunal averiguar se a ingerência litigiosa correspondia a uma «necessidade social imperiosa». Os Estados Contratantes gozam de uma certa margem de apreciação para determinar se existe uma tal necessidade, mas esta margem anda de par com um controlo europeu que incide tanto na lei como nas decisões que a aplicam, mesmo quando estas emanam de uma jurisdição independente (vide Lopes Gomes da Silva c. Portugal, n.º 37698/97, acima referido, § 30). 18. No exercício do seu poder de controlo, o Tribunal aprecia a ingerência litigiosa à luz do caso no seu conjunto, atendendo ao conteúdo das afirmações imputadas ao requerente e ao contexto em que foram proferidas. Incumbe-lhe, em particular, determinar se a restrição à liberdade de expressão dos requerentes era “proporcional ao fim legítimo prosseguido” e se as razões apresentadas pelas jurisdições portuguesas para a justificar eram “pertinentes e suficientes”. (vide, entre muitos outros, Perna c. Itália [GC], n.º 48898/99, § 39, TEDH 2003-V e Cumpănă et Mazăre c. Roménia [GC], n.º 33348/96, §§ 89-90, 17 de Dezembro de 2004). (TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. Queixa n. 43924/02, julgado em 23 de janeiro de 2007. Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/caso_almeida_azevedo_c_portugal_queixa_43924-02.pdf. Acesso em: 08 abr. 2021).

Analisando o caso Urbino Rodrigues c. Portugal, o TEDH reafirmou essa orientação, negando que um *bem ou interesse goze de um peso superior ao da liberdade de expressão, considerando que a liberdade de expressão goza de relevante interesse público, só se justificando a ingerência restritiva do Estado* quando esta constitua uma providência necessária para garantir a proteção da honra ou dos direitos de outrem. No caso em análise, não foi verificada tal condição, afirmando-se a primazia da liberdade de expressão, uma vez que a condenação do requerente não representaria um meio razoavelmente proporcional, com vista ao cumprimento do objetivo legítimo visado, considerando o interesse da sociedade democrática em assegurar e manter a liberdade de expressão.¹²⁵⁷

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem produzido jurisprudência definindo limites da liberdade de expressão, nomeadamente em casos em que esta colide com o direito ao bom-nome, à privacidade, como no caso *Spycatcher*, livro de memórias de Peter Wright, ex-director dos serviços secretos do MI5, cuja pré-publicação foi proibida no Reino Unido, com a desculpa que a publicação colocaria em risco a segurança nacional daquele país. Com a interposição do recurso o TEDH entendeu violada a liberdade de expressão¹²⁵⁸, mas com relação ao humor, muita coisa precisa de mudar.

O desenhador Leroy publicou uma charge, dois dias depois do episódio americano do 11 de setembro, em que era possível ver torres dos escritórios sendo atacadas por aviões e com a seguinte legenda: “Todos o sonhámos... o Hamas fez”. O Tribunal francês condenou o humorista por apologia ao terrorismo e, ao recorrer ao TEDH, a decisão levou em conta que estava presente a sátira, o exagero e a distorção da realidade, mas tendo presentes o teor da legenda e o contexto em que foi publicado, considerou que a França se apoiava em motivos pertinentes e suficientes para condenar o cartunista, não conferindo a este a violação do artigo 10º da CEDH¹²⁵⁹.

Em 2009 foi a vez da Bélgica entrar no foco do tribunal, no caso *Féret vs. Bélgica*, quando um político de extrema-direita, em uma campanha eleitoral, entregava panfletos aos eleitores com oposição ao islamismo da Bélgica. Para o Tribunal, a panfletagem incitava claramente ao ódio e à discriminação racial, o que não deveria ser aceito. Esta decisão não foi unânime. Em seu voto de vencido, o juiz Andrés Sajó apontou que a “regulação do conteúdo e

¹²⁵⁷ Caso Urbino Rodrigues c. Portugal. Queixa nº 75088/01) Acórdão de 29 de novembro de 2005. Fonte: <http://www.dgsi.pt/bpjl.nsf/83cbe9acef94db5a8025730800549412/fe56a7d020d97f9c80257baa005855f5?OpenDocument>. Acesso em 08/04/2021.

¹²⁵⁸ MOTA, Francisco Teixeira da. A liberdade de expressão em tribunal. Lisboa: Ensaios da Fundação, 2013.p.38.

¹²⁵⁹ MOTA, Francisco Teixeira da. A liberdade de expressão em tribunal. Lisboa: Ensaios da Fundação, 2013.p.40.

as restrições da expressão baseadas no conteúdo assentam no pressuposto de que certas expressões vão contra o espírito da Convenção”¹²⁶⁰.

Os maus tratos que a liberdade de expressão sofre em algumas decisões caracterizam por vezes um desequilíbrio entre direitos e sobretudo uma barreira de criação artística do humor, empobrecendo a democracia e fortalecendo um poder subjetivo que fica restrito às mãos dos magistrados.

¹²⁶⁰ MOTA, Francisco Teixeira da. A liberdade de expressão em tribunal. Lisboa: Ensaio da Fundação, 2013.p.39.

CONCLUSÕES

Finalizado o estudo, fica evidente que o riso é um fenômeno de sociabilidade, desempenhando um importante papel nos meios sociais, culturais e até políticas. O discurso humorístico, expresso através das piadas, anedotas, dentre outras, está presente no cotidiano dos indivíduos e desempenha diversos papéis, como o de divertir, informar ou mesmo criticar. No entanto, esse diferencial não se pode caracterizar como um salvo-conduto, de modo que a liberdade de expressão que acompanha o humor não pode ser exercida ilimitadamente, sob pena de incorrer em ato abusivo e ensejar a responsabilização civil do humorista em relação ao ofendido.

Não há dúvidas de que o senso social de identidade e valor depende, em grau significativo, do que a sociedade pensa sobre cada um. Com a evolução das formas de interação social, incorporou-se na personalidade humana a sua própria definição de autoestima e dignidade, mesmo se a estabilidade da personalidade depende da reafirmação contínua dos valores e atitudes da comunidade, através de formas de regulação de civilidade.

O humor difamatório não é abrangido por essa regulação da civilidade, uma vez que viola o respeito que se deve esperar do outro. Assim, o indivíduo-alvo difamado pode encarar tal humilhação pessoal, que lhe causa angústia e sofrimento, como violação das regras de civilidade. Também é certo que cada comunidade, em cada época, cria e incorpora a própria regra de civilidade, a fim de salvaguardar os valores que lhe apraz, num contexto já de si paradoxal e ambíguo.

Com a diminuição das distâncias trazida pela *internet*, a abordagem tradicional do humor começou a mudar. Os limites da comunidade passaram a confundir-se mundo fora, e a visão do ser individualizado, regulado pelos valores da sociedade, passou a ser confundida com valores internacionais. Nesse quadro, o limite do humor implica uma demarcação comunitária, ainda que o alcance seja global.

Os direitos não são tutelados com o objetivo de satisfazer apenas os interesses e necessidades particulares dos indivíduos; não são poderes ilimitados concedidos por lei e, por isso, a finalidade social do direito não pode ser definida em uma fórmula legal. Além dos limites objetivos, possui o direito contornos de ordem teleológica ou social que devem ser orientados sob a influência da equidade, da boa-fé e do bem da coletividade.

Na esfera constitucional, o humor reveste-se de uma proteção própria no tocante aos assuntos alheios à vontade de uma comunidade. A liberdade criativa e construtiva do humor suscitou a possibilidade de os humoristas não serem censurados previamente, o que dificilmente

acontece atualmente. Só o “excessivamente excessivo” merece ser reprovado, pois, nesse caso, duvida-se de que o objeto da piada seja o humor, sendo, antes, a violência, através de uma estrutura polêmica revestida de humor, que pode ensejar práticas como o racismo, a xenofobia, a negação do holocausto. Nesses casos, a liberdade de expressão degenera em abuso do direito, no discurso do ódio, em crimes ou contravenções, protegidas, inclusive pelo Código Penal.

A teoria do abuso do direito surge como uma forma de adaptação do direito à evolução da vida, funcionando como verdadeira válvula de escape às situações que os limites apertados da lei não contemplam. Isso inclui práticas consideradas justas por uma consciência social vigente em determinada época, que, observada a estrutura formal do poder que a lei confere, se excedam manifestamente os limites que se devem observar, tendo em conta a boa fé e o sentimento de justiça em si mesmo.

Assim, a dependência recíproca entre a personalidade e a civilidade pode causar um colapso de direitos, de modo que, verificada a prática de um ato ilícito ou abuso do direito, nas quais, observada a estrutura formal do poder que a lei confere, se excedem, independentemente das consequências contingentes desse comportamento, não apenas proporcionando alívio àqueles cujos direitos de personalidade foram feridos por um comportamento “incivil”, como, também, servindo para preservar os padrões de moralidade e decência geralmente aceitos e estipulados pela comunidade.

O abuso do direito de liberdade de expressão, de manifestação ou de informação gera lesão dos demais direitos no âmbito da dignidade da pessoa, como são os direitos à integridade moral, ao bom nome, à imagem, intimidade e privacidade, os quais compõem os direitos de personalidade igualmente protegidos pela Constituição Portuguesa.

No caso específico do humor, analisado sob a ótica da responsabilidade civil, o dano provocado no indivíduo-alvo tem de ser provado, uma vez que o dano presumido acarretaria o julgamento na esfera do “gosto”, o que deve ser evitado. Desse modo, se a vítima conseguir provar o dano, requisito fundamental para o ato indenizatório e para configuração de ato ilícito, então o humorista será condenado por infringir direitos da personalidade do lesado.

O que se almejou com esta tese foi demonstrar que a análise subjetiva não deve ser meramente imposta com base nas “preferências” ou “gostos”, pois seria constitucionalmente inadequada, uma vez este constitui um apelo aos padrões sociais e comuns de avaliação, ampliando o mundo do riso a partir de uma ideia que servirá para, no máximo, educar e trazer algo ao debate público.

A questão dos condicionamentos ao exercício da liberdade de expressão deve ser analisada de forma rigorosa, uma vez que os impactos das limitações podem atingir o conteúdo

básico do direito fundamental e tornar-se uma espécie de censura. De resto, em termos históricos, foram justamente as experiências totalitárias que construíram códigos de conduta para os titulares dos direitos. Por certo que os direitos têm limites: mas eles devem ser externos, assumidos, aprovados em termos constitucionais e, de antemão, conhecidos.

A liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, assume assim uma posição de defesa da livre formação da opinião e de controle, ao estabelecer a coexistência entre as prerrogativas individuais e o respeito à vida coletiva, de modo que essa dúplici dimensão permite que terceiros impeçam o seu pleno exercício, em caso, por exemplo, de confronto com direitos personalíssimos, como a imagem, a honra, a intimidade e a vida privada.

O mais importante em todo este contexto é a constatação inequívoca de que a liberdade de expressão, prevista constitucionalmente, tem de ser respeitada, desde que não afronte outros direitos fundamentais igualmente dispostos e que remetem, direta ou indiretamente, para o sobreprincípio da dignidade humana. Neste caso, a liberdade de expressão fica limitada relativamente aos demais direitos fundamentais de natureza individual, sendo-lhes assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação.

Os direitos da personalidade, quando violados pelo humor, representam uma estrutura individual colapsada, que desafia o uso da lei para submeter a ação ou o gracejo a padrões culturais civilizados. Mas esta controvérsia atravessa a história: quem faz rir está preocupado, não com violar tais padrões, mas com fazer rir, mesmo que isso invada o direito de outrem.

Esta liberdade do humorista tem grande relevância social, pois o objetivo final dessa permissão é a formação de uma linha artística genuína e não coesa em uma sociedade culturalmente heterogênea, que conclama que o Estado não intervenha na proibição ou censura desta esfera humorística.

O humor deve ser limitado, tendo presente a teoria das esferas, o lugar e a quem está sendo contada a piada. Na esfera do segredo, por exemplo, entende-se que não existem limites para o humor; mas, na esfera pública, o trato social deve corresponder à limitação do permitido, ainda que em espaços controlados.

O propósito constitucional da garantia do humor exige que a eventual punibilidade do excesso seja civil e não censuradora. Para se falar de punibilidade, é importante analisar a estrutura da responsabilidade civil extracontratual, aplicada ao caso do abuso do direito ou da ilicitude civil. De acordo com os termos legais, revela-se que a responsabilidade gerada por fatos ilícitos carece de uma demonstração dos pressupostos: i) a prática voluntária de um fato pelo agente, ii) a ilicitude deste fato, iii) a culpa ou dolo por parte do lesante, iv) a existência de um dano e v) a relação de causalidade entre o fato e o dano.

Assim, buscando dar respaldo à proteção da liberdade de expressão, em primeiro lugar, deve-se analisar o local em que ela foi revelada; em segundo lugar, deve-se explorar a razão ou justificção para a regulamentação da piada, lembrando que, muitas vezes, o que traz graça ao humor são declarações intrinsecamente discutíveis e incertas, de tal forma que as declarações do humorista se confundam e conflituem com a realidade.

Impor sanções às piadas é usar a força da lei, ou o parâmetro subjectivo para encerrar um debate em potência e mutável, impondo interpretações juridicamente definitivas das normas culturais em questão. Daquilo de que nos ríamos anos antes podemos não achar mais graça, embora alguns ainda riam. Portanto, o que diminui é o espaço em que estes gracejos podem ser contados.

Deste modo, uma vez constatada a prática voluntária de um fato pelo agente, a ilicitude desse fato, a culpa ou dolo por parte do lesante, a existência de um dano certo, e o estabelecimento da relação de causalidade entre o fato e o dano, resta caracterizar a responsabilidade civil e o dever de indenizar. A dificuldade em questão reside no fato de que o excesso dos limites do humor acarretaria um dano não patrimonial, devendo considerar-se que a proposta de defesa da reparação de danos não patrimoniais não é apagar a lesão, mas sim buscar atenuar um mal consumado, através da reconstituição *in natura* ou específica, ou através da indenização em dinheiro, que deverá ser pautada por juízos de equidade, considerando as situações concretas de cada caso.

O dano ocupa um lugar nuclear no sistema, funcionando como um limite do valor indenizatório em que se projeta, o qual só pode ser valorado na medida em que seja relacionado com o comportamento do sujeito. Assim, a proposta para a fixação do *quantum* indenizatório, no caso de excesso do humor nos direitos da personalidade, deve-se dividir em duas etapas. A primeira levará em conta os interesses jurídicos lesados, como o da privacidade ou intimidade, com a análise jurisprudencial de casos semelhantes, verificando o local da divulgação, a condição do humorista-ofensor, o ganho que o humorista teve com a ato ilícito. Já a segunda etapa deve ponderar se o humor visava voluntariamente difamar, sem *animus jocandi* ou sem interesse público; se o meio utilizado para ridicularizar o autor da ação atingiu uma gama de pessoas ou apenas uma pequena comunidade; o dano psicológico experimentado pela vítima; a gravidade do fato e as condições próprias da vítima, havendo maior preocupação e proteção para com menores de idade ou pessoas com doenças que tenham sido ridicularizadas em razão da sua condição.

A análise que passamos a defender, com base nos ensinamentos expostos nesta tese, parte da existência de *animus jocandi*. Nessa análise, o julgador procurará averiguar se o

humorista se mantém dentro de uma liberdade constitucional ou se disfarça seu gracejo no intuito de deixar passar um discurso de ódio. Um exemplo seria o do humorista que fez uma “piada” polêmica com recortes sobre o holocausto e em cujo perfil de rede social são encontradas apologias do nazismo; nesse caso, o *animus jocandi* estará descaracterizado e merece a apuração de crime.

Encontrado o *animus jocandi*, a análise subsequente é se houve excesso, lembrando que a piada geralmente dá azo ao exagero e à desconformidade com a realidade. Neste caso, entra em causa a proteção constitucional da liberdade de expressão, não havendo lugar à reparação civil, uma vez que o ato é socialmente aceito e juridicamente perdoável. Entretanto, se a piada se enquadrar no âmbito do “excessivamente excessivo”, violando direitos da personalidade, o local e as condições em que esta foi contada influenciarão a identificação como abuso do direito, e configurará ato ilícito passível de reparação civil. Assim, a figura do “excessivamente excessivo” é preenchida quando há intenção, probabilidade e iminência de violência contida no humor, de maneira que só nesses casos a piada seria objeto de contenção, mas não de maneira prévia.

A diferença entre o excessivo e o “excessivamente excessivo”, ainda que de difícil definição, condiciona o dano causado com a piada. O excessivo tem intuito de diversão e de despertar riso, bem como de educar, incluir, ironizar e depreciar. O “excessivamente excessivo” será a forma agressiva e humilhatória, geralmente provida de assédio moral, atentado à honra e prática de ofensa, devendo a reparação civil compensar os danos causados à vítima.

A esfera de proteção dos direitos de personalidade permite-nos concluir que existe limitação para o humor. Ainda que o exame desses limites inclua um critério subjetivo de análise, como é a ponderação instituída pela jurisprudência, na academia jurídica encontra-se um meio adicional de efetivar e justificar decisões que busquem moldar a importância do humor, resguardando os direitos da personalidade.

As manifestações humorísticas não devem ser utilizadas como pretexto para o discurso de ódio. Mesmo que lhes seja indispensável a deliberada deturpação dos fatos e o exagero que lhes é inerente, por si sós não configuram afronta a direitos da personalidade a que caiba reparação civil, fixada por arbitramento judicial ou material, devido a abuso da liberdade de expressão, forma de tutela civil corretiva.

Na jurisdição constitucional das liberdades, cumpre função destacada ao princípio da razoabilidade, justamente com os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, dando ensejo ao julgamento igualitário e ponderado, com o escopo de deferir as singularidades que a colisão entre direitos fundamentais expõe.

Na esfera civil, a tendência do Poder Judiciário é de acolhimento indenizatório das formas variadas de importunação aos direitos da personalidade. Muito embora não exista um direito de que não se riam de nós, a análise subjetiva e das reiteradas decisões nacionais e internacionais dão resguardo à responsabilização civil, como decorrência dos direitos da personalidade do indivíduo-alvo da piada.

A atuação do Poder Legislativo na regulamentação dos limites internos e intimamente relacionados com a função do direito subjetivo é essencial para se caracterizar a responsabilização do agente que excede os limiões do humor e ofende direitos fundamentais individuais e coletivos. Defende-se a atuação da lei, não na definição do que seja ou não entendido como humor, mas na regulamentação direcionada aos indivíduos e aos meios de comunicação dos limites do humor.

Tem de haver uma justificativa muito cuidadosa, por parte do magistrado, para impedir a divulgação de uma piada e suas várias formas de humor, e indicar se essa liberdade de expressão posta em prática resultará em mal, e se se aceita a iminência de perigo que justifique tal ação. O medo e o gosto não são motivos para cercear a piada, uma vez que o riso corrige os costumes.

Em síntese: defende-se que o Estado, entendido como o Poder Legislativo e Judiciário, não deve interferir no conceito do humor, mas sim onde ele cabe. Sua atuação deve estar adstrita àquelas situações em que se estabelece a impossibilidade de fazer humor, como, por exemplo, no caso de ofensas racistas, em que há uma limitação legal.

Na sociedade que se busca construir, aberta e pluralista, a liberdade de expressão deve ser prerrogativa para o respeito, proteção e exercício de todos os outros direitos fundamentais. A importância de se proteger a liberdade em detrimento da censura é balizada, na medida em que um direito não se sobrepõe a outro, uma vez que o indivíduo deve ter liberdade de fazer o humor que bem entender. Todavia, em caso de abuso desse direito, arcar-se-á por certo com a reparação civil pelo excesso do humor.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito*. Coimbra: Almedina, 2006.
- ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2006.
- _____. Problemas jusfundamentais emergentes da regulação da rádio e da televisão em Portugal. *Instituto de ciências jurídico-políticas*, 05 de maio de 2009. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/415-462.pdf>. Acesso em: jul. 2022.
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. *Revista De Direito Administrativo*, v. 217, p. 67–79, 1999. p. 75. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>. Acesso em: maio 2022.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- AMARAL, Francisco. Os atos ilícitos. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O novo Código Civil: estudos em homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.
- AMORIM, Leonardo Costa da Silva de Oliveira. *Pessoa e Comunidade: O Individualismo Religioso Contemporâneo Face ao Personalismo de Emmanuel Mounier e ao Aspecto Comunitário da Teologia de Karl Barth*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2010.
- ANDRADE, Jose Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais e a Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARENDT, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. Tradução de André Duarte de Macedo. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A propriedade de bens imóveis na dialética do abuso e da função. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Questões controvertidas: direito das coisas*. São Paulo: Método, 2008.
- ASH, Timothy Garton. *Liberdade de Expressão: Dez princípios para um mundo interligado*. 1ª ed. Lisboa: Temas e debates – Círculo de leitores. 2017.
- _____. *Direito civil teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.
- ATTARDO, Salvatore. *Encyclopedia of humor studies*. Thousand Oaks: SAGE, 2014.
- _____. *Introduction: the pragmatics of humor*. In: *Journal of pragmatics of humour*. Elsevier, v. 35, n. 9, p. 1287-1294, 2003.
- _____. *Linguistic theories of humor*. Berlin, New York: Mouton de Gruyter, 1994.
- AURTHUR, Kate. *Sacha Baron Cohen Was ‘Scared’ of What Would Happen During the Rudy Giuliani Scene in ‘Borat’*. *Variety*, 22 de Janeiro de 2021. Disponível em:

<https://variety.com/2021/film/news/sacha-baron-cohen-rudy-giuliani-borat-1234889875/>. Acesso em: 17 ago. 2021.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1951.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Autonomia privada e responsabilidade civil: repercussões da materialização da autonomia em sede de responsabilidade civil. *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 1, p. 423-461, 2019.

_____. Dignidade e autonomia a propósito do fim da vida. *O Direito*, Almedina, p. 257-258, 2016. Disponível em: https://sigarra.up.pt/up/pt/conteudos_service.conteudos_cont?pct_id=25540&pv_cod=43OaCkaW2arT. Acesso em: mar. 2022.

_____. Do nexó de causalidade ao nexó de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Dissertação (Doutorado na área de Jurídico-civilísticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012.

_____. *Lições de Responsabilidade Civil*. 1. ed. Cascais: Príncípa, 2017.

_____. *Litigiosidade jurídico-religiosa: possibilidade de tutela civilística do sentimento religioso*. Cascais: Príncípa, 2015.

_____. Um caso de ressarcimento de danos puramente patrimoniais – comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de setembro de 2016 (processo nº1952/13.6TBPVZ.P1.S1). *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3, n. 2, p. 453-486, 2017. p. 467. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/2/2017_02_0453_0486.pdf. Acesso em: jun. 2022.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. critérios de ponderação. interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, 235, p. 1-36, Rio de Janeiro, jan./mar. 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Temas de Direito Constitucional – Tomo III. “O Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003. p. 39. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em: maio 2022.

BEARD, Mary. *Laughter in Ancient Rome: On Joking, Tickling and Cracking Up*. Oakland, CA: University of California Press, 2014.

BERGSON, Henri. *O Riso: ensaio sobre a significação do cômico*. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

BITTAR, Carlos Alberto. O direito civil na Constituição de 1988. In: *Direito Civil Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Os Direitos da Personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTAR, Eduardo C. B. *Doutrinas e Filosofias Políticas – Contribuições para a História da Ciência Política*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 3. ed. Brasília: UnB, 1995.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. 4. ed. Bauru: Edipro, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOXER, Diana; CORTÉS-CONDE, Florencia. *From bonding to biting: Conversational joking and identity display*. *Journal of Pragmatics*, v. 27. p. 275-294, 1997.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002, Brasília, DF, Poder Legislativo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 18 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: jul. 2022.

BREMMER, Jan; ROODENBURG, Herman (org.). *A Cultural History of Humour*. Cambridge: Polity Press, 1997.

BRETON, André. *Antología del humor negro*. 8. ed. Tradução de Joaquín Jordá. Barcelona: Editorial Anagrama, 2007.

CAMERON, Deborah. ‘Words, words, words’: the power of language. In: DUNANT, Sarah (org.). *The war of the words: the Political Correctness debate*. London: Virago, 1994.

CAMPOS, Mónica Martínez; COSTA Eva Dias. A proteção ao nascituro na constituição, na legislação ordinária e na moderna jurisprudência portuguesa e brasileira – análise comparativa. *Cadernos de Direito Actual*, n. 3, p. 117-135, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.

CARPENA, Heloisa. O abuso do direito no código civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *Parte Geral do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARROLL, Noel. *Humor: a very short introduction*. New York: Oxford, 2014.

CARTA dos Direitos Digitais promove a censura, dizem especialistas. *Observador*, 10 de junho de 2021. Disponível em: <https://observador.pt/2021/06/10/carta-dos-direitos-digitais-promove-a-censura-dizem-especialistas/>. Acesso em: jul. 2022.

CARVALHO, Alberto Arons. *A regulação da comunicação social: a experiência portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2022.

CARVALHO, Orlando de – *Teoria Geral do Direito Civil*. 3 ed. Coimbra Editora 1992.

CHEMIM, Vera Lúcia Abib. *Ativismo Judicial: teoria e jurisprudência*. São Paulo: Fundação Armando Álvares Penteado, 2015.

COELHO, Maria Daniela Caetano Ferreira Pinto. *Densificação material do direito à liberdade de expressão*. Dissertação (Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

COLLIARD, Claude-Albert. *Libertés publiques*. Paris: Dalloz, 1972.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONFERÊNCIA de Direitos Humanos, Viena, 1993. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>. Acesso em: 28 out. 2020.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. França, 1953. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 18 out. 2021.

CORDEIRO, Ana Filipa Pacheco. *Direito à honra e intimidade da vida privada em confronto com o direito à informação. A proposta de superação deste conflito de direitos na perspectiva do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. 87 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Bissaya Barreto, Coimbra, 2013.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, n. 65, v. 2, set. 2005. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutriniais/antonio-menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e-perspectivas-star/>. Acesso em: jun. 2022.

_____. *Tratado de Direito Civil IV: pessoas*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

CORRÊA, Alessandra. A piada que pode redefinir limites de liberdade de expressão no Canadá. *BBC News*, 26 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-56217257>. Acesso em: 20 maio 2021.

COSER, Rose Laub. *Laughter Among Colleagues. A Study of the Social Functions of Humor Among the Staff of a Mental Hospital*. *Psychiatry*, v. 23, p. 81-95, 1960.

COSTA JR. Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

D'ONOFRIO, Salvatore. A liberdade de expressão na Roma imperial. *Revista de História da USP*, v. 34, n. 70, 1967. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/126114/122918>. Acesso em: 28 out. 2020.

DA FRADA, Manuel Carneiro. O conceito de dignidade da pessoa humana - Um mapa de navegação para o jurista. *Revista de Direito da Responsabilidade*, Coimbra, p. 867-908, ano 2, 2020.

DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2011.

DE CARVALHO, Alberto Arons; CARDOSO, António Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro. *Direito da Comunicação Social*. Coimbra: Almedina, 2012.

DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Os Direitos da Personalidade. Tradução Adriano Vera Jardim e António Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DE MELO, Daniel Bessa. O abuso do direito: contributos para uma hermenêutica do artigo 334.º do Código Civil português. *Revista Julgar*, out. 2020. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2020/10/20201029-JULGAR-O-Abuso-do-Direito-contributos-para-uma-hermen%C3%AAutica-do-art-334-do-C%C3%B3digo-Civil-portugu%C3%AAs-1.pdf>. Acesso em: jun. 2022.

DE OLIVEIRA, José Manuel Paquete. A censura no Portugal de Salazar: do exame prévio à censura oculta. *Comunicação & Política*, Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos, v. 1, n. 2, pp. 79-101, jun., 1983. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1237312829T1hNG0au4Yu10TU6.pdf>. Acesso em: jul. 2022.

DE SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

DE SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. Abuso do direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). Tomo: *Teoria Geral e Filosofia do Direito*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/167/edicao-1/abuso-do-direito>. Acesso em: jun. 2022.

DE VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

DECLARAÇÃO de direitos do bom povo de Virgínia. 1776. Disponível em: https://www3.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1788/YY2014MM11DD18HH14MM7SS42-Declara_o%20da%20Virginia.pdf. Acesso em: 18 nov. 2020.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 18 out. 2021.

DÉCLARATION des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 15 out. 2021.

DOCUMENTÁRIO – O Riso dos Outros. Direção: Pedro Arantes. Publicado pelo canal MrThetopvideos. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=uVyKY_qgd54. Acesso em: 10 nov. 2022.

DONEDA, Danilo. Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro. Da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais. *Portal Âmbito Jurídico*. 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/privacidade-vida-privada-e-intimidade-no-ordenamento-juridico-brasileiro-da-emergencia-de-uma-revisao-conceitual-e-da-tutela-de-dados-pessoais/>. Acesso em: 26 nov. 2020.

DOS ANJOS, Marco Antônio. *O humor: estudo à luz do direito de autor e da personalidade*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-03052010-111135/pt-br.php>. Acesso em: mar. 2022.

DWORKIN, Ronald M. The Model of Rules. *University of Chicago Law Review*, v. 35, 1967. p. 25. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3553&context=uclrev>. Acesso em: maio 2022.

_____. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENTIDADE REGULADORA PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL. Disponível em: <https://www.erc.pt/pt/deliberacoes>. Acesso em: jul. 2022.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000.

FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil: fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica*. 5. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2010.

FERNANDES, Paulo Jorge. Caricatura e *cartoon* em Portugal: humor sem contenção no Portugal contemporâneo. *Humor, direito e liberdade de expressão*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, Coleção Formação Contínua, p. 215-235, dez. 2016.

FILHO de mãe torturada na gravidez quer indenização. *Consultor Jurídico*, 08 de fevereiro de 2007. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-fev-08/filho_mae_torturada_gravidez_indenizacao. Acesso em: 18 maio 2021.

FONSECA, Catarina. Luís Franco-Bastos: “Um humorista que pede desculpa por uma piada está a desonrar a profissão e os colegas”. *Activa*, 04 de setembro de 2016. Disponível em: <http://activa.sapo.pt/famosos/2016-09-04-Luis-Franco-Bastos-Um-humorista-que-pede-desculpa-por-uma-piada-esta-a-desonrar-a-profissao-e-os-colegas>. Acesso em: 03 nov. 2018.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 72, n. 567, p. 37, jan. 1983.

_____. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Instituições de Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FREUD, Sigmund. *O humor* (1927). Edição standard brasileira das obras psicológicas completas. Rio de Janeiro: Imago, 1980.

_____. *Os chistes e sua relação com o inconsciente*. Tradução de José Luis Etcheverry. Buenos Aires & Madrid, 1960.

FROSINI, Vittorio. *Contributi ad un diritto dell'informazione*. Napoli: Liguori, 1991. p. 128-129, *apud* DONEDA, Danilo. *Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro. Da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais*. Portal Âmbito Jurídico. 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/privacidade-vida-privada-e-intimidade-no-ordenamento-juridico-brasileiro-da-emergencia-de-uma-revisao-conceitual-e-da-tutela-de-dados-pessoais/> Acesso em 26 nov. 2020.

FURTADO, Emmanoel Teófilo. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Fortaleza, n. 6, dez., 2005, p. 108. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/82>. Acesso em: 13 dez. 2021.

GARCIA, Rafael de Deus. Os direitos à privacidade e à intimidade: origem, distinção e dimensões. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 34, n. 1, 1-26, jan./jun. 2018.

GEIER, Manfred. *Do que riem as pessoas inteligentes? Uma pequena filosofia do humor*. Tradução de André Delmonte e Kristina Michahelles. Rio de Janeiro: Record, 2011.

GIRARD, René. *La violence et le sacré*. Paris: Pluriel, 1972.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2008.

GRAF, Fritz. Cicero, Plautus and Roman Laughter. In: BREMMER, Jan; ROODENBURG, Herman. *A Cultural History of Humour*. Cambridge: Polity Press, 1997.

GRUNER, Charles R. *The game of humor: a comprehensive theory of why we laugh*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1997.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. *Responsabilidade civil por abuso do direito*. São Paulo: Editora da Escola Paulista da Magistratura, 2016.

GUIMARÃES, Elisabeth da Fonseca. A construção histórico-sociológica dos Direitos Humanos. *ORG & DEMO*, Marília, v. 11, n. 2, p. 95-112, jul./dez., 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HEERS, Jacques. *Fêtes des fous et carnivals*. Paris: Favard, 1983.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998.

_____. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HUBMANN, Heinrich. *Das persönlichkeitsrecht*. Münster: Böhlau-Verlag, 1953.

HUME, Mick. Tradução de Rita Almeida Simões. *Direito a ofender: a liberdade de expressão e o politicamente correto*. Tinta da China Editora. Lisboa: 2016.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução de João Vasconcelos. 17. ed. São Paulo: Forense, 1999.

INOIS, Georges. *História do Riso e do Escárnio*. Tradução de Maria Elena Ortiz Assumpção. São Paulo: UNESP, 2003.

JELLINEK, George. *Teoría general del estado*. Buenos Aires: Albatros, 1954.

JERÓNIMO, Nuno Amaral. *Humor na sociedade contemporânea*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade da Beira Interior, Ciências Sociais e Humanas, Covilhã, 2015. Disponível em: <https://ubibliorum.ubi.pt/handle/10400.6/3974>. Acesso em: mar. 2022.

JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'Abus des Droits*. Paris: Dalloz, 1868.

KANT, Emmanuel. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Editora Ediouro, 2000.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KÜMPEL, Vitor Frederico. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

LATTMAN, Peter. *The origins of Justice Stewart's "I know it when I see it"*. *The Wall Street Journal*, 27 set. 2007. Disponível em: <http://blogs.wsj.com/law/2007/09/27/the-origins-of-justice-stewarts-i-know-it-when-i-see-it/>. Acesso em: 08 nov. 2018.

LEITÃO, Luís Menezes. A inconstitucionalidade da Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital. *Jornal N*, Oeiras, 14 de junho de 2022. Disponível em: https://ionline.sapo.pt/artigo/773678/a-inconstitucionalidade-da-carta-portuguesa-de-direitos-humanos-na-era-digital?seccao=Opiniao_i. Acesso em: jul. 2022.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Alvino. *Abuso do direito*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947.

LIMBACH, Jutta; HERZOG ROMANO, Dieter Grimm. *As Constituições Alemãs: Reprodução dos originais de 1849, 1871, 1919 e Lei Básica de 1949*. Munique: CH Beck, 1999.

LLOSA, Mário Vargas. *A civilização do Espetáculo: Uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

LOCKE, Jonh. *The second treatise of civil government: a letter concerning toleration*. Oxford: Basil Blackwell, 1956.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MACHADO, Jónatas E. M. e BRITO, Iolanda A.S. Rodrigues de. Liberdade de expressão, informações falsas e figuras públicas. O perigo da manipulação da esfera de discurso público. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Vol. XCV. Tomo1. Coimbra, 2019.

MANDEL, Gabriel. Piada não é literal, diz juiz ao absolver Rafinha Bastos. *Consultor Jurídico*, 24 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-24/juiz-absolve-rafinha-bastos-afirma-interpretacao-piada-nao-literal>. Acesso em: mar. 2022.

MATOS, Filipe Miguel de Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Civilísticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007.

_____. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. Tutela da personalidade e responsabilidade civil. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 147, n. 4006, set./out., 2017.

MCGRAW, Peter; WARNER, Joel. *The Humor Code – A Global Search for What Makes Things Funny*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2014.

MELLO, Marco Auréio. *Liberdade de Expressão, Dignidade Humana e Estado Democrático de Direito*. Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MENDES, António Jorge Fernandes de Oliveira. *O direito à honra e a sua tutela penal*. Coimbra: Almedina, 1996.

MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Edição especial. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Da Liberdade de pensamento e de expressão*. Tradução Maria Helena Garcia. Alfragide: Leya Editora. 1ª ed., 2010.

MINOIS, Georges. *História do Riso e do Escárnio*. Tradução de Maria Elena Ortiz Assumpção. São Paulo: UNESP, 2003.

MINSKY, Marvin. Jokes and the logic of the cognitive unconscious. In: VAINA, Lucia; HINTIKKA, Jaakko. *Cognitive Constraints on Communication: representations and processes*. Alemanha: Springer Science+Business Media Dordrecht, 1984.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MORREALL, John. *Comic Relief – A comprehensive philosophy of humor*. Chichester: West Sussex: Wiley-Blackwell, 2009.

MOTA, Francisco Teixeira da. *A liberdade de expressão em tribunal*. Lisboa: Ensaio da Fundação, 2013.

MOUNIER, Emmanuel. *O Personalismo*. São Paulo: Centauro, 2004.

MULDER, M.P. e NIJHOLT, Antinus. *Humour Research: state of the art*. CTIT Technical Report Series, n. 02-34. Centre for Telematics and Information Technology (CTIT), 2002.

MÜLLER, Friedrich. Entrevista com Friedrich Müller. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 51, v. 26, p. 9-30, 2005. p. 11. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/15169/13795/46752>. Acesso em: maio 2022.

_____. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais, especialmente com base na teoria estruturante do direito. *Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional*, n. 7, 2003.

- NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- NEVES, Antônio Castanheira. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Humain, trop humain*. França: Gallimard Education, 1995.
- NOGUEIRA, Paulo. *Todos os Lugares são de Fala: Manifesto pela Liberdade de Expressão*. Lisboa: Guerra e Paz Editores. 1ª ed. 2022.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- OLIVEIRA, Ângela Catarina Pereira. *O Humor na Rádio em Portugal: Os mecanismos que nos fazem rir*. Dissertação (Mestrado em Jornalismo) – Universidade da Beira Interior, 2015.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *Responsabilidade Civil: do seu abrandamento à luz da nova sistemática brasileira*. Curitiba: Juruá, 2017.
- PACTO Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Um dos três instrumentos que constituem a Carta Internacional dos Direitos Humanos, junto com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Económicos Sociais e Culturais. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pacto-internacional-sobre-direitos-civis-e-politicos>. Acesso em: 15 out. 2020.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- PEREIRA, Ricardo Araújo. *A doença, o sofrimento e a morte entram num bar uma espécie de manual de escrita humorística*. Rio de Janeiro: Tinta da China, 2016.
- _____. *Ideias concretas sobre vagas*. Lisboa: Tinta da China, 2022.
- PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PINHEIRO, José Alexandre Guimarães de Sousa. *Privacy e protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2012.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

PINTO, Paulo Mota. A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado Português. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg, SARLET, Ingo (organizadores). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. Direito a reserva sobre a intimidade da vida privada. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, V. LXIX, 1993.

PIRANDELLO, Luigi. *Pirandello: do teatro ao teatro*. Organizado por J. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2009.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil: conforme au Programme Officiel des Facultés de Droit*. 6. ed. Paris: Libraire Générale de Droit & de Jurisprudence, 1911.

PLUTARCO. *As vidas dos homens ilustres*. Tradução de Aristides da Silveira Lobo. São Paulo: Editora das Américas, 1951.

PORTUGAL. *Código Civil Português*. Aprovado por Carta de Lei de 1 de julho de 1867. Lisboa, 1868. Disponível em: <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>. Acesso em: maio 2022.

_____. Constituição da República Portuguesa. *Diário da República*, n. 86/1976, 10 de abril de 1976. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>. Acesso em: 15 out. 2021.

_____. *Decreto de 4 de julho de 1821*. Disponível em: <https://digitalq.arquivos.pt/details?id=8249886>. Acesso em: jul. 2022.

_____. *Decreto-Lei n. 150, de 5 de maio de 1972*. Regulamenta a Lei de Imprensa e insere as normas previstas na mesma lei relativamente ao direito à constituição de empresas, às garantias da liberdade de imprensa e aos seus limites. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/150-1972-230564>. Acesso em: jul. 2022.

_____. *Decreto-Lei n. 47344, de 25 de novembro de 1966*. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação - Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/47344-1966-477358>. Acesso em: 18 out. 2021.

_____. *Decreto-Lei n.º 85-C, de 26 de fevereiro de 1972*. Promulga a Lei de Imprensa. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/85-c-1975-168803>. Acesso em: jul. 2022.

_____. *Lei n. 2, de 13 de janeiro de 1999*. Lei de Imprensa. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/1999-34439075-43455775>. Acesso em: jul. 2022.

_____. Lei n. 27, de 17 de maio de 2021. *Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital*. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/27-2021-163442504>. Acesso em: jul. 2022.

_____. Lei n. 27, de 30 de julho de 2007. Lei da televisão. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2007-34561375>. Acesso em: jul. 2022.

_____. *Lei n. 53, de 8 de novembro de 2005*. Cria a ERC — Entidade Reguladora para a Comunicação Social, extinguindo a Alta Autoridade para a Comunicação Social. Disponível em: <https://www.erc.pt/documentos/legislacaosite/lei53.pdf>. Acesso em: jul. 2022.

_____. *Lei n.º 15, de 30 de junho de 1990*. Atribuições, competências, organização e funcionamento da Alta Autoridade para a Comunicação Social. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/15-1990-575349>. Acesso em: jul. 2022.

_____. *Lei n.º 23, de 6 de setembro de 1983*. Conselho de Comunicação Social. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/23-1983-439451>. Acesso em: jul. 2022.

_____. *Lei n.º 58, de 7 de setembro de 1990*. Regime de actividade de televisão. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/58-556661>. Acesso em: jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.stj.pt/>. Acesso em: jun. 2022.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RABELO, Raquel Santana. *Biografia: os limites da liberdade de expressão*. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RASKIN, Victor. Humor theories. In: ATTARDO, Salvatore (org.). *Encyclopedia of humor studies*. Thousand Oaks: SAGE, 2014.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

REMEDIO, José Antonio; OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. O abuso de direito no sistema jurídico nacional: origens e aplicabilidade. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 22, n. 126, fev./maio, 2020.

ROBINSON, Mark. *How to present to keep your audience's attention*. TEDxEindhoven. Disponível em: <https://www.markrobinsontraining.com/tedx/>. Acesso em: 25 mar. 2021.

ROCHA, Antonio Glauton Varela Rocha. O individualismo e a contemporaneidade: a crítica de Emmanuel Mounier à perspectiva individualista. *Intuitio*, n. 3, p. 16-31, 2010. p. 16. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/7718>. Acesso em: mar. 2022.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: parte geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROSA, Léo; FIDELIX, Emilly. Topoi. *JusBrasil*, 2012. Disponível em: <https://leorosa.jusbrasil.com.br/artigos/121822862/topoi>. Acesso em: 11 maio 2021.

ROSSONI, Caroline; BOLESINA, Iuri. A teoria dos círculos concêntricos e a proteção à vida privada: análise ao caso Von Hannover vs. Alemanha, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. *Anais do XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea – VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos*, 2014.

SAMPAIO DÓRIA, Antônio. *Direito Constitucional: comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1960.

SANTOS, Adriano Barreto Espíndola. Os direitos de personalidade e os limites à intervenção ao próprio corpo. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 2, n. 3, p. 1-36, 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 556.090.4/4-00/SP*, Quarta Câmara de Direito Privado, Relator: Enio Zuliani, julgado em: 12.06.2008, Data de Registro: 17.07.2008.

SAPATEIRO, José Eduardo. *Humor, Direito e Liberdade de Expressão*. Humor na Jurisprudência Portuguesa. 1. ed. Centro de Estudos Judiciários: Lisboa, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional* 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Comentários do artigo 1º, Inciso III – a dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SÁ, Fernando Oliveira e *Direito Privado constitucional: nota sobre as relações entre direito privado e os direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2022.

SCHOPENHAUER, Arthur. *The World as Will and Idea*. v. 2. Alemanha: Project Gutenberg, 2012. p. 95. *E-book*. Disponível em: www.gutenberg.org/ebooks/40097. Acesso em: 16 mar. 2021.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Tradução de Laureano Pelegrin. Bauru: Edusc, 1999.

SEQUEIRA, Elsa Vaz de. *Dos pressupostos da colisão de direitos no Direito Civil*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2004.

_____. Colisão de direitos. *Cadernos de Direito Privado*, n. 52, out./dez., 2015.

_____. *Da contitularidade de direitos no direito civil: contributo para a sua análise morfológica*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

_____. *Teoria Geral do Direito Civil*. Princípios fundamentais e sujeitos. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOETHE, Paulo Astor. Sobre a sátira: contribuições da teoria literária alemã na década de 60. *Revista Fragmentos*, Florianópolis, v.7, n. 2, p. 07-27, jan./jun., 1998. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/fragmentos/article/download/6014/5559/0>. Acesso em: mar. 2022.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. Abuso de direito. *Revista Associação Paulista do Ministério Público*, São Paulo, v. 1, n. 12, p. 24–25, nov., 1997.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993.

TARTUCE, Flavio. *Direito Civil: lei de introdução e parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, V. 50, n. 200, out./dez., 2013.

TOSO, João Francisco. Dignidade humana como direitos: sociais e pessoais. É possível falarmos em uma dignidade coletiva? *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 4, n. 1, 2018. p. 748. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/1/2018_01_0737_0759.pdf. Acesso em: abr. 2022.

TRUYOL SERRA, Antonio. *Historia de la filosofia del derecho y del Estado*. ed. Madrid: Alianza, 1998.

URABAYEN, Miguel. *Vida Privada e Información: Un Conflicto Permanente*. Universidad de Navarra, 1977.

USTÁRROZ, Daniel. A atualidade da teoria do abuso do direito. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, São Paulo, v. 68, n. 495, jan., 2019.

VÁSQUEZ, Adolfo Sánches. *Ética*. Tradução de João Dell'Anna. Rio de Janeiro, Civilização brasileira, 23ª ed. 2002.

VEATCH, Thomas C. *A Theory of Humor. Humor – Internacional Journal os Humor Research*, De Gruyter, v. 11, n. 2, p. 161-215, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 18. ed. São Paulo : Atlas, 2018.

VERHAGEN, André. *Constructions of intersubjectivity: discourse, syntax and cognition*. New York: Oxford University Press, 2005.

VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade de informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2007.

WILSTEIN, Matt. *Rudy Giuliani Claims Borat 'Hit Job' Is Retaliation for Hunter Biden Attack*. *Daily Beast*, 21 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.thedailybeast.com/rudy-giuliani-claims-borat-hit-job-is-retaliation-for-hunter-biden-attack/>. Acesso em: 17 ago. 2021.

ZACCARIOTTO, José Pedro. Estado Laico, Liberdade Religiosa e Cidadania. *Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba*, Sorocaba (SP), ano 1, n. 1, p. 39-52, 2017.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção da pessoa humana pelo Direito Civil: evolução histórica. *Revista de Doutrina TRF4*, dez. 2019. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao033/leonardo_zanini.html. Acesso em: mar. 2022.