

Curso virtual de DDHH – Caso 1

Derechos fundamentales “clásicos” o de Primera Generación

Aspectos procesales* y solución de fondo

Brasil - Realizado por: Mônia Hennig Leal

Aspectos procesales

1. Tipo de acción

No presente caso, por tratar-se de inconformidade com decisão proferida por juiz ordinário (e, portanto, presume-se tratar-se de julgamento de uma ação ordinária, comum – e não de uma ação constitucional específica), caberia à autora da ação (no caso, a primeira-dama X) interpor recurso de apelação ao Tribunal de segunda instância. A questão constitucional – violação de direitos fundamentais – poderia ser invocada, desde já, em sede de pré-questionamento, com o objetivo de se interpor, na sequência, Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

O Recurso Extraordinário é figura prevista no art. 102, que dispõe que “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição.” Significa que se trata de um recurso de natureza excepcional, destinado a preservar a guarda da Constituição, ensejando um controle de constitucionalidade pela via difusa.

O sistema constitucional brasileiro não prevê a possibilidade de o titular de um direito fundamental propor ação diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

* Germán Alejandro Patiño Peña y Daniel Felipe Enríquez Cubides, estudiantes de derecho de la Universidad de los Andes (Colombia), apoyaron a la autora en una primera búsqueda sobre los aspectos procesales para resolver este caso con fundamento en la legislación brasileña.

2. La competencia del Tribunal o Corte para conocer el caso

A competência para julgamento do recurso de apelação seria do Tribunal de segunda instância respectivo (Tribunal de Justiça, no caso da Justiça Estadual). A ação somente seria apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário, atendidos os requisitos processuais para tanto (pré-questionamento, repercussão geral).

3. El reclamante

A autora da ação e do recurso seria X, esposa do Presidente do Estado Y.

4. El objeto del amparo o tutela constitucional

No presente caso, tem-se uma suposta violação dos direitos constitucionais da primeira-dama do Estado Y à vida privada e à honra, que se encontram protegidos pelo art. 5 da CRFB. No caso, o objeto da ação seria a proteção desses direitos.

5. La legitimación del demandante

A legitimidade ativa para propor a ação seria da própria parte interessada, no caso, a parte inconformada, que seria a senhora X.

6. La forma y el plazo para la admisibilidad de la acción

Por tratar-se de ação ordinária, o prazo para interposição do recurso de apelação – em face da sentença proferida pelo juiz do caso – é de 15 dias.

Solución de fondo

I. Conformação do problema jurídico

O problema analisado versa sobre o conflito e a necessidade de ponderação entre diferentes direitos amparados pela Constituição brasileira em seu art. 5º, que dispõe sobre os direitos e garantias

individuais: o direito à liberdade de manifestação do pensamento¹ (ao qual se vincula a liberdade de imprensa, associada, ainda, ao direito de acesso à informação) e o bloco dos direitos à imagem, à intimidade, à vida privada e à honra.²

II. Marco Jurídico de proteção

II.1. Direito à liberdade de imprensa: marco jurídico de proteção

Em se tratando de um fato jornalístico, tem-se, no entendimento do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que o direito fundamental à liberdade de imprensa possui, para além da perspectiva individual, também uma dimensão coletiva, isto é, diz respeito a toda a coletividade, que se beneficia da “relação de inerência entre pensamento crítico e imprensa livre”, conforme restou assentado pela Corte por ocasião do julgamento da [Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 \(doravante ADPF 130\), em abril de 2009](#), ocasião na qual entendeu não estar recepcionada pela ordem constitucional vigente a antiga Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), assegurando a plena liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia.

Dessa forma, o STF entende que o conteúdo “socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor” (STF, 2009). Tal prerrogativa garante ao jornalista também o direito de utilizar tons críticos a qualquer pessoa e, especialmente, contra as autoridades e figuras públicas.

Embora seja afastada a possibilidade de censura prévia, os direitos individuais não são, contudo, renegados, sendo garantido à parte eventualmente afetada por excessos no exercício dessa garantia o direito de buscar a responsabilização civil, penal ou administrativa, bem como eventuais indenizações e/ou direito de resposta - com previsão expressa na própria Constituição³ - e direito de retificação, que consiste na possibilidade de pessoas atingidas por informações inexatas ou ofensivas responderem ou corrigi-las, por meio do mesmo órgão de difusão. Estas duas últimas modalidades apresentam, portanto, um duplo viés no âmbito da proteção constitucional, pois

¹ Art. 5º, inciso IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

Art. 5º, inciso V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

² Art. 5º, inciso X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

³ Art. 5º, inciso V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

preservam tanto os direitos de personalidade numa perspectiva individual como buscam assegurar, a toda a coletividade, acesso a informações precisas e exatas.

Há, portanto, neste aspecto, embora o texto constitucional brasileiro seja menos detalhado em sua previsão, total consonância entre o ordenamento jurídico brasileiro (a partir da interpretação e extensão a ele atribuída pela jurisprudência da mais alta Corte do país) e os artigos 13 e 14 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁴ no tocante à colisão entre o direito de expressão (em sentido amplo) e os direitos de imagem, pois ambos concebem o primeiro numa perspectiva coletiva, em sua conexão com o direito de acesso à informação, e como barreira contra a censura prévia, enquanto que os últimos aparecem como fundamento para a proteção do indivíduo em sua dignidade. Vale ressaltar, todavia, que apenas os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello fizeram referência, na fundamentação de seus votos no [julgamento da ADPF 130](#), à CADH e a Opiniões Consultivas exaradas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Assim, tem-se, no caso proposto, uma incidência de proteção tanto por parte da ordem constitucional brasileira quanto do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, estabelecendo-se um clássico conflito entre o direito de liberdade de manifestação do pensamento e de expressão e o direito à intimidade e à privacidade (numa dimensão subjetiva, de natureza individual, associada aos seus titulares – o veículo de imprensa *Hola* e a personalidade X, respectivamente); ao mesmo tempo, entra em cena, também, como elemento de ponderação, o direito de acesso à informação (especialmente por tratar-se de notícia associada a figura pública – no caso, a primeira-dama do país), de natureza coletiva e social, dotado, portanto, de uma dimensão objetiva).

4 Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

(...)

Artigo 14. Direito de retificação ou resposta

1. Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.

2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.

3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial.

II.2. Direito à intimidade e à privacidade: marco jurídico de proteção

Na jurisprudência brasileira, não são raros os exemplos de julgados em que juízes de primeira ou segunda instância, após devida provocação, decidem pela censura de conteúdo jornalístico publicado ou a ser publicado ([Reclamação 18.638](#), [Reclamação 22.328](#), etc.), pendendo, ao contrário do ocorrido no caso sob análise, para uma proteção mais ampla da intimidade e da privacidade. Ocorre que, a partir de 2009, quando foi apreciada pelo [Supremo Tribunal Federal a ADPE 130](#), que versou sobre a constitucionalidade da Lei de Imprensa (editada ainda no período do regime militar), esta ação tornou-se paradigma norteador para os casos versando sobre a liberdade de imprensa, de modo que tais decisões dos Tribunais inferiores ensejam recursos ao STF por violação ao direito de livre manifestação do pensamento.

Via de regra, esta violação envolve atos praticados por particulares (revistas, jornais, etc.), que publicam material considerado ofensivo pelo sujeito alvo das críticas ([Reclamação 18.638](#), [Reclamação 22.328](#)). Nestes casos, é importante destacar que o STF reconhece a eficácia horizontal (ou contra terceiros) dos direitos fundamentais nas relações entre particulares:

O estatuto das liberdades públicas (enquanto complexo de poderes, de direitos e de garantias) não se restringe à esfera das relações verticais entre o Estado e o indivíduo, mas também incide sobre o domínio em que se processam as relações de caráter meramente privado, pois os direitos fundamentais projetam-se, por igual, numa perspectiva de ordem estritamente horizontal ([STF, ADPE 130, 2009](#)).

Em outras palavras, reconhece-se que os direitos e garantias fundamentais também operam e devem ser observados no âmbito das relações entre particulares, impondo-se limitações à autonomia privada, atuando os direitos de personalidade como limitações externas à liberdade de expressão.

Dentro desse norte interpretativo, o STF – em tese – entenderia que o juiz *a quo* não praticou nenhuma violação aos direitos fundamentais de X, por não remover o conteúdo publicado, sob argumento da liberdade de imprensa do editorial. Todavia, em havendo abusos no exercício da liberdade de expressão pelo órgão jornalístico, com conseqüente exposição excessiva ou inadequada da intimidade ou da privacidade de X, estar-se-ia diante da hipótese de uma violação a direito fundamental praticada por particulares (os fotógrafos e o editorial), em que incidiria a tese adotada pelo STF acerca da proteção horizontal dos direitos fundamentais, com base na proteção destes direitos também nas relações entre particulares.

III. Ponderação

Assim, tem-se conformado, na hipótese, um conflito entre o direito fundamental à liberdade de imprensa e de manifestação do pensamento, de um lado, e o direito fundamental à intimidade e à privacidade, de outro, ambos protegidos pela ordem jurídico-constitucional vigente, impondo-se, pois, uma ponderação no caso concreto.

O STF já solidificou o entendimento de que nenhum direito fundamental é absoluto, reforçando tal posicionamento no corpo da própria [ADPF 130](#), ocasião na qual o Ministro Celso de Mello, em seu voto, destaca:

É por tal razão que esta Suprema Corte já acentuou que **não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto**, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição ([STF, ADPF 130, CELSO DE MELLO, 2009, p. 161](#)).

No tocante às restrições aplicáveis à liberdade de imprensa, o Ministro Barroso, no julgamento da Reclamação Constitucional 22328/RJ, de 06/03/2018, aponta:

13. Não obstante, a mera preferência da liberdade de expressão (ao invés de sua prevalência) **decorre do fato de que nenhum direito constitucional é absoluto**, tendo em vista que **a própria Constituição impõe alguns limites ou algumas qualificações à liberdade de expressão**, como por exemplo: a) vedação do anonimato (art. 5º, IV); b) direito de resposta (art. 5º, V); c) restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e terapias (art. 220, § 4º); d) classificação indicativa (art. 21, XVI); e e) dever de respeitar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X) (STF, 2018, p. 5).

Como visto, as restrições à liberdade de imprensa, como a vedação ao anonimato, o direito de resposta, indenizações, limitações à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas,

agrotóxicos e terapias, a classificação indicativa e o dever de se respeitar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas encontram-se previstas na própria Constituição.

Para verificar-se se, no caso hipotético de X, foram observadas as condições para a limitação do direito à liberdade de imprensa acima elencadas (desconsideradas aquelas sem qualquer relação com o caso de X), é necessário analisar, portanto, algumas condições fáticas que permeiam o caso.

No exercício desta ponderação, o Supremo Tribunal Federal, valendo-se de trecho do voto do Ministro Barroso, aponta oito critérios fáticos a serem considerados:

21. No estudo acima referido, defendi a aplicação de oito critérios ou elementos a serem considerados na ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade: (i) veracidade do fato; (ii) licitude do meio empregado na obtenção da informação; (iii) personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; (iv) local do fato; (v) natureza do fato; (vi) existência de interesse público na divulgação em tese; (vii) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; e (viii) preferência por sanções a posteriori, que não envolvam a proibição prévia da divulgação. ([STE, Rcl. 18638, 2018](#)).

Feitas estas considerações e expostos os critérios utilizados pelo STF, buscar-se-á, na sequência, contrastar esses critérios com o caso de X, a fim de verificar-se eventual incidência de restrições à liberdade de imprensa (ou seja, sua proporcionalidade).

No que concerne ao primeiro critério, o problema deixa claro tratar-se de situação verídica, isto é, trata-se de um fato presenciado, e não inventado. O conteúdo da reportagem, por sua vez, versa sobre a opinião do repórter/do editorial da revista *Hola* sobre os padrões de vestimenta adotados por X, restando afastadas hipóteses de responsabilidade por negligência na apuração do fato ou dolo na difusão da falsidade. Além disso, a reportagem não possuía caráter ofensivo (que justificaria a restrição de ordem interna ao exercício do direito de liberdade de expressão e de manifestação do pensamento), ainda que pudesse causar certo desconforto.

Por sua vez, foram utilizados meios lícitos para obtenção das imagens, vez que as fotografias foram tiradas em locais públicos não protegidos pelo direito à intimidade, sem a invasão do domicílio ou demais áreas de uso privativo de X. Cuida-se, ainda, de figura pública incontestada, por tratar-se da

esposa do Presidente da República do Estado Y, muito embora não exerça, ela própria, diretamente função ou cargo público.

A natureza do fato também vai no sentido de afastar a possibilidade de censura, sendo inclusive possível que os hábitos e padrões de vida dos representantes máximos do Estado recebam o *status* de conteúdo de interesse público (ainda que, no caso sob análise, este interesse público, dada a natureza da situação retratada na reportagem – atividade que poderia ser classificada como “eminentemente doméstica” – possa ser considerado como “fraco” ou como de pouco peso).

É seguro, portanto, em face dos aspectos suscitados, deduzir que o STF entenderia como constitucional a decisão do juízo *a quo*, por considerar a prevalência do direito à liberdade de expressão e em virtude de as condições fáticas serem favoráveis à referida liberdade, não possuindo os argumentos em sentido contrário (direito à intimidade e à privacidade) força ou peso jurídico suficientes para ensejar a restrição do direito em questão.

Assim, em princípio, a partir dos posicionamentos consolidados junto ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, que têm tendido a privilegiar a liberdade de expressão e de manifestação de pensamento, não haveria violação do direito à intimidade pela veiculação da notícia citada, especialmente por tratar-se de figura pública, estando ela abrangida na esfera do direito da empresa jornalística de veicular notícias e também da sociedade de ser informada acerca de fatos de interesse público.

Somado a isso, a Constituição Federal brasileira, enquanto documento jurídico de consolidação da democracia após longos anos de ditadura militar, demonstra especial preocupação com a proibição da censura. O seu artigo 220⁵, por exemplo, traz, como regra geral, a vedação a qualquer forma de restrição à manifestação do pensamento, à expressão e à informação, em qualquer veículo de difusão, sendo que o próprio artigo, em seus parágrafos, traz as exceções que ensejam possíveis limitações (interpretação restritiva). Trata-se, portanto, de restrições de ordem interna, fixadas pela própria Constituição ou estabelecidas pela legislação infraconstitucional, desde que observados os parâmetros da legalidade (reserva de lei) e o princípio da proporcionalidade.

5 Art. 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

A vedação à censura também encontra respaldo junto ao artigo 5º, incisos IV, IX, XIII e XIV.⁶ Já os incisos V e X, do mesmo art. 5º, elencam as restrições à liberdade de imprensa, com previsão de direito de resposta proporcional ao agravo, indenização por dano material, moral ou à imagem, assim como a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

Todas estas restrições, como já mencionado, são instituídas pelo próprio texto constitucional, sendo sua aplicação direta, ou seja, sua efetividade independe de legislação infraconstitucional (reserva legal qualificada), com exceção dos direitos de resposta e de retificação, que necessitam de normas de organização procedimental.

Essa aplicação direta pode ser verificada tanto na jurisprudência selecionada aqui citada como no caso hipotético: as decisões são fundamentadas diretamente com base nos dispositivos constitucionais.

Além dos dispositivos legais supracitados, também pode ser apontado como marco normativo a já mencionada Arguição de [Descumprimento de Preceito Fundamental 130](#) (ADPF 130), de 2009, ocasião na qual o STF entendeu pela não recepção da antiga Lei de Imprensa (Lei. 5.250/1967), cujas restrições ou hipóteses de censura não mais incidem sobre a atividade de natureza jornalística.

O STF tem manifestado, em seus julgamentos mais recentes, o entendimento de que a liberdade de expressão desfruta de “uma posição preferencial no Estado Democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdade”. Verifica-se, portanto, a noção do interesse coletivo na plena difusão de informações como um valor fundamental do Estado (dimensão objetiva dos direitos fundamentais), desde que não se extrapolem determinados limites, estipulados pela própria Constituição e pela legislação infraconstitucional. Em outras palavras, a prevalência da liberdade de imprensa só sofrerá restrições em situações ímpares e excepcionais, que comprometam seriamente a dignidade ou direitos fundamentais da outra parte.

⁶ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, **sendo vedado o anonimato**;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Caso recente que ilustra a questão supra refere-se ao [julgamento da ADI 4451 \(junho de 2018\)](#), ocasião na qual o STF entendeu pela inconstitucionalidade de trecho da Lei Eleitoral que proibia sátiras com políticos em época de eleição. Em seus votos, os Ministros, além de ressaltarem a importância da liberdade de expressão, fizeram alusão ao riso e ao humor como importantes metáforas da sociedade, tratando-se, pois, de prática democrática e de interesse coletivo. Dito de outro modo, o STF entendeu serem constitucionais as sátiras (ainda que ofensivas) a políticos (figuras públicas), evocando, como fundamento para tanto, a importância da liberdade de expressão em um regime democrático.

IV. Decisão

Ante o maior peso do direito à liberdade de imprensa e de expressão, é possível afirmar, portanto, que o STF julgaria como estando em harmonia com a Constituição brasileira a decisão do Estado Y, afastando qualquer hipótese de censura prévia ou remoção de conteúdo já divulgado. Em havendo excessos, a Corte provavelmente entenderia pela preferência de sanções *a posteriori*, tais como a indenização proporcional ao dano – sanção esta que teria o intuito justamente de inibir futuras violações análogas.

Bibliografia

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Constituição da República Federativa do Brasil anotada (jurisprudência). www.stf.jus.br.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva; 2019.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Manole, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿Existe realmente "un activismo" o "el" activismo? **Estudios Constitucionales**. Santiago: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, v. 10, n. 2, p. 429-453, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.