

Dilemas da liberdade de expressão e da solidariedade

Fernanda Nunes BARBOSA*

Thamis Dalsenter Viveiros de CASTRO**

SUMÁRIO: Introdução; – 1. O princípio da dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão na legalidade constitucional; – 2. Privacidade como liberdade; – 3. Dimensões da solidariedade; – 4. Aplicações concretas do princípio da solidariedade como limite à liberdade de expressão; – Conclusão; – Referências bibliográficas.

RESUMO: O artigo analisa os desafios que decorrem da aplicação concreta do princípio da solidariedade como limite à liberdade de expressão, tendo como premissa o princípio da dignidade da pessoa humana na legalidade constitucional e seus desdobramentos nas relações jurídicas de direito privado.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de expressão; solidariedade; dignidade da pessoa humana.

TITLE: Dilemmas of Freedom of Speech and Solidarity

ABSTRACT: The article analyzes the challenges that arise from the concrete application of the principle of solidarity as a limit to freedom of expression, from the premise of the principle of human dignity in the constitutional legality and its developments in the legal relations of private law.

KEYWORDS: Freedom of speech; solidarity; human dignity.

Introdução

A liberdade de expressão e os limites que podem ser legitimamente impostos ao seu exercício suscitam fortes controvérsias em uma democracia pluralista. As dificuldades práticas e teóricas que envolvem o tema intensificam-se diante de hipóteses concretas de colisão de direitos e da aplicação do princípio da solidariedade nessas situações, formando verdadeiros dilemas que desafiam o civilista contemporâneo a encontrar saídas para superar o modelo individualista de autonomia privada diante dos imperativos constitucionais que vinculam a dignidade da pessoa humana à liberdade e à solidariedade social.¹

* Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora de Direito Civil da Faculdade Porto-Alegrense/FAPA.

** Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professora de Direito Civil da PUC-Rio.

¹ Sobre a solidariedade e a tutela da pessoa humana, Maria Celina Bodin de Moraes esclarece que “A solidariedade é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana. No contexto atual, a lei maior determina – ou melhor, exige – que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de

Desde que a Constituição Federal de 1988 assentou que o equilíbrio entre a liberdade e a solidariedade é premissa inafastável para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente em sua perspectiva coexistencial, a ponderação concreta de todos esses interesses passou a ser uma preocupação comum a civilistas e constitucionalistas que se ocupam do estudo do regime das liberdades nas esferas pública e privada, mais ainda aos que se dedicam ao direito à livre manifestação de ideias.

Nesse sentido, as reflexões apresentadas nesse artigo partem da necessária conexão e do diálogo entre os embates teóricos que rondam o tema e os desafios enfrentados pelos tribunais diante de casos que se tornam verdadeiros dilemas jurídicos envolvendo o direito à liberdade de expressão e seus limites em relação ao princípio da solidariedade, que nasce, como conceito estruturado, como ideologia, ao final do século XIX, implicando uma nova representação do laço social e político, que leva a uma profunda transformação dos modos de gestão do social e das formas de intervenção pública² e é positivado, no Brasil, no art. 3º, I, da CF/88.

1. O princípio da dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão na legalidade constitucional

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição federal de 1988 promoveu um verdadeiro giro axiológico no regime das liberdades, tanto as públicas como as privadas. Considerando a consagrada vocação que as liberdades possuem para garantir o desenvolvimento individual de cada pessoa, o texto constitucional avançou e tratou de evidenciar o importante papel que a liberdade possui para efetivar também a coexistência pacífica entre as diversas visões de mundo que podem se apresentar num ambiente pluralista. Especificamente sobre a liberdade de expressão, a dimensão do outro representa uma das mais importantes funções da livre manifestação da opinião individual e coletiva, que é a “garantia de uma esfera de discurso público aberta e pluralista”.³ Trata-se, com efeito, de uma liberdade que se refere também à alteridade.

Essa capacidade para projetar socialmente seus efeitos parece ser, aliás, um dos fundamentos nos quais se embasam os teóricos que defendem o caráter preferente da

nós.” BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. *In*: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 247.

² RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà: un'utopia necessaria*. Roma-Bari: Laterza, 2014, p. 21.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E. M.; GAIO JÚNIOR, Antônio P. *Biografias não autorizadas versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 27-28.

liberdade de expressão frente a outros direitos de vocação mais privada, como é o caso do direito à imagem, à privacidade e à honra.⁴ Trata-se, para os defensores dessa noção preferencial, de direito fundamental que assume posição privilegiada em caso de colisão com outros direitos constitucionalmente garantidos, por ser o fundamento para o exercício das demais liberdades asseguradas constitucionalmente.⁵

Acerca desse tormentoso terreno das colisões de direitos fundamentais envolvendo as liberdades, parece mais acertado afirmar que, diante da ausência de uma norma expressa que determine qual dos direitos deve prevalecer em abstrato, a noção de prevalência não pode ser um dado *a priori*. Em outras palavras, a ideia de que um direito fundamental possa prevalecer sobre outro só pode ser o resultado do sopesamento concreto dos interesses em jogo, configurando-se, assim, uma relação de prevalência condicionada, mas jamais uma premissa ou um ponto de partida de que pode se servir o intérprete para realizar a ponderação dos direitos que estão em conflito. Nesse sentido, será possível sustentar que, em determinadas condições, “o direito “x” prevalece sobre o direito “y”. Noutras condições, a relação de prevalência pode ser diversa”.⁶

O caso Lebach pode ser bastante útil para compreender-se como as condições são determinantes para o resultado da ponderação dos interesses contrapostos. Em 1969, a emissora alemã ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen* – Segundo Canal Alemão) anunciou a exibição do documentário “O assassinato dos soldados em Lebach”. O documentário foi baseado no crime real que abalou os moradores de Lebach, uma pequena cidade que fica a oeste da República Federal da Alemanha, na qual quatro soldados do exército alemão foram brutalmente assassinados enquanto dormiam. Os autores do delito também roubaram armas e munições. Quatro anos após o crime, a emissora exibiria o documentário contendo fotos e nomes de todos os acusados, às vésperas da libertação de um dos condenados, que já havia cumprido parte de sua pena.

Diante da intenção da emissora alemã, o terceiro acusado pelo crime que chocou Lebach obteve em juízo medida liminar para impedir a exibição do documentário, alegando em sua defesa que a transmissão do programa impediria o seu processo de

⁴ Para uma análise aprofundada sobre o tema, cf. LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de Expressão e Direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 395-408.

⁵ BINENBOJM, Gustavo Petição Inicial na ADIN 4815, p. 10. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4271057>>. Acesso em 20 de setembro de 2017.

⁶ SCHREIBER, Anderson. Direito e Mídia. _____ . (coord) *Direito e Mídia*. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, p. 15.

ressocialização e violaria o seu direito à privacidade. A medida liminar não foi deferida nas instâncias ordinárias, nas quais prevaleceu a alegação da emissora de que a não exibição do programa violaria a liberdade de expressão e de informação. O caso chegou ao Tribunal Constitucional Federal e na reclamação constitucional o acusado buscou a tutela do seu direito de desenvolvimento da personalidade, que possui previsão constitucional na Alemanha. Diante do conflito entre o direito à informação e o direito da personalidade, o TCF decidiu pela prevalência do direito à privacidade e à ressocialização frente à liberdade de expressão. As condições apresentadas levaram o Tribunal a decidir⁷ que a emissora não poderia exibir o documentário se a imagem do acusado/reclamante fosse utilizada no programa ou mesmo se o seu nome fosse mencionado.

Voltando às considerações acerca do conteúdo do direito à liberdade de expressão, é preciso ressaltar que esse tipo de liberdade possui uma dupla dimensão. Como define Jónatas Machado a *dupla dimensão* desse direito compreende a *dimensão substantiva*, que envolve a própria atividade de “pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la”, e a *dimensão instrumental*, que traduz “a possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento”.⁸ Em seu sentido amplo, que engloba as duas dimensões mencionadas, a liberdade de expressão “pretende desbloquear os canais da comunicação em todos os domínios da vida social, em nome da autonomia individual e coletiva e da voluntariedade da interação social”.⁹

Essa configuração teórica que reforça o importante papel da liberdade de expressão para o funcionamento da democracia parece refletida também no quadro legislativo brasileiro. Além da proteção constitucional se dar por meio de distintos enunciados normativos,¹⁰ na ordem internacional o Brasil é signatário de tratados que igualmente

⁷ Em trecho da decisão do TCF, verifica-se a aplicação do princípio da proporcionalidade para determinar a prevalência do direito à privacidade frente ao direito à informação: “Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (ressocialização).” Cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina; KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Dilemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

⁸ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 417.

⁹ *Ibidem*, p. 15.

¹⁰ No Título II – Dos direitos e garantias fundamentais, Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos, da Constituição Federal, tem-se que: IV – “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; IX – “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”; e XIV – “é assegurado a todos o acesso à informação e

afirmam a liberdade de expressão, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, onde se lê, no art. XIX, que: “Toda pessoa 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”. Da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) – Pacto de San José da Costa Rica – extrai-se também que toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão.¹¹

Mesmo diante da farta previsão legislativa, a liberdade de expressão vem ocupando papel de destaque nos tribunais brasileiros, especialmente nas últimas duas décadas, quando se intensificaram as controvérsias sobre a sua aplicação concreta. De fato, o Supremo Tribunal Federal tem sido instado a se manifestar sobre o *standard* de liberdade de expressão que a Constituição Federal brasileira consagraria, embora não se possa afirmar a efetiva existência, no Brasil, de uma *jurisprudência* sobre o tema. Nesse sentido, destacam-se a ADI 4.274 (Marcha da Maconha), a ADPF 130 (Lei de Imprensa) e as Reclamações nº 15.243¹² e nº 11.292.¹³ Ainda pendente de julgamento encontra-se a ADI 4.451, conhecida por “ADI do Humor”, tendo sido objeto de julgamento, no entanto, Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁴, no qual o então Ministro Ayres Brito defendeu a existência do direito de jornalistas de realizarem críticas “a qualquer pessoa”, ainda que em tom “áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado”. Assim, sustentou o Ministro, é assegurado pela CF/88 o direito à realização de programas humorísticos e de charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos, os quais gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição Federal à

resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. Além desses, no Título VIII – Da ordem social, Capítulo III – Da educação, da cultura e do desporto, destaca-se o art. 215 e no Título VIII – Da Ordem Social, Capítulo V – Da comunicação social, o art. 220.

¹¹ Assim o art. 13 da referida Convenção.

¹² STF, Rcl. 15243 MC/RJ, Rel. Min. Celso de Melo, J. 11/3/2013, DJe 20/3/2013, em que é reclamante o jornalista Paulo Henrique dos Santos Amorim, na qual o STF deferiu medida liminar para suspender a decisão do TJRJ que condenou o jornalista a pagar indenização por dano moral, no valor de R\$ 250 mil ao banqueiro Daniel Dantas por publicações consideradas ofensivas em seu blog. A reclamação foi julgada procedente em 03/6/2015, tendo sido interposto Agravo Regimental ainda pendente de julgamento em 01.dez. de 2017.

¹³ STF, Rcl. 11292 MC/SP, atualmente com a relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, teve liminar concedida em julgamento de 25/2/2011 pelo então Min. Joaquim Barbosa. No caso, a reclamante PEA – Projeto Esperança Animal - requeria a suspensão da decisão do TJSP que a condenou, em favor da associação civil Os Independentes, entidade que organiza e promove rodeio em Barretos/SP, às obrigações, entre outras, de não vincular, por qualquer meio, especialmente a Internet, o Clube Autor ou a Festa do Peão de Boiadeiro de Barretos com tortura ou maltrato de animais, uma vez que a condenação proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo equivaleria a ordem de censura prévia.

¹⁴ STF, ADI 4451 MC-REF/DF (Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade), Rel. Min. Ayres Brito, J. 2/9/2010 (Tribunal Pleno), DJe 1.7.2011, Republicação DJe 24.8.2012. Requerente: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT, Requeridos: Presidente da República, Congresso Nacional. Interessado: Partido Democrático Trabalhista – PDT.

imprensa.

No mesmo sentido também decidiu o STJ em caso que envolvia o jornal *Folha* de S. Paulo e o site *Falha* de S. Paulo, que produzia crítica aos posicionamentos políticos e ideológicos do jornal em forma de paródia/sátira baseada nas matérias por ele publicadas. Em decisão majoritária, a Corte consignou, além da ausência de violação ao direito marcário no caso concreto, que: “A paródia é forma de expressão do pensamento, é imitação cômica de composição literária, filme, música, obra qualquer, dotada de comicidade, que se utiliza do deboche e da ironia para entreter. É interpretação nova, adaptação de obra já existente a um novo contexto, com versão diferente, debochada, satírica”.¹⁵

Não sem razão a liberdade de expressão e seus limites é tema que recebe especial atenção dos teóricos da metodologia civil-constitucional¹⁶ - aqui adotada – segundo a qual é a tutela da dignidade da pessoa humana que dá coerência e unidade ao sistema jurídico. Tendo em vista as dimensões apresentadas e a sua consagrada vocação para ampliar o campo democrático e a autonomia pessoal e coletiva, a liberdade de expressão constitui terreno fértil para reflexões que envolvem a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas e a releitura da autonomia privada¹⁷ à luz dos preceitos constitucionais.

No caso específico das biografias não autorizadas, a despeito do aguardado julgamento da ADI 4.815, o cenário nacional continua sendo, no entanto, de forte insegurança. Isso porque o Supremo Tribunal Federal limitou-se a julgar (e afastar) a exigência de autorização prévia para a publicação de biografias, mas não adentrou no difícil terreno da construção de critérios de ponderação entre a liberdade de expressão e a liberdade (ou autonomia) de biografados e de terceiros envolvidos nas narrativas de vida de verem resguardadas da arena pública suas histórias pessoais (registre-se que a ponderação foi o método saudado pelo STF, explicitamente nos votos dos Ministros

¹⁵ STJ, REsp n. 1.548.849/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. p/ acórdão Min. Luís Felipe Salomão, J. 20/6/2017.

¹⁶ Veja-se a esse respeito os intensos debates suscitados em razão da divulgação de biografias não autorizadas e os limites da liberdade diante de dispositivos do Código Civil que protegem a intimidade, a honra e vida privada da pessoa, que podem ser conferidos em BARBOSA, Fernanda Nunes. *Biografias e liberdade de expressão: critérios para a publicação de histórias de vida*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2016.

¹⁷ Como esclarece Pietro Perlingieri, a autonomia privada não se identifica com a iniciativa econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito: o contrato, como negócio patrimonial, não exaure a área de relevância da liberdade dos particulares (mas é melhor a esse ponto dizer: a liberdade da pessoa). Ao contrário, não somente ela se exprime também em matérias onde diretamente são envolvidas situações subjetivas existenciais, mas, sobretudo, a abordagem do ordenamento não pode ser abstrata quando a autonomia (o poder de colocar regras) investe profundamente o valor da pessoa. PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 121 – 122.

Cármen Lúcia, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes). Em termos usados pelo próprio Ministro Luiz Fux, o julgado fixou uma “proposta minimalista”, para apenas decidir com relação à exigência ou não de *licença prévia* para a publicação de biografia, restando exclusivamente nesse ponto o consenso entre os julgadores da mais alta Corte. Inclusive no que tocava às possíveis tutelas em face de uma afronta aos direitos da personalidade no caso concreto, a saber, indenização, concessão de direito de resposta, reedição da obra etc., os ministros decidiram por deixar de fora do voto qualquer julgamento nesse sentido, uma vez que não havia concordância sobre a impossibilidade da tutela inibitória.

Do ponto de vista aqui defendido, a influência da dignidade da pessoa humana como novo paradigma jurídico, a orientar também as relações no âmbito privado, reformulou a disciplina das liberdades existenciais, reforçando a preferência dos interesses extrapatrimoniais frente aos patrimoniais¹⁸ – preferência essa que deve ser considerada tanto em abstrato quanto concretamente. Mas é preciso ressaltar que, longe de autorizar uma perspectiva individualista de proteção da pessoa, a dignidade que ganha assento constitucional é coexistencial e reflete o compromisso assumido pela maioria das constituições solidaristas¹⁹ do pós-guerra de resguardar a pessoa concreta considerada no ambiente social no qual se insere.

2. Privacidade como liberdade

Ainda que o conceito de dignidade da pessoa humana seja de difícil delimitação em abstrato, - razão pela qual, inclusive, já foi chamada de "duna" argumentativa, já que a vaguidade dos seus termos serve, não raro, para fundamentar posições absolutamente contrárias e excludentes entre si²⁰ – Maria Celina Bodin de Moraes, na tarefa de extrair o substrato material da dignidade, fornece um importante e já consagrado esquema teórico segundo o qual:

¹⁸ Sobre esse aspecto, é preciso mencionar a tendência denominada *socialização das situações jurídicas subjetivas*, pela qual os interesses privados patrimoniais só serão merecedores de tutela se e enquanto se coadunarem a interesses socialmente relevantes juridicamente tutelados. Nessa linha de raciocínio, as relações privadas patrimoniais terão seu âmbito de proteção definido de acordo com a finalidade social, e não apenas individuais, que devem concretizar. Cf. TEPEDINO, Gustavo. Pessoa humana, direito civil e função social. *Separata de Liber Amicorum*: homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 368.

¹⁹ Cf. SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*: Estudo de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, *passim*.

²⁰ FRANKENBERG, Günther A *gramática da Constituição e do Direito*. Col. Del Rey Internacional. Trad: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 320

O substrato material da dignidade assim entendida se desdobra em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado da vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.²¹

Em virtude dessa visão global da pessoa e de sua tutela jurídica, a medida de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana será construída em cada caso concreto, através da ponderação entre liberdade e solidariedade. Assim, conforme Maria Celina Bodin de Moraes:

Tal deve ser, exatamente, a medida de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana: a ponderação, a ser feita em cada caso concreto, entre liberdade e solidariedade, termos que, *stricto sensu*, são considerados contrapostos. A imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade. Quando ponderados, todavia, os seus conteúdos tornam-se complementares: regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, é o que possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade.²²

Numa democracia pluralista, como é o caso da brasileira, a tutela integral da pessoa humana só se concretiza diante de uma concepção ampliada de liberdade, segundo a qual é possível afirmar que o princípio da liberdade possui duas dimensões indissociáveis, a subjetiva e a intersubjetiva.²³ Pelo viés da liberdade subjetiva, cuida-se de garantir que as pessoas gozem de amplo espaço para construção do seu projeto pessoal de livre desenvolvimento da personalidade, assegurando proteção reforçada

²¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana. Uma leitura civil-constitucional do dano moral*. Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2016, p.85.

²² BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e direito civil: tendências. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 50-51.

²³ Não sem razão, o princípio da dignidade da pessoa humana tem status de um dos fundamentos da República (art. 1º, III, CF/88), e a liberdade e a solidariedade figuram como objetivos fundamentais da República na Constituição de 1988, como se depreende do art. 3º, I e da necessidade de construção de uma sociedade livre, justa e solidariedade.

para que o exercício da autonomia existencial se dê com a máxima eficácia nas relações privadas.

Sob essa renovada perspectiva, é preciso que a autonomia existencial seja tutelada tendo como premissa a privacidade, de modo que as escolhas pessoais de vida sejam consideradas como manifestações íntimas livres de ingerências públicas ou privadas. Trata-se, com efeito, de reforçar o campo jurídico destinado ao exercício da liberdade, afastando a lógica paternalista que retira da pessoa a possibilidade de realizar suas escolhas e de por elas se responsabilizar. Todavia (e essa é a tônica desse estudo) não se pode negligenciar a relevância de intervenções jurídicas feitas sobre a liberdade individual quando visem a assegurar que todos possam gozar e acessar os espaços destinados ao desenvolvimento da própria personalidade. A legitimidade dessas intervenções está condicionada à realização de interesses decorrentes do princípio da solidariedade, mas jamais devem se prestar à intolerância e ao desrespeito às diferentes convicções pessoais que devem conviver em um ambiente de democracia. Como esclarece Stefano Rodotà, é preciso impedir que o direito se torne mecanismo para a imposição de determinadas visões de mundo, como “um instrumento de ideologias ou religiões que querem impor determinados valores, como, por exemplo, no tocante ao aborto, à contracepção, à reprodução assistida, à experimentação com os embriões, à eutanásia”.²⁴

Essas considerações só se sustentam diante das inúmeras transformações que alteraram profundamente os conceitos de liberdade e privacidade nas últimas décadas. Assim como a autonomia privada patrimonial perdeu o seu protagonismo jurídico diante da preeminência das situações existenciais, a privacidade de que se fala aqui também não é mais aquela noção individualista consagrada pela produção jurídica burguesa, mas sim, e efetivamente, um direito fundamental de garantia de condições para o desenvolvimento livre da pessoa, “identificada com aquilo que a pessoa é, e não com o que ela tem”.²⁵

Em sua trajetória, a privacidade acumulou nuances, de modo a acompanhar as necessidades dinâmicas que a tutela da personalidade demanda atualmente. O desenvolvimento do direito à privacidade foi marcado pelos imperativos de proteção da

²⁴ RODOTÀ, Stefano, Palestra proferida no Rio de Janeiro, em 11 de março de 2003, Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/pgm/publicacoes/UerjPalestraStefanoRodota.pdf>>. Acesso: 12 de fevereiro de 2017

²⁵ LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 87.

dignidade da pessoa humana, de modo que o clássico “direito a ser deixado só”²⁶ não é mais suficiente para descrever esse conceito que, além de ser amparado constitucionalmente,²⁷ ainda recebe a tutela do Código Civil de 2002, em seu artigo 21.²⁸

De fato, não são poucas as dificuldades encontradas para delimitar o sentido e o alcance da privacidade contemporaneamente. Especialmente por influência do aumento do fluxo de informações, do advento de novas tecnologias, dos avanços da biotecnologia e da Internet e dos desafios para a proteção de dados sensíveis,²⁹ tornou-se ainda mais complexo determinar a correta dimensão da privacidade. Desde a multiplicidade de novas formas de coleta e circulação³⁰ de dados pessoais até o crescente movimento de penetração dos espaços privados pelo interesse público, não há outra forma de reconhecer a privacidade senão de forma dinâmica, de modo que sua tutela englobe as variadas formas de violação da esfera privada que hoje se apresentam.

Assim, acrescenta-se à tutela estática do espaço privado e à célebre formulação de inviolabilidade do lar outras importantes dimensões que marcam um renovado papel da privacidade, de viés promocional, que supera a lógica dos deveres de abstenção e constitui elo fundamental para a garantia de proteção dos mais caros valores de um Estado Democrático de Direito. Desse modo, é necessário que a privacidade englobe o direito à liberdade subjetiva e a autonomia existencial para realizar escolhas pessoais, assim como o direito de controlar os dados pessoais³¹ que se inserem na sua esfera privada, especialmente os dados sensíveis. Da necessidade de controle de dados, aliás, surge uma das mais consagradas definições de privacidade, sintetizada na ideia de “autodeterminação informativa”,³² pela qual a tutela da privacidade demanda a “[...] a possibilidade de um sujeito conhecer, controlar, endereçar, interromper o fluxo das

²⁶ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*. Cambridge: The Harvard Law Review Association, V. 5, n. 4, 1890, p. 193.

²⁷ Artigo 5º, X, CF/88 - “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”.

²⁸ Art. 21. “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

²⁹ Consideram-se dados sensíveis as informações pessoais que refletem ou configuram elementos essenciais da personalidade, remetendo à identidade da pessoa.

³⁰ Nos últimos anos, a circulação de dados na Internet assumiu proporções desafiadoras para qualquer mecanismo disponível para o controle de informações na rede. Em 2016, registrou-se um volume de projeção de dados equivalente a todo o montante acumulado até o ano de 2015: “the amount of data we produce doubles every year”. Dados disponíveis em: <<https://www.scientificamerican.com/article/will-democracy-survive-big-data-and-artificial-intelligence/>>. Acesso em 28 de novembro de 2017.

³¹ O projeto de lei nº. 5.276 de 2016, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, estabelece em seu art. 5º, I, que o dado pessoal é aquele “relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locais ou identificadores eletrônicos quando estes estiverem relacionados a uma pessoa”. Informação disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084378>>. Acesso em 28 de novembro de 2017

³² RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15.

informações a ele relacionadas. Assim, a privacidade pode ser definida mais precisamente como o direito de manter o controle sobre as próprias informações”, como prescreve Stefano Rodotà.³³ Nessa perspectiva, encontram lugar, por exemplo, as discussões em torno do chamado direito ao esquecimento³⁴ como expressão da ampla tutela da privacidade da pessoa humana.

Envolto em polêmicas e discordâncias, o direito ao esquecimento tem sido objeto de duras críticas, tanto pela doutrina que nega a sua existência como por parte daqueles que a defendem.³⁵ Argumentos como a ausência de previsão normativa no ordenamento jurídico brasileiro - o que pode ser combatido com a justificativa de que a cláusula geral de tutela da pessoa humana prevista constitucionalmente visa protegê-la em toda e qualquer situação jurídica subjetiva³⁶, e não apenas como titular de algum direito da personalidade legalmente previsto³⁷ -, e o fato de que o seu reconhecimento equivaleria a dar novo nome a lesões a outros direitos fundamentais ou da personalidade a partir de mecanismos como apagamento de dados, remoção de conteúdo e desindexação de chaves de busca são alguns dos mais destacados.

A despeito de seu ainda incipiente desenvolvimento científico, o fato é que o assim chamado direito ao esquecimento reflete essa dimensão subjetiva do princípio da liberdade,³⁸ cuja afirmação, todavia, não pode acarretar o esvaziamento de outras garantias, como a liberdade de expressão e o acesso ao conhecimento. Assim, por vezes verifica-se que há um verdadeiro "dever de memória e de preservação do fato histórico", devendo, o direito ao esquecimento, ser "medida excepcionalíssima".³⁹

³³ *Ibidem*, p. 16.

³⁴ Ver, por todos, BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

³⁵ BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica.coma.2.n.3.2012.pdf>> Acesso em: 08/07/2017.

³⁶ Esse é o sentido do Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que assim dispôs: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

³⁷ BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*, p. 130-131.

³⁸ Uma importante aplicação do direito ao esquecimento se dá nas hipóteses de alteração de nome e de sexo no registro civil das pessoas transexuais, como consequência do processo de mudança de gênero. Nesses casos, a alteração documental reflete a necessidade de que a privacidade se volte para o controle de dados pretéritos com os quais a pessoa transexual foi identificada ao nascer, mas que não mais representam a sua subjetividade. Por ocasião da chegada da questão ao Supremo Tribunal Federal Anderson Schreiber já apontava que o transexual “constantemente apresentado à sociedade como pessoa que nasceu homem e se tornou mulher, ou vice-versa, jamais alcançará a plena realização da sua legítima opção de mudar de sexo. Haverá, aí e em tantas situações semelhantes, um direito ao esquecimento?”. SCHREIBER, Anderson. Nossa ordem jurídica não admite proprietários de passado. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-12/anderson-schreiber-nossas-leis-nao-aditem-proprietarios-passado>>. Acesso em 07 novembro de 2017.

³⁹ BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*, p. 197.

Essas questões que decorrem da concepção de privacidade como liberdade ajudam a tornar mais consistente o raciocínio que indica que a existência individual só se desenvolve livremente a partir da coexistência, isto é, “o indivíduo existe enquanto em relação com os outros (o sentido da alteridade) e com o mundo a ele externo,”⁴⁰ a liberdade subjetiva só se concretiza efetivamente quando presente também a sua dimensão intersubjetiva.

Nesse sentido, solidariedade e liberdade se harmonizam para dar concretude ao princípio da dignidade da pessoa humana. Isso significa que a solidariedade não é necessariamente o valor que se contrapõe à liberdade. No equilíbrio democrático de garantia das múltiplas formas de existir e coexistir, a solidariedade é a chave para a composição de interesses que eventualmente se mostrem contrapostos,⁴¹ de modo que a dignidade da pessoa humana assegure que todos possam gozar de espaços recíprocos de liberdade como um ambiente salutar para o desenvolvimento das identidades individuais e grupais.⁴²

Como bem defende Owen Fiss,⁴³ é preciso estar atento à "ironia da liberdade de expressão". A tese do autor, após passar pelo exame das teorias *libertária* e *democrática* de concepção da primeira emenda norte-americana, criticando a primeira em razão de seu “efeito silenciador” (*chilling effect*), que sufoca discursos minoritários distorcendo o processo de formação da razão pública, é de que o Estado, que afirma esse direito, pode ser tanto um “amigo” quanto um “inimigo”, na medida em que ou o promove ou o sufoca, dependendo de sua maior ou menor intervenção no domínio discursivo.

E então se questiona: quando deve a liberdade de expressão ser limitada em prol da solidariedade constitucionalmente tutelada?

⁴⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Princípio da Solidariedade. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.240

⁴¹ Na mesma esteira de pensamento, aponta Fachin que “O Direito Privado contemporâneo – e, mais especificamente, o Direito Civil – vem deixando à margem as concepções individualistas do passado, para se ocupar da proteção da dignidade humana em dimensão coexistencial. Nem por isso – vale observar – deixa de ser Direito Privado. Este, que tradicionalmente se ocupa do sujeito proprietário, construído pela abstração dos conceitos, passa a se ocupar do sujeito concreto, que vale pelo que é, sem que precise, para adquirir relevância para o Direito Privado, ser qualificado pelo “ter”. FACHIN Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, vol. 35, Rio de Janeiro: PADMA, 2008, pp.107-119.

⁴² VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons Costumes no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 64

⁴³ FISS, Owen M. *A Ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, *passim*.

3. Dimensões da solidariedade

A solidariedade é uma virtude dos tempos difíceis ou sentimento republicano? Com esta primeira pergunta Rodotà abre sua análise na obra *Solidarietà: un'utopia necessaria*. Segundo ele, palavra que parecia perdida no discurso público retorna com nova força. Ainda que seja pronunciada com intensidade, não esconde a contínua ruptura de solidariedade que se verifica quando esta é invocada para fechar-se em um círculo restrito, alimentando exclusões, como, por exemplo, a exclusão do estrangeiro, tão própria dos tempos atuais, numa verdadeira "obsessão identitária" (lógica que separa o indivíduo ou o grupo do resto do mundo).

A razão que deve levar a superar essa ideia está no fato de que este é um princípio justamente direcionado à exclusão de barreiras, a unir, a exigir o reconhecimento recíproco, e assim permitir a construção de ligações sociais fraternas na dimensão do universalismo. Nos tempos difíceis, em que a força do poder se sobrepõe, redescobre-se uma raiz profunda de solidariedade "como sinal de não agressão entre os homens".⁴⁴

Em tempos de vida precária, de derrubada da igualdade na propagação da desigualdade, do retorno a uma pobreza "degradada", o olhar deve voltar-se para a trama dos princípios e para as modalidades de sua reconstrução. Esse é um tema que se une à discussão geral sobre democracia, à possibilidade de continuar a reconhecer-se nela. Uma das condições deste reconhecimento é constituída mesmo pela permanência não formal do princípio de solidariedade.

Não é por acaso, diz Rodotà, que a histórica qualificação da solidariedade como "social" tem sido, atualmente, ladeada ou substituída por uma referência à solidariedade "democrática".⁴⁵ Disso resultam duas coisas, segundo ele: a primeira, é que se dilatam os confins e a capacidade operativa da solidariedade como princípio geral, subtraindo qualquer leitura redutiva sugerida pela crise do Estado social; a segunda vai na direção de construir um nexos entre democracia e solidariedade, tornando plausível a conclusão segundo a qual somente a presença efetiva dos sinais da solidariedade consente de continuar a definir "democrático" um sistema político. A experiência política mostra que, quando se tornam difíceis os tempos para a solidariedade, se tornam também para a democracia.⁴⁶

⁴⁴ RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà: un'utopia necessaria*, p. 4.

⁴⁵ RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà: un'utopia necessaria*, p. 9.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 10.

Com efeito, quando se fala em solidariedade deve-se compreendê-la numa visão ampla e não fechada. A solidariedade constitucional deve ser entendida também no sentido de uma solidariedade política, econômica e familiar, pois em todos esses terrenos a ideia de unificação (não arbitrária), subjacente à solidariedade, mostra-se presente. Quando juridicizada, a solidariedade adquire uma autonomia própria, impossibilitando interpretações em modelos fechados e ideologias que reduzam suas possibilidades aplicativas.

Desta forma, a solidariedade consagrada na Constituição Federal de 1988 em seu sentido amplo é princípio capaz de permitir que a dignidade realoque o indivíduo no centro do ordenamento jurídico sem, contudo, retomar os passos anteriores que conduziram ao individualismo que não mais encontra espaço na legalidade democrática constitucional.⁴⁷ Para cumprir essa função, a solidariedade é concebida sob duplo viés.⁴⁸ O primeiro, da solidariedade objetiva, encontra razão e fundamento na coexistência, enquanto o segundo, da solidariedade como valor, refere-se diretamente à lógica da reciprocidade, ou seja, de respeito à esfera jurídica alheia do mesmo modo que se respeita a própria, em consideração ao sentido de igualdade formal e material.⁴⁹ Trata-se, em suma, de considerar o princípio da solidariedade o “conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, numa sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados”.⁵⁰

Do ponto de vista da reciprocidade, o princípio da solidariedade assume importante papel para a implementação de medidas de reconhecimento das diferenças e de fortalecimento do compromisso pluralista assumido pela Constituição brasileira. Não sem razão, é possível subdividir a solidariedade de acordo com as funções que ela pode desempenhar concretamente. Desse modo, a solidariedade-redistribuição reflete a função que o princípio da solidariedade assume na “cooperação para a minimização das diferenças socioeconômicas, quanto ao direito-dever de redistribuição dos bens sociais”, enquanto a solidariedade-reconhecimento é caracterizada pela aplicação do princípio com o objetivo de “maximização do respeito à pluralidade, à coexistência e à

⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 81 e ss.

⁴⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. O Princípio da Solidariedade. PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 161.

⁴⁹ SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 231.

⁵⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Na medida da pessoa humana*. Estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.111

reciprocidade, quanto ao direito-dever de reconhecimento”.⁵¹

4. Aplicações concretas do princípio da solidariedade como limite à liberdade de expressão

Um exemplo emblemático da aplicação da solidariedade em sentido amplo, mais especificamente através da já anunciada vertente da solidariedade-redistribuição, verifica-se no pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação do princípio em caso versando sobre a constitucionalidade dos artigos 14 a 18 da Medida Provisória nº 2.152-2/2001, que instituiu metas de consumo de energia elétrica através da criação do Programa Emergencial de Redução de Consumo de Energia Elétrica. Na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 9-6/DF, cujo Ministro Relator foi Néri da Silveira, o tribunal pleno do STF admitiu a redução compulsória do consumo de energia elétrica, aceitando a restrição de direitos dos consumidores em virtude do contexto de grave crise que era enfrentada pelo setor de energia naquele momento.

Pela aplicação do princípio da solidariedade, o STF considerou constitucional a restrição imposta à liberdade dos consumidores de energia, com a fixação de metas de consumo, de cobrança de tarifa especial sobre o consumo excedente e eventuais medidas de corte de fornecimento em caso de descumprimento reiterado das metas, tendo em vista a necessidade de garantir o acesso coletivo a um bem cuja escassez provocada pela situação de crise ameaçava o bem-estar da sociedade em geral.

Já como expressão da solidariedade-reconhecimento, tem-se um vasto campo de intensas controvérsias envolvendo os limites da liberdade de expressão nos casos que ficaram conhecidos como expressões de discursos de ódio, o *hate speech*. Trata-se de tema que ocupa lugar de destaque tanto no cenário nacional como na experiência estrangeira.

No Brasil, a polêmica sobre o *hate speech* foi apreciada pelo STF no histórico caso Ellwanger.⁵² O julgamento da Corte assentou, em síntese, que a garantia de liberdade de expressão não alcança manifestações de cunho antissemita. O STF manteve a condenação do editor Siegfried Ellwanger imposta pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por crime de racismo, em virtude dos diversos materiais bibliográficos

⁵¹ NARITOMI, Sabrina. Princípio constitucional da solidariedade: um direito-dever de redistribuição de reconhecimento? 2005. 211 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p.153 .

⁵² STF, HC nº 82.424/RS, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, j: 19/09/2003.

escritos, editados e publicados por ele, cujo teor antissemita negava não só o Holocausto, como ainda atribuía características negativas ao caráter dos judeus. Por maioria de sete a três, o Plenário do STF negou o recurso, sendo vencidos os ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto e a tese de que o crime já estaria prescrito.

Dentre os argumentos utilizados para negar o recurso, merece destaque o trecho do voto do Ministro Celso de Mello que assinala o principal argumento utilizado para restringir a liberdade de expressão nesse caso: “Aquele que ofende a dignidade de qualquer ser humano, especialmente quando movido por razões de cunho racista, ofende a dignidade de todos e de cada um”. Trata-se de interessante visão da dignidade como conceito coexistencial, cuja configuração depende, como se viu antes, da perspectiva que liga liberdade e solidariedade como dimensões indissociáveis do princípio da dignidade.

Tem-se, na realidade, importante aplicação do princípio da solidariedade-reconhecimento, em virtude do qual não se pode sustentar que a liberdade individual – aqui a liberdade de se expressar – sirva de instrumento para a negação do reconhecimento das identidades individuais ou coletivas. Muito se discutiu acerca da configuração do crime de racismo em virtude do próprio conceito de raça utilizado, e ainda que esse aspecto transcenda os limites do estudo aqui proposto, não se pode deixar de assinalar o caráter coletivo da ofensa promovida por Ellwanger, evidenciada através da difusão de livros que sustentam a negação da vivência histórica do período de maior perseguição e aniquilamento da identidade do grupo ofendido. A esse respeito, mais uma vez se destaca trecho do Ministro Celso de Mello:

Sem qualquer hierarquia ou distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, somos todos pessoas, essencialmente dotadas de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas pelo vínculo comum que nos projeta, em unidade solidária, na dimensão incindível do gênero humano. “Eis porque, Senhor Presidente, a noção de racismo - ao contrário do que equivocadamente sustentado na presente impetração - não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica (...).

Outro exemplo do que vimos tratando parece ser o caso Buckley vs. Valeo, julgado nos anos 1970 nos EUA, no qual a questão posta para a Suprema Corte americana, em julgamento precedente da Corte de Apelação do Distrito de Columbia, foi se os limites com gastos eleitorais definidos pelo Federal Election Campaign Act (FECA), de 1971, e as provisões relacionadas do Internal Revenue Code, de 1954, violariam as cláusulas de liberdade de expressão e de liberdade de associação da Primeira Emenda.⁵³

O caso girava em torno da possibilidade ou não de limitação de contribuições e de gastos para campanhas eleitorais, tendo em vista a tentativa do Congresso de restringir as contribuições financeiras aos candidatos como forma de afastar o risco de corrupção nas campanhas políticas. Entre outras coisas, a lei estabelecia limites sobre o montante de dinheiro que um indivíduo poderia contribuir para uma única campanha e exigia a comunicação de contribuições acima de um determinado limite. No julgamento final, a Suprema Corte chegou a duas importantes conclusões:

Primeiro, ela assegurou que as restrições em contribuições individuais às campanhas políticas e aos candidatos não violavam a primeira emenda já que as limitações da FECA reforçam a "integridade do nosso sistema de democracia representativa" protegendo contra práticas inescrupulosas. Em segundo lugar, a Corte achou que a restrição governamental de gastos independentes em campanhas, a limitação de gastos para candidatos de seus recursos próprios e familiares, e a limitação nos gastos totais da campanha violavam a primeira emenda. Já que essas práticas não reforçavam necessariamente o potencial para corrupção da mesma forma que as contribuições individuais aos candidatos, a Corte achou que restringi-las não servia suficientemente ao interesse do governo para justificar uma limitação da liberdade de expressão e de associação.⁵⁴

⁵³ No Brasil, a (in)constitucionalidade do modelo de financiamento eleitoral vigente, que permite o financiamento privado de campanhas com alguns limites legais, foi questionada por meio da ADI 4.650/DF, na qual o Conselho Federal da OAB buscava a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da legislação eleitoral que permitiriam: *i.* a limitação de doações feitas por pessoas naturais com base no percentual de seus rendimentos e não com base em um limite *per capita*; *ii.* o uso de recursos próprios por candidatos sem o estabelecimento de limitação; *iii.* doações de pessoas jurídicas. A referida ação foi julgada parcialmente procedente, "para assentar *apenas e tão somente* a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 31 da Lei no 9.096/95, na parte em que autoriza, *a contrario sensu*, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos, e pela declaração de inconstitucionalidade das expressões "*ou pessoa jurídica*", constante no art. 38, inciso III, e "*e jurídicas*", inserta no art. 39, *caput* e § 5º, todos os preceitos da Lei no 9.096/95" (STF. ADI 4.650/DF; Rel. Min. Luiz Fux; DJE 24/02/2016).

⁵⁴ No original: "First, it held that restrictions on individual contributions to political campaigns and candidates did not violate the First Amendment since the limitations of the FECA enhance the "integrity of our system of representative democracy" by guarding against unscrupulous practices. Second, the Court

O problema está em saber, portanto, em que medida argumentos como esse, ao permitirem gastos indiscriminados em campanhas políticas, podem afrontar a solidariedade social e configurar razões ilegítimas para suportar o discurso da liberdade de expressão.⁵⁵ Como muitas vezes já observado, princípios antes confiados somente à força da moral ou à ação política têm hoje o estatuto de norma jurídica e, por essa razão, podem e devem ser "levados a sério".⁵⁶ Em seu "Dois tratados sobre o governo" (1660), John Locke já sublinhava a responsabilidade pela riqueza, mas como aponta Stefano Rodotà, sob a equivocada premissa de uma sociedade naturalmente harmônica, e assim capaz de autocorreção diante da privatização dos bens fundamentais. Escolheu-se, assim, a estrada de confiar não só à natureza, aos comportamentos individuais livres, mas à artificialidade do direito e a suas regras a tutela da igualdade, que será proclamada como princípio conjuntamente com a liberdade e a fraternidade. A relevância da fraternidade, não mais apenas como princípio moral, mas como forte referência jurídica, encontrará uma direta e compartilhada expressão no princípio de solidariedade destinado a guiar a ação pública e a privada.⁵⁷ Assim, se por um lado a liberdade de expressão⁵⁸ deve ser promovida, por outro, não pode dar suporte a violações ao direito-dever de solidariedade, a despeito da estreita ligação entre ambos.

No caso do Brasil, como bem aponta Maria Celina Bodin de Moraes:

A expressa referência à solidariedade, longe de representar um vago programa político ou algum tipo de retoricismo, estabelece em nosso ordenamento um princípio jurídico inovador, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de

found that governmental restriction of independent expenditures in campaigns, the limitation on expenditures by candidates from their own personal or family resources, and the limitation on total campaign expenditures did violate the First Amendment. Since these practices do not necessarily enhance the potential for corruption that individual contributions to candidates do, the Court found that restricting them did not serve a government interest great enough to warrant a curtailment on free speech and association." Buckley v. Valeo. *Oyez*, <https://www.oyez.org/cases/1975/75-436>. Accessed 18 Jan. 2017.

⁵⁵ Excelente análise sobre a (suposta) liberdade de expressão dos doadores de campanhas eleitorais é feita por Daniel Sarmiento e Aline Osorio, examinando, inclusive, o caso Buckley v. Valeo. Conforme os autores, "Trata-se [as doações] de negócios e não de discurso" (SARMENTO, Daniel; OSORIO, Aline. *Uma mistura tóxica: política, dinheiro e financiamento das eleições*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/1/art20140130-01.pdf>. Acesso em 20 abr. 2017).

⁵⁶ RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà: un'utopia necessaria*, p. 7.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 15-16.

⁵⁸ Daniel Sarmiento aponta o intenso debate, sobretudo nos Estados Unidos, a respeito do papel preponderante da liberdade de expressão: se proteção da autonomia individual, tendo-se por referência autores como Ronald Dworkin, ou se promotora da democracia, conforme defendido por autores como Owen Fiss. SARMENTO, Daniel. *Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado*. In: _____. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 280.

interpretação e aplicação do direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, por todos os membros da sociedade.⁵⁹

O reconhecimento, como no caso norte-americano, de que o dinheiro é uma forma de expressão (legítima, no sentido de que deve ser protegida pela Primeira Emenda), coloca o valor do patrimônio ao lado de valores de índole existencial, pondo em risco a solidariedade enquanto "sentimento republicano". Como aponta Stefano Rodotà, da tríade revolucionária francesa, de fato a fraternidade (raiz da solidariedade) precocemente se revelou o componente mais frágil, mais dificilmente aceitável, tanto que Napoleão, no 18 Brumário, se apresentou aos franceses como o defensor da liberdade, da igualdade e da propriedade.⁶⁰

Conclusão

Na legalidade constitucional, a liberdade de expressão assume o importante papel de assegurar a continuidade do debate intelectual e do confronto de opiniões, integrando o sistema constitucional de direitos fundamentais e constituindo-se em um direito multifuncional, que se desdobra em um feixe de direitos comunicativos fundamentais⁶¹, sendo eles: as liberdades de expressão *stricto sensu*, de informação, de investigação

⁵⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 239-240.

⁶⁰ RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà: un'utopia necessaria*, p. 21-22. A propriedade, porquanto excludente, é o que rompe os laços entre os homens, que a fraternidade busca estabelecer. O seu desaparecimento tornará frágil a liberdade e a igualdade, subordinadas a uma lógica que encontra na propriedade a medida primeira das relações entre as pessoas. Quando, no século XX, se buscará construir um contexto constitucional que individue os limites da propriedade, será justamente ao princípio da solidariedade que se fará referência. Está-se, pois, diante de um conflito entre inclusão (fraternidade) e exclusão (propriedade). A fraternidade se atribuía uma função unificante, oposta à ambígua solidariedade do antigo regime, tecida, como era, de deveres dos superiores para os inferiores, num tempo em que os laços sociais eram fundados em uma rígida hierarquia, uma substancial subordinação, cada vez menos fundada nos "deveres da riqueza" e mais no registro da desigualdade. A fraternidade antes, e depois mais intensamente a solidariedade, abandonam a lógica da relação vertical, no lugar da qual se estabelece um pacto entre iguais, que reafirma a conexão entre solidariedade e igualdade. *Ibidem*, p. 22-24.

⁶¹ Para Peter Häberle, as *liberdades de comunicação* exercem uma "função de intermediação" entre a dignidade humana e a democracia pluralista. Segundo o autor, o conceito de liberdades de comunicação deve ser o mais amplo possível, "princípio com a tríade da liberdade religiosa, artística e científica, passa pela liberdade de opinião, informação, imprensa e manifestação, bem como pela liberdade de reunião, também pela liberdade de associação (sem esquecer nesse contexto a liberdade dos partidos políticos) e se estende até as formas precursoras e as instâncias precedentes das competências estatais. Do lado da estatalidade constituída, faz-se mister analisar os procedimentos e instrumentos da democracia direta (e indireta): iniciativas populares, referendos e plebiscitos, eleições (os assim chamados direitos populares na Suíça, outros direitos políticos), mas também instituições como os advogados públicos (*e.g.* na Áustria), mais genericamente os *ombudsman* (originários da Escandinávia, posteriormente também instituídos no México). A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000) normatiza o direito de acesso a documentos, (art. II, 102). A isso devemos somar ainda os processos informais, discutidos sob o tópico 'Estado negociador' ('democracia de negociação', 'intermediação de interesses' (v. FS Lehmbruch, 1993))" (HÄBERLE, Peter. A dignidade humana e a democracia pluralista – seu nexos interno. Trad. Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 25). Ainda conforme o autor, "Dito de forma esquemática: nem todo o Direito emana do povo, mas todo e qualquer Direito deve ser pensado a partir da dignidade humana!" (*Ibidem*, p. 27).

acadêmica, de criação artística, de edição, de jornalismo, de imprensa, de radiodifusão, de programação, de comunicação audiovisual, de telecomunicação e de comunicação em rede; bem como as liberdades associadas às comunicativas: liberdade de profissão, livre iniciativa econômica, liberdade de prestação de serviços e o direito de propriedade.⁶² Tudo isso, tendo sempre ao lado o valor da solidariedade social constitucionalmente positivado

Os dilemas que surgem da tensão entre liberdade e solidariedade demonstram que a defesa de um sistema mais liberal no que toca a ideias e pensamentos não justifica que se tutele a liberdade de expressão como direito absoluto e a salvo de restrições. Com efeito, as formas de expressão são protegidas na medida em que delas se deduz o valor da dignidade da pessoa humana e dos princípios gerais de liberdade, igualdade⁶³ e solidariedade. Nesse sentido, a solidariedade, em uma perspectiva de alteridade, deve ser sempre o elemento de cálculo na operação que reconhecerá a legitimidade ou ilegitimidade de um discurso que se pretenda amparado pela liberdade de expressão.

Referências bibliográficas

BARBOSA, Fernanda Nunes. *Biografias e liberdade de expressão: critérios para a publicação de histórias de vida*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2016.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e direito civil: tendências. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. *Danos à Pessoa Humana*. Uma leitura civil-constitucional do dano moral. Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2016.

_____. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Na medida da pessoa humana*. Estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. Princípio da Solidariedade. In: Bodin de Moraes, Maria Celina. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. O princípio da solidariedade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. (org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008

BODIN DE MORAES, Maria Celina; KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Dilemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

⁶² CANOTILHO, José J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M.; GAIO JÚNIOR, Antônio P. *Biografias não autorizadas versus liberdade de expressão*, p. 28-29.

⁶³ CANOTILHO, José J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M.; GAIO JÚNIOR, Antônio P. *Biografias não autorizadas versus liberdade de expressão*, p. 28.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *civilistica.com*. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica.coma.2.n.3.2012.pdf>. Acesso em: 08/07/2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E. M.; GAIO JÚNIOR, Antônio P. *Biografias não autorizadas versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, vol. 35, Rio de Janeiro: PADMA, 2008.

FISS, Owen M. *A Ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRANKENBERG, Günther *A gramática da Constituição e do Direito*. Col. Del Rey Internacional. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana e a democracia pluralista – seu nexos interno. Trad. Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de Expressão e Direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 395-408.

LEWICKI, Bruno. A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002.

NARITOMI, Sabrina. Princípio constitucional da solidariedade: um direito-dever de redistribuição de reconhecimento? 2005. 211 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà: un'utopia necessaria*. Bari: Laterza, 2014.

_____. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Palestra proferida no Rio de Janeiro, em 11 de março de 2003, Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/pgm/publicacoes/UerjPalestraStefanoRodota.pdf>. Acesso: 12 de fevereiro de 2017.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do 'hate speech'. In: _____. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. In: _____. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 231.

SARMENTO, Daniel; OSORIO, Aline. *Uma mistura tóxica: política, dinheiro e financiamento das eleições*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/1/art20140130-01.pdf>. Acesso em 20 abr. 2017.

SCHREIBER, Anderson. Direito e Mídia. SCHREIBER, Anderson. (coord) *Direito e Mídia*. São Paulo: Ed. Atlas, 2014.

_____. Nossa ordem jurídica não admite proprietários de passado. Disponível em: < [http://www.conjur.com.br/2017-jun-12/anderson-schreiber-nossas-leis-nao-admitem-proprietarios passado](http://www.conjur.com.br/2017-jun-12/anderson-schreiber-nossas-leis-nao-admitem-proprietarios-passado)>. Acesso em 07 novembro de 2017.

TEPEDINO, Gustavo. Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. n. 17, out./dez. 2005.

_____. Pessoa humana, direito civil e função social. *Separata de Liber Amicorum: homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

civilistica.com

Recebido em: 21.12.2017
Publicado a convite.

Como citar: BARBOSA, Fernanda Nunes; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Dilemas da liberdade de expressão e da solidariedade. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/dilemas-da-liberdade-de-expressao/>>. Data de acesso.