

O DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE MANIFESTAÇÃO ARTÍSTICA.

THE FUNDAMENTAL RIGHT OF FREE ARTISTIC EXPRESSION.

Daniel Maia*
Victor Marcilio Pompeu**

RESUMO

O objetivo geral do presente artigo prende-se a uma contribuição à efetivação dos direitos fundamentais em especial ao direito fundamental à livre manifestação artística quando este direito estiver em rota de colisão com outros direitos também de natureza fundamental. Para isso far-se-á uma análise da jurisprudência nacional e internacional, bem como da doutrina pátria e estrangeira em relação às possíveis soluções dadas ao conflito acima mencionado. O objetivo específico do trabalho será analisar, a partir do estudo acima mencionado, a sentença judicial exarada nos autos do processo número 0100503-06.2012.8.26.0100, o qual tramitou na 2ª Vara Cível da Comarca de São Paulo/SP, tendo tratado do caso no qual um comediante foi processado por uma entidade representante de pais e amigos de deficientes por ter supostamente ferido o direito à imagem da instituição e de seus representados por ter feito uma piada a envolvendo durante a gravação do seu DVD. Enfrenta-se a problematização de se estabelecer quais devem ser os parâmetros a serem utilizados para se saber até que ponto o exercício da atividade humorística, manifestação artística constitucionalmente protegida, poderá ser feita sem que se gere com isso algum dano cível a ser indenizado. Elegeu-se o método indutivo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Tem-se como resultados esperados definir os critérios de ponderação que devem ser adotados em casos envolvendo a rota de colisão entre o direito à livre manifestação artística e outros direitos fundamentais que poderão surgir, sem que isso possa dar margem à prática de qualquer tipo de censura.

Palavras-chave: Direito fundamental à livre manifestação artística. Rota de colisão. Ponderação de valores. Censura.

ABSTRACT

The general objective of the present research focuses on a contribution to the enforcement of fundamental rights in particular the fundamental right to the freedom artistic expression when this right is on collision with other also fundamental rights. Analysis of national and international jurisprudence will be made, as well as the country and foreign doctrine regarding possible solutions given the above mentioned route. The specific aim of this report is to analyze the decision in the lawsuit number 0100503-06.2012.8.26.0100, processed in the 2nd Civil Court of the District of São Paulo / SP, which dealt with the case in which a comedian has been sued by an entity representative of parents and friends of disabled persons for allegedly wounded the right image of the institution and its represented for making a joke during recording of your DVD. Approaches the problematic to establish what should be the parameters to be used to the extent to which the exercise of humorous activity expression constitutionally protected can be done without generating it some civil damages to be indemnified. The inductive method was chosen for this study, using bibliographic and jurisprudential research. The expected result is set the weighting rules that should be adopted in cases involving the collision course between the right to freedom artistic expression and other fundamental rights may arise, without admit to the practice of any reproach.

Keywords: Fundamental right to the freedom artistic expression. Collision course. Balancing values. Reproach.

* Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Bolsista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIFOR (PROSUP/PRODAD). Professor da Universidade de Fortaleza. Advogado.

** Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Bolsista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIFOR (PROSUP/PRODAD). Professor da Universidade de Fortaleza. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

As novas tecnologias trouxeram um maior alcance e divulgação de tudo o que se faz e se produz. Artistas surgem a cada momento postando, em suas redes sociais, *blogs* e *sites*, diversas formas de expressão, de arte e de comunicação em geral. Expressam novos valores e tendências que acabam ditando a moda, o comércio e as relações interpessoais entre os particulares e entre estes e o próprio Estado, o qual parece estar sempre um passo atrás dos ditames trazidos por essa *cybercultura*¹.

Com o aumento na propagação das informações, opiniões e manifestações culturais feitas e divulgadas por esses instrumentos, frutos do avanço tecnológico, também se observa a maximização de algumas colisões de direitos fundamentais² que eram menos percebidas, uma vez que atingiam um número infinitamente menor de pessoas do que atualmente atingem. Entre tais rotas de colisão está a que é formada pelo direito fundamental à livre manifestação artística e o direito fundamental à imagem, à intimidade e à honra, ambos direitos previstos no artigo 5º da Constituição Federal brasileira, aquele no seu inciso IX³ e este no inciso X⁴.

Referido embate parece ser atemporal e universal, uma vez que há casos concretos espalhados por diversas culturas e países, em épocas totalmente diferentes, como se verá adiante no tópico do direito comparado, ganhando, todavia, uma roupagem mais incisiva, seja pela demasiada exposição de uma simples piada contada em um show humorístico de *stand up*, seja pelas conseqüências, entre outras patrimoniais, que esta mesma piada poderá causar ao seu autor na hipótese de ser considerada pelo Judiciário como ofensiva a ponto de configurar um ato ilícito que macule a imagem ou a honra de outrem.

¹ O termo *cibercultura* tem sido utilizado por sociólogos, filósofos, cientistas políticos e antropólogos com os mais diversos sentidos e conotações. Alguns estudiosos, porém, têm evidenciado que este termo, em que pese a diversidade das situações a que se aplica, apresenta *quatro* conotações principais, conforme seja utilizado para referir-se a um corpo de conhecimentos *científicos*; a projetos sociais *utópicos*; à cultura contemporânea, marcada pelo uso da tecnologia (cultura, então, empregada no sentido *antropológico* do termo); ou em referência aos efeitos do uso socialmente disseminado das modalidades mais modernas de transmissão do conhecimento - sentido *tecnológico-informacional* do termo. In: MACEK, Jakub. **Defining cyberculture**, jul. 2005. Disponível em: <http://macek.czechian.net/defining_cyberculture.htm>. Acesso em 30 de mar. de 2014, às 10:32.

² Os direitos fundamentais podem ser definidos como os princípios jurídica e positivamente vigentes em um ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal. V. LOPES, D'ávila Ana Maria. **Os direitos fundamentais como limite ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

³ Constituição Federal: art. 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

⁴ Constituição Federal: art. 5º, 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;

Destarte, o trabalho aqui apresentado traz grande relevância por dois aspectos, a saber: a) pelo próprio objeto central do estudo, ou seja, a colisão entre o direito fundamental à livre manifestação artística e o direito à imagem e a honra, analisada na decisão judicial que será aqui abordada; b) a aplicação do método hermenêutico da ponderação para resolver essa rota de colisão entre os bens juridicamente protegidos, tais como os acima citados.

Nesse ponto, afirma Ana Maria Dávila Lopes:

A finalidade da ponderação é determinar a prevalência, ainda que não absoluta, dos bens constitucionalmente protegidos, o que não é uma tarefa fácil, já que a preferência ou superioridade de um bem só pode ser decidida em função das circunstâncias especiais do caso concreto⁵.

Assim, o tema aqui estudado guarda grande importância prática e se mostra atual, em especial em virtude dos recentes episódios envolvendo conhecidos humoristas e outras celebridades mundo afora, como o polêmico humorista brasileiro Rafinha Bastos. Importa ressaltar que o Estado, ao buscar solucionar essas rotas de colisão, por meio do método da ponderação dos bens em conflito, também acaba influenciando na própria formação dos cidadãos dessa nova sociedade, estes que, caso emancipados cultural e socialmente, poderão explorar com muito mais eficiência os tantos meios de divulgação e de exercício da liberdade de manifestação artística e de expressão, fortalecendo, assim, o próprio Estado Democrático de Direito, conforme pensamento de Gina Marcílio Pompeu:

É condição essencial para a formação de uma sociedade civil e de um regime democrático a existência de cidadãos emancipados. Sem um Estado (e seus entes federados: estados, municípios e distrito federal) que propicie condições para que sua população tenha acesso a educação, alimentação, integridade moral e física, não há de se falar em emancipação dos cidadãos, nem em democracia.⁶

Destarte, no presente trabalho inicialmente abordar-se-á o choque entre o direito fundamental à livre manifestação artística e o direito fundamental à imagem e à honra. Analisando-se o comportamento da jurisprudência nacional e estrangeira de outros quatro países sobre esse tema, o qual será aprofundado com o estudo de caso específico da jurisprudência brasileira, o qual foi julgado recentemente pela justiça estadual paulista⁷. Por derradeiro, pretende-se estabelecer parâmetros de limitação do direito à livre manifestação

⁵ LOPES, Ana Maria Dávila. **Os limites ao poder de legislar em matéria de direitos fundamentais**. Nomos revista do curso de Mestrado em Direito da UFC. Volume 22 – janeiro – dezembro de 2003. p. 58.

⁶ POMPEU, Gina Marcílio. **Direito à Educação: controle social e exigibilidade judicial**. Fortaleza: Editora ABC, 2005.

⁷ Processo número 0100503-06.2012.8.26.0100, julgado pela 2ª Vara Cível da Comarca de São Paulo/SP, em 29/jan./2014. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/esaj>>. Acessado em 30/mar/2014.

artística, mas de modo que não se configure uma espécie de censura, prática incompatível com o Estado Democrático de Direito brasileiro.

2 A COLISÃO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE MANIFESTAÇÃO ARTÍSTICA E O DIREITO À IMAGEM E À HONRA.

Não há como negar que a livre manifestação artística, assim como a própria liberdade de expressão, facilmente podem entrar em conflito com outros direitos fundamentais, em especial com o direito à imagem e à honra dos indivíduos que são mencionados em reportagens e programas humorísticos. No Brasil várias personalidades da política e do meio artístico já se sentiram atacadas por piadas e reportagens feitas por programas televisivos e teatrais de todos os gêneros, em especial os humorísticos. Tais personalidades alegam um dano à imagem e à honra quando são objeto da crítica ou do humor com enfoque em alguma característica peculiar que possuem, como um sobrepeso ou uma deficiência, ou por algum ato a elas atribuído, por exemplo, o envolvimento em algum tipo de escândalo de cunho político ou até mesmo relativo a sua vida privada e seus relacionamentos pessoais.

A questão se torna ainda mais delicada pelo fato de que, na realidade, é o respeito à própria dignidade humana que está em jogo, uma vez que ela está contida em cada um dos núcleos dos direitos fundamentais que estiverem em rota de colisão.

Aqui precisa é a definição de Antonio Perez Luño, o qual explica didaticamente que:

Os direitos fundamentais são um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, igualdade e liberdades humanas, devendo obrigatoriamente ser reconhecidos no ordenamento jurídico positivo e por este garantidos, em âmbito internacional e nacional, gozando no ordenamento nacional de tutela reforçada em face dos poderes constituídos.⁸

Nota-se, assim, que não há como se falar em direitos fundamentais sem que se fale em dignidade humana, pelo que, em ocasiões nas quais a dignidade do titular do direito seja ferida – e aqui pode ser citada a hipótese de o sujeito ter a sua imagem física explorada e divulgada de forma ilegal e abusiva –, terá seu direito atingido e, conseqüentemente, com a violação desse direito fundamental à imagem, o próprio ordenamento restará maculado, vez que todos os direitos fundamentais possuem em seu núcleo a dignidade humana.

⁸ LUÑO, Antônio Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1993. pp. 46-47.

De outro lado, não se pode duvidar que, se de um lado a Constituição Federal de 1988 rechaçou a censura ressaltando a liberdade de expressão, informação e a livre manifestação artística, de outro também albergou a intimidade, a imagem e a honra das pessoas, não sendo possível, por se tratar de direitos de mesma ordem, a pura e simples exclusão de um em face do outro de modo prévio e geral.

Dessa forma, deve ser realçado que a interpretação das normas constitucionais imprescinde de uma análise sob o prisma da ponderação dos bens em jogo, buscando, de um lado, efetivar e, de outro, conciliar os valores em questão no caso concreto, de modo a garantir a unidade do sistema e a proteção à dignidade da pessoa humana, possibilitando, assim, uma harmonização prática dos bens em rota de colisão.

Assim, resta claro que determinado direito, mesmo que possua natureza constitucional, poderá ter o seu âmbito de eficácia limitado por outra norma que tenha a mesma natureza. Nesse caso, em que houver evidente choque entre direitos fundamentais, poderá ser aplicada a regra da ponderação dos valores em colisão. Tal regra induz que o hermeneuta deve em primeiro lugar verificar os valores em rota de colisão, depois analisar se o valor que está sendo suprimido ou mitigado é menos ou mais importante, naquele caso concreto específico, em relação ao valor que está preponderando. Feito isso, deverá resultar no cerceamento do âmbito de abrangência do princípio que, naquele caso isolado, possuir menor importância naquele caso específico.

Nesse ponto, vale o pensamento de Robert Alexy, o qual aduz que a deve ser seguido três passos para que se possa proceder a aplicação do sopesamento de bens:

A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.⁹

Em outras palavras, o hermeneuta deverá analisar, caso a caso, a importância dos valores que estiverem se chocando, devendo dar preferência ao que for mais importante para aquele caso específico em análise. Assim, em um choque entre o direito fundamental à imagem e o direito fundamental à livre manifestação artística, não se poderá criar uma regra

⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 594.

absoluta de prevalência, pois em cada caso deverá ser analisado se a imagem e a privacidade da pessoa em questão deverão prevalecer sobre o interesse do emissor em expor sua opinião.

Nesse tipo de situação, o intérprete deverá sempre lembrar que deve buscar o máximo de efetivação do direito prevalente e, de outro lado, o mínimo de mitigação do direito preterido, sendo essa, em verdade, a regra da otimização dos princípios, a qual somente será efetivada com a aplicação da ponderação entre os bens em conflito.

2.1 A Eficácia Horizontal dos direitos fundamentais: a extensão da eficácia horizontal do direito fundamental à imagem frente a eficácia horizontal do direito à livre manifestação artística.

É de bom alvitre registrar que os direitos fundamentais à livre manifestação artística, à intimidade e à honra, aqui apresentados e que estão em situação de conflito no caso em análise, possuem âmbito de aplicação diretamente relacionados aos particulares, destacando-se, assim, a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que é propriamente a aplicação de direitos fundamentais nas relações formadas entre particulares, sem a intervenção direta do Estado, conforme se demonstrará a seguir.

A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais visa diminuir as hipóteses de desigualdade na aplicação dos direitos fundamentais entre os particulares, evitando, assim, que um viole o direito do outro, além de servir ainda como elemento de incentivo para que o Estado busque cada vez mais assegurar o regular e não abusivo cumprimento de normas de direito fundamental não só na relação Estado-particular, mas também na relação particular-particular.

De fato, se desconsiderarmos os direitos fundamentais que são exclusivamente destinados ao Estado, tais como as normas de organização, a todos os outros direitos fundamentais deve ser reconhecida a plena eficácia entre os particulares, gerando o dever de indenizar quando são exercidos de forma abusiva.

Sobre o tema, o entendimento de Luiz Fernando Calil Freitas:

A par de uma larga margem de indiscutível aplicabilidade dos direitos fundamentais entre os particulares, como nos casos em que especificamente a eles também se dirigem – situações essas de que são exemplos o direito à indenização por dano moral ou material decorrentes do exercício abusivo do direito à livre manifestação

do pensamento, o direito à inviolabilidade do domicílio e o direito ao sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.¹⁰

Nos Estados Unidos a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais não é plenamente aceita, pelo contrário, lá se adota a teoria da ineficácia vertical dos direitos fundamentais, entendendo-se tanto na doutrina como na jurisprudência que os direitos fundamentais somente possuem a eficácia clássica – vertical -, a da relação entre Estado e particulares, e que eventualmente, somente em algumas hipóteses casuísticas e assistemáticas, seguindo a doutrina da *State Action*, os direitos fundamentais teriam eficácia nas relações entre particulares¹¹, pois no geral, para essa teoria apenas os poderes públicos poderiam ser limitados por direitos fundamentais.

Daniel Sarmento traz um trecho da decisão do caso *Lugar vs. Edmondson Oil Co*, o qual bem explica no que consiste a doutrina do *State Action*, conforme se pode ver abaixo:

Nossos precedentes têm insistido em que a conduta supostamente causadora da privação de um direito constitucional (federal) seja razoavelmente atribuível ao estado. Esses precedentes traduzem uma abordagem bipolar do problema da “atribuição razoável”. Em primeiro lugar, a privação tem que decorrer do exercício de algum direito ou prerrogativa criada pelo Estado ou por uma pessoa pela qual o Estado seja responsável. (...) em segundo lugar, a pessoa acusada de causar a privação há de ser alguém de quem razoavelmente se possa dizer que se trata de um “ator estatal”. Isto por ser ele uma autoridade do estado, por ter ele atuado juntamente com uma autoridade estatal ou por ter obtido significativa ajuda de agentes estatais, ou porque a sua conduta é de alguma forma atribuível ao Estado.¹²

Nota-se com o estudo de Daniel Sarmento trazido acima que a doutrina do *State Action* é insuficiente para proteger completamente os direitos fundamentais, uma vez que eles poderão sofrer agressões derivadas de condutas realizadas por particulares ou organizações privadas e não somente pelo Estado, as quais estariam descobertas por essa doutrina que, em verdade, reflete o traço individualista da cultura norte-americana, não sendo a melhor opção para a guarda e conciliação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, como no caso paradigma em estudo.

Outras teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais surgiram e, por questão de zelo acadêmico, faz-se necessário registrá-las, sendo elas: a) *Public Function*:

¹⁰ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais, limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2007. p. 52.

¹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 188.

¹² SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais**: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. CARBONELL, Miguel (org.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 291.

quando particulares agirem no exercício de atividades de natureza tipicamente estatal. Nessa hipótese também estarão sujeitos às limitações constitucionais impostas pelos direitos fundamentais; b) *Eficácia Indireta e Mediata*: aqui a proteção constitucional da autonomia privada pressupõe a possibilidade dos indivíduos renunciarem aos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, o que seria inadmissível nas relações firmadas com o poder público; c) *Eficácia Direta e Imediata*: seria a extensão dos direitos fundamentais à relações entre os particulares; D) *Deveres de Proteção*: defende que cabe ao Estado proteger os direitos fundamentais dos particulares ameaçados pela conduta de outros particulares¹³.

Merece destacar que para a doutrina da eficácia indireta os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, pois assim poderiam ser invocados a partir da Constituição, sendo, assim, uma teoria intermediária entre as doutrinas que negam a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e a que contrariamente admite, ou seja, a da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais. Dessa forma, tal teoria prestigia demasiadamente a autonomia da vontade dos particulares.

Destarte, nota-se que no caso paradigma em estudo pode-se perfeitamente aplicar a horizontalidade dos direitos fundamentais, uma vez que mesmo nas relações entre particulares, ou seja, particular-particular, na hipótese a APAE/SP e o humorista processado, não se tem dúvida de que os direitos fundamentais devem ser efetivados e protegidos, conforme entendimento pacificado na doutrina e jurisprudência brasileira, sendo concretizado no caso concreto em sua maior amplitude possível.

3 A APLICAÇÃO DO MÉTODO DA PONDERAÇÃO PARA SOLUCIONAR ROTAS DE COLISÕES ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIVRE MANIFESTAÇÃO ARTÍSTICA E À IMAGEM E HONRA.

Não há na Constituição Federal brasileira nenhuma norma que preveja expressamente a possibilidade de utilização da ponderação para solucionar conflitos entre direitos fundamentais, sendo, entretanto, esse o método aceito para que o jurista possa pesar os bens e interesses juridicamente albergados e que se mostrem inconciliáveis no caso concreto. Conforme define Jane Reis Gonçalves Pereira:

¹³ SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF**. In: LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. CARBONELL, Miguel (org.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 298.

Ponderação é a técnica interpretativa destinada a identificar e formular a norma jurídica aplicável ao caso concreto que, nas últimas décadas, veio a assumir grande destaque na metodologia das Cortes Constitucionais, sendo empregada como metódica alternativa aos esquemas formalistas. O vocábulo ponderação tem sido usado para designar, de forma genérica, as diversas operações hermenêuticas consistentes em sopesar bens, valores, interesses, normas ou argumentos. Em sentido estrito, a ponderação pode ser definida, de forma esquemática, como a técnica de decisão pela qual o operador jurídico contrapesa, a partir de um juízo dialético, os bens e interesses juridicamente protegidos que se mostrem inconciliáveis no caso concreto, visando a determinar qual deles possui o maior peso e, assim, identificar a norma jurídica abstrata que há de prevalecer como fundamento da decisão adotada.¹⁴

Assim, o Poder Judiciário estaria autorizado a decidir os conflitos que aconteçam entre os mais diferentes direitos fundamentais, como, por exemplo, entre o direito fundamental à livre manifestação artística e o direito fundamental à imagem e à intimidade, aplicando para tanto a regra da ponderação. Registre-se que tal solução se daria em casos concretos e não estabelecendo regras gerais aplicáveis a outros casos, hipótese em que o julgador estaria arbitrariamente usurpando a função precípua do legislativo.

Nesse mesmo sentido, o posicionamento mais uma vez de Daniel Sarmento:

A doutrina e a jurisprudência dominantes, no Brasil e no Direito Comparado, admitem também a realização de restrições a direitos fundamentais operadas no caso concreto, através de ponderações de interesses feitas diretamente pelo Poder Judiciário, em casos de conflitos entre princípios constitucionais não solucionados previamente pelo Legislativo, ou quando o equacionamento da questão empreendida por ele se revele inconstitucional.¹⁵

Da mesma forma é posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o qual no julgamento da Ação de Descumprimento de preceito Fundamental nº. 130, a qual analisou a constitucionalidade da Lei 5.250/1967 – Lei de Imprensa-, destacou a importância do método da ponderação, conforme pode ser visto abaixo:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA “LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA”, EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A “PLENA” LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE

¹⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições ao direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 220.

¹⁵ SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 294.

PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.¹⁶

Referida regra de ponderação ainda pode ser definida em três estágios, a saber: a) a definição pelo intérprete da intensidade da intervenção que um dos direitos em jogo sofrerá; b) o esclarecimento da importância do direito fundamental que prevaleceu em detrimento do outro que estava em rota de colisão; c) realizar a ponderação especificamente, analisando se a predileção por um determinado direito fundamental é capaz de justificar o afastamento do outro direito envolvido naquele caso concreto.

Por uma questão de honestidade acadêmica, não se pode omitir as críticas que o método da ponderação vem sofrendo, principalmente por se sujeitar ao subjetivismo de que o aplica, o que pode, pelo menos em tese, gerar uma espécie de decisionismo jurisprudencial. Nesse particular importante a lição de Ana Maria D'Ávila Lopes, a qual aponta uma possível solução para o problema, indicando uma alternativa mais racional para a aplicação do método:

Atualmente, o método sugerido pelo setor da doutrina que admite a dimensão axiológica dos direitos fundamentais é o da ponderação de bens, o qual não é isento de críticas, pois argumenta-se que não constitui um método racional por sujeitar-se

¹⁶ Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acessado em 08/mai/2014, 20h30.

ao arbítrio de quem o realiza, provocando o surgimento de um claro subjetivismo e decisionismo jurisprudencial. Talvez a solução contra um modelo arbitrário de ponderação fosse o estabelecimento de um modelo, não de decisão, mas de fundamentação, baseado não em processos psíquicos, mas racionais, como proposto por Alexy¹⁷.

Importa destacar que o método da ponderação difere da aplicação do princípio da proporcionalidade, uma vez que este somente deve ser aplicado quando houve uma norma ou sentença do poder público que vise limitar um direito fundamental, o que reforça a idéia de que no presente caso em análise deve ser aplicado o método da ponderação de bens, pois não há nenhuma norma estatal limitando qualquer direito fundamental, mas sim a um choque entre dois direitos fundamentais em uma relação entre particulares.

Em suma, quanto maior for a intervenção ou o afastamento de um direito fundamental, maiores terão que ser as justificativas para esse afastamento. Na verdade, buscase saber quais serão as conseqüências com a prevalência de um direito sobre outro, o que somente pode ser analisado caso a caso, pois as circunstâncias fáticas podem determinar a variável da dimensão de peso que cada direito possui a depender de cada caso concreto, não sendo possível, assim, se estabelecer uma regra prévia e absoluta de definição de rotas de colisão entre direitos fundamentais¹⁸, daí a relevância do método da ponderação.

Registre-se ainda que as antinomias entre os princípios de natureza constitucional podem acontecer de três modos, a saber: a) total-total; b) total-parcial; c) parcial-parcial¹⁹. No primeiro caso, nenhuma das duas normas pode ser aplicada sem entrar em conflito com o previsto na outra; na segunda hipótese, uma das normas de maneira nenhuma pode ser aplicada sem entrar em conflito com a outra, a qual ainda tem um âmbito de aplicação que pode ser efetivado sem entrar em conflito com a primeira norma; já no terceiro modo, cada uma das normas possui um âmbito de aplicação que pode ser efetivado sem entrar em conflito com a outra. Em todas essas hipóteses poderá ser aplicado o método da ponderação para se chegar à solução do conflito, assim como o foi no caso em estudo, o qual será a seguir analisado.

¹⁷ LOPES, Ana Maria D'ávila. **Hierarquização dos direitos fundamentais?** Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 169 - 170.

¹⁸ Os conflitos próprios do constitucionalismo contemporâneo ocorrem frequentemente entre direitos fundamentais justamente porque não é possível hierarquizá-los em abstrato dada a sua fundamentalidade. V. MORESO, José Juan. **Conflictos entre principios constitucionales**. In: CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s), 2003; e BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Reovar, 2005.

¹⁹ ROSS, Alf Direito e Justiça. São Paulo: Edipro, 2000. p. 158.

4 CASOS DE ROTAS DE COLISÃO ENTRE O DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO ARTÍSTICA E O DIREITO À IMAGEM E À INTIMIDADE NO DIREITO COMPARADO.

No direito comparado podem ser encontrados vários casos em que o direito à livre manifestação artística ou a liberdade de expressão entram em colisão com outros direitos de natureza fundamental. Nota-se da análise das decisões abaixo comentadas que nesses casos a jurisprudência internacional tem se apegado ao método da ponderação dos bens e valores em jogo, a fim de solucionar, caso a caso, ou seja, sem uma regra prévia de solução desses conflitos. Percebe-se também que há um sentimento universalizado de combate à censura prévia ao direito à liberdade de expressão e à livre manifestação artística, fazendo com que esses direitos tenham um âmbito de restrição extremamente pequeno diante de outros.

Passa-se, assim, a analisar o direito comparado de quatro países distintos a fim de se correlacionar tais entendimentos jurisprudenciais das cortes constitucionais com o posicionamento adotado pela justiça paulista no caso-paradigma objeto deste estudo, assim como com o posicionamento do próprio Supremo Tribunal Federal.

4.1 Na Alemanha: Caso Lüth vs. Harlan²⁰.

Há cinquenta anos o Tribunal Federal alemão enfrentou um dos julgamentos mais importantes para o direito constitucional moderno, uma vez que dele derivou vigorosa e densa discussão doutrinária sobre hermenêutica constitucional, o qual ficou conhecido como caso Lüth. Tratava-se de uma ação de reparação de danos movida pelo cineasta Veit Harlan, o qual detinha grande prestígio durante a Segunda Guerra, pois era o principal produtor de filmes que divulgavam o nazismo, contra um judeu chamado Eric Luth, líder de uma campanha de boicote ao filme *Amada Imortal*, obra que mesmo tendo sido produzida pelo cineasta em comento, nenhuma relação tinha com o nazismo ou qualquer tipo de discriminação contra judeus. Em face do referido boicote, o filme foi um fracasso, gerando um enorme prejuízo financeiro para o cineasta Viet Harlan, o qual acionou a justiça alemã pedindo uma indenização pelos prejuízos que teve devido à campanha para o boicote liderada por Lüth, ato considerado ilícito pelo cineasta.

²⁰ SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Org: Leonardo Martins Montevidéo: Konrad Adenauer Stiftung E.V, 2008, p. 381.

O caso importa para este trabalho, pois traz o posicionamento da Corte Constitucional alemã, a qual a partir desse julgamento criou um forte precedente sobre a solução do conflito entre direitos fundamentais, em especial quando envolver o direito fundamental à livre manifestação, alegado por Eric Lüth para poder criticar o filme. Eric Lüth ganhou em última instância a ação, tendo sido reconhecido que o exercício ao direito de expressão não configurou um ato ilícito apto a gerar qualquer tipo de indenização. Entretanto, mais importante que o próprio posicionamento da Corte alemã, foi o legado doutrinário que a mesma deixou com essa decisão, uma vez que a partir dela se destacou a necessidade da aplicação do método da ponderação, bem como o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, conceitos que necessariamente têm que ser aplicados em caso como o objeto desse artigo, o qual envolve o conflito entre direitos de natureza fundamental.

Destarte, não resta dúvida de que a jurisprudência alemã já há um longo tempo tem se posicionado pela aplicação do método da ponderação dos bens em jogo, a fim de solucionar rotas de colisão entre direitos fundamentais, método que aqui se defende como o mais eficaz em hipóteses como a analisada no caso paradigma desse artigo.

4.2 Nos Estados Unidos da América: Caso Jerry Falewll vs. Larry Flint²¹

Larry Flint era o editor da revista Hustler, especializada em conteúdos pornográficos, o qual foi processado por ter publicado uma brincadeira com conotação sexual envolvendo o Reverendo Jerry Falewll, tendo a Suprema Corte dos Estados Unidos entendido que a publicação era lícita, por estar albergada pelo direito à liberdade de expressão, o qual está no cerne da primeira emenda constitucional norte-americana.

A Suprema Corte, ao deparar com o conflito entre o direito à livre manifestação de Larry Flint e o direito à imagem do Reverendo Falewll, preferiu aquele direito, tendo sustentado o seu entendimento com os seguintes argumentos: I) a livre circulação de idéias encontra-se no coração da primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos e deve ser tida como um dos direitos mais importantes do ordenamento norte-americano; II) as figuras públicas estão sujeitas a uma crítica mais intensa da mídia e do público de um modo geral; III) que as sátiras estão protegidas pela liberdade de manifestação de pensamento; IV) que mesmo os discursos ofensivos e desagradáveis estão, em princípio, protegidos pela liberdade de

²¹LINERA, Presno. **The people vs. Larry Flynt: los derechos de las personas en su dimensión privada y social**. Disponível em www.derechoyreves.com. Acessado em: 08 de maio de 2014.

expressão, ainda que a sociedade não simpatize com as idéias. Assim, na decisão do caso Jerry Falwell vs. Larry Flint fica clara a opção da jurisprudência norte-americana pela prevalência do direito à livre manifestação do pensamento, aplicando-se para tanto o método da hierarquização²² ao invés da ponderação.

4.3 No Peru: Caso CAJA RURAL DE AHORRO vs. CRÉDITO DE SAN MARTIN

A jurisprudência da Corte Constitucional peruana se posicionou de modo claro contra qualquer tipo de censura prévia ao direito de expressão e livre manifestação artística, tendo sido ressaltado no caso CAJA RURAL DE AHORRO vs. CRÉDITO DE SAN MARTIN, que os direitos à honra e à boa reputação continuam protegidos, mesmo que nesse caso concreto tenham sido afastados para que prevalecesse a liberdade de expressão, restando firme o direito à reparação de natureza cível e até mesmo sanções criminais em caso de abuso do direito preferido nessa hipótese.

Destacou-se ainda na decisão a necessidade de aplicação do método da ponderação, conforme se pode ver de trecho do julgado abaixo transcrito:

Prohibición de impedimento, censura previa o autorización al ejercicio de la libertad de información. Así las cosas, el Tribunal Constitucional considera que, sólo en apariencia, en el caso de autos se presenta un conflicto entre dos derechos constitucionales (el derecho a la buena reputación y las libertades informativas) que debe ser resuelto conforme a la técnica de la ponderación de bienes, derechos e intereses constitucionalmente protegidos, esto es, aquella según la cual ha de prestarse una más intensa tutela a la libertad de información si, en el caso, la información propalada tiene significación pública, no se sustenta en expresiones desmedidas o lesivas a la dignidad de las personas o, pese a ser falsa, sin embargo, ésta no se ha propalado animada por objetivos ilícitos o socialmente incorrectos del informante. Sostiene el Tribunal Constitucional que, en el presente caso, se trata de una apariencia de conflicto entre dos derechos constitucionales susceptible de ser medido bajo aquel *test* al que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, pues, conforme se desprende del artículo 2º, inciso 4), de la Constitución vigente, cuando, como consecuencia del ejercicio de las libertades informativas, se transgreden otros derechos constitucionales, como los derechos al honor o a la buena reputación, su tutela no puede significar que, con carácter preventivo, se impida a que un medio de comunicación social, cualquiera que sea su naturaleza, pueda propalar la información que se considera como lesiva, pues ello supondría vaciar de contenido a la cláusula que prohíbe la censura previa, la que proscribiera el impedimento del ejercicio de tales libertades y, con ellos, la condición de garantía institucional de las

²² Hierarquização é o método utilizado para definir por uma espécie de escalonamento valorativo, a hierarquização entre os bens e valores, a qual deve ser aplicada para se escolher qual direito deve prevalecer no caso concreto na hipótese de entrarem em choque. In: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 219.

libertades informativas como sustento de un régimen constitucional basado en el pluralismo²³.

Aqui é importante frisar, além do destaque dado à aplicação do método da ponderação, que a decisão da Corte Constitucional peruana foi consoante aos ditames da Corte Interamericana de Derechos Humanos, a qual repudia o controle prévio da liberdade de expressão e, conseqüentemente, também da livre manifestação artística, afirmando que o que deve ser feito em casos de eventuais abusos desse direito é a reparação do dano causado à vítima, mas não a censura prévia, mesmo posicionamento adotado pela jurisprudência brasileira, conforme será visto adiante.

Nesse ponto, assim entendeu a Corte Constitucional do Peru que:

Desde luego, lo anterior no significa que los derechos al honor o a la buena reputación, mediante estas libertades, queden desprotegidos o en un absoluto estado de indefensión, pues, en tales casos, el propio ordenamiento constitucional ha previsto que sus mecanismos de control tengan que actuar en forma reparadora, mediante los diversos procesos que allí se tienen previstos. Tal criterio, a su vez, es el mismo que ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención". "El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido" (OC-5/85, citada, párrafo. 38 y 39, respectivamente). Por todo ello, considera el Tribunal Constitucional que la pretensión formulada por la demandante, en el sentido de que se expida una orden judicial en virtud de la cual se impida que los emplazados puedan seguir difundiendo hechos noticiosos, es incompatible con el mandato constitucional que prohíbe que se pueda establecer, al ejercicio de la libertad de información y expresión, censura o impedimento alguno. En consecuencia, considera que la pretensión debe desestimarse, dejándose a salvo el derecho de la recurrente para que, de ser el caso, ejerza su derecho de rectificación o, en su momento, haga valer sus derechos en la vía civil o penal, conforme a ley. Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica. FALLA: CONFIRMANDO la recurrida, que, revocando la apelada, declaró IMPROCEDENTE la acción de amparo. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.²⁴

Nota-se, dessa forma, que no Peru, assim, como nos Estados Unidos, a liberdade de expressão e a livre manifestação artística possuem uma importância tamanha que não podem ser censuradas previamente, mesmo que sejam eivadas de certa dose de agressiva ou qualidade crítica questionável.

²³ Disponível em: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00905-2001-AA.html>. Acessado em 20 de mar. de 2014, às 14:33.

²⁴ *Id.*

4.4 No Egito: Caso Bassem Youssef

O humorista egípcio Bassem Youssef teve sua prisão decretada em março de 2013, após fazer uma piada envolvendo o Islã e o presidente Mohamed Morsi, em seu programa de televisão. O caso teve enorme repercussão, uma vez que foi considerado por muitos egípcios um duro ataque à liberdade de manifestação e expressão, direitos que acreditavam ter adquirido após a deposição do Ex-Presidente Hosni Mubak, ocorrida em face do movimento popular denominado de Primavera Árabe, conforme relatou o correspondente jornalístico da Euronews no Cairo Mohammed Shaikhibrahim:

As ameaças do presidente egípcio de prender os que chama “desordeiros” e acusar jornalistas de conspirar contra a segurança e estabilidade do país, começam a concretizar-se levando o primeiro jornalista a tribunal. Contudo, os manifestantes consideram isso uma infração à liberdade de imprensa que sonhavam ter no Egito após a revolução”, sublinhou Mohammed Shaikhibrahim, correspondente da Euronews no Cairo.²⁵

No artigo 44 da atual Constituição egípcia²⁶, ratificada em dezembro de 2013, há vedação expressa a insultos ou abuso de todos os profetas e mensageiros religiosos, mas de outro lado no artigo seguinte²⁷ há expressa garantia a liberdade de expressão e manifestação de pensamento. Assim, diante desse conflito de direitos, a Suprema Corte egípcia rejeitou a ação criminal movida contra ele pelos supostos insultos que teriam se configurado pela piada feita em seu programa televisivo, prestigiando o direito à livre manifestação artística do humorista, prevista, como dito no artigo 45 da recente Constituição do Egito.

5. ANÁLISE E CRÍTICA DA DECISÃO DO CASO PARADIGMA: ASSOCIAÇÃO DE PAIS E AMIGOS DOS EXCEPCIONAIS DE SÃO PAULO – APAE VS. RAFAEL BASTOS HOCSMAN - PROCESSO NÚMERO 0100503-06.2012.8.26.0100, JULGADO PELA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SÃO PAULO/SP

²⁵ Disponível em <http://pt.euronews.com/2013/04/01/egito-bassem-youssef-respondeu-por-acusacoes-de-insultos-ao-presidente/>. Acessado em 20 de mar. de 2014, às 16:13.

²⁶ Constituição do Egito – Art. 44: O insulto ou a injúria de todos os mensageiros e profetas religiosos será proibido. Disponível em <http://complexmundi.blogspot.com.br/2012/12/a-nova-constituicao-do-egito.html>. Acessado em 28 de abr. de 2014, às 10:13.

²⁷ Art. 45 – Constituição do Egito: A liberdade de pensamento e opinião será garantida. Todo indivíduo tem o direito de expressar uma opinião e a disseminá-la verbalmente, por escrito ou por ilustração, ou por qualquer outro meio de publicação e expressão. Disponível em <http://complexmundi.blogspot.com.br/2012/12/a-nova-constituicao-do-egito.html>. Acessado em 28 de abr. de 2014, às 10:16.

O comediante brasileiro Rafael Bastos Hoczman, conhecido como Rafinha Bastos, durante a gravação do seu show a ser comercializado em DVD, contou uma piada²⁸ envolvendo a APAE, o que gerou revolta em seus dirigentes e em pessoas ligadas à instituição, tendo sido ajuizada uma ação ordinária perante a 2ª Vara Cível da Comarca de São Paulo/SP, na qual se pediu liminarmente a proibição de comercialização do referido DVD e no mérito uma indenização pelo suposto dano moral causado pela agressão à imagem e à honra dos autores. A liminar foi deferida e posteriormente cassada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em sede de julgamento de recurso de agravo de instrumento. No mérito o juízo paulista julgou a ação improcedente, fundamentando a decisão em: *a) a expressão humorística deve ser respeitada num grau extremamente elástico, independentemente do tipo, da qualidade e do assunto abordado; b) não ocorrência de ato ilícito; c) a qualidade do humor deve ser analisada por outras ciências, tais como as ciências sociais e a psicologia, e não pelo Direito; d) do conflito entre a liberdade de expressão e da atividade artística e a proteção aos direitos da personalidade, nesse caso, não houve repercussão direta na esfera de personalidade dos autores; e) o promovido agiu em exercício regular de direito, protegido pelo direito à liberdade de expressão e manifestação artística.* A parte autora interpôs contra essa sentença recurso de apelação, o qual está no aguardo de julgamento.

Apesar dos fundamentos trazidos pela sentença em análise, tem-se que frisar que nem tudo o que se pratica no suposto exercício de um determinado direito encontra abrigo no seu âmbito de proteção²⁹. Assim tem-se que o direito à livre manifestação artística nem sempre permitirá a realização de piadas de todas as espécies. Não se quer dizer aqui que caberá ao direito, em especial ao judiciário, escolher quais piadas podem ser feitas ou não, mas sim que deverá haver uma análise *a posteriori*, ou seja, não se trata de censura prévia, para se averiguar se determinada piada ao ser contada possuía o nítido caráter de injuriar ou atingir de forma dolosa a imagem ou a honra de outrem.

Destarte, deveria o juiz do caso paradigma aqui em estudo ter procurado na sua decisão identificar o exato âmbito de proteção que o direito fundamental à livre manifestação artística dedica à atividade humorística para, a partir de então, verificar, sopesando, a intensidade da rota de colisão em que ele se encontra com outros direitos fundamentais.

²⁸ A piada dizia o seguinte: “Um tempo atrás eu usei preservativo com efeito retardante... efeito retardante... retardou... retardou... retardou... tive que internar meu pinto na APAE... ta completamente retardado hoje em dia... eu tiro ele prá fora e ele - grunhidos inteligíveis”. – retirada da sentença

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Repertório de Jurisprudência – 1ª Quinzena de março de 2003 – nº. 5/2003 – Volume I.

Nesse contexto, choques entre o direito fundamental à livre manifestação artística e o direito à imagem, à honra ou a vida privada, como no caso em exame nesse estudo, facilmente podem ocorrer³⁰, sendo necessário que o Judiciário ao analisá-las não somente escolha um dos direitos em choque, mas aprecie o peso de cada um e delimite o seu âmbito de proteção em cada caso concreto após a aplicação do método da ponderação.

Assim, verifica-se que no caso em exame, apesar de a decisão ter prestigiado a liberdade de manifestação artística do humorista processado, não procedeu a uma apurada e necessária fundamentação hermenêutica, vez que não trouxe expressamente a análise, pelo prisma da ponderação dos princípios em jogo, dos limites e pesos de cada um dos direitos fundamentais concorrentes³¹, pelo que merece ser nesse ponto criticada.

De todo modo a decisão em comento teve o mérito de expressar a limitação que efetivamente deve ser imposta ao Estado-juiz de não fazer uma análise sobre a qualidade do humor praticado, uma vez que somente cabe ao Judiciário verificar se aquele humor, seja ele bom ou mal, de qualidade ou sem qualidade, configurou algum ato ilícito dirigido a determinada pessoa e que com isso se feriu a intimidade, a imagem ou a honra do sujeito, hipóteses tais que ensejariam uma indenização pelos danos causados.

5.1 Delimitação do exercício do direito fundamental à livre manifestação artística quando estiver em choque com o direito fundamental à honra e à imagem.

Percebe-se da análise da doutrina e jurisprudência internacional e brasileira que o direito fundamental à livre manifestação artística goza de reconhecido prestígio e que somente deve ser limitado ou cerceado em hipóteses específicas e excepcionais, nas quais for dolosamente utilizado para atingir a honra, a imagem ou intimidade de outrem. Nessas hipóteses, terá se configurado em verdadeiro ato ilícito capaz de gerar direito à indenização por danos morais.

³⁰ A liberdade artística, intelectual, científica ou de comunicação (CF, art. 5º, IX) pode entrar em colisão com a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas (CF, art. 5º, X). V. FARIAS, Edimilson. **Colisão de direitos – a honra, intimidade, vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Fabris editor, 1996, p. 94.

³¹ No plano da aplicação, efetivamente ocorrem questões de concorrência (e não de contradição entre princípios), e discursivamente, agora com base não mais nas normas, mas nos fatos envolvidos no caso concreto, é possível fazer um princípio concorrente passar para um segundo plano, a fim de dar uma solução para um caso que não permita a compatibilização de dois princípios. (Tradução Livre).In: GÜNTHER, Klaus. **Application Discourses in Morality and Law. The Sense of Appopriateness**. Albany, State University of de New York, 1993. p. 192.

Aqui ousamos criticar a sentença em análise, pois mesmo que se reconheça que ela frisou que a piada contada pelo humorista processado não configurou ato ilícito capaz de gerar a indenização pleiteada pela entidade autora, de outro lado não delimitou expressamente o âmbito de abrangência da proteção constitucional à livre manifestação artística, o que, por certo, deveria ter sido feito nessa decisão.

Assim, defende-se aqui que quando não se conseguir constatar que o humor ou outra manifestação artística foi exercido com o designo de macular ou atingir a honra, a imagem ou a intimidade de terceiros, não poderá ser limitado ou utilizado como causa de pedir de uma ação de indenização, uma vez que terá configurado mero exercício regular do direito fundamental à livre manifestação artística, sem esse o limite que se apresenta nesse trabalho para o exercício da livre manifestação artística.

Dessa forma, não se poderá impor uma censura prévia a qualquer ato de humor ou manifestação artística sob o pretexto de que poderá atingir outros direitos fundamentais de terceiros, os quais, se de fato forem atingidos, aí sim poderão gerar direito à reparação pelo dano causado e até mesmo o cerceamento da continuidade da manifestação artística que lhes tiver atingido, a qual, nessa hipótese, estará sendo exercida com abuso de direito.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que acima foi analisado, tem-se que a Constituição Federal Brasileira reconhece em seu artigo 5º como direitos fundamentais, entre outros, tanto a livre manifestação artística, como a imagem, intimidade e honra das pessoas.

Como reconhecido pela teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, referidos direitos têm âmbito de aplicação direto nas relações entre os particulares, sendo, assim, possível e cada vez mais comum diante dos atuais meios de comunicação em massa que tais direitos entrem choque, devendo, nesses casos, o Estado-juiz fazer um juízo de ponderação em cada caso concreto para se definir qual dos direitos em colidentes deve prevalecer naquela situação específica.

Assim, nesses casos, deverá o juiz proceder a uma análise do peso que cada um desses direitos possui em cada caso concreto, aplicando, para tanto, o método da ponderação dos bens que estiverem em jogo. Esse método deverá buscar efetivar o direito escolhido como prevalente da mais ampla maneira possível, procurando, ao mesmo tempo, mitigar ao menos

possível o direito preterido no caso concreto, harmonizando-os e solucionando, assim, o conflito entre eles.

Inúmeras Cortes e Tribunais Constitucionais de vários países, entre os quais Alemanha, Peru, Egito e Brasil, têm aplicado inequivocamente o método da ponderação para solucionar os conflitos entre direitos fundamentais. Nos Estados Unidos da América há certa resistência na aplicação do mencionado método, sendo preferido o método da hierarquização dos direitos fundamentais.

Pela análise do caso paradigma deste estudo envolvendo o processo movido pela APAE contra o humorista Rafinha Bastos, em que a instituição reclamou ter sofrido danos à imagem e à honra por ter sido envolvida em uma piada contada pelo referido artista, notou-se o claro choque entre tais direitos fundamentais, assim como a utilização mesmo que não expressa do método da ponderação de bens em conflito, reconhecendo, nesse caso concreto, que o humorista, ao contar a piada, não teve a intenção de atingir a imagem ou a honra da instituição autora, nem tampouco de seus membros, tendo ele agido em exercício regular da sua profissão e, assim, não teria cometido nenhum ato ilícito que justificasse a procedência da ação e a conseqüente indenização.

Diante de todo o exposto, em especial do estudo doutrinário e jurisprudencial do direito comparado, não restam dúvidas de que em casos de choques entre direitos fundamentais o método da ponderação de bens poderá ser utilizado pelo estado-Juiz a fim de solucionar o conflito em questão, possibilitando a prevalência do direito fundamental que tiver maior peso e importância em cada caso concreto, sem, contudo, proibir que em outros casos o direito que nesse foi preterido possa vir a preponderar. Por fim, destaca-se que pelo estudo aqui realizado pode se firmar os seguintes parâmetros para o exercício regular do direito fundamental à livre manifestação artística no Brasil: a) que o ato não se configure como ilícito; b) que não tenha havido dolo, ou seja, o desígnio de macular ou atingir a honra, a imagem ou a intimidade de terceiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FARIAS, Edimilson. **Colisão de direitos – a honra, intimidade, vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais, limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2007.

GÜNTHER, Klaus. **Application Discourses in Morality and Law. The Sense of Appopriateness**. Albany, State University of de New York, 1993.

LINERA, Presno. **The people vs. Larry Flynt: los derechos de las personas en su dimensión privada y social** Disponível em www.derechoyreves.com. Acessado em: 08/mai/2014.

LOPES, Ana Maria Dávila. **Os limites ao poder de legislar em matéria de direitos fundamentais**. Nomos revista do curso de mestrado em direito da UFC. Volume 22. jan./dez./2003.

_____. **Os direitos fundamentais como limite ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

_____. **Hierarquização dos direitos fundamentais?** Revista de Direito Constitucional e Internacional. V.9, nº. 34. p. 168-183, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LUÑO, Antônio Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1993.

MACEK, Jakub. **Defining cyberculture, jul. 2005**. Disponível em: <http://macek.czechian.net/defining_cyberculture.htm>.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Repertório de Jurisprudência – 1ª Quinzena de março de 2003 – n.º. 5/2003 – Volume I. São Paulo: IOB.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições ao direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Soares, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Direitos Humanos Atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

POMPEU, Gina Marcílio. **Direito à Educação: controle social e exigibilidade judicial**. Fortaleza: Editora ABC, 2005.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2000.

ROVIRA VIÑAS, Antoni. **El Abuso de los Derechos Fundamentales**. Barcelona: Península, 1983.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF**. In: LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. CARBONELL, Miguel (org.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2011.

SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Org: Leonardo Martins Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung E.V, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2006.