

LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO SOCIAL E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: A BUSCA DO JUSTOINFORME À LUZ DO MÉTODO TÓPICO-PROBLEMÁTICO DE INTERPRETAÇÃO

Breno Alexei Rodrigues de Oliveira

Acadêmico do 8º período do curso de Direito da UFRN

RESUMO

O presente trabalho apresenta a conformação constitucional e infraconstitucional do direito fundamental à liberdade de comunicação social no sistema jurídico brasileiro. Além disso, aponta os demais direitos que eventualmente possam com ele colidir, o que será objeto da ponderação do jurista em cada caso concreto, em vista da dificuldade de serem estabelecidas soluções abstratas e a priori. Aborda ainda os domínios da hermenêutica constitucional, destrinchando o método tópico-problemático de interpretação e a sua contribuição dentro do conflito de direitos fundamentais que ora se põe. Visa, por fim, esclarecer a respeito da fundamental necessidade de o jurista contemporâneo se reaproximar da hermenêutica constitucional, seja para melhor resolver os litígios postos a sua apreciação, seja para compreender com mais nitidez a própria função que desenvolve.

Palavras-Chave: Liberdade de comunicação social. Hermenêutica constitucional. Método tópico-problemático. Direitos Fundamentais. Interpretação jurídica.

1 INTRODUÇÃO

A liberdade de comunicação social, tal qual hoje concebida, representa uma conquista a ser celebrada na formação do ideário coletivo, por dar ensejo a um ambiente social plural, com ideias e matizes ideológicos contrapostos, a influírem das mais diversas formas em mentes distintas.

Isso tudo resulta, sobretudo, numa ampla possibilidade de discussão social, que, se bem utilizada, favorece significativamente o aprimoramento da vida em comum. É facultado aos cidadãos mediante esta liberdade – constitucionalmente prevista desde a nossa primeira constituição, dada sua ampla relevância – o direito de informar seus pares acerca das questões que a todos dizem respeito.

A Constituição Federal brasileira em vigor outorgou ao particular o pleno exercício da liberdade de comunicação, ao mesmo tempo em que garantiu a justa possibilidade de indenização por parte de outrem que viesse a se sentir lesado pelo usufruto desmedido da atividade comunicativa.

Diante desse ambiente potencialmente conflitivo, ganha espaço e importância os estudos de hermenêutica constitucional. O método tópico-problemático, em particular, encontra como ponto de partida metodológico o próprio problema enfrentado pelo jurista, o que o leva a procura da norma jurídica e da solução mais razoável para o caso concreto.

O presente trabalho se propôs a refletir acerca da contribuição que a hermenêutica constitucional pode dar aos embates entre a área de proteção do direito à liberdade de comunicação, constitucionalmente assegurado, em confronto com outros direitos de status igualmente constitucional.

Ao intérprete, como é sabido no atual estágio pós-positivista de compreensão do fenômeno jurídico, já não é dado tão somente atentar à norma geral e abstrata do ordenamento e decidir o caso concreto. Os princípios, as regras e os métodos hermenêuticos de interpretação e aplicação do sistema normativo devem necessariamente estar presentes em toda decisão, de modo a se compor da maneira mais efetiva as lides, em vistas a pacificação social, fim último do Direito.

2 A LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 88

A constituição de 1988 veio à tona na história brasileira com a força de um pleito que por duas décadas esteve no centro das aspirações coletivas.



O regime militar reprimiu a liberdade dos particulares de variadas formas e em graus distintos, mediante decretos-lei, atos institucionais, a Constituição outorgada, do ano de 1967, e a posterior emenda constitucional 01 do ano de 1969, tudo para conferir aos atos de repressão do governo a formal legalidade de que se revestiram.

As censuras políticas, midiáticas, artísticas, empregadas com a ideologia dominante dos militares, disseminavam-se amplamente na sociedade, e as manifestações dos indivíduos, assim como dos veículos de mídia existentes à época, refletiam o quadro de censura que se instalara. Tal contexto só abrilhantava a promulgação da nova Carta Maior, por uma Assembleia Constituinte desembaraçada do passado de repressão e composta exclusivamente de civis.

Enxergava-se na Carta o instrumento idôneo a cristalizar as vitórias democráticas e institucionais garantidas na década de 80. Seu Preâmbulo já o preconizava.

No título II do novo diploma – correspondente aos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu Artigo 5º, além da igualdade formal insculpida no caput, outorgou-se ainda aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País o amplo rol de LXXVIII incisos versando sobre as garantias individuais, especificadas nos âmbitos da liberdade, igualdade, segurança e propriedade. À comunicação social, nesse quadro, foram reservadas previsões importantes no novo diploma.

O período militar não poupou abusos e excessos na área de proteção deste direito. O controle intenso dos meios de comunicação foi uma realidade amarga no Brasil, verdadeiro retrocesso devidamente levado em conta quando da elaboração da nova Carta Constitucional. O novo texto promulgado, sensível à manipulação midiática de há pouco, veio a instituir expressamente dispositivos que preservassem e garantissem tal liberdade, consoante às normas positivadas sobre o tema.

Assim, coube, de início, ao inciso IX, a primeira referência temática expressa.

Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
IX - É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.



O constituinte, como se vê, ao passo que tornou livre as referidas atividades, rejeitou prontamente atos cerceadores desses direitos que porventura pudessem disfarçar-se com contornos de licença, requisito prévio, ou mesmo de censura, que nada mais é do que a submissão à deliberação de outrem do conteúdo de uma manifestação do pensamento como condição prévia da sua veiculação (BARROSO, 2002, p. 347).

A comunicação social também está presente, muito embora sob outro viés, no artigo 5º, XIV. Afirma o texto constitucional que “É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

E cumpre, já aqui, fazer uma distinção: Mesmo que ambos os incisos (IX e XIV) do artigo 5º da Constituição versem em última análise sobre o mesmo tema, vale dizer que são distintas as consequências jurídicas e o núcleo de direito que podem ser extraídos de cada uma das expressões. A liberdade conferida ao particular no inciso IX refere-se à possibilidade de este praticar livremente qualquer das atividades previstas no dispositivo, sem interferência do Estado, mediante censura ou licença.

Isso representa o dever de abstenção estatal na órbita particular de exercício de um direito fundamental constitucionalmente previsto. Tal dispositivo, ao mesmo tempo em que é permissivo em relação ao particular, reservando-lhe liberdade, é proibitivo ante a atuação do Estado, que deve se abster, constituindo-se, nesse viés, direito de *status negativus*.

No caso seguinte, a outra norma constitucional vai no sentido de uma prestação estatal a ser realizada. O inciso XIV, ao “assegurar a todos o acesso à informação”, configura-se como um direito individual de *status positivus*, uma vez que requer atuação do Estado junto ao seu cumprimento, e que deve, pois, efetivá-lo, garantindo ao particular as condições necessárias para que se viabilize o acesso à informação, vertente da comunicação social.

Ademais, outro fragmento constitucional de fundamental importância no estudo do tema em análise no seio da Constituição de 1988 corresponde ao Capítulo V, intitulado “Da Comunicação Social”, sobretudo no que se refere ao §1º e §2º do artigo 220:

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

§1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir



embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

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

Da sua leitura, como se verifica, é possível compreender que esse artigo reforça o direito fundamental constante no artigo 5º. Além disso, novamente dá ênfase à proibição da censura, seja por qual razão venha a ser realizada. Vinculou-se, ainda, o legislador ordinário, por meio de uma determinação de conduta a ser cumprida no escopo de regular a matéria no plano infraconstitucional, minudenciando-a.

O desenvolvimento da comunicação social é marca de uma sociedade livre e democrática, e a preocupação que se demonstra mais de uma vez na Carta Maior brasileira com a temática nada tem de despicienda.

A norma do §5, por exemplo, pugna pela pluralidade de fontes comunicantes, o que se configura como um valioso instrumento de cidadania. A concentração da produção midiática é essencialmente alienante, porquanto não produz diversidade de opiniões e não permite a contraposição de ideias, algo fundamental ao conceito de construção coletiva de uma sociedade.

Nas palavras de Carlos Ayres Britto, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, em relatoria proferida na ADPF 130, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009:

O § 5 do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5 do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado 'poder social da imprensa

A Constituição de 1988, ainda dentro do Capítulo V, referente à Comunicação Social, após anunciar a plenitude do exercício da liberdade de imprensa, afirmando, inclusive, a proibição de toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística, determina, nos termos de seu artigo 221, o respeito a certos princípios:



Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Esta norma expressamente impõe limites à produção e a programação de rádio televisão, mas outros meios de comunicação, como jornais e revistas, devem obediência ao mesmo dispositivo. Como se enxerga, o respeito à dignidade pessoal e também o respeito aos valores da família são erigidos à condição de limite da liberdade de programação de rádios e da televisão, como se vê no art. 221 da Constituição.

Não significa, certamente, que apenas as emissoras de rádio e televisão estejam obrigadas a respeitar a dignidade da pessoa humana. A relevância para com este valor é a base do Estado democrático (art. 1º, III, da CF) e vetor hermenêutico indispensável para a apreensão adequada de qualquer direito (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 375).

Com efeito, o direito fundamental à comunicação social, dentro da perspectiva pós-positivista do constitucionalismo atual, está, todo ele, inserido no conjunto sistemático de regras e princípios que compõem a Constituição Federal brasileira. A outorga de direitos fundamentais aos particulares, portanto, corretamente vinculados na Carta Maior do Estado brasileiro, dada sua importância, devem ser interpretados conforme os cânones hermenêuticos constitucionais próprios de um Estado Democrático de Direito.

3 RESTRIÇÕES AO DIREITO CONFERIDO

O Constituinte de 1988, visando contemplar no texto constitucional a plêiade de direitos reivindicados pelos diversos setores da sociedade brasileira, tornou nossa atual Carta Constitucional ainda mais analítica, detalhista e permeável aos fatores reais de poder então existentes.

Isso, naturalmente, abriu extensa margem de conflitos que podem surgir no usufruto das liberdades conferidas aos jurisdicionados. As restrições aos direitos fundamentais, diante disso, justificam-se pela pluralidade deles mesmos.



Convém, nessa esteira, alumiar os referidos dispositivos constitucionais que servem de contrapeso ao direito fundamental nuclear deste trabalho, a liberdade de comunicação social.

No rol do artigo 5º, logo abaixo do direito fundamental erigido no inciso IV, referente à livre manifestação do pensamento, figura o direito do particular que possa se sentir lesado e requerer justa indenização e direito de resposta. Tal é o conteúdo do inciso V, e, não obstante esteja posicionado imediatamente após o inciso IV, certo é que igualmente serve de contrapeso ao direito à livre comunicação social, objeto do estudo. In verbis: *“É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”*.

Com efeito, o direito de resposta e a indenização garantida são ferramentas úteis a todo aquele que, em razão de abuso na manifestação da liberdade de expressão de outrem, ou nos casos em que haja comunicação social desmedida, tendo se distanciado dos seus reais propósitos informadores, venha a se sentir lesado.

O agravo, neste contexto, pode ser entendido como toda manifestação de opinião ou em veículo de imprensa que venha a prejudicar outro indivíduo em sua esfera pessoal. O direito de resposta, portanto, sendo objeto da tutela jurídica, é assegurado como forma de realização da justiça substancial, no que se permite ao particular supostamente lesado comprovar a falsidade das alegações imputadas a sua pessoa, sem prejuízo das sanções indenizatórias cabíveis e estipuladas no mesmo dispositivo.

E isso porque, tanto na expressão do pensamento, quanto na comunicação social, deve buscar-se a verdade. Tais direitos certamente não foram conferidos aos particulares para que fossem usados *abusivamente*.

A legislação ordinária do Código Civil 02, no artigo 187, considera ato ilícito *“o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”*. O inciso V do art. 5º, CF visa justamente coibir este abuso de direito, no que tange à expressão da manifestação de opinião, seja em veículo midiático ou não. A resposta, vale dizer, consoante se infere do texto expresso, é proporcional ao agravo, e no caso de a ofensa ter sido feita em veículo midiático, cabe à tutela jurisdicional oferecer condições de igualdade em que se possa exercer a defesa.

A comunicação social irresponsável pode dar ensejo ainda, ao dano moral, quando a notícia veiculada transcenda os limites do socialmente razoável e fira a pessoa, em sua ampla acepção.

Também pode ser caso de ser configurado o dano à imagem, como



exprime o texto constitucional reproduzido. A ninguém é lícito ferir a imagem de outrem, esta como projecção da personalidade no meio social. Em ocorrendo, entretanto, dar-se-á, com fundamento constitucional, a justa indenização.

Ressalte-se que não apenas a utilização indevida da imagem (não autorizada), como também o desvio de finalidade de uso autorizado (por exemplo, permite-se a veiculação da imagem tão somente em outdoor, e quem anuncia o faz em outra espécie de publicidade) caracterizam violação a este direito (GAGLIANO, FILHO, 2013).

Ainda sobre isso, outra restrição constitucional explícita à liberdade de comunicação social por veículos midiáticos consta no inciso X, igualmente localizado no art. 5º do diploma constitucional de 1988: *“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”*.

Novamente se faz presente na disposição constitucional a figura da indenização por dano material ou moral. Nesse caso, entretanto, o bem jurídico do núcleo do inciso é bem definido, ao contrário do que ocorre com a norma aberta do inciso V, ao se referir genericamente a um “agravo”.

No inciso X, vela-se pela intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. Cuidou-se de um direito fundamental do cidadão a ver respeitada a zona íntima do seu ser, tanto pelos demais particulares, como pelo Estado, que deve se abster de praticar ações que violem indevidamente os objetos jurídicos tutelados nesta moldura normativa.

Cumpra, para efeito de precisão conceitual, estabelecer a distinção existente entre direito à intimidade e direito à vida privada. A Carta Constitucional nada nos diz a elucidar a questão, sem embargo às manifestações pertinentes por parte da doutrina especializada. Assim, José Afonso da Silva (1992, p. 188) se posiciona no sentido de que o direito à privacidade contempla uma dimensão maior de conteúdo, compreendendo todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade.

Ainda no entendimento do professor, a intimidade referencia a esfera íntima da pessoa, os seus pensamentos, desejos e convicções, ao passo que a vida privada representa o direito do indivíduo de ser e viver a própria vida, travando relações com quem bem entender.

Vale ressaltar que o direito à privacidade tem adquirido novos e distintos contornos desde um passado recente. A interpretação do aplicador do Direito de anos atrás certamente não albergaria as revoluções tecnológicas e de informação que irromperam nas últimas décadas. O advento da internet trouxe em si novas feições para a comunicação social, e os veículos midiáticos,



antes menos diversificados e de menor sofisticação, passaram a ofertar a ampla gama de recursos que hoje fazem parte do âmbito da atividade de imprensa.

No que importa à liberdade de comunicação, como se disse, tal é expressão que contempla, a um só tempo, o direito de informar e o direito à informação. O direito de informar a coletividade a respeito das questões que digam respeito de alguma forma a todos, enquanto coletividade.

Além dos critérios limitadores expressamente definidos no artigo 5º - que são, portanto, outras garantias fundamentais que devem ser respeitadas - existem outros que devem ser percebidos pelo interprete do Direito no exame do caso concreto, em eventual conflito com o direito fundamental da liberdade de comunicação social.

Além das potenciais restrições do artigo 5º, V e X, é possível enxergar aquilo que a doutrina e jurisprudência denominam de “dever de verdade”. Tal expressão representa um filtro necessário ao conteúdo da atividade da imprensa. A comunicação social deve se pautar em fatos verdadeiros, noticiando-os de modo fidedigno. Sobre o tema, Luís Roberto Barroso (2004, p. 1-36):

A informação que goza de proteção constitucional é a informação verdadeira. A divulgação deliberada de uma notícia falsa, em detrimento do direito de personalidade de outrem, não constitui direito fundamental do emissor. Os veículos de comunicação têm o dever de apurar, com boa fé e dentro dos critérios da razoabilidade, a correção do fato a qual darão publicidade. É bem de ver, no entanto, que não se trata de uma verdade objetiva, mas subjetiva, subordinada a um juízo de plausibilidade e ao ponto de observação de quem a divulga.

O usufruto da liberdade de imprensa, na esteira do que dispõe Barroso, pressupõe verdade dos fatos a serem veiculados. O dever intrínseco de verdade seria o real objeto de proteção das normas jurídicas definidoras do direito à comunicação social. Impende ressaltar, novamente, que à pessoa jurídica ou particular não é outorgado o direito de afastar a justa responsabilização em razão de abuso na liberdade de imprensa. As garantias fundamentais erigidas na Constituição encontram razão de existência na informação verdadeira, ou na sua perquirição.

Informações deliberadamente falsas por parte dos veículos de mídia não são albergadas, pois, no seio da área de proteção do direito fundamental à comunicação social. Ensejam, antes disso, as penalidades a serem cominadas pelo ordenamento jurídico.



Isso posto, recai, ao intérprete do Direito, uma questão não tão simples. Qual deve ser o limite desta pretensa verdade real comunicativa a ser atingida, uma vez que, certamente, não é possível averiguar a veracidade estrita de todas as matérias veiculadas na mídia?

Existe uma imensa pluralidade de notícias irrompendo em todos os momentos e das mais diversas fontes. Em verdade seria impossível ao legislador geral e abstratamente estabelecer um critério preciso de delimitação do que faz parte do núcleo essencial do direito fundamental à liberdade de comunicação social e o que configura abuso.

Da mesma forma, problemático seria estabelecer critérios estritos de controle prévio sem que se desrespeitasse a liberdade de comunicação e a liberdade de expressão de muitos cidadãos.

Assim o é porque se trata do exercício de um direito fundamental que não exige requisito técnico-específico para a sua fruição. O controle da liberdade de comunicação com um marco preciso, aferidor do que é ou deixa de ser objeto de proteção do núcleo essencial do direito é, indubitavelmente, tarefa para os intérpretes do direito no caso concreto.

Observe-se, ainda, tratar-se de um “direito pleno”, nas palavras do supracitado ex. Ministro Carlos Ayres Britto. A liberdade de comunicação social, outrossim, representa, como foi introduzido, um dos principais direitos fundamentais conquistados pela coletividade. A proteção que lhe é conferida, além de material, dada a relevância do que se protege, é também formal, por efeito do Art. 60, §4 da CF, que veda reformas tendentes a abolir os direitos fundamentais.

4 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E O MÉTODOTÓPICO-PROBLEMÁTICO DE INTERPRETAÇÃO NA SOLUÇÃO DOS EMBATES COMUNICATIVOS

Seguindo no desenvolvimento do presente trabalho, ao ponto em que se prestigia uma construção jurídico-hermenêutica atenta aos conflitos que exsurtem de uma Carta Constitucional que abriga tantos valores e interesses, somos levados a cuidar dos pontos de confronto entre os direitos fundamentais e, em maior medida, dentro do que aqui se propõe, entre o direito fundamental à liberdade de comunicação e os outros mais que podem com este colidir.

Como é sabido, os direitos fundamentais positivados no ambiente constitucional, no que diz respeito à categoria normativa a que pertencem,



inclusive aos métodos de aplicação, aproximam-se das normas-princípio (ALEXY, 1997).

Assim, não há que se falar, dentro da nossa ordem constitucional, em direitos absolutos. Por maior que seja o peso abstrato conferido a um bem protegido pela Lei Fundamental, por mais essencial que seja para dada comunidade, ele estará inevitavelmente submetido às categorias da ponderação quando em conflito com outros direitos fundamentais igualmente positivados no seu mesmo plano normativo.

E isso de nenhum modo mina o seu valor intrínseco. A ponderação, enquanto modo próprio de resolução de conflitos entre normas jurídicas garantidoras de direitos fundamentais, pondera condições de realização. Não se trata de eleger qual direito se afigura como o mais valioso para o ordenamento, qual deverá prevalecer *incontinenti*.

A ponderação, com razão, opera sob outro viés. Como técnica de resolução de conflitos jurídicos para os quais não existe uma única solução pronta e inequívoca, a ponderação visa a otimização da aplicação de todas as normas constitucionais envolvidas em dado caso, a depender da possibilidade de concretização fática e jurídica de cada uma delas.

Como nestes *casos difíceis* não se faz possível a aplicação pura e simples do raciocínio silogístico, aquele que, de uma premissa maior, decorre uma menor, sem maiores esforços argumentativos, o aplicador do direito procederá com avaliações de caráter subjetivo, arrimadas na sua formação humana, social, política, para que ao final do julgamento determine o(s) direito(s) fundamental(is) que deverá(ão) prevalecer e qual(is) deverá(ão) ser menos concretizado(s).

A Constituição é vista, modernamente, como um sistema aberto de regras e de princípios, o que significa dizer que ela admite/exige distintas e cambiantes interpretações (CANOTILHO, 2003).

Dentro dessa ótica, a fim de serem tomadas as melhores decisões práticas juridicamente embasadas, isto é: aquelas que mais e melhor pacifiquem o conflito entre direitos fundamentais estabelecidos - em que não há vencedores e vencidos, mas, antes, titulares de direitos contemplados em maior ou menor medida -, e isso sem que se descure da dogmática constitucional, mister se faz colher nos estudos da hermenêutica constitucional o subsídio teórico-argumentativo para desenvolver o tema, apesar das inúmeras dificuldades que há.

Existe, pois, uma variedade de princípios e métodos interpretativos que se colocam à disposição do interprete do direito para que melhor



compreenda o sentido e o alcance das normas jurídicas. Paradoxalmente, no entanto, se coloca a dificuldade quase intransponível de se eleger com segurança e precisão a forma pela qual o intérprete irá manejá-los, estando a complexa tarefa de concretização hermenêutica exposta a toda sorte de voluntarismos e impressões pessoais do julgador.

Apesar disso, parece-nos que se há problemas no meio desse *caldeirão interpretativo*, ambiente em que existem poucas certezas, apesar de qualquer princípio ou método que pretenda guiar racionalmente a atividade hermenêutica do jurista, não será escondendo-os que poderão os autores prestar melhor contribuição, como se de repente pudéssemos ignorar que o direito que se aplica hoje, em um ambiente de *panprincipiologismo* (STRECK, 2012), é fruto muito mais das concepções do intérprete do que do refletido e responsável estudo das categorias da hermenêutica constitucional.

No que importa à liberdade de comunicação social, não se faz necessário mencionar a quantidade de conflitos que vêm à tona todos os dias por alegado excesso comunicativo, ou, em outras palavras, por ter a comunicação se desviado dos seus nobres fins, garantidos pelo ordenamento – como se viu, não são todas as informações que fazem parte da área de proteção desse direito fundamental.

Quando assim ocorre, quando uma pessoa sujeita de direitos (seja ela física ou jurídica) sai lesada por ocasião do usufruto da liberdade de comunicação por parte de outrem, configura-se, na espécie, o abuso de comunicação, já declinado mais acima neste trabalho.

O que parece muito complexo, nisso, é identificar como deverá o jurista agir no caso em que se instaure tal conflito entre direitos fundamentais: liberdade de comunicação e intimidade, ou liberdade de comunicação e direito à honra, ou a imagem.

Como deve o jurista raciocinar nestes casos, para melhor equacionar direitos fundamentais garantidos no mesmo plano de validade e de vigência? Certamente que não lhe socorrerão as tradicionais categorias interpretativas de Savigny, que tinham espaço quando o direito não cuidava de sociedades tão complexas e os problemas jurídicos podiam ser resolvidos em sua maioria por meio de raciocínios silogísticos simplistas.

O que se verifica é que, nestes conflitos, entre a liberdade de comunicação social e direitos como a intimidade e a honra das pessoas, por não existir resposta única e soberana para cada problema posto à apreciação do Judiciário, havendo, ao invés, a ponderação de interesses, deve ganhar espaço o método tópico-problemático de interpretação em sua feição moderada,



como se abordará adiante.

Este método, nas palavras de Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2008. p. 101), “representa, se não o único, pelo menos o mais adequado dos caminhos para se *chegar* até a Constituição”.

O método tópico tem como referência central a obra de Theodor Viewheg, *‘Tópica e jurisprudência’*, publicada na Alemanha em 1953, cujas ideias contribuíram para o surgimento de intensos debates no âmbito da metodologia do Direito. Viewheg ressaltava que, desde os seus primórdios, o Direito foi concebido como disciplina prática, voltada à resolução de problemas concretos. Todavia, a partir da Modernidade, teria passado a prevalecer a dimensão sistemática do Direito, relegando o problema para um segundo plano. A sua proposta consiste no resgate de um “estilo” de raciocínio jurídico voltado ao problema e não à norma ou ao sistema.

Para tanto, necessário se fazia recobrar o conceito de *topos*, um “lugar comum” argumentativo, menos preocupado com a coerência do sistema do que com os resultados práticos do julgamento. Os *topoi* (plural de *topos*) são diretrizes que podem eventualmente servir à descoberta de uma solução razoável para o caso concreto. Eles não são certos ou errados, mas apenas mais ou menos adequados para a solução do problema; mais ou menos capazes de fornecer uma resposta razoável para o caso, que se mostre persuasiva à comunidade de intérpretes (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012).

A leitura sistemática da Constituição, dentro dessa formulação, seria apenas mais um dentre os demais *topos* a serem levados em conta no caminho para a resolução do caso concreto. Nisso é possível observar a falta de compromisso da *tópica pura* com o sistema jurídico, não constituindo preocupação especial o fato de que o conjunto dos princípios e regras que compõem o ordenamento deve ser um conjunto coerente, ordenado, para que se favoreça o mínimo de segurança jurídica.

Da análise necessária da *tópica pura*, enxerga-se, com facilidade, os riscos que ela traz em si. Caso o papel da hermenêutica jurídica seja reduzido à solução de conflitos individuais, no caso concreto, sem que se dê maior importância ao sistema no todo considerado, agravar-se-ia, ainda mais, e exponencialmente, os problemas de insegurança jurídica que acometem o nosso país, a partir de um sistema de plena liberdade judicial na resolução dos casos.

Não é isso que sustenta o presente trabalho.

Ocorre que o estudo e a aplicação do método tópico-problemático



possuem categorias mais moderadas, as quais se valem de uma tópica que privilegia, ainda, as possibilidades do sistema, não desbordando dos seus limites. MULLER (1996, p. 135), por exemplo, admite o raciocínio tópico, guiado para o problema, desde que “não ultrapasse o texto da norma”, proibindo que o jurista “decida contra o texto claro de uma prescrição, sob o motivo de que ela não oferece um ponto de apoio para que se alcance uma solução razoável para o problema”.

Assim endossamos. A tópica, pautada na resolução do caso concreto, não pode e nem deve se distanciar do que prescrevem as normas jurídicas do sistema. O jurista ou os tribunais que dela se utilizem para legitimar suas decisões devem ainda igual respeito aos limites das possibilidades expressas pelo ordenamento positivo.

E com a comunicação social não ocorre diferente, nem poderia. O jurista que se vê em meio a um conflito entre este direito protegido constitucionalmente e outro bem jurídico em confronto poderá recorrer ao método tópico problemático de interpretação, mas não sem encontrar balizas.

Nesse contexto, caberia a pergunta: no que consiste a incidência do método tópico-problemático na resolução de tais conflitos? A tópica, enquanto instância de solução prática das lides, tendo por fim neutralizar o conflito da vida levado ao Judiciário, posiciona-se com pragmatismo quanto aos direitos envolvidos.

Aquele que veicula o conteúdo de comunicação resguardado pela liberdade constitucional que o ampara, está, supostamente, protegido pelo ordenamento jurídico, mais ainda pela Lei Fundamental, como se viu. Aquele que alega a violação à sua honra, intimidade, privacidade, por sua vez também se abraça com as normas constitucionais que amparam a sua pretensão.

A contribuição do método problemático, nesses casos, será a do próprio método do raciocínio jurídico a ser desenvolvido. O jurista, ainda que sempre atento aos limites que impõe as normas do ordenamento, dado que não pode se prestar a legislar, criar seu próprio sistema jurídico para a resolução de cada questão que se apresenta, deve procurar, nas nuances do caso concreto, a solução que melhor pacifique.

Como se sabe, a honra e a intimidade são direitos da personalidade, e, portanto, em regra, são considerados indisponíveis, não podendo sofrer limitações voluntárias. O ponto a ser considerado, todavia, é que a honra e a intimidade podem ter, cada uma, valorações completamente distintas a depender do seu titular. Em outras palavras: o que fere a honra e a intimidade de um indivíduo, não necessariamente agride as de outro.



É natural que assim o seja. As pessoas possuem personalidades diferentes, e se existem múltiplos graus de timidez e de recato, igualmente múltiplas serão as reações aos produtos dos veículos de comunicação que porventura se refiram expressamente àqueles indivíduos.

Parece lógico, diante disso, que o magistrado não possa julgar esse conflito de direitos fundamentais sempre com a mesma régua. Basta vislumbrarmos que, em reação ao mesmo conteúdo divulgado por um veículo da imprensa, como uma notícia que descreva um novo relacionamento amoroso de alguém, determinada pessoa se sinta profundamente vilipendiada no seu íntimo por ter sua vida devassada daquela maneira, ao mesmo tempo em que outro se sinta completamente prestigiado e contente por ter sua vida exposta.

A restrição do direito de comunicação social, invariavelmente, vai depender da importância que o sujeito noticiado atribuiu ao conteúdo que foi comunicado. Eis a influência do pensamento tópico: considerar as particularidades do caso concreto, para que a intervenção do Estado se amolde ao que dele se exige.

O justo informe, nessa perspectiva, continuará sendo aquele que não lesar outros direitos fundamentais garantidos aos demais indivíduos. O que se evidencia, a partir da assunção tranquila do método tópico-problemático como vetor hermenêutico nesses casos, é quem poderá valorar o que representará ou deixará de significar uma lesão à honra ou à intimidade. Essa função será dada, com menos embaraço, ao próprio indivíduo.

O presente trabalho não tem a pretensão de revelar uma nova sistemática de julgamento, que eventualmente pudesse influenciar julgadores que nunca antes haviam atentado ao que ora se defende. Sob um olhar atento, verifica-se que, apesar da carência hermenêutica da práxis forense brasileira, a própria *intuição* de cada magistrado os leva a considerar o nível de lesão subjetiva atingida por dada matéria, notícia ou qualquer outro produto da mídia. O mérito do método tópico-problemático de hermenêutica constitucional é contribuir com a conscientização deste processo lógico-racional.

Isso ao mesmo tempo em que lembra aos aplicadores jurídicos da importância de serem consideradas, no julgamento, as particularidades de cada caso concreto. A norma jurídica existe não somente para que o intérprete dela parta, no caminho da resolução de uma lide.

O inverso também vale. Do mundo dos fatos ao plano do Direito.



5 CONCLUSÃO

Por tudo quanto foi exposto, vale lembrar que dentro da nossa ordem jurídica positivada não há que se falar em direitos absolutos. Por maior que seja o peso abstrato do valor a ser concretizado sob a forma de princípio, ele deverá necessariamente ser ponderado no caso concreto. Dentro dessa perspectiva, os direitos fundamentais de liberdade de comunicação social e os que se referam à subjetividade do indivíduo em sua vida privada, intimidade e honra, devem ser harmonizados em cada caso, por um jurista atento às circunstâncias da lide em que se detém.

A hermenêutica constitucional surge para ajudá-lo nesse mister. Para fazê-lo compreender melhor as possibilidades teóricas e argumentativas que dispõe entre a área de proteção de um e de outro direito. O método-problemático, na sua feição moderada, isto é, atento aos limites que o sistema jurídico impõe, dará sensatez, razoabilidade à decisão.

A resposta do Estado-Juiz, em tema de liberdade de comunicação e vida privada, deve observar o grau de zelo que o indivíduo noticiado dá a sua intimidade, para que, atento a essa resposta, e em face de um abuso comunicativo, que fira direitos fundamentais devidamente sopesados, se possa, de maneira mais adequada, serem determinadas restrições e indenizações.

Não que algum indivíduo possa abrir mão por completo de sua vida privada, permitindo seja completamente devassada por veículos midiáticos. Os direitos da personalidade, dentre os quais se posiciona a intimidade, continuam indisponíveis, em regra. O que se altera é a maior liberdade conferida ao indivíduo para decidir o que entende lhe seja ou não prejudicial, moldando-se, a partir disso, o que deve ser considerado um justo informe, e com ele a sanção do que não o seja.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madri, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 235, p. 1-36, jan/mar 2004.



_____. Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988. In **Temas do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.347

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed., Brochura, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolpho Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. v.1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**, 1996, p. 135.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 188

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. p. 66-67.



**MEDIA FREEDOM AND CONSTITUCIONAL
HERMENEUTICS: THE SEARCH OF A FAIR
INFORM BY THE TOPIC-PROBLEMATIC METHOD
OF INTERPRETATION****ABSTRACT**

This paper presents the constitutional and infraconstitucional conformation of the fundamental right to freedom of media in the Brazilian legal system. In addition, it points the other rights which might collide with it, which will be balanced in each case, in view of the difficulty of being established abstract solutions. It also addresses the areas of constitutional hermeneutics, unraveling the topic-problematic method of interpretation and their contribution within the conflict of fundamental rights that sometimes arises. Intend, finally, to clear about the fundamental need of the contemporary jurist to reconnect the constitutional hermeneutics, to better solve the disputes brought to its assessment and to understand more clearly the function himself develops.

Keywords: Freedom of Media. Constitutional Hermeneutics. Topic-Problematic Method. Fundamental Rights. Legal Interpretation.

