

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FRANCISCO MARCOS DE ARAÚJO

**PONDERAÇÃO DE BENS NA SUPERAÇÃO DA COLISÃO ENTRE A
LIBERDADE DE IMPRENSA E DIREITO À PRIVACIDADE NO
SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

NATAL/RN
2010

FRANCISCO MARCOS DE ARAÚJO

**PONDERAÇÃO DE BENS NA SUPERAÇÃO DA COLISÃO ENTRE A
LIBERDADE DE IMPRENSA E DIREITO À PRIVACIDADE NO
SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

**Dissertação apresentada à Coordenação
do Programa de Pós-Graduação em
Direito – Curso de Mestrado em Direito
Constitucional - da Universidade Federal
do Rio Grande do Norte – UFRN, como
requisito parcial para a obtenção do Título
de Mestre em Direito Constitucional.**

**Orientador: Professor Doutor Vladimir da
Rocha França**

Natal/RN

2010

Catálogo da Publicação na Fonte.
UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA

Araújo, Francisco Marcos de.

Ponderação de bens na superação da colisão entre a liberdade de imprensa e direito à privacidade no sistema constitucional brasileiro/ Francisco Marcos de Araújo. - Natal, 2017.

352f.

Orientador: Prof. Dr. Vladimir da Rocha França.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-graduação em Direito.

1. Direitos Fundamentais - Dissertação. 2. Liberdade de Imprensa - Dissertação. 3. Direito à privacidade - Dissertação. 4. Conflito entre Direitos - Dissertação. 5. Proporcionalidade - Dissertação. 6. Ponderação - Dissertação. 7. Equilíbrio.- Dissertação. I. França, Vladimir da Rocha. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA

CDU 342.7

PONDERAÇÃO DE BENS NA SUPERAÇÃO DA COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE IMPRENSA E DIREITO À PRIVACIDADE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 conforma diversos direitos fundamentais, inalienáveis do cidadão, colocados sobre o mesmo plano de eficácia. Eles (os direitos fundamentais) asseguram não apenas direitos subjetivos, mas também os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática. Dentre os direitos fundamentais protegidos no sistema constitucional brasileiro estão a liberdade de imprensa e o direito à privacidade, que não podem receber referencial hierárquico ou sobrepostos, mas colocados em situação de equilíbrio e igualdade. Todavia, na ambiência coletiva, a relação entre esses direitos nem sempre é de equilíbrio. A presente dissertação aprofunda uma pesquisa sobre a liberdade de imprensa e o direito à privacidade no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente na sua base constitucional, estudando as situações de entrec choques, definidas pela doutrina como colisão de princípios. Especialmente na solução de conflitos relacionados a esses dois direitos fundamentais, fixou-se como técnica mais adequada a ponderação. A técnica da ponderação decorre da análise do sentido semântico e jurídico de expressões contidas no texto constitucional, buscando uma aplicação justa entre meios e fins. O juízo de ponderação permite alcançar a melhor proporção, ou o melhor resultado entre os bens jurídicos colidentes. Diante de conflitos casuísticos entre princípios, o intérprete-aplicador fará uma ponderação entre os *standard* concorrentes, optando, afinal, por aquele que, nas circunstâncias, e segundo a sua prudente avaliação, deva ter um peso relativamente maior. A ponderação é a melhor técnica de solução entre conflitos de princípios constitucionais. Igualmente a dissertação avalia a confusa declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 5.250/67, a chamada “Lei de Imprensa”, por meio da ADPF 130-7, cuja conclusão é pela proibição da edição de lei infraconstitucional regulando a liberdade de imprensa. Em que pese o direito à liberdade de imprensa ter relevante função social no Estado Democrático de Direito, se conclui neste trabalho ser imprescindível delimitar a sua forma e a sua amplitude, frente ao

exercício do inato direito à privacidade, inclusive por meio de lei infraconstitucional. O efeito legitimante da atuação da liberdade de imprensa implica não apenas que o seu exercício seja feito com rigor e objetividade, mas, sobretudo, que não haja redução da esfera de proteção da vida privada.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais – Liberdade de Imprensa – Direito à privacidade - Conflito entre Direitos – Proporcionalidade – Ponderação – Equilíbrio.

ASSETS PONDERATION IN THE OVERCOMING OF THE COLLISION BETWEEN PRESS FREEDOM AND THE RIGHT TO PRIVACY IN THE BRAZILIAN CONSTITUCIONAL SYSTEM

ABSTRACT

The Brazilian Federal Constitution of 1988 comports several fundamental rights, not alienable to the citizen, put on the same plan of efficiency. They (the fundamental rights) assure not only the subjective rights, but also the objective principles of the democratic and constitutional order. Among the fundamental rights protected on the Brazilian constitutional system are the press freedom and the right to privacy, which cannot receive hierarchical referential or overlays, although set in a situation of balance and equality. However, in the collective ambience, the relation between these rights not always is in balance. The present dissertation deepens a research about the press freedom and the right to privacy in the Brazilian juridical ordainment, particularly in its constitutional base, studying the conflict situations, defined by doctrine as collision of principles. Especially in the solution of conflicts related to these fundamental rights, it has been established as the more adequate technique to ponderation. The ponderation technique results from the analysis of the semantic and juridical sense of expressions contained in the constitutional text, searching for a fair application between ways and ends. The judgment of consideration allows reaching the best proportion, or the best results between juridical goods which collide among themselves. Before the eventual conflicts between principles, the interpreter-applicator will make a consideration between the standard contestants, opting, at last, for that that, in the circumstances, and according to his prudent evaluation, should have a relatively bigger weight. Equally the dissertation evaluate the confused declaration of unconstitutionality of the law n° 5.250/67, which is called "Press Law", through the ADPF 130-7, which conclusion is for the prohibition of the publication of infra-constitutional laws regulating the press freedom. In what it weighs the right to press freedom having the relevant social function in the Democratic State of Right, it can be concluded in this essay to be essential to delimit its form and its amplitude, in front of the exercise of the innate right to the privacy, even through infra-constitutional law. The legitimating effect on the acting of the press freedom implies not only on its

exercise being done with rigidity and objectivity, but, especially, that there is no reduction in the sphere of private life protection, as the rights of the personality.

Key-words: Fundamental Rights – Press Freedom – Right to Privacy – Conflicts between Rights – Proportionality – Ponderation/Consideration – Balance.

SUMÁRIO:

1. INTRODUÇÃO.....	06
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E PONDERAÇÃO DE BENS NA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA.....	11
2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
2.1.1 Gênese, forma e evolução dos direitos fundamentais.....	11
2.1.2 A dogmática dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado e as colisões entre direitos subjetivos.....	27
2.2. A PONDERAÇÃO DE BENS NA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA.....	36
2.2.1 A hermenêutica jurídica tradicional.....	36
2.2.2. A ponderação como a melhor técnica de hermenêutica constitucional em caso de colisão inter princípios.....	54
3. LIBERDADE DE IMPRENSA NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	73
3.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE DE IMPRENSA.....	73
3.2 A LIBERDADE DE IMPRENSA NA HISTÓRIA SOCIAL, POLÍTICA E CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	80
3.3 A LIBERDADE DE IMPRENSA COMO FERRAMENTA POPULAR DE CONTROLE SOCIAL E INSTRUMENTO DE RELEVANTE UTILIDADE PÚBLICA.....	102
3.4. A COERÇÃO POLÍTICA E MIDIÁTICA QUE RESULTOU NA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 5.250/67.....	109
4. DIREITO À PRIVACIDADE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	129
4.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE - VISÃO HISTÓRICA E AS SUAS DIFERENTES CONCEPÇÕES.....	129
4.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE E A CONSTITUIÇÃO DE 1988 - A TUTELA INTEGRAL.....	148
4.3 O DIREITO À PRIVACIDADE DENTRO DO ÂMBITO PROTETIVO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE.....	153
4.4 DIREITO À HONRA.....	158
4.4.1 Contextualização histórica.....	158
4.4.2 Direito à honra – conceito, titularidades e limites.....	159
4.5 DIREITO À IMAGEM.....	170
4.5.1 Direito à imagem – conceito, titularidades e limites.....	170
4.5.2 Direito à imagem – Limites.....	175
4.6 DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA.....	180

5. ALCANCE E LIMITES DA TUTELA JURISDICIONAL NA COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE IMPRENSA E O DIREITO À PRIVACIDADE.....	193
5.1 O ESCALONAMENTO DE VALORES NA ORDEM CONSTITUCIONAL	193
5.2 O DESAFIO DE PONDERAR LIBERDADE DE IMPRENSA E OS DIREITOS INERENTES À PRIVACIDADE PREVISTOS NO ART. 5º, INCISO X, DA CF/88.....	205
5.3 NOVOS CRITÉRIOS E PARÂMETROS ONTOLÓGICOS PARA A PONDERAÇÃO ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E O DIREITO À PRIVACIDADE.....	220
5.4 A SOLUÇÃO JURISDICIONAL EM CASOS DE CONFLITOS.....	239
5.5.1 Tutela inibitória	240
5.5.2 Tutela ressarcitória	243
5.5 A LIBERDADE DE IMPRENSA PODE E DEVE SER LIMITADA. A IMPERIOSIDADE DE UMA NORMA INFRACONSTITUCIONAL REGULADORA.....	255
6. CONCLUSÕES.....	275

1. INTRODUÇÃO

No campo do regramento geral, a Constituição Brasileira de 1988 colocou sob a sua proteção vários direitos fundamentais, tidos quimérica e genericamente pelo povo como absolutos. Nessa esteira da configuração utópica, os direitos fundamentais são alinhados horizontalmente sob o prisma da eficácia e igualdade utilitária, assim colocados num só patamar: a liberdade, a saúde, comunicação social, liberdade de expressão, direitos da personalidade...

Apenas para fixar a generalidade e a imprecisão do texto constitucional vigente, veja-se que nele foi garantida a plenitude da liberdade de expressão, sob este signo abrangida a liberdade de informação, de imprensa e de pensamento, cujo exercício pensa-se sem possibilidade de nenhuma restrição, ante a aparente ausência de cláusula de reserva legal.

Essa liberdade comunicativa geral e da imunidade à censura está contemplada em diversos dispositivos da Constituição Federal, notadamente nos artigos 5º, incisos IV, IX, IX, XIV¹; 220, e seus §§ 1º e 2º² e 221³ e 222⁴,

¹ Art. 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo entrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

(...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

² 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.”

³ Art. 221. “A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

como fundamento da Democracia, princípio de maior densidade axiológica e maior estatura sistêmica, avultando como síntese dos fundamentos da nossa República.

Neste mesmo pulsar, a Constituição, proclamando a centralidade da base do Estado na dignidade da pessoa humana, dedicou dispositivos expressos à tutela da personalidade, dentre os quais é possível destacar o *caput* do artigo 5º e o inciso X⁵.

Além dos enunciados paradigmáticos do *caput* e do inciso X do artigo 5º, citados, a Constituição em várias outras passagens cuida de tutelas específicas de direitos da personalidade, podendo ser encontrados nos seguintes artigos: art. 5º, *caput* (direito à vida; direito à liberdade) e incisos V⁶ (proteção dos direitos à honra e à imagem); IX (direito moral autoral), XII⁷ (direito ao sigilo de correspondências e de comunicação), XLVII⁸ (impedimento

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.”

⁴ Art. 222. “A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

§ 1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação.

§ 2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social.

§ 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

§ 4º Lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas de que trata o § 1º.

§ 5º As alterações de controle societário das empresas de que trata o § 1º serão comunicadas ao Congresso Nacional.”

⁵ Art. 5º. (...)

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

⁶ Art. 5º. (...)

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

⁷ Art. 5º. (...)

“XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

⁸ Art. 5º. (...)

“XLVII - não haverá penas:

de pena de morte, dentre outras); LIV⁹ (a privação da liberdade depende da observância do devido processo legal); art. 5º, LX¹⁰ (proteção do direito à intimidade, por meio de restrição da publicidade processual); LXXV¹¹ (proteção do direito à honra em face do erro judicial), art. 199, § 4º¹² (proteção da integridade física); art. 225, § 1º, V¹³ (proteção do direito à vida por meio de imposição de restrições à produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias), art. 227, caput e § 6º¹⁴ (proteção do direito à vida, integridade e liberdade e identidade de crianças e adolescentes, com proibição de discriminação em relação aos filhos) e art. 230¹⁵ (proteção do direito à vida e à integridade dos idosos).

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;”

⁹ Art. 5º. (...)

“LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

¹⁰ Art. 5º. (...)

“LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;”

¹¹ Art. 5º. (...)

“LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;”

¹² Art. 199. “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

(...)

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

¹³ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

(...)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;”

¹⁴ Art. 227. “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

¹⁵ “Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

Por tal conformação constitucional, pode-se asseverar, por meio de uma interpretação sistêmica, de que tais dispositivos plasmam uma cláusula geral de promoção e tutela da personalidade humana.

Assim, estão colocados como direitos substancialmente fundamentais a liberdade de imprensa e o direito à privacidade, diluídos na generalidade da Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade, respectivamente.

Contudo, na vivência humana e social, a relação entre esses direitos nem sempre é de equilíbrio. Como corolário da ambiência coletiva, as relações decorrentes da vida em sociedade ensejam vários conflitos que precisam ser compostos para o equilíbrio da paz social.

Com efeito, existe colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular, acentuando-se que não se trata de um cruzamento ou acumulação de direitos, mas um choque, um autêntico conflito de direitos.

De modo sintético, as colisões e as restrições nascem porque o exercício de um direito fundamental entra em conflito com outro ou com outros preceitos constitucionais (bens jurídico-constitucionais).

Neste momento da colisão, é tarefa da doutrina jurídica e dos tribunais traçar os limites que permitam o exercício harmônicos desses direitos fundamentais colidentes, por mais difícil que seja a definição dos critérios para a solução da colisão.

O presente estudo visa apresentar uma forma de superação dos critérios aleatórios tradicionais de hermenêutica jurídica na resolução dos conflitos *inter* princípios e bens, especificamente no que tange a estes diretamente envolvidos (imprensa *versus* direito da privacidade), descrevendo meios objetivos de ponderação. Aponta, ao mais, soluções por meio de controle judicial, através de tutelas preventivas ou ressarcitórias.

Quanto à metodologia de pesquisa empregada realizou-se um estudo exploratório acerca do tema, investigando-se suas hipóteses, centrando-se estas últimas especialmente em torno da ponderação como técnica de hermenêutica constitucional para superação da colisão entre direitos fundamentalmente albergados no texto da Carta Política de 88.

A pesquisa bibliográfica também focou a doutrina brasileira e a doutrina alienígena acerca do disciplinamento da liberdade de imprensa, buscando-se provar, neste trabalho, que a Constituição Brasileira, a *contrario sensu*, limita a liberdade de imprensa quando esta estiver em confronto com os direitos da personalidade (privacidade, intimidade, honra, imagem etc.).

A dissertação perfaz uma ampla pesquisa da jurisprudência brasileira, principalmente das Cortes Superiores, para demonstrar a ausência no nosso país de uma reflexão mais sistemática sobre a liberdade de expressão (*in gênero*) e a liberdade de imprensa (*in specie*), no que tem produzido uma jurisprudência vacilante e incerta, tanto sob o aspecto da delimitação dos contornos das referidas liberdades, quanto sob aquele da determinação das sanções cabíveis em caso de excedimento.

A metodologia empregada para o desenvolvimento dos itens em questão pode ser classificada de várias formas, com destaque, num primeiro plano, para a identificação do método ou dos métodos que hão de proporcionar a base lógica para a investigação, e, num segundo plano, para a identificação do método ou dos métodos capazes de indicar os meios técnicos ou procedimentais de investigação.

Quanto às bases racionais condicionadoras da pesquisa em apreço, há de se dizer que o presente trabalho identifica-se amplamente com o método dialético, através do qual se promoveu a uma abordagem crítica e inter-relacional dos fenômenos e preceitos fáticos, jurídicos e sociológicos estudados.

Por outro lado, no que tange aos métodos voltados aos meios técnicos de pesquisa, há certamente uma maior multiplicidade de técnicas, com preponderância, entretanto, para a utilização do método bibliográfico, com

recurso a dados e conhecimentos publicados em livros e documentos relacionados ao tema sob enfoque.

Certamente, tal estudo nunca pretenderá apresentar uma versão acabada do tema abordado, pautando-se, no entanto, em uma visão particularizada e especial da forma do exercício de certos direitos fundamentais, e sua harmonização por meio da técnica da ponderação.

No primeiro capítulo, se faz uma abordagem histórica sobre os direitos fundamentais, traçando um paralelo com os direitos humanos e a vocação do direito natural. Seguidamente, se analisará a forma dos direitos fundamentais, sua dogmática no âmbito do direito privado, e as colisões na intercorrência dos direitos subjetivos.

No segundo momento do primeiro capítulo, se fará uma narrativa da hermenêutica tradicional, com alentado estudo sobre a hermenêutica contemporânea, com foco específico na ponderação como uma melhor técnica de hermenêutica constitucional para os casos de colisão *inter* princípios.

No capítulo segundo, o trabalho abordará a liberdade de imprensa no sistema constitucional brasileiro, localizando essa liberdade ao longo da nossa história social, política e jurídico-constitucional. Em passo seguinte, se faz uma delimitação da liberdade de imprensa como ferramenta popular de controle social e instrumento de relevante utilidade pública. Definidos esses aspectos da imprensa, o trabalho investigará os aspectos jurídicos e políticos que resultaram na controvertida declaração da inconstitucionalidade da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa), com ampla pesquisa jurisprudencial quanto a contraditoriedade dos julgados anteriores do Supremo Tribunal Federal.

Adiante, no terceiro capítulo, a tratativa se voltará para o direito à privacidade no sistema constitucional brasileiro, iniciando por uma noção conceitual e visão histórica dos direitos de personalidade. No pulsar imediato, o trabalho passa a localizar os direitos da personalidade dentro do âmbito da tutela integral prevista na Constituição Federal de 88. Fixadas essas bases da pesquisa, segue-se uma avaliação sistêmica do direito à privacidade dentro

dos direitos de personalidade, indicando quais desses direitos genéricos (de personalidade) estariam insertos na noção de privacidade.

Descreve-se, nesse terceiro capítulo, o que seriam direito à honra, direito à imagem, direito à vida privada e direito à intimidade, na perspectiva conceitual, tipológica e jurídica.

Doravante, a dissertação avança no seu quarto capítulo no respeitante ao alcance na tutela jurisdicional nos casos de colisão entre a liberdade de imprensa e o direito à privacidade, com um estudo digressivo sobre escalonamento de valores na ordem constitucional, para depois tratar sobre o desafio de se ponderar esses direitos em conflito – imprensa x privacidade, para, logo em diante, se indicar quais os critérios objetivos para uma tomada axiológica de decisão. Dentro desse capítulo, se faz uma análise das tutelas jurisdicionais aplicáveis às hipóteses, com descrição casuística de várias situações postas à apreciação do Poder Judiciário.

Finalmente, em seu último capítulo, este trabalho recomendará a adoção de regulação da liberdade de imprensa e dos seus direitos conexos por meio de legislação infraconstitucional.

Todo este trabalho se voltará para demonstrar a dificuldade na delimitação dos contornos do desenho da liberdade de imprensa, principalmente depois da extirpação do sistema jurídico pátrio da Lei n.º 5.250/1967, a chamada Lei de Imprensa, por declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, em face da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 130-7, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT).

A declaração da inconstitucionalidade da “lei de imprensa” resultou em completa abstração normativa para o exercício da liberdade de expressão, em suas vertentes mais aparentes: liberdade de informação e de imprensa. A falta de regulação da comunicação social e a ausência de leis específicas disciplinando as formas do exercício desses direitos fundamentais de liberdade de expressão, de informação e imprensa, frente mesmo aos direitos da

personalidade - dentre eles o da privacidade, tem levado o Poder Judiciário a tomar decisões assimétricas, talhadas ao sabor, desejo e ideologia do julgador.

O grave e preocupante é que na votação da ADPF n.º 130-7, parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal entendeu que não há espaço para a legiferação sobre liberdade de expressão, excluindo qualquer hipótese de conformação legislativa sobre todo e qualquer tema atinente à comunicação das idéias.

Tal pensar, colocado de forma implícita, traz como carga decisória um verdadeiro *shall not* similar ao da Constituição Americana, impedindo o legislador de fixar alguns parâmetros para o exercício de certas liberdades, dentre outras a liberdade de imprensa, em patente dessintonia com o artigo 220, §1º¹⁶, da Constituição Federal Brasileira em vigor, a qual remete remete à observância obrigatória do seu art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV, supra transcritos.

Nesse ambiente tumultuado de indefinição constitucional sobre a possibilidade de regulação da liberdade de imprensa, e numa perspectiva de contribuição para a indicação de uma forma de resolução dos interesses juridicamente colocados, do ponto de vista da colidência dos princípios, é que este trabalho indicará novos critérios de ponderação de bens a serem operados e manuseados para dar prevalência ao fim mandamental unitário da Constituição Federal.

Vincula-se este trabalho ao propósito de analisar a liberdade de imprensa e as barreiras de contenção impostas, quando estiver sob relevo circunstâncias que podem afetar ou agravar a personalidade do cidadão no que lhe é mais íntimo.

Entendendo que a matéria não é estranha a uma disciplina legislativa, uma vez que a Constituição Federal deixa assim assente nos

¹⁶ 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 conterà 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.”

artigos 220 e 221, e seus parágrafos, este trabalho culmina com a recomendação da edição de uma lei regulando a liberdade de imprensa como a vertente mais difundida da comunicação social, com sugestões de limites e algumas formas de controle, frente ao direito - também fundamental - da privacidade.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E PONDERAÇÃO DE BENS NA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

2.1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1.1. Gênese, forma e evolução dos direitos fundamentais

A formulação histórica dos direitos fundamentais está centrada em lutas paulatinas e contínuas em volta de antigos padrões de exercício do poder. Não se pode negar, ademais, que a história dos direitos fundamentais está ligada à evolução filosófica dos chamados “direitos humanos” como direitos de liberdade, atrelados à natureza humana e aplicados primariamente como forma de confinar a atuação estatal, possuindo íntima relação com a formação do chamado “novo constitucionalismo”.

A evolução da doutrina dos direitos fundamentais encontra traços gerais das primeiras declarações de direitos nos forais e nas cartas de franquia da Idade Média, que já naquela época evidenciavam uma enumeração (contida, é fato) de direitos.

É indubitável afirmar que a causa principal do reconhecimento de direitos naturais e intangíveis em favor do indivíduo é de ordem filosófica-religiosa. Uma grande contribuição é tributada ao Cristianismo, com a idéia de que cada pessoa é criada à imagem e semelhança de Deus, daí, portanto, a igualdade fundamental natural entre todos os homens. Como se vê, decorre de

ordem religiosa, dos dogmas cristãos, sendo essa inspiração religiosa influenciada pela lição de Santo Tomás de Aquino¹⁷ acerca do Direito Natural.

As concepções cristãs medievais, especialmente o direito natural tomista, ao distinguir entre *lex divina*, *lex natura* e *lex positiva*, abriram o caminho para a necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza dos homens. Mas, como era a consciência humana que possibilitava ao homem aquilatar da congruência do direito positivo com o direito divino, colocava-se sempre o problema do conhecimento das leis justas e das entidades que, para além da consciência individual, sujeita a erros, captavam a conformidade da *lex positiva* com a *lex divina*.

Conforme tal noção de direito natural, os direitos humanos são direitos atemporais, inerentes à qualidade de homem de seus titulares. Para bem exemplificar-se esse legado teórico, cite-se a primeira afirmação da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁸, a partir da qual todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, o que é assemelhado à frase inicial de Rousseau¹⁹, no clássico *O Contrato Social*, em que afirmou ele que o homem nasceu livre.

Historicamente, não demorou para que ocorressem conquistas em face do Poder Monárquico. E, tal ocorreu quando os reis da Idade Média pactuaram com os seus súditos acordos mediante os quais os súditos reconheciam o poder monárquico e o rei fazia algumas concessões.

A mais célebre destas Cartas, denominada em latim *Magna Carta Libertatum*, foi obtida coercitivamente pela nobreza inglesa do Rei João Sem Terra em 1215, quando este se apresentava enfraquecido pelas derrotas militares que sofrera.

¹⁷ Acerca do destaque conferido por Santo Tomás de Aquino à idéia de que o homem se trata de um ser gerado à imagem e semelhança de seu criador, vide: *A trindade*, p. 252. Referida obra, aqui citada em sua versão nacional, foi composta pelo autor entre os anos 400 e 416 d.C.

¹⁸ Artigo I – “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”

¹⁹ *Do Contrato Social*, p. 11.

É certo que no século XVII foram feitas conquistas substanciais e definitivas, contudo o surgimento das liberdades públicas tem como ponto de referência duas fontes primordiais: o pensamento iluminista da França do século XVIII e a Independência Americana.

A declaração de independência do Estado da Virgínia, votada em junho de 1776, serviu de modelo para outras declarações de direitos na América do Norte. Seguiu-se daí a edição da mais conhecida e influente, qual seja, a dos Direitos do Homem e do Cidadão, editada em 1789 pela Revolução Francesa.

Assim, desde a Revolução de 1789 as declarações de direitos são um dos traços do constitucionalismo, tendo como referencial para esse acontecimento a opressão absolutista. A proclamação da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” traz vários direitos ligados à defesa da liberdade, da segurança e da propriedade, tão aspirados por aqueles que compunham o chamado Terceiro Estado (a burguesia e o povo) e que não desfrutavam de qualquer participação política. Estabelecia o art. 16²⁰ da Declaração que não teria Constituição a sociedade que não assegurasse a garantia dos direitos, nem determinasse a separação dos poderes.

Isso representou a semente através da qual germinaria a essência da idéia do constitucionalismo moderno a imperar nos Estados nacionais. Os direitos fundamentais, cunhados de liberdades públicas, colimavam proteger o homem contra o Estado. Já a separação dos poderes (divisão funcional do poder estatal) buscava fragmentar o poder, para enfraquecer o absolutismo estatal e evitar o arbítrio e o abuso nas relações jurídicas travadas entre o indivíduo e o Estado.

Para tutelar o indivíduo, os direitos fundamentais foram construídos de modo a evitar a interferência do Estado na vida privada da sociedade, normalmente se exigindo do poder estatal omissões e abstenções. Nessa primeira etapa do constitucionalismo moderno, formam-se os direitos

²⁰ XVI – “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição.”

fundamentais de primeira geração ou dimensão, como, por exemplo, as liberdades públicas em geral (religiosa e de consciência, de locomoção, de reunião, de expressão, dentre outras), os direitos associados à proteção da propriedade privada e o modelo de contrato como fruto do acordo de vontades individuais das partes.

Numa época em que o indivíduo vivia isolado no espaço social e político, sendo a sociedade e o Estado dois mundos separados e estanques, cada um governado por uma lógica de interesses própria, não admira que os direitos fundamentais pudessem ser concebidos como direitos unicamente do indivíduo contra o Estado. Não seria exagero afirmar que os direitos fundamentais não podiam deixar de ser então concebidos dessa maneira. Além do contexto favorável, estava em causa a exigência teórica e prática no sentido de que os direitos fundamentais tinham a finalidade a proteger a sociedade contra as intromissões do poder estatal.

Certamente que as liberdades públicas têm hoje uma configuração muito mais complexa do que no fim do século XVIII. Destarte, esse quadro inicial, contudo, sofreu forte evolução cujas causas dizem respeito à necessidade de enfrentar novas ameaças e novos desafios postos pelos séculos XIX e XX. Os direitos clássicos não desapareceram. Perderam, tão somente, o seu caráter absoluto para ganhar uma dimensão mais relativa surgida da imperiosidade de compatibilizar o direito com outros princípios constitucionais.

Contra esse individualismo extremo foram se reconhecendo direitos em favor dos grupos sociais, o que não se fazia nas primeiras declarações, passando-se a reconhecer, paralelamente, ao indivíduo o direito de associação, inclusive como garantia da própria liberdade individual.

As manifestações dessa nova concepção ocorreram, principalmente, nas constituições republicanas do século passado, a exemplo da Constituição Alemã de 1919 (Weimar) e da Constituição Espanhola de 1931, bem como, também na Constituição Mexicana de 1917, ainda que com menor repercussão.

Os direitos individuais, pela sua transcendência, extrapolaram os limites de cada Estado para se tornar uma questão de interesse internacional, e a via escolhida tem sido a da proclamação de direitos de âmbito transnacional.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 preocupou-se, fundamentalmente, com quatro ordens de direitos individuais. Logo no início, são proclamados os direitos pessoais do indivíduo: direito à vida, à liberdade e à segurança. Num segundo grupo encontram-se expostos os direitos do indivíduo em face das coletividades: direito à nacionalidade, direito de asilo para todo aquele perseguido (salvo os casos de crime de direito comum), direito de livre circulação e de residência, tanto no interior como no exterior e, finalmente, o direito de propriedade.

Em um terceiro grupo são tratadas as liberdades públicas e os direitos públicos: liberdade de pensamento, de consciência e religião, de opinião e de expressão, de reunião e de associação, princípio na direção dos negócios públicos. Num quarto grupo figuram os direitos econômicos e sociais: direito ao trabalho, à sindicalização, ao repouso e à educação.

Com firme lembrança no contexto sociológico da Declaração Universal, Norberto Bobbio²¹ alerta para a circunstância de que sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia, acrescentando que sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem proviriam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável,

²¹ Acerca disto, assevera Bobbio: “A Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre”. (*A Era dos Direitos*, p. 34).

intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Necessário também se faz separar os direitos fundamentais formalmente constitucionais e os direitos fundamentais sem assento constitucional.

Os direitos consagrados e reconhecidos pela Constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A Constituição admite, porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude das normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados direitos materialmente fundamentais.

Conforme explicita Sarlet²², o aspecto fundamental desses direitos, em sua acepção formal e em nível constitucional nacional, mais especificamente no que toca à CF/88, relaciona-se à positivação constitucional e decorre de três elementos distintos, abordados pelo doutrinador já com referencia exemplificativa à realidade brasileira.

O primeiro deles liga-se ao fato de que, encontrando-se no bojo do texto constitucional escrito, os direitos fundamentais localizam-se na posição normativa mais elevada de nosso ordenamento jurídico. Num segundo momento, tem-se a circunstância de que esses direitos fundamentais, no regime constitucional pátrio em vigor, sujeitam-se a limites formais mais rígidos de modificação, próprios das emendas constitucionais, no mesmo passo em que restam protegidos pelas norminadas *cláusulas pétreas*, sendo, quanto aos direitos e garantias individuais, impassíveis de abolição, ainda que por emenda constitucional, conforme estabelecido no art. 60 da CF/88²³.

²² *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 88/89.

²³ Art. 60. "A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Em terceiro plano formalístico, destaca-se a imposição constitucional de que os direitos fundamentais são autoaplicáveis ou de aplicabilidade imediata, conforme ordena o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal em vigor²⁴.

Do outro lado dessa abordagem encontra-se, como já referida, a noção de fundamentalidade material. Segundo Sarlet “a fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”.²⁵

Não há dúvidas de que a definição precisa do que seriam essas decisões fundamentais se constitui em tarefa de difícil e até mesmo de duvidosa execução. Isso se deve ao fato de que, como bem posto por Inocêncio Mártires Coelho, não existe critério seguro e objetivo que possibilite apontar-se de forma absolutamente válida o conteúdo substancial de uma norma constitucional.²⁶

Nada obstante, pode-se destacar, como posto supra, uma noção de fundamentalidade material relacionada à abertura formalmente estabelecida em nossa Constituição Federal vigente, esta no sentido permitido pelo art. 5º, § 2º, da CF/88, o qual inseriu em nosso sistema a aceitação de direitos fundamentais outros além daqueles expressamente previstos no texto constitucional, admitindo também aqueles decorrentes do regime e dos princípios adotados na Lei Maior ou ainda decorrentes dos Tratados Internacionais dos quais o Brasil seja parte.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

²⁴ Art. 5º. (...)

“§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

²⁵ *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 89.

²⁶ *Curso de Direito Constitucional*, p. 25.

Trata-se de uma evidente cláusula de abertura, cujo alcance, embora de difícil especificação, bem exemplifica a fundamentalidade material de cuja existência não se pode olvidar também dentro do âmbito jurídico nacional.

Com vigor científico, Artur Cortez Bonifácio²⁷ aquilata essa abertura no rol dos direitos fundamentais da seguinte forma:

Há, portanto, direitos fundamentais por assimilação e conexão lógico-sistêmica com outros valores e direitos fundamentais, para além de estarem no título específico dos direitos fundamentais. Também há direitos fundamentais, fora do título, em outras partes na Constituição e fora da Constituição, nomeadamente os tratados internacionais de direitos humanos. Como também poderá haver normas de legislação infraconstitucional com um conteúdo de direitos fundamentais, mas que, nesse último caso, não se submetem ao regime especial dos direitos fundamentais.

Para demonstrar pragmaticamente essa abertura na configuração dos direitos fundamentais, traz a lume Artur Cortez Bonifácio o exemplo do Direito Constitucional português. Aduz ele, com propriedade, que a cláusula aberta na Constituição Portuguesa tem uma abrangência maior do que a Constituição Brasileira, porquanto aquela inclui a legislação infraconstitucional, com previsão expressa no artigo 16.1., aí contendo que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.”²⁸

É fato, ainda, que os direitos fundamentais possuem funções, quais sejam: função de defesa ou de liberdade, função de prestação social, função de proteção perante terceiros e função de não discriminação.

A clássica concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais informa que tais direitos constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. Esta concepção de direitos fundamentais – apesar de ser pacífico na doutrina o reconhecimento da perspectiva jurídico-objetiva de tais

²⁷ *O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais*, p. 83.
urso de Direito Constitucional, p. 25.

²⁸ *O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais*, p. 83.
urso de Direito Constitucional, p. 25.

direitos²⁹ – ainda continua ocupando um lugar de destaque na aplicação dos direitos fundamentais. Esta concepção, sobretudo, objetiva a limitação do poder estatal a fim de assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade. Para tanto, outorga ao indivíduo um direito subjetivo que permite evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.³⁰

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aquel'outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático. É verdade consabida, desde que Jellinek desenvolveu a sua Teoria dos quatro “status”³¹, que os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica.

Na sua concepção inicial, cronologicamente mais antiga, os direitos fundamentais surgem como direitos de defesa, destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas.

²⁹ A idéia de que os direitos fundamentais não possuem apenas conteúdo negativo, mas igualmente apresentam uma vertente objetiva, centra-se no reconhecimento de que atuam eles como diretrizes jurídico-constitucionais voltadas a orientar o comportamento dos agentes estatais e sociais, não apenas impondo-lhes abstenções, mas também exigindo-lhes um agir positivo na efetivação do conteúdo fundamental constitucionalmente protegido. Na esteira do raciocínio doutrinário nacional, pode-se referir várias obras como exemplos da pacificação desse entendimento: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 168; DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 63 e ss.;

³⁰ *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 167.

³¹ Cf. CRUZ, Alvaro Ricardo de. *Processo Constitucional e a efetivação dos direitos fundamentais*, p. 212.

Nessa dimensão, que veio assomando-se às demais ao longo do tempo, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma competência negativa do Poder Público, que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado.

Outras normas consagram direitos a prestações de índole positiva, que tanto podem referir-se a prestações fáticas de índole positiva, quanto a prestações normativas de índole positiva.

Tal como observado por Gilmar Ferreira Mendes³², referindo-se à obra do alemão Konrad Hesse, a garantia de liberdade do indivíduo que os direitos fundamentais pretendem assegurar somente é exitosa no contexto de uma sociedade livre. Por outro lado, uma sociedade livre pressupõe a liberdade dos indivíduos e cidadãos, aptos a decidir sobre as questões de seu interesse e responsáveis pelas questões centrais de interesse da comunidade.

Segundo ainda Gilmar Ferreira Mendes, essas características condicionam e tipificam a estrutura e a função dos direitos fundamentais. Eles asseguram não apenas direitos subjetivos, mas também os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática.

Enquanto direitos de defesa, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo ou, mesmo, do Judiciário. Se o Estado viola esse princípio, dispõe o indivíduo da correspondente pretensão que pode consistir, fundamentalmente, em uma: (1) pretensão de abstenção; (2) pretensão de revogação, ou, ainda, em uma (3) pretensão de anulação.

³² MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional, nº 08/2004. Disponível no site <http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:3e4qKXLkwkcJ:www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_008_131.pdf+konrad+hesse+liberdade+do+indiv%C3%ADduo+sociedade+livre&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESgf94vRSRpUrd3F6703SG5bkwZo8ORdets5qlz-94IZsBlg_OQZN6yPIZdeCMVqkh6jNtEhN_c8jL57VveBiTjg3j-CYN9QLaivn1BDmmzYcKXuZ9gOQtpYvoCJzFPIaAVbrgJB&sig=AHIEtbRehOiUeGRhQ13x8U6WI6qMtjonMQ>. Acesso em 12.03.2009.

Os direitos de defesa ou de liberdade legitimam ainda duas outras pretensões adicionais: (4) pretensão de consideração, que impõe ao Estado o dever de levar em conta a situação do eventual afetado, fazendo as devidas ponderações; e, (5) a pretensão de defesa ou de proteção, que impõe ao Estado, nos casos extremos, o dever de agir contra terceiros.

Analisando as posições jurídicas fundamentais que integram os direitos de defesa, importa consignar que estes não se limitam às liberdades e igualdades (direito geral de liberdade e igualdade, bem como suas concretizações), abrangendo, ainda, as mais diversas posições jurídicas que os direitos fundamentais intentam proteger contra ingerências dos poderes públicos e também contra abusos de entidades particulares, de forma que se cuida de garantir a livre manifestação da personalidade, assegurando uma esfera de auto-determinação do indivíduo.

Assim, enquanto direitos de defesa (*status libertatis* e *status negativus*) se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e de abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações, que, de modo geral, e ressalvados os avanços registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao “*status positivus*” de Jellinek, implicando a uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material. A visão dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa revela-se insuficiente para assegurar a pretensão de eficácia que dimana do texto constitucional. Não se cuida apenas de ter liberdade em relação ao Estado, mas de desfrutar essa liberdade mediante atuação do Estado.

Bem a propósito, e em perspectiva aproximada, Canotilho denomina de “funções” aplicáveis aos direitos fundamentais, assim enumerando: a) função de defesa ou de liberdade, relacionada especialmente aos direitos de liberdades e garantias, qualificada como defesa da pessoa humana e de sua dignidade diante do poder estatal, bem como quaisquer outros sistemas políticos coativos; b) função de prestação social, qualificada como direito do indivíduo de obter algo através do Estado (direito positivo a uma prestação); c) função de proteção perante terceiros, sendo esse o direito que tem o indivíduo

de receber do Estado proteção diante de terceiros, no tocante a titularidade de direitos fundamentais; e, d) função de não-discriminação, esta última relacionada ao princípio da igualdade e aos direitos de igualdade, impondo ao Estado o dever de tratar os cidadãos como fundamentalmente iguais.³³

No pensar de Robert Alexy³⁴, os direitos fundamentais comportam uma teoria própria, estrutural.

A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos. Isso, no entanto, pressupõe clareza tanto acerca da estrutura das normas de direitos fundamentais quanto acerca de todos os conceitos e formas argumentativas relevantes para a fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais.

Quando se examina a caracterização teórico-estrutural dos direitos fundamentais e de suas normas na jurisprudência e na literatura, o que se encontra é um quadro quase desconcertante. Mesmo uma observação à primeira vista simples, como a que afirma que os direitos fundamentais são, de um lado, “direitos individuais”, e, de outro, “princípios objetivos”, quando analisada mais de perto, suscita problemas.

Na identificação de Leonardo Martins³⁵, os direitos fundamentais mantêm uma grande proximidade com a política. Foram semeados e enraizados num processo político-histórico, forjados através de revoluções, de guerras civis e de outros acontecimentos de forte ruptura social. A história geopolítica e humana de qualquer nação traz em seu bojo milhares – ou milhões - de rostos fenecidos em nome da liberdade e da igualdade.

³³ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 407/410.

³⁴ *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 43/44.

³⁵ *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 17.

No mesmo pensar, Fábio Konder Comparato³⁶ acentua que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e de seus direitos, na trajetória da história, resulta, no mais das vezes, da dor e do sofrimento e, a cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista das torturas, das mutilações em massa, dos massacres coletivos e das explorações aviltantes. Mas, além disso, outro fato chama à sua atenção: é o sincronismo entre as grandes declarações de direitos e as grandes descobertas científicas ou invenções técnicas.

Consabidamente, na história moderna, ao lado do conteúdo ético propiciado pela afirmação dos direitos humanos, as invenções técnico-científicas consistem em fatores de transformação dos meios ou instrumentos de convivência, padronizando costumes e modos de vida, pela homogeneização universal das formas de trabalho, de produção e de troca de bens. Sem a contribuição constante do progresso técnico, não se criam as condições materiais indispensáveis ao fortalecimento universal da comunhão humana. Porém, se não for completada pela harmonização ética, fundada nos direitos humanos, tende à desagregação social, em razão da fatal prevalência dos mais fortes sobre os mais fracos.

No dizer unânime da doutrina constitucionalista, os direitos fundamentais de primeira dimensão constituíam liberdades negativas, que implicavam deveres de omissão por parte do Estado. Assegurar o seu exercício, nessa primeira fase do movimento constitucionalista, significava garantir o espaço privado como lugar jurídico do exercício de plena liberdade individual, sem intervenção estatal, daí a separação entre as esferas pública e privada. O livre estabelecimento de relações jurídicas interprivadas era reputado suficiente para a concretização dos direitos fundamentais.

Resulta daí antever que, os direitos fundamentais que vinculam os poderes públicos consistem em ordens para que respeitem a liberdade reconhecida aos cidadãos (proibição de intervenção) e, ao mesmo tempo, estabelecem meios de proteção eficazes frente à tentativa de infração por outros particulares.

³⁶ *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 37.

O direito privado e, conseqüentemente, o direito civil, cresceram a partir da garantia do espaço privado, que estimulava a proliferação de relações jurídicas entre os indivíduos, sem qualquer interferência da ação do Estado. Desenvolve-se, nesse contexto, a ordem de idéias que colocam as Constituições, nas quais se encontram os direitos fundamentais de primeira dimensão, como centro do direito público, e as codificações civis, como núcleo central do direito privado. O Código Civil ganha o caráter de “Constituição do homem privado”. Assim, os deveres de respeito aos direitos fundamentais apenas se postavam na perspectiva do Estado, destinando-se as Constituições, precisamente, à disciplina das relações entre Estado e indivíduos. Nos códigos civis, a seu turno, eram reguladas as relações entre os indivíduos.

A vertente subjetiva dos direitos fundamentais corresponde exatamente à existência de direitos e interesses do indivíduo contra o Estado, na medida em que se preocupa em analisá-los sob o ângulo dos sujeitos da relação jurídica que os une.

Em precisa lição, Virgílio Afonso da Silva³⁷ adverte que a função essencial dos direitos fundamentais, que muitos costumam chamar de clássica, voltados à proteção dos indivíduos contra violações por parte do Estado, embora realce uma precedência histórica em relação a outros direitos do homem, esconde, muitas vezes, uma precedência no que diz respeito à importância. A necessidade de tutelar o indivíduo em face do Estado, por ter exatamente justificado o nascimento dos primeiros direitos fundamentais no constitucionalismo, seria mais importante do que os demais direitos fundamentais que surgiram posteriormente, não se admitindo, pois, que produzissem efeitos nas relações dos particulares entre si.

Evidentemente, não é recente a consciência das ameaças à liberdade individual provenientes de outros particulares. Mesmo no Estado liberal, a consciência dessas ameaças esteve sempre presente, porém a então concepção difundida na ordem jurídica sempre procurou dar-lhe a resposta que considerava adequada à época. A tríade liberdade/segurança/propriedade, que

³⁷ *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 70/71.

sintetizava o espírito do constitucionalismo liberal, não exigia somente a abstenção do Estado, mas também impunha ao aparato estatal que providenciasse a tutela interna de proteção à liberdade individual, sobretudo naquilo que se referisse à propriedade.

A perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, ao longo do tempo, porém, não conseguiu explicar como era possível existir proteção a bens e valores ligados à pessoa humana, quando houvesse violações praticadas pelo Estado, e, ao mesmo tempo, negá-la quando o agente ofensor era outro cidadão ou particular. Novas ameaças a direitos sobrepairavam sobre os particulares, vindas de organismos e estruturas fora do Estado, exigindo uma nova visão dos direitos fundamentais que se tornasse aplicável às relações jurídicas entre particulares.

Foi constituída, a partir daí, uma visão objetiva dos direitos fundamentais, pautadas nas relações entre os particulares.

Constitui-se marco desta visão objetiva o constitucionalismo do século XX, particularmente após a segunda grande guerra mundial, consistiu na superação da idéia de que a proclamação dos direitos fundamentais significava apenas meras declarações de princípios, sem força normativa, mas, antes de tudo, dizia respeito a normas que conferiam direitos subjetivos aos cidadãos.

No entanto, a mais significativa mudança de paradigma ocorrida na segunda metade do século XX foi o abandono da concepção de que os direitos fundamentais somente se apresentavam em oposição ao Estado, seja como uma abstenção (liberdades públicas), seja como uma prestação (predominantemente direitos sociais). Nesta nova ótica, os direitos fundamentais desempenhariam uma função adicional de expressar um sistema de valores, válido para todo o ordenamento jurídico. Era o ponto de partida para uma constitucionalização do direito e uma ampliação da própria força normativa da constituição.

A Constituição, neste sentido, seria uma ordem objetiva de valores. Como ordem objetiva de valores, a Constituição serviria para impor normas de

comportamento e de convivência aos indivíduos, estabelecendo um padrão axiológico e ético que incidiria sobre todas as esferas do direito, não se limitando tão-somente às relações mantidas entre indivíduo e Estado. Os direitos fundamentais também alcançariam as relações entre indivíduo e indivíduo.

Consoante Paulo Gustavo Gonet Branco³⁸, a ótica objetiva resulta do significado que os direitos fundamentais exercem na ordem constitucional democrática, ao operar como limite do poder (público e privado) e, ao mesmo tempo, como diretriz para a sua ação. As Constituições com esse espírito assumem um sistema de valores que os direitos constitucionais influenciam todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todas as espécies e formas de poder.

Essa dimensão objetiva dos direitos fundamentais enseja a produção de efeitos jurídicos concretos, ainda que os preceitos constitucionais que os veiculem careçam de integração legislativa capaz de prever direitos subjetivos aos seus titulares. Sem falar que o reconhecimento da dimensão objetiva não significa desprezo à sua dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, já que a complementa reforçando a tutela dos direitos dos indivíduos contra outras ameaças.

Konrad Hesse enaltece o crescente significado que a compreensão dos direitos fundamentais, como elementos da ordem objetiva e alicerces da ordem jurídica da coletividade, vem ganhando em vista da tarefa do Estado social atual de produzir ou garantir os pressupostos da liberdade jurídico-fundamental³⁹.

A evolução histórica dos direitos fundamentais, por esse motivo, sempre se afigurou em permanente transformação na busca de um estatuto da humanidade. Neste passo evolutivo, vieram à tona as idéias de acumulação, de variedade e de abertura. A idéia de acumulação pressupõe que, em cada momento histórico, formulam-se novos direitos, típicos do seu tempo, que se

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 153.

³⁹ *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 242.

adicionam aos direitos antigos. A variedade quer dizer que os direitos fundamentais são funcionalmente complexos, desdobrados em diversas dimensões normativas. E a idéia da abertura revela que nenhum texto constitucional pretende esgotar o conjunto ou determinar o conteúdo dos direitos fundamentais, permitindo-se, então, que direitos não escritos ou de faculdades implícitas a ele se incorporem.

Entretanto, há um momento comum e caracterizador da idéia dos direitos fundamentais que não se perde ao longo dos tempos, consistente na proteção da dignidade da pessoa contra os perigos que resultam das estruturas de poder na sociedade. Sempre que surja uma nova forma de poder ou um novo tipo de perigo para a dignidade do ser humano, tenderá a aparecer um novo direito. Por isso, sempre que se afirme um outro entendimento das necessidades correlatas à condição digna do homem, descobrir-se-ão novas dimensões normativas dos direitos fundamentais.

A constitucionalização do direito civil nada mais representou, portanto, do que o reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações interprivadas e na conseqüente consolidação na seara privada da dimensão objetiva.

A Constituição deixou de ser reputada simplesmente como uma carta política, que regulava somente as relações entre indivíduo/Estado, para assumir uma feição de integração de todo o ordenamento jurídico, inclusive do direito privado. Os direitos fundamentais não são oponíveis apenas contra o Estado, mas também entre indivíduo/indivíduo. A Constituição passa a ser observada por todos aqueles submetidos à ordem jurídica, perdendo sentido falar da fronteira entre público e privado.

À luz da dimensão objetiva, não se pode negar a possibilidade de vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (indivíduo/indivíduo). Contudo, mais importante do que isso, é desvendar em que medida, extensão e intensidade ocorre essa vinculação. É bom que se assinale, logo de início, que a vinculação dos direitos fundamentais no terreno privado apresenta diferenciações em relação ao público, pois, neste, um dos pólos da relação jurídica (o Estado) não é, a rigor, detentor de algum direito

fundamental, enquanto que, no campo das relações privadas, os opositores são titulares de direitos fundamentais.

Pelo caráter axiológico dos direitos fundamentais, a incidência nas relações de direito privado representa a incorporação, a concretização e o desenvolvimento dos valores mais nobres da sociedade em todas as esferas da ordem jurídica, especialmente da liberdade, da igualdade, e dos princípios que compõem a dimensão objetiva emanada pela Constituição.

No Direito Constitucional brasileiro, três características consensualmente atribuídas à Constituição de 1988 podem ser consideradas como extensivas ao título dos direitos fundamentais, nomeadamente seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente. Este cunho analítico e regulamentista reflete-se no Título II, concernente aos Direitos e Garantias Fundamentais, nos seus sete artigos, seis parágrafos e e cento e nove incisos, sem se fazer menção aqui aos diversos direitos fundamentais dispersos pelo restante do texto constitucional. Neste contexto, cumpre salientar que o procedimento analítico do Constituinte revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos.

O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, considerando, como já posto alhures, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º), no que diz respeito aos direitos individuais.

Se se pretende atribuir aos direitos individuais eficácia superior à das normas meramente programáticas, então deve-se identificar precisamente os contornos e limites de cada direito, isto é, a exata definição do seu âmbito de proteção. Tal colocação já é suficiente para realçar o papel especial conferido ao legislador tanto na concretização de determinados direitos, quanto no estabelecimento de eventuais limitações ou restrições. Evidentemente, não só o legislador, mas também os demais órgãos estatais com poderes

normativos, judiciais ou administrativos cumprem uma importante tarefa na realização dos direitos fundamentais.

Isso significa que a sistemática dos direitos fundamentais, da forma como hoje é conhecida, afasta-se de singulares concepções naturalistas ou positivistas do Direito, localizando-se justamente no período denominado “pós-positivismo”, marcado pelo império da Constituição e pela normatização dos princípios.

É relevante destacar ainda sobre a divisão doutrinária da eficácia dos direitos fundamentais. Categoricamente, afirmam os doutos⁴⁰ que a eficácia destes direitos (fundamentais) pode ser dividida em eficácia vertical e eficácia horizontal. A *eficácia vertical* é verificada na relação entre o Estado e o particular, sendo que, nas ações do Poder Público, os direitos fundamentais não de ser obrigatoriamente respeitados e aplicados. Havendo violação, abre-se ao particular o caminho do exercício das garantias constitucionais, como, por exemplo, o manejo do mandado de segurança no caso de um concurso público em que não é respeitado o princípio da isonomia.

A *eficácia horizontal*, também chamada de “privada” ou “externa”, ocorre na relação entre particulares, configurando um problema de solução mais difícil.

Duas outras teorias remanescem no que concerne à aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas: 1. *Eficácia direta ou imediata*, atribuível a alguns direitos fundamentais que não precisam de intermediação legislativa para a sua concretização; e, 2. *Eficácia indireta ou mediata*, quando os direitos fundamentais são aplicados de maneira reflexa, tanto em uma dimensão proibitiva e voltada para o legislador, que não poderá editar lei que viole direitos fundamentais, como, ainda, positiva, voltada para que o legislador implemente os direitos fundamentais, ponderando quais devam aplicar-se às relações privadas.

⁴⁰ Vide CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 383/384; 1286 e ss. DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 108 e ss.

É inegável, sob a perspectiva objetiva, que as normas da Constituição entrelaçam-se sob o princípio da unidade moral, numa associação única de valores e preceitos qualificados pela nota da essencialidade social. Conseqüentemente, os direitos constitucionais, por conterem normas de valor aplicáveis a toda a sociedade, ostentam uma eficácia irradiante que extrapola as fronteiras orgânicas do Estado, alcançando também as entidades privadas.

Todavia, o Estado continua com os encargos e a responsabilidade de garantir a reciprocidade do exercício das liberdades por parte de todos os membros da vida civil.

Com efeito, não se compreenderia uma sociedade e uma ordem jurídica em que o respeito aos direitos fundamentais do homem fosse procurado apenas nas relações com o Estado e deixasse de o ser nas relações dos indivíduos entre si. Não basta, pois, limitar o poder do Estado, sendo preciso também assegurar o respeito dos direitos fundamentais de cada particular em face dos demais particulares.

A vinculação dos particulares a direitos fundamentais, além de ser uma imposição da Constituição, é um instrumento socialmente necessário para a preservação e promoção dos direitos fundamentais ante as transformações, sobretudo no plano das relações de poder, das sociedades capitalistas contemporâneas.

Sendo indiscutível a centralidade dos direitos fundamentais em relação ao Direito Público, desloca-se a sua invocação também nas relações de direito privado, notadamente quando os fatos fenomenológicos envolvem liberdade de imprensa e outros direitos da personalidade.

Nesse viés, há de ser perquirida a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas.

2.1.2 A dogmática dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado e as colisões entre direitos subjetivos

É crescente o número de trabalhos dedicados às relações entre o direito constitucional e o direito civil⁴¹. Por vezes, os estudos denotam logo a matriz constitucionalista ou civilista dos seus autores. Com efeito, uns falam com arrogância de “civilização do direito constitucional” e outros, com igual sobrançeria, respondem com a “constitucionalização do direito civil”. Podemos afirmar, com relativa segurança, que, hoje, um dos temas mais nobres da dogmática jurídica diz respeito às imbricações complexas da irradiação dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (*drittwirkung*) e do dever de proteção de direitos fundamentais por parte do poder público em relação a terceiros (*schutzpflicht*) na ordem jurídico-privada dos contratos.

A relação entre normas de direito civil e a busca de assimilação com o direito constitucional é objeto de alentado trabalho doutrinário.

No ver de alguns, a idéia da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas inspirou-se no direito das obrigações. Certamente, além do efeito obrigacional interno dirigido ao devedor, as obrigações, nos últimos tempos, passaram a produzir um efeito externo consistente no dever imposto a todas as outras pessoas de respeitar o direito do credor. Neste efeito externo, a obrigação contraída impunha aos terceiros a uma atitude negativa, de respeito ao direito constituído pelos titulares primários da relação creditícia.

Longe desta noção contratualista, é indubitável a diferença manifesta de posições e de modos de agir das entidades públicas e das entidades privadas. Também não se pode simplesmente recortar os direitos fundamentais como direitos essencialmente colocados frente ao Estado e transplantá-los, sem as devidas adaptações, para as relações entre

⁴¹ Dedicadas exclusivamente a essa complexa relação entre os direitos fundamentais e o direito privado, pode-se citar, dentre outras, as seguintes: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Orgs.) *A Constitucionalização do Direito Privado: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*.

particulares. Além do mais, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas exige uma análise interdisciplinar. E, por derradeiro, em que pese estar sujeito à limitação, o princípio da autonomia da privada vai condicionar em larga medida a aplicação dos direitos, liberdades e garantias fundamentais nas relações privadas.

Por isso, Claus-Wilhelm Canaris⁴² reconhece não terem os direitos fundamentais, nas relações entre sujeitos de direito privado, exatamente o mesmo conteúdo e o mesmo alcance do que se verifica na relação entre o cidadão e o Estado. A eficácia pode determinar diversamente o conteúdo dos direitos fundamentais, a depender se se trata de liame privado ou público, ou mesmo determinar em termos diferentes se é possível invocar dado direito fundamental naquela respectiva relação jurídica. Assim, por exemplo, a exigência do bem comum ou do interesse público não desempenhariam, em regra, qualquer papel para a disciplina da relação entre os sujeitos de direito privado, diferentemente do que se constataria em vínculos de direito público.

Neste mote, Canaris⁴³ alerta que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não se afigura um problema de equacionamento simples por várias razões, destacando em especial a tensão decorrente da elevada hierarquia constitucional contraposta à autonomia do direito privado.

No Brasil, no marco normativo da CF, direitos fundamentais - exceto aqueles cujos sujeitos destinatários (sujeitos passivos ou obrigados) são exclusivamente os poderes públicos - vinculam os particulares. Essa vinculação se impõe com fundamento no princípio da supremacia da Constituição, no postulado da unidade material do ordenamento jurídico, na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, no princípio constitucional da dignidade da pessoa (CF, art. 1º, III⁴⁴) , no princípio constitucional da

⁴². *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2006, págs. 37/38.

⁴³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *A influencia dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 227.

⁴⁴ Art. 1º "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

solidariedade (CF, art. 3º, I⁴⁵) e no princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e das garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 1º⁴⁶).

Assim, a significativa importância de estender-se, ao plano das relações de direito privado estabelecidas entre particulares, a cláusula de proteção das liberdades e garantias constitucionais, cuja incidência não se resume, apenas, ao âmbito das relações verticais entre os indivíduos, de um lado, e o Estado, de outro.

É por essa razão que a autonomia privada não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere a ninguém, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

Impende destacar, ainda, que essa visão da controvérsia pertinente à questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tem se refletido na jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, como resulta claro em decisões que a Corte proferiu a propósito da incidência da garantia do devido processo legal nas hipóteses de exclusão de integrantes de associações e cooperativas, ou, ainda, em casos nos quais empresas estrangeiras, com sede domiciliar no Brasil, incidiram em práticas discriminatórias contra trabalhadores brasileiros, em frontal oposição ao postulado da igualdade.⁴⁷

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.”

⁴⁵ Art. 3º “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”

⁴⁶ Art. 5º. (...)

“§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁴⁷ São exemplos disto os seguintes posicionamentos jurisprudenciais.”

A).

“DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum.

Desde muito, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.⁴⁸

Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa”.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recurso Extraordinário n. 158.215-RS. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Brasília – DF. Publicação: DJU de 07 de maio de 1996 e RTJ 164/757-758)

B).

“CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL. DESTA: APLICABILIDADE: AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º, C.F., 1988, art. 5º, 'caput'. I. Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º, C.F., 1988, art. 5º, 'caput'. II. A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recurso Extraordinário n. 161.243/DF. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília – DF. Julgamento em 28 de outubro de 1990. Publicação: DJU de 19 de dezembro de 1997).

⁴⁸. Para conhecimento, segue o teor integral do acórdão: “Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede

É na busca da coexistência harmoniosa entre direitos fundamentais que surgem as limitações. O Ministro Celso de Melo expressa com clareza, ao julgar o MS n. 23.452, que a Constituição traz limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, do outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública.⁴⁹

Essa questão constitucional - que estimula reflexões em torno do tema pertinente à eficácia externa (ou eficácia em relação a terceiros) dos direitos, liberdades e garantias, também denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais na ordem jurídico-privada resume-se, em seus elementos essenciais, à seguinte indagação, formulada por J. J. Gomes Canotilho⁵⁰, bem delinea o aspecto central da matéria em análise:

Em termos tendenciais, o problema pode enunciar-se da seguinte forma: as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias (e direitos análogos) devem ou não ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (individuais ou colectivas) quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos jurídicos privados?

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

constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE n. 201.819. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília – DF. Julgamento em 11-10-05. Publicação: DJ de 27-10-06. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 22 de agosto de 2009.

⁴⁹ O acórdão traduz esse sentimento: "O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem pública, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23.452. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília – DF. Julgamento em 16 de setembro de 1999).

⁵⁰ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.151.

Cumprido considerar, neste ponto, até mesmo para efeito de exame dessa questão, a advertência de Ingo Wolfgang Sarlet⁵¹ cujas observações acentuam que o debate doutrinário em torno do reconhecimento, ou não, de uma eficácia direta dos direitos e garantias fundamentais, com projeção imediata sobre as relações jurídicas entre particulares, assume um nítido caráter político-ideológico, assim caracterizado por esse mesmo autor: "uma opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado Social de Direito, ao passo que a concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa".

A grande peculiaridade da incidência dos direitos fundamentais nos vínculos entre particulares, à diferença do que ocorre nas relações existentes entre o indivíduo e o Estado, consiste em que todos os sujeitos que a integram são titulares de direitos fundamentais e, muito provavelmente, de direitos subjetivos em relação ao outro. A concessão de um direito a um deles implica necessariamente a denegação do direito, também fundamental, titularizado pelo outro sujeito. Assim, os direitos fundamentais, neste plano, atuam, ao mesmo tempo, como direitos e como deveres para quem intervém na relação jurídica de direito privado, estando, em última instância, frente a um conflito de direitos fundamentais.

Decorre classicamente o entendimento que os direitos fundamentais gozam da mesma proteção constitucional, assim é de se concluir que estão no mesmo patamar de valor jurídico, somente no balanceamento dos valores envolvidos no caso concreto se terá uma aplicação justa.

Cortes Constitucionais do mundo ocidental têm enfrentado ultimamente diversas circunstâncias que demandam a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. E mais concretamente, têm posto em relevo a antiga discussão sobre se a dogmática das restrições dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos pode ou não ser transferida para o problema dos limites aos chamados "direitos civis".

⁵¹ *A Constituição Concretizada: Construindo Pontes entre o público e o Privado*, p. 147.

No que toca o âmbito de proteção normativo-constitucional da liberdade de expressão, a jurisprudência constitucional de outros países tem limitado, e efetivamente restringido essa liberdade quando o seu exercício ferir direitos da personalidade.

Recentemente, no caso conhecido como “*Strauss-Karickatur*” ou “*Kopullierendes Schwein*”, em que o caricaturista Hachfel representa a figura de um “porco a fazer cópula”, facilmente identificado com o então Presidente do Governo da Baviera Franz-Joseph-Strauss, houve condenação penal do caricaturista.⁵²

No acórdão n.º 407/2007, da relatoria do juiz constitucional João Cura Mariano, o Tribunal Constitucional de Portugal admitiu a condenação de um jornalista por crime de difamação, por ter escrito na edição de um jornal, com o título “*Riscos e Aldrabões*”, o seguinte:

Quantos (que a gente conhece de gingeira) não aproveitaram a boleia do terrorismo. Ou culpariam os governos anteriores. Imaginem o aldrabão do Governador Civil de Aveiro. Olhem o negócio da extracção de areia. Que bem que cá se mente ao Parlamento, com que descaramento se aldraba o país.

A condenação teve por pressuposto o n.º 2 do artigo 180º do C.P., “uma vez que o recorrente não se conteve na imputação de factos, mas exerceu o chamado “direito de opinião” mediante a exteriorização de um juízo de valor”.

O eminente juiz relator estatuiu que não competia ao Tribunal Constitucional verificar se a interpretação normativa questionada “infringe qualquer directriz constitucional, e não nos cumpre aquilatar da correcção da qualificação da expressão “o aldrabão do Governador Civil de Aveiro”, como juízo e não como facto, assim como nos é alheia a questão de saber se, neste

⁵² Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado*. In. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 342/343.

caso concreto, a emissão daquele juízo se encontrava justificada pelo direito de opinião”.⁵³

Para que ocorra efetivamente a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, mostra-se imprescindível a realização da ponderação dos bens, valores e princípios consagrados na Constituição, eventualmente colidentes. A particularidade de haver, no liame interprivado, dois sujeitos titulares de direitos fundamentais, por si só, já justifica a imperiosidade da utilização da técnica da ponderação, para resolver os conflitos que surjam.

No Brasil, embora a Constituição Federal não produza, em seu texto escrito, um melhor dimensionamento da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a principiologia encarregou-se de resolver as tensões entre direitos subjetivos com a intervenção do Poder Judiciário, mediante critérios de hermenêutica constitucional.

Torna-se importante salientar, neste ponto, presente o contexto em exame, que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais - como aqueles concernentes à liberdade de imprensa, de um lado, e à preservação da honra, de outro - há de resultar da utilização, pelo Poder Judiciário, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar em cada caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Cabe reconhecer que os direitos da personalidade (como os pertinentes à incolumidade da honra e à preservação da dignidade pessoal dos seres humanos) representam limitações constitucionais externas à liberdade de expressão, verdadeiros contrapesos à liberdade de imprensa, mesmo porque a garantia constitucional subjacente à liberdade de imprensa não afasta, por efeito do que determina a própria Constituição da República, o direito do lesado

⁵³ Vide CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 572; COSTA ANDRADE, *A liberdade de imprensa e a inviolabilidade pessoal*, p. 270.

à indenização por danos materiais, morais ou à imagem (CF, art. 5º, incisos V e X, c/c o art. 220, § 1º)⁵⁴.

Na realidade, a própria Carta Política, depois de garantir o exercício da liberdade de informação jornalística, impõe-lhe parâmetros dentre os quais avulta, por sua inquestionável importância, o necessário respeito aos direitos da personalidade (CF, art. 5º, V e X)⁵⁵ - cuja observância não pode ser desconsiderada pelos órgãos de comunicação social, tal como expressamente determina o texto constitucional (art. 220, §1º), cabendo, ao Poder Judiciário, mediante ponderada avaliação das prerrogativas constitucionais em conflito (direito de informar, de um lado, e direitos da personalidade, de outro), definir, em cada situação ocorrente, uma vez configurado esse contexto de tensão dialética, a liberdade que deve prevalecer no caso concreto.

A Constituição garante o direito de livre expressão à atividade intelectual, artística, científica, “e de comunicação”, independentemente de censura ou licença (arts. 5º, IX, e 220, §§ 1º e 2º). Adiante, o teor do da Constituição, logo no inciso X do seu art. 5º, que dispõe sobre a inviolabilidade da intimidade da vida privada, assim como da 'honra' e da imagem das pessoas, evidencia que, na temática atinente aos direitos e garantias fundamentais, esses dois princípios constitucionais se confrontam e devem ser conciliados. É tarefa do intérprete encontrar o ponto de equilíbrio entre princípios constitucionais em conflito, porquanto, em face do “princípio da

⁵⁴ Diz a CF/88, nos artigos citados:

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

(...)

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

⁵⁴ “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”.

⁵⁵ Art. 5º. (...)

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

(...)

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

unidade constitucional”, a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém.

Vale lembrar, aliás, que inserida nesse trabalho exegético encontra-se a árdua e inicial tarefa de identificação do conflito fundamental a ser lançado como objeto de ponderação constitucional. Disto se diz porque, como bem lembrado por Gilmar Ferreira Mendes⁵⁶, muitos dos eventos que se qualifica como conflituosos são, em verdade, de mera aparência conflitual, sendo solvidos pela simples identificação do âmbito real de proteção constitucional.

Gilmar Mendes exemplifica casos de conflito apenas aparente, onde, em verdade, o que se deve proceder é a correta identificação do alcance do respectivo direito fundamental, lembrando as posições da Corte Alemã no sentido de que a poligamia não resta protegida pelo direito à liberdade religiosa, no mesmo passo em que com recurso à liberdade científica não se pode causar dano ao patrimônio alheio.⁵⁷

Logo em seguida, Gilmar Mendes lembra que o caso aqui tratado, onde se opõe a liberdade comunicativa à direitos fundamentais outros, como a vida privada e a imagem das pessoas, é sim caso típico de conflito ou colisão de direitos fundamentais.

Nesse mesmo mote, à luz dos preceitos até agora enunciados, pode-se dizer que, sempre que direitos constitucionais são colocados em confronto, um condiciona o outro, atuando como limites estabelecidos pela própria Lei Maior para impedir excessos e arbítrios. Assim, se ao direito à livre expressão da atividade intelectual e de comunicação contrapõe-se o direito à inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem, segue-se como consequência lógica que este último condiciona o exercício do primeiro e vice e versa, cabendo ao aplicador do direito e em especial ao exegeta constitucional identificar e aplicar os critérios e preceitos necessários ao solucionamento do conflito.

⁵⁶ *Curso de Direito Constitucional*, p. 341.

⁵⁷ *Curso de Direito Constitucional*, p. 341.

Cabe lembrar-se, no ensejo, que o constituinte brasileiro não concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, na medida em que estabeleceu que o exercício dessa liberdade deve ser feita com observância do disposto na Constituição, consoante seu art. 220, *in fine*. Mais expressiva, ainda, é a norma contida no §1º desse artigo ao subordinar, expressamente, o exercício da liberdade jornalística à “observância do disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”⁵⁸. Temos aqui verdadeira “reserva legal qualificada”, que autoriza o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, não menos significativos, como os direitos de personalidade em geral. Do contrário, não haveria razão para que a própria Constituição se referisse aos princípios contidos nos incisos acima citados como limites imanentes ao exercício da liberdade de imprensa.

É, aliás, a consideração dessa impossibilidade – de aplicação absoluta dos direitos fundamentais – que veio a transmudar em unísono o “princípio da convivência das liberdades”⁵⁹, pelo qual não se permite que qualquer das liberdades constitucionalmente albergadas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. É nesse sentido que se fala, hoje, não mais em direitos individuais, mas em direitos do homem inserido na

⁵⁸ O teor de tais dispositivos, na CF/88, é o seguinte, exceto quanto aos incisos V e X, já transcritos supra:

Art. 5º. (...)

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

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

⁵⁹ Também denominado como princípio da relatividade ou da convivência das liberdades públicas, é encontrado referência na doutrina de Alexandre de Moraes e de outros constitucionalistas brasileiros, e em acórdão do STF, da lavra do Min. Celso de Mello, assim ementado: “Os direitos e garantias individuais não tem caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevantes interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos ou garantias de terceiros.” (BRASIL. STF. MS nº 23.452. Rel. Min. Celso de Mello, Brasília-DF, 16 de setembro de 1999. Publicação: DJU de 12.05.2000).

sociedade, de tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas com enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam,

2.2. A PONDERAÇÃO DE BENS NA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

2.2.1 A hermeneutica jurídica tradicional

Como é sabido, a hermenêutica jurídica é uma ciência, um domínio teórico especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito (método).

Nesse evoluir, a interpretação é a atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade de fazê-la incidir em um caso concreto.

Conforme o entendimento clássico de Savigny, a interpretação “é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição de sentido ao texto viciado ou obscuro”.⁶⁰

A função da interpretação é encontrar o verdadeiro sentido de qualquer expressão ou preceito contido na norma, objetivando a tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora ou além das expressões contidas no texto da norma.

Destarte, a Constituição conforma o estatuto jurídico fundamental de uma sociedade, consolidando toda a estrutura do respectivo Estado e seu processo de evolução, intrinsecamente relacionando as forças de transformação sociais.

A Constituição para o positivismo jurídico é tão somente sistema formal de leis constitucionais, sendo a norma um ato de vontade do Estado expresso em forma de lei.

⁶⁰ Apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 437

O credo positivista vislumbra no direito vigente um sistema de proposições jurídicas sem lacunas. Caso estas surjam na regulação positiva expressa, a construção jurídica em cada caso as preencherá com os princípios e os fundamentos do direito positivo.

A norma jurídica é concebida como um comando real ou ainda como uma premissa maior, lógico-formal estabelecendo um dualismo entre direito e realidade, norma e realidade, como se fossem duas categorias justapostas e incomunicáveis que se encontrariam na subsunção de um fato, premissa menor, e numa premissa maior a norma.

Considerando a premissa de que as normas constitucionais dispõem de supremacia em relação às demais, Alexandre de Moraes elenca os princípios, quais sejam: a) da unidade da constituição; b) do efeito integrador; c) da máxima efetividade ou da eficiência; d) da justeza ou da conformidade funcional; e) da concordância prática ou da harmonização; f) da força normativa da Constituição.⁶¹

A tradição romano-germânico obriga ao intérprete a adotar um raciocínio padrão, relacionando o fato à norma regente da hipótese. Nessa atividade, procederá a um tipo de raciocínio lógico, de natureza silogística, no

⁶¹ Eis o que assevera o doutrinador acerca de tais princípios:

a) da unidade da constituição: a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas. Assim, a análise sistêmica do texto magno é impositiva e primordial, pois, como salienta Canotilho, o intérprete deve 'considerar a constituição a sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar.' A necessidade de interpretar a Constituição de forma a demonstrar a interdependência e complementaridade das normas constitucionais, que não poderão, sob pena de desrespeito à vontade do legislador constituinte, ser interpretadas isoladamente;

b) do efeito integrador: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deverá ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, bem como ao reforço da unidade política;

c) da máxima efetividade ou da eficiência: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda. Conseqüentemente, todas as normas constitucionais têm validade, não cabendo ao intérprete optar por umas em detrimento total do valor de outras;

d) da justeza ou da conformidade funcional: os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário;

e) da concordância prática ou da harmonização: exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito, de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros;

f) da força normativa da Constituição: entre as interpretações possíveis, deve ser adotada a que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais". (*Direito Constitucional Administrativo*, p. 202/203).

qual a norma será a premissa maior, os fatos serão a premissa menor, e a conclusão será a conseqüência do enquadramento dos fatos à norma. Esse método tradicional de aplicação do direito, pelo qual se realiza a subsunção dos fatos à norma e pronuncia-se uma conclusão, denomina-se método *subsuntivo*.

Esse modo de raciocínio jurídico utiliza, como premissa de seu desenvolvimento, um tipo de norma jurídica que se identifica como regra. Regras são normas que especificam a conduta a ser seguida por seus destinatários. O papel do intérprete, ao aplicá-las, envolve uma operação relativamente simples de verificação da ocorrência do fato constante do seu relato e de declaração da conseqüência jurídica correspondente. Nessa sistemática, para adoção de uma decisão, o intérprete tem se valido tradicionalmente de elementos de interpretação identificados como gramatical, histórico, sistemático e teleológico. São eles instrumentos que vão permitir ao intérprete em geral, e ao juiz em particular, a revelação do conteúdo, sentido e alcance da norma. O Direito, a resposta para o problema, já vem contido no texto da lei.

Na interpretação jurídica tradicional do direito positivo brasileiro, o método é totalmente fundado em um modelo de regras, que reserva ao intérprete um papel estritamente técnico de revelação do sentido de um Direito integralmente contido na norma legislada.

A idéia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico – *subsuntivo*, fundado na aplicação de *regras*, nem muito menos dos elementos tradicionais da hermenêutica (*gramatical, histórico, sistemático e teleológico*). Continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Esses elementos, contudo, não demonstram suficiência.

Mesmo no quadro da dogmática jurídica tradicional, já haviam sido sistematizados diversos princípios específicos de interpretação constitucional, como os da supremacia, presunção de constitucionalidade, interpretação

conforme a Constituição, unidade, razoabilidade-proporcionalidade e efetividade, aptos a superar as limitações da interpretação jurídica convencional, concebidos sobretudo em função da legislação infraconstitucional.

É fato que, nestes dois últimos séculos, a interpretação constitucional tem seguido um *iter* metódico, engessado, sem muita inovação. A última novidade em hermenêutica inaugurou-se com a tópica, figurando como um alento para uma direção renovadora.

A retomada desse caminho cognitivo no campo jurídico se deve a Theodor Viehweg com a publicação, em 1993, de *Tópica e Jurisprudência (Topik und jurisprudentz)*. Seu trabalho motivou reflexões profundas sobre o Direito, o Estado e a Constituição, a partir de uma concepção metodológica já abandonada.

No campo da filosofia, foi Nicolhai Hartman que contrapôs modernamente duas modalidades fundamentais de pensamento, abrindo caminho para a restauração tópica: a) **sistemático**, onde o raciocínio sistemático parte do todo, e a concepção é primordial, não se buscando outro ponto de vista senão que o presumimos; e, o b) **aporético**, significando dizer que, o modo aporético de pensar em tudo procede de forma diferente, de forma que os problemas antes de mais nada se lhe afiguram sagrados. Por esse último, não se conhece nenhum fim da pesquisa que não seja o da investigação do problema mesmo.⁶²

A tópica desenvolveu-se devido o malogro das correntes idealistas que procuram resolver com exclusividade o problema do método, afastando-se dos esquemas clássicos de inspiração objetiva. Inclinar-se para a tópica, nomeadamente para uma teoria material da Constituição, construindo caminhos próprios com o propósito de alcançar objetivos semelhantes, juristas como Peter Häberle, Friedrich Muller e Konrad Hesse.⁶³

⁶² Cf. BELLO FILHO, Ney de Barros. *Sistema Constitucional Aberto*, p. 136 e ss. Cf. também BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 454 e ss.

⁶³ Cf. BELLO FILHO, Ney de Barros. *Sistema Constitucional Aberto*, p. 138. No tocante aos autores, em foco, reconhecidos como expoentes da Tópica, ainda que em suas inúmeras variações, pode-se ainda indicar algumas de suas principais obras de referência: HÄBERLE,

A tópica tem como essência pensar o problema, com um novo estilo de argumentação e acesso à coisa. A tópica não é uma revolta contra a lógica. Busca, em primeiro lugar demonstrar que o argumento dedutivo não constitui o único veículo de controle de certeza racional, pelo menos o único que não engana. A vitória da tópica é a da superação do positivismo. Nela se é possível abranger toda realidade do direito, valendo-se de normas positivas, escritas ou não escritas, em vinculação com as regras de interpretação e os elementos lógicos disponíveis.

A tópica traz o traço de uma abertura completa compatível com todas as direções possíveis do pensamento jurídico-filosófico. O pesquisador procura compreender o problema como uma questão aberta, depois a partir dessa posição, extraem-se e examinam-se as imagináveis soluções e fundamentações para o problema. A conclusão forma-se pela avaliação das fundamentações dos prós e contras das distintas soluções e desse modo chega-se à decisão final.

A Constituição representa o campo ideal de intervenção ou aplicação do método tópico em virtude de constituir na sociedade dinâmica uma “estrutura aberta” e tomar, pelos seus valores pluralistas, um certo teor de indeterminação.

Sendo a Constituição aberta, a interpretação também o é. Valem para tanto todas as considerações e pontos de vista que concorram ao esclarecimento do caso concreto, não havendo graus de hierarquia entre os distintos loci ministrados.

A Constituição com a metodologia tópica perde até certo ponto aquele carácter referencial que o formalismo clássico lhe conferia. A tópica abre tantas janelas para realidade circunjacente que o aspecto material da Constituição torna-se o elemento predominante, tendente a absorver por inteiro

Peter. *Hermeneutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991; HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998; MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. SP: Max Limonad, 1998.

o aspecto formal. A Constituição, que já é parcialmente política, torna-se por natureza politizada ao máximo com a metodologia dos problemas concretos, decorrentes da aplicação da hermenêutica tópica.

Dentro da tópica se formaram outras correntes e teorias, como variantes dos métodos interpretativos. Friedrich Müller foi um desses, tendo desenvolvido um método racionalista de interpretação constitucional, em que procura deixar estruturada uma hermenêutica que permita explicar a Constituição, sem perda de sua eficácia, e como ela realmente se apresenta, com vínculos materiais indissolúveis fora da própria antinomia tradicional por onde se operava a separação irremediável entre a Constituição formal e a Constituição material.

Segundo menciona Bello Filho⁶⁴, o método concretista (e racionalista) de Müller teve na tópica sua maior inspiração, embora apresente ele variações, buscando excluir as críticas feitas à tópica clássica, o que procedeu ao buscar extrair a normatividade do texto a partir do relacionamento da norma com o fato, excluindo o mero senso comum como método de interpretação do texto constitucional.

No dizer desse constitucionalista, é necessária uma metódica estruturante na concretização das normas constitucionais. Müller preconiza que haja, em presença dos elementos clássicos ou tradicionais distinguidos e apontados por Savigny, elementos adicionais a serem acrescentados, cabendo à nova metodologia completar a análise estrutural do processo de concretização mediante um modelo de estrutura e também de concretização, de maneira que disso tudo resulte uma metódica estruturante.

Por essa metódica estruturante, existiriam elementos de concretização em diversas acepções (estrita, do âmbito da norma, dogmáticos, teóricos, técnicos de solução e político-constitucionais).

⁶⁴ *Sistema Constitucional Aberto*, p. 145.

Em sentido paralelo, Peter Häberle⁶⁵ teorizou na Alemanha o método concretista da Constituição aberta. Tal método resulta na democratização do processo interpretativo, que não se cinge ao corpo clássico de interpretes do quadro da hermenêutica tradicional, mas se estende a todos os cidadãos.

A construção teórica de Häberle desdobra-se através de três pontos principais: a) o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição; b) o conceito de interpretação como um processo aberto e público; c) referência desse conceito a Constituição mesma, como realidade constituída e publicização.

A interpretação da constituição é processo aberto. Sua compreensão deve ser a mais dilatada possível, de modo que, além de acolher aquela interpretação que se faz em âmbito mais restrito (nos tribunais), venha a abranger por igual aqueles que ativa ou passivamente participam da vida política da comunidade. Os intérpretes da Constituição, em sentido largo, são os legítimos intérpretes democráticos.

Essa interpretação serve de ponte para ligar o cidadão, como intérprete, ao jurista, como hermeneuta profissional. Com isso se faz juridicamente a interpretação viva do cidadão em face daquela que ocorre por vias cognitivas e racionais pelo jurista habilitado.

Tem-se, ainda, o método de interpretação “conforme a Constituição”. A interpretação das leis conforme a Constituição constitui um princípio largamente consagrado em vários sistemas constitucionais. Decorre em primeiro lugar da natureza rígida das Constituições, da hierarquia das normas constitucionais, de onde emana o reconhecimento da superioridade da norma constitucional (caráter de unidade da ordem jurídica).

A rigor, não se trata de uma princípio de interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo

⁶⁵ *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*, p. 1991.

com a Constituição. Esse método especial de interpretação floresceu durante os últimos tempos à sombra da jurisprudência da Corte Constitucional de Karlsruhe, na Alemanha, que o perfilhou decididamente.

Consoante decorre de explicação feita por aquele Tribunal, o método significa na essência que nenhuma lei será declarada inconstitucional quando comportar uma interpretação em harmonia com a Constituição e, ao ser assim interpretada, conservar seu sentido e significado. Parte da presunção de que toda lei é constitucional. Adota-se o princípio de que, em caso de dúvida, a lei será interpretada conforme a Constituição.

Deriva da aplicação desse método a consideração de que não se deve interpretar isoladamente uma norma constitucional, uma vez que do conteúdo geral da Constituição procedem princípios elementares da ordem constitucional, que não podem ficar ignorados pela operação interpretativa, de modo a fazer regra que se vai interpretar adequada a esses princípios.

O intérprete não pode perder de vista que a Constituição representa um todo ou uma unidade, e, mais do que isso: um sistema de valor.

Existe ainda o método científico-espiritual, também conhecido por método valorativo ou sociológico, que tem por fundamento o reconhecimento de que na interpretação constitucional o intérprete deve levar em conta o sistema de valores existentes na Constituição, assim como o sentido e a realidade que esta detém, como elementos participantes do processo de integração.

Em outras palavras, o processo interpretativo não abrange, tão-somente, a busca do significado do texto constitucional. Pelo contrário, visa clarificar o sentido e o contexto da lei constitucional, através da sua articulação (integração) com os valores espirituais da comunidade e com a realidade estatal.

A abordagem exegética da Constituição não se deve resumir a estes modelos fechados.

O melhor caminho, em termos contemporâneos, está em escolher, acertadamente, as premissas adequadas e necessárias ao longo da jornada de compreensão-decisão, processo que requer uma abordagem fiel ao mundo real. Recorde-se nesse sentido, a lição de Hans Georg Gadamer⁶⁶, no sentido de que, que na idéia de uma ordem jurídica, a sentença do juiz deve surgir de uma ponderação justa do todo. No contexto:

A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do Direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este se encontra, por sua vez, sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem jurídica supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado em toda a concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. Justamente por isso existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma idéia daquilo a que nos atemos.

Foge do razoável, nesta oportunidade, detalhar os métodos clássicos de interpretação, a saber: gramatical, histórico, sistemático e teleológico, os quais apenas devem ser utilizados na interpretação da norma constitucional de forma complementar.

A atividade exegética do julgador há de ser amparada na Constituição. E, dado ao caráter político, social e jurídico de uma Constituição, por vezes as suas normas parecem conflitantes, antagônicas até. À primeira vista, aparentam inconciliáveis o princípio da liberdade de expressão e o direito à intimidade ou privacidade. E o princípio da função social da propriedade com a norma que diz que as terras públicas não são passíveis de usucapião, como conciliá-los? O que dizer, outrossim, do princípio da livre iniciativa e as possibilidades de monopólio estatal constitucionalmente previstas? Há, sem dúvida, constante tensão entre as normas constitucionais.

⁶⁶ *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, p. 489. Acerca dessa noção ver também FREITAS, Juarez. *O interprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional*. GRAU, Eros Roberto; SANTIAGO FILHO, Willis Guerra Santiago Filho (Coords.). *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, p. 227.

O conflito entre princípios constitucionais surge porque a Constituição protege certos bens juridicamente considerados (liberdade de imprensa, privacidade, segurança, saúde pública, família, idosos, integridade nacional, índios, etc.).

Com efeito, a colisão de princípios constitucionais representa um risco à harmonia no sistema jurídico. Essa fricção deve ser eliminada através da utilização de adequado método de interpretação, o que certamente irá auxiliar na opção do princípio prevalente para aplicação ao caso concreto, pois como ensina Dworkin, referenciado por Ruy Samuel Espindola, não se rechaça ou exclui o princípio colidente. Na realidade, o princípio colidente apenas aguarda outro caso que comporte a sua aceitação, ou seja, as tensões entre princípios não os excluem da ordem jurídica, apenas os afastam diante de situações que comportem soluções diversas.⁶⁷

Deste modo, quando se fala em fricção entre princípios fundamentais, tem-se por necessidade a interpretação da Constituição em especial, considerando que: a) em primeiro lugar para que seus textos sejam atualizados, libertos do seu anacronismo, tendo em vista que a verdade não é estanque e definitiva; b) toda interpretação é produto de uma época, como toda norma é produto de um dado momento histórico; c) se a realidade fática se altera, esta mudança pode ou deve, provocar mudança na Constituição; e, d) em todos os casos concretos que exijam a aplicação de uma norma há mais de uma possibilidade de equacionamento da solução.

Para o intérprete, compete escolher qual o método de interpretação mais adequado para solucionar eventuais colisões entre princípios, no momento em que se deparar com um caso concreto a depender da aplicação da norma constitucional. Em tal momento, deverá ter em conta qual o bem de maior valia há de ser sobreposto ao outro na situação sob apreciação, tomada sempre por referência a própria Constituição, admitindo-se que, nessa circunstância, aparece nitidamente a hierarquia entre os princípios insertos na Carta Magna.

⁶⁷ *Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*, p. 69.

A impossibilidade de chegar-se à objetividade plena não minimiza a necessidade de se buscar a objetividade possível. A interpretação, não apenas no direito como em outros domínios, jamais será uma atividade inteiramente discricionária ou puramente mecânica. Ela será sempre o produto de uma interação entre o intérprete e o texto, e seu produto final conterá elementos objetivos e subjetivos. E é bom que seja assim. A objetividade traçará os parâmetros de atuação do intérprete e permitirá aferir o acerto de sua decisão à luz das possibilidades exegéticas do texto, das regras de interpretação (que o confinam a um espaço que, normalmente, não vai além da literalidade, da história, do sistema e da finalidade da norma) e do conteúdo dos princípios e conceitos de que não se pode afastar. A subjetividade traduzir-se-á na sensibilidade do intérprete, que humanizará a norma para afeiçoá-la à realidade, e permitirá que ele busque a solução justa, dentre as alternativas que o ordenamento lhe abriu. A objetividade máxima que se pode perseguir na interpretação jurídica e constitucional é a de estabelecer os balizamentos dentro dos quais o aplicador da lei exercitará sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça do caso concreto.

A contradição dos princípios deve ser superada ou por meio da redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, ou, em alguns casos, mediante a preferência ou a prioridade de certos princípios.

Não precisa relevar que a liberdade de expressão é sobremodo suscetível de colidir, em tese, com outros direitos fundamentais, designadamente com os elementares do chamado direito à incolumidade moral. Considera a doutrina, aliás, como paradigmático de colisão entre direitos constitucionais, “o caso da liberdade de expressão ou de imprensa, quando se oponha à intimidade da vida privada, ao direito ao bom nome e à reputação.”⁶⁸

Ora, a tratar-se de verdadeira hipótese de conflito entre valores constitucionais, a solução impõe ao intérprete harmonizar os preceitos divergentes no quadro da compreensão unitária da Constituição, parte do reconhecimento da natureza relativa da liberdade de imprensa como valor

⁶⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 220.

jurídico (na verdade, não há direitos absolutos na ordem jurídica)⁶⁹, cuja regulamentação constitucional, esta sim, encontra limites textuais nas regras que, contra ela, protegem-se os valores da integridade moral, mediante, dentre outras, a estratégia normativa de prever a reparabilidade das conseqüências civis de sua violação.

Como bem defendido pelo Ministro Cezar Peluso⁷⁰, do STF, “não se resolve conflito entre direitos fundamentais com o sacrifício prático de um deles, conforme o chamado princípio ou postulado do resguardo do núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias constitucionais.”

O critério seria definir o campo próprio de pertinência do critério da concordância prática, do qual está pré-eliminada a necessidade de sacrifício do núcleo substantivo de alguns dos direitos.

Como se sabe, a situação de regras incompatíveis entre si é denominada antinomia. Há três critérios clássicos, apontados por Bobbio⁷¹ e aceitos quase universalmente, para solução de antinomias: o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*), o critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*) e, por último, o critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*). Assim, no caso de duas regras em conflito, aplica-se um desses três critérios, na forma do tudo ou nada (*no all or nothing*). No caso de colisão de princípios constitucionais, porém, não se trata de antinomia⁷², vez que não se pode simplesmente afastar a aplicação de um deles. Portanto, não há que se falar em aplicação destes critérios para solucionar eventual colisão de princípios constitucionais.

Como assevera Canotilho:

Assim, por ex., se o princípio democrático obtém concretização através do princípio majoritário, isso não significa desprezo da

⁶⁹ A respeito da completa inadequação jurídica de se representar a liberdade de imprensa como direito ou valor absoluto e, como tal, capaz de se sobrepor a todos os direitos e valores, consulte-se COSTA ANDRADE, Manuel. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal*, p. 45-46 e 166.

⁷⁰ BRASIL. STF. 2ª T. RE 447584/RJ. Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília-DF, 28 de novembro de 2006. Publicação:16.03.2007

⁷¹ *Teoria do Ordenamento Jurídico*. p. 91/97.

⁷² Eros Roberto Grau chama a colisão de princípios de antinomia jurídica imprópria. In: *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. p. 87.

proteção das minorias (...); se o princípio democrático, na sua dimensão econômica, exige a intervenção conformadora do Estado através de expropriações e nacionalizações, isso não significa que se posterguem os requisitos de segurança inerentes ao princípio do Estado de direito (princípio de legalidade, princípio de justa indenização, princípio de acesso aos tribunais para discutir a medida da intervenção)⁷³.

Surge, em razão dessa impossibilidade de se aplicar os critérios clássicos para resolver antinomias, no caso de conflito entre princípios, uma tormentosa questão: *quid iuris* no caso de uma colisão de princípios constitucionais, já que eles possuem a mesma hierarquia normativa e, portanto, devem ser igualmente obedecidos? Escolhe-se o axiologicamente mais importante, afastando integralmente a aplicação do outro? Certamente, não é essa a melhor solução. Afinal, quem irá determinar qual o princípio “axiologicamente mais importante”? Em casos de disputa agrária, para o fazendeiro, dono da terra, o princípio mais importante será o da propriedade; paradoxalmente, para o “sem-terra”, o da função social da propriedade.

Buscando uma resposta, duas soluções foram desenvolvidas pela doutrina e vinham sendo comumente utilizada pelos Tribunais. A primeira é a da concordância prática (Hesse); a segunda, a da dimensão de peso ou importância (Dworkin). A par dessas duas soluções, aparece, em qualquer situação, o princípio da proporcionalidade como “meta-princípio”, isto é, como “princípio dos princípios”, visando, da melhor forma, preservar os princípios constitucionais em jogo. O próprio Hesse entende que a concordância prática é uma projeção do princípio da proporcionalidade.

Essas duas soluções (concordância prática e dimensão de peso e importância) podem ser aplicadas sucessivamente, sempre tendo o princípio da proporcionalidade como parâmetro: primeiro, aplica-se a concordância prática⁷⁴; em seguida, não sendo possível a concordância, dimensiona-se o peso e importância dos princípios em jogo, sacrificando, o mínimo possível, o princípio de “menor peso”. Vejamos, com mais detalhes, o que vem a ser a concordância prática e a dimensão de peso e importância.

⁷³ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1223.

⁷⁴ CANOTILHO, em seus estudos (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*), tende a preferir a concordância prática à dimensão de peso e importância.

O princípio da concordância prática ou da harmonização, como consectário lógico do princípio da unidade constitucional, é comumente utilizado para resolver problemas referentes à colisão de direitos fundamentais. De acordo com esse princípio, os direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados, no caso *sub examen*, por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionais protegidos.

A concordância prática pode ser enunciada da seguinte maneira: havendo colisão entre valores constitucionais (normas jurídicas de hierarquia constitucional), o que se deve buscar é a otimização entre os direitos e valores em jogo, no estabelecimento de uma concordância prática, que deve resultar numa ordenação proporcional dos direitos fundamentais e/ou valores fundamentais em colisão, ou seja, busca-se o melhor equilíbrio possível entre os princípios colidentes.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

Em rigor, cuida-se de processo de ponderação no qual não se trata da atribuição de uma prevalência absoluta de um valor sobre outro, mas, sim, na tentativa de aplicação simultânea e compatibilizada de normas, ainda que no caso concreto se torne necessária a atenuação de uma delas.⁷⁵

Um exemplo esclarecerá melhor a aplicação do princípio da concordância prática: em Lebach, um pequeno lugarejo localizado a oeste da República Federal da Alemanha, no ano de 1969 houve o assassinato brutal de quatro soldados que guardavam um depósito de munição, tendo um quinto soldado ficado gravemente ferido. Foram roubadas do depósito armas e munições. No ano seguinte, os dois principais acusados foram condenados à prisão perpétua. Um terceiro acusado foi condenado a seis anos de reclusão, por ter ajudado na preparação da ação criminosa. Quatro anos após o ocorrido, a ZDF (Zweites Deutsches Fernsehen – Segundo Canal Alemão), atenta ao grande interesse da opinião pública no caso, produziu um documentário sobre todo o ocorrido. No documentário, seriam apresentados o nome e a foto de

⁷⁵ Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição p. 121.

todos os acusados. Além disso, haveria uma representação do crime por atores, com detalhes da relação dos condenados entre si, incluindo suas ligações homossexuais. O documentário deveria ser transmitido em uma sexta-feira à noite, pouco antes da soltura do terceiro acusado, que já havia cumprido boa parte de sua pena. Esse terceiro acusado buscou, em juízo, uma medida liminar para impedir a transmissão do programa, pois o documentário dificultaria o seu processo de ressocialização. A medida liminar não foi deferida nas instâncias ordinárias. Em razão disso, ele apresentou uma reclamação constitucional para o Tribunal Constitucional Federal, invocando a proteção ao seu direito de desenvolvimento da personalidade, previsto na Constituição alemã.

No caso, o TCF⁷⁶, tentando harmonizar os direitos em conflito (direito à informação *versus* direitos de personalidade), decidiu que a rede de televisão não poderia transmitir o documentário caso a imagem do reclamante fosse apresentada ou seu nome fosse mencionado.

⁷⁶ Eis a ementa da decisão:

“1. Uma instituição de Rádio ou Televisão pode se valer, em princípio, em face de cada programa, primeiramente da proteção do Art. 5 I 2 GG. A liberdade de radiodifusão abrange tanto a seleção do conteúdo apresentado como também a decisão sobre o tipo e o modo da apresentação, incluindo a forma escolhida de programa. Só quando a liberdade de radiodifusão colidir com outros bens jurídicos pode importar o interesse perseguido pelo programa concreto, o tipo e o modo de configuração e o efeito atingido ou previsto.

2. As normas dos §§ 22, 23 da Lei da Propriedade Intelectual-Artística (Kunsturhebergesetz) oferecem espaço suficiente para uma ponderação de interesses que leve em consideração a eficácia horizontal (Ausstrahlungswirkung) da liberdade de radiodifusão segundo o Art. 5 I 2 GG, de um lado, e a proteção à personalidade segundo o Art. 2 I c. c. Art. 5 I 2 GG, do outro. Aqui não se pode outorgar a nenhum dos dois valores constitucionais, em princípio, a prevalência [absoluta] sobre o outro. No caso particular, a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade deve ser ponderada com o interesse de informação da população.

3. 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 (re-socialização). A ameaça à re-socialização deve ser em regra tolerada quando um programa sobre um crime grave, que identificar o autor do do crime, for transmitido (logo) após sua soltura ou em momento anterior próximo à soltura.”

Na situação apontada, estamos diante de uma colisão de dois princípios constitucionais: a liberdade de expressão e o direito à intimidade.⁷⁷

É evidente na resolução do caso o princípio da concordância prática. O TCF decidiu que a imprensa poderia, em nome da liberdade de expressão, exibir a matéria. No entanto, visando preservar o direito à intimidade do indivíduo, não poderia citar seu nome completo (mas somente as iniciais), nem mostrar seu rosto (deveria utilizar mecanismos eletrônicos para desfigurá-lo)⁷⁸.

⁷⁷ Na fundamentação do julgado, o Tribunal Constitucional Federal explicou didaticamente o processo de ponderação que estava sendo adotado para solucionar o caso:

“Em casos de conflito como o presente, vale, por isso, de um lado, o princípio geral de que a aplicação dos §§ 22, 23 KUG em face de programas de televisão não pode limitar a liberdade de radiodifusão excessivamente. De outro lado, existe aqui, em contraposição às demais leis gerais na acepção do Art. 5 II GG, a peculiaridade de que a limitação da liberdade de radiodifusão serve, por sua vez, à proteção de um alto valor constitucional; o interesse da pessoa em questão contra a divulgação ou apresentação de sua imagem, a ser considerado no contexto do § 23 KUG, é reforçado diretamente pela garantia constitucional da proteção à personalidade [do Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG]. A solução do conflito deve partir do pressuposto de que, segundo a vontade da Constituição, ambos os valores constitucionais configuram componentes essenciais da ordem democrática livre da Grundgesetz, de forma que nenhum deles pode pretender a prevalência absoluta. O conceito de pessoa humana (Menschenbild) da Grundgesetz e a configuração a ele correspondente da comunidade estatal exigem tanto o reconhecimento da independência da personalidade individual como a garantia de um clima de liberdade que não é imaginável atualmente sem comunicação livre. Ambos os valores constitucionais devem ser, por isso, em caso de conflito, se possível, harmonizados; se isso não for atingido, deve ser decidido, considerando-se a configuração típica e as circunstâncias especiais do caso particular, qual dos dois interesses deve ser preterido. Ambos os valores constitucionais devem ser vistos, em sua relação com a dignidade humana, como o centro do sistema axiológico da Constituição.”

“Certamente, podem decorrer da liberdade de radiodifusão efeitos limitadores para as pretensões jurídicas derivadas do direito [fundamental] da personalidade; porém, o dano causado à personalidade” por uma apresentação pública não pode ser **desproporcional** ao significado da divulgação para a comunicação livre (cf. Adolf Arndt, op. cit.). Além disso, desse valor de referência decorre que a ponderação necessária por um lado deve considerar a **intensidade** da intervenção no âmbito da personalidade por um programa de tipo questionável e, por outro lado, está o interesse concreto a cuja satisfação o programa serve e é **adequado** a servir, para avaliar e examinar se e como esse interesse pode ser satisfeito [de preferência] sem um prejuízo – ou sem um prejuízo tão grande – da proteção à personalidade. em um caso famoso, um sujeito foi preso, por estar sendo acusado de inúmeros crimes de grande repercussão social. Logicamente, a imprensa local pretendia divulgar amplamente a matéria, tendo, inclusive, uma emissora editado um documentário, o qual seria transmitido em horário nobre. Diante desses fatos, o sujeito que havia sido preso aforou uma ação pretendendo impedir os intentos da imprensa sob a alegação de que a divulgação da matéria feriria o seu direito à intimidade e à privacidade, sendo certo que, após a divulgação, seria impossível ao sujeito tornar a ter uma vida normal.”

⁷⁸ Cf. SHWABE, Jürgen. Trad. Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Casto e Viviane Geraldine Ferreira. *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, p. 489/493.

Conciliou-se, dessa forma, os princípios da liberdade de expressão e da privacidade. É a concordância prática.

O segundo critério que vem sendo utilizado, se não for possível a concordância prática, é o da dimensão de peso e importância (*dimension of weights*), fornecido por Ronald Dworkin, segundo o qual as regras são aplicáveis na base do *tudo-ou-nada*, ou ela é válida ou não é válida diante dos fatos que estipula. Para Dworkin, os princípios:

...possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles (...). As regras não possuem tal dimensão. Não podemos afirmar que uma delas, no interior do sistema normativo, é mais importante do que outra, de modo que, no caso de conflito entre ambas, deve prevalecer uma em virtude de seu peso maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida⁷⁹.

Seguindo o ensinamento de Canotilho⁸⁰: (1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida ; a convivência dos princípios é conflitual; a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se; (2) conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. (3) em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas 'exigências' ou 'standards' que, em 'primeira linha (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm 'fixações normativas' definitivas, sendo insustentável a validade simultânea da regras contraditórias. (4) os princípios

⁷⁹ *Levando os direitos a sério*, p. 38/39.

⁸⁰ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1233 e ss.

suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas).

No dimensionamento do peso ou importância dos princípios, segundo Dworkin, haveria uma única resposta correta para os casos difíceis (*hard cases*).

Embora se veja com extrema relevância o posicionamento de Dworkin, sabemos que na ponderação de valores, pela carga axiológica mesma inserta nessa atividade, faz com que a decisão do caso concreto dependa sobremaneira da postura ideológica do hermeneuta: é uma “solução de compromisso”. Assim, no já citado exemplo do princípio da função social da propriedade, a solução seria diversa em função da diretriz ideológica adotada na interpretação (postura tradicional *versus* postura social). Como diria Louis Veuillot, publicista do século passado: “quando eu sou o mais fraco eu vos peço liberdade porque tal é o vosso princípio; mas quando eu sou o mais forte, eu vos nego esta liberdade porque tal é o meu”⁸¹.

Portanto, somente diante do caso concreto será possível resolver o problema da aparente colisão de princípios, através de uma ponderação (objetiva e subjetiva) de valores, pois, ao contrário do que ocorre com a antinomia de regras, não há, *a priori*, critérios formais (meta-normas) e *standards* preestabelecidos para resolvê-lo.

O intérprete, no caso concreto, através de uma análise necessariamente tópica, terá que verificar, seguindo critérios objetivos e subjetivos, qual o valor que o ordenamento, em seu conjunto, deseja preservar

⁸¹ Na clássica obra Teoria Pura do Direito, de reconhecida neutralidade ultra-ideológica, Hans Kelsen admite que o direito positivo oferece apenas uma moldura na qual se encontram inseridas várias possibilidades de aplicação: “a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma dela se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. (...) Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo” (Teoria Pura do Direito. Martins Fontes, São Paulo, 1995, p. 390).

naquela situação, sempre buscando conciliar os dois princípios em colisão. É a busca da composição dos princípios.

Nesse caso, a legitimidade da interpretação apenas será preservada na medida em que, em cada caso, informada pelo critério da proporcionalidade, essa composição seja operada⁸². Ou seja, a especificidade, conteúdo, extensão e alcance próprios de cada princípio não exigem nem admitem o sacrifício unilateral de um princípio em relação aos outros, antes reclamam a harmonização dos mesmos, de modo a obter-se a máxima efetividade de todos eles, conforme a lição de Canotilho.

De forma semelhante ao caso alemão, a jurisprudência brasileira descerra diversos julgados em que se aplica a dimensão do peso e importância dos princípios.

Podem ser citados casos concretos, às mancheias, de condenações de órgãos de imprensa por excessos na liberdade de expressão ou de informação, em detrimento da intimidade ou da vida privada (direitos da personalidade) das pessoas noticiadas.⁸³

⁸² GRAU, Eros Roberto. *Licitação e Contrato Administrativo*, p. 17.

⁸³ A atriz Maria Zilda Bethlem Vieira moveu uma ação reparatória contra a Editora Abril S.A., por causa de uma matéria jornalística publicada na seção Gente, da revista Veja, noticiando que a autora, quando estava sendo transmitida a novela "Olho por Olho", teria o hábito de faltar às gravações ou chegar alcoolizada. A Editora Abril S.A. sustentou em sua defesa que sua conduta (a de publicar a matéria) estava em consonância com o preceito constitucional que garante a liberdade de informação, tendo, por isso, agido em absoluta conformidade com a Carta Magna, informando seus leitores a respeito de fato de interesse público, pelo que não teria praticado ato ilícito. O Desembargador Sergio Cavalieri Filho, relator do caso, afirmando que "não é possível analisar-se uma disposição constitucional isoladamente, fora do conjunto harmônico em que deve ser situada; princípios aparentemente contraditórios podem harmonizar-se desde que se abdique da pretensão de interpretá-los de forma isolada e absoluta", aduziu em seu voto que "a revelação de verdades da vida privada capazes de causar transtornos só se justifica se isso for essencial para se entender um fenômeno histórico. Se não, vira artifício sensacionalista, o que é eticamente condenável e politicamente perigoso".

O acórdão do caso Maria Zilda Bethlem ficou assim ementado:

"Responsabilidade civil de empresa jornalística. Publicação ofensiva. Honra pessoal. Lei de imprensa. Dano moral. Caracterização. Indenização. Artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988. I - Liberdade de informação *versus* inviolabilidade à vida privada. Princípio da unidade constitucional. Na temática atinente aos direitos e garantias fundamentais, dois princípios constitucionais se confrontam e devem ser conciliados. De um lado, a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, de outro lado, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Sempre que princípios aparentam colidir, deve o intérprete procurar as

Os abusos cometidos pela imprensa, sob o argumento retórico da liberdade de expressão, atingem, por vezes, a intimidade e a vida privada das pessoas enfocadas. Um exemplo patente desse abuso pode ser dado pela emissora de rádio Novo Mundo, de São Paulo. Em um programa chamado “Fatos e Boatos”, levado ao ar nos dias 04 e 05 de junho de 1998, noticiou a emissora que estaria havendo um triângulo amoroso envolvendo o músico Orlando Moraes, a atriz Glória Pires, e a sua filha menor Cleo Pires. Segundo a emissora, Orlando Moraes, como padrasto, teria um caso com a sua enteada Cleo Pires desde a sua infância, tendo abusado sexualmente dela, razão pela qual o seu casamento estaria em crise. A emissora foi condenada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro pela inverdade da notícia, importando numa indenização por danos morais, no valor de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais).⁸⁴

Nos casos concretos em referencia, ponderou-se que o princípio da inviolabilidade da vida privada teria maior “peso e importância” do que a liberdade de expressão, para fins de aplicação da sanção civil. Aplicou-se,

recíprocas implicações existentes entre eles até chegar a uma inteligência harmoniosa, porquanto, em face do princípio da unidade constitucional, a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém. Assim, se ao direito à livre expressão da atividade intelectual e de comunicação contrapõe-se o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, segue-se como consequência lógica que este último condiciona o exercício do primeiro, atuando como limite estabelecido pela própria Lei Maior para impedir excessos e abusos. (...)”

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 1996.001.00760. Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho. Rio de Janeiro, 23 de abril de 1996. Publicação: Ementário nº 15/1996, Revista de Direito do TJRJ, vol. 28, p. 221.

⁸⁴ O acórdão desse caso restou ementado da seguinte forma:

“Responsabilidade civil. Notícia veiculada através de programa radiofônico de agrande audiência, levado ao ar por emissora sediada na cidade de São Paulo, envolvendo os nomes dos autores, sendo ele renomado cantor e compositor, e ela talentosa e conhecidíssima atriz de televisão, cinema e teatro. Prova inequívoca nos autos da divulgação, pela empresa ré, de notícia falsa envolvendo os nomes dos autores, havendo alusão a possível relacionamento íntimo entre o segundo autor e a terceira autora, sendo esta menor impúbere, filha da primeira autora. Inaplicável a hipótese da Lei de Imprensa no entendimento tranquilo da doutrina e jurisprudência dominantes. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível em que são apelantes Rádio Novo Mundo Ltda. e Glória Maria Cláudia Pires de Moraes, S/m e outro, e apelados os mesmos. Acordam os Desembargadores da 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao agravo retido, rejeitar a preliminar, negar provimento ao primeiro recurso e, dar provimento ao segundo, mnos termos do voto do Desembargador Relator.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 13ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 18327/2000. Rel. Des. Gilberto Fernandes. Rio de Janeiro, 19 de março de 2003. Publicação do acórdão em 21 de agosto de 2003)

assim, a dimensão de peso e importância, apesar de ficar consignado em diversas partes dos julgados que se deveria buscar a conciliação dos princípios, e não sendo esta conciliação possível, optou-se pelo sancionamento das empresas jornalísticas.

Este procedimento de sopesamento entre princípios atualmente é denominado, conforme a hermenêutica jurídica contemporânea, de ponderação. Sobre a ponderação se falará subsequentemente.

2.2.2. A ponderação como a melhor técnica de hermenêutica constitucional em caso de colisão *inter* princípios

A constatação de que as normas jurídicas em geral não trazem sempre em si um sentido único, objetivo, fez empreender a criação de uma nova interpretação constitucional.

Ainda mais quando a técnica legislativa, notadamente ao longo do século XX, passou a utilizar-se crescentemente de *cláusulas abertas* ou *conceitos indeterminados*, a exemplo: dano moral, ordem pública, boa-fé, melhor interesse do menor... Por essa fórmula, o ordenamento jurídico passou a transferir parte da competência decisória do legislador para o intérprete. A lei fornece parâmetros, mas somente à luz do caso concreto, dos elementos subjetivos e objetivos a ele relacionados, tal como apreendidos pelo aplicador do Direito, será possível a determinação da vontade geral. O juiz passou, portanto, a exercer uma atividade claramente integradora da norma, complementando-a com sua própria valoração.

Sobreveio, com isto, a ascensão dos *princípios*, cuja carga axiológica e dimensão ética conquistaram eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata. Veja-se, então, na aplicação dos princípios, o intérprete irá determinar quais as condutas aptas a realizá-los adequadamente. Nos casos de colisão de princípios ou de direitos fundamentais, cabe ao intérprete fazer as valorações adequadas, de modo a preservar o máximo de cada um dos

valores em conflito, realizando escolhas acerca de qual o interesse deverá circunstancialmente prevalecer.

Tornou-se necessário para a doutrina, portanto, em teorizar acerca de um novo método interpretativo, exigindo o enfrentamento do modelo até então vigente e a demonstração de suas insuficiências em virtude da existência de novos paradigmas sociais.

Para Peter Häberle, a interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.⁸⁵

Com a nova hermenêutica, a interpretação deixa de ser vista sob a perspectiva normativo-metodológica, mas como algo inerente à totalidade da experiência humana, vinculado à sua condição de possibilidade finita, sendo uma tarefa criadora, circular, que ocorre no âmbito da linguagem.

A moderna interpretação constitucional diferencia-se da tradicional em razão de alguns fatores: a norma, como relato puramente abstrato, já não desfruta de primazia; o problema, a questão tópica a ser resolvida, passa a fornecer elementos para sua solução; o papel do intérprete deixa de ser de pura aplicação da norma preexistente e passa a incluir uma parcela de criação do Direito do caso concreto.

Assim, como técnica de raciocínio e de decisão, a ponderação passa a conviver com a subsunção. Para que se legitimem as suas escolhas, o intérprete terá de servir-se dos elementos da teoria da argumentação, para convencer os destinatários do seu trabalho de que produziu a solução constitucionalmente adequada para a questão que lhe foi submetida.

⁸⁵ *Hermeneutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*, p.13.

Pode se perceber que a ponderação existe em razão da existência de conceitos dotados de subjetividade, entendidos como aquelas indeterminações que não encontram limitações principiológicas dispostas em idêntico nível.

Mas, a ponderação também encontra resistência e críticos contra a sua utilização. Assinala Paulo Gustavo Gonet Branco⁸⁶ que se formaram ao longo dos anos diversos críticos à ponderação, sendo os mais incisivos e criadores da maior repulsa os alemães Forsthoff e Carl Schmitt.

Outro famoso jurista alemão, Böckenförde, juiz da Corte Constitucional Alemã, em 1985, deixou expresso em um julgamento a discordância com a ponderação, pois, no seu entender, ao adotar-se essa prática, seria possível legitimar pela interpretação constitucional quase qualquer limitação dos direitos fundamentais. Em seu pensamento, isso significaria dissolver a estrutura normativa da Constituição. Os direitos fundamentais perderiam a sua força deontológica, equiparando-se a meros interesses, situação agravada por não existir critério geral, disposto pelo constituinte, para o sopesamento reclamado entre os interesses concorrenciais. Nas suas palavras, “o direito aplicável não mais tem a sua sede na Constituição, mas no juízo de ponderação do juiz”.⁸⁷

Nos Estados Unidos da América, os primeiros casos em que a Suprema Corte empregou, por voto majoritário, o método da ponderação para interpretar a Constituição datam de fins da década de 1930 e início dos anos 1940. Antes, as disputas constitucionais eram resolvidas segundo o *modo categórico*, tido pela doutrina como o oposto do *modo da ponderação*.

O modo categórico prende-se à concepção das normas constitucionais como regras (em oposição a *princípios*). Por esse método, incumbe ao aplicador definir as linhas demarcatórias do conteúdo dos direitos para, em seguida, classificar situações de fato como apanhadas, ou não, pela regra. O esforço argumentativo concentra-se em caracterizar os fatos como ajustados, ou não, à categoria jurídica relevante.

⁸⁶ *Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional*, p. 64/65.

⁸⁷ _____, p. 69.

Já o modo da ponderação, na linha da doutrina americana, liga-se à compreensão das normas como princípios.

Na realidade, foi para derrotar a jurisprudência que levava à crise entre Executivo e Judiciário, durante o *New Deal*, que, pela primeira vez, a Suprema Corte Americana, pela maioria dos seus integrantes, empregou o juízo de ponderação. A calibragem de interesses conflitantes foi o método encontrado para ler a Constituição em sentido deferencial para com o legislador.

Mais adiante, a partir dos anos 1940, e até meados de 1950, a ponderação nos Estados Unidos foi empregada para sujeitar as leis a um mais acendrado escrutínio de constitucionalidade, quando interferisse sobre certos direitos considerados mais sensíveis, como a liberdade de expressão e de religião. Para esses casos, a Corte passa a exigir que a interferência sobre o direito individual atenda a um interesse público preempório (*compelling state interest*) e que a medida não ultrapasse os limites do estritamente necessário para atingir tal meta (*least restrictive means, narrowly drawn*). Para essas hipóteses, não mais se toma a mera preferência legislativa como bastante para superar o direito fundamental. O método da ponderação deixa de ser simplesmente reverencioso para com o legislador, passando a privilegiar a proteção do direito individual.

O juízo de “balanço” perdeu a primazia durante o período ativista da Corte Warren, entre 1960 a 1970, somente voltando a dominar o recurso à ponderação após o ano de 1973, sendo referencial o caso *Roe v. Wade*. Este caso veio a afirmar ilegítima a lei punitiva de aborto do Texas.

A ponderação retoma daí em diante a posição de primazia como método para lidar com a interpretação da Constituição. Em estudo do ano de 1987 de Paul Kahn, constata ele que, dos 473 casos julgados pela Suprema Corte, em 214 se encontram palavras como *balance* e *balancing*.

Essa técnica passa a ser usada em todos os casos em que se detecta uma interferência sobre direito individual, não se restringindo às

hipóteses em que a norma constitucional, por não ser suficientemente densa, exige, para ser aplicada, uma complementação valorativa do julgador.

Ponderar consiste, portanto, em um método de decisão judicial aplicável aos casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda que não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas. A importância que o termo ganhou no cotidiano da atividade jurisdicional, entretanto, tem levado a doutrina a estudá-lo mais cuidadosamente.

A concepção da Constituição como ordem de valores ganhou relevo doutrinário expressivo na Alemanha a partir do caso Lüth⁸⁸. Desse episódio em diante, espalha-se pelo continente europeu e pela América Latina. Ganha força a noção de que a Lei Fundamental não é axiologicamente neutra, mas configura um sistema de valores que afeta todo o ordenamento jurídico e que enseja a obrigação de o Estado não apenas se abster de interferir no âmbito protegido pelos direitos fundamentais, como também, de obrar positivamente, fomentando e concretizando tudo o que se preste para a realização máxima desses valores veiculados nas normas jusfundamentais, mesmo que essa ação não seja exigida a partir de uma pretensão decorrente de um direito subjetivo de alguém em concreto.

Se o modelo constitucional firmado sob a idéia de que a Constituição enfeixa uma ordem de valores foi saudado positivamente logo no seu início, também cedo teve que se medir com os críticos, que estenderam o pessimismo quanto às virtudes da teoria às suas conseqüências inevitáveis em termos de alagamento do poder dos juízes. Os juízes estariam, segundo os mesmos opositores, perigosamente aparelhados para forçar a sociedade às suas compreensões axiológicas pessoais.

⁸⁸ Referenciando o mencionado *hard case*, vide: CANARIS, Claus Wilhelm. *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*. SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 227.

Bem sabemos que nossa Constituição, dada suas premissas, consagra diversos valores, princípios e ordens de inúmeras naturezas, sobretudo em razão do cenário político que lhe deu origem, o que ocasionalmente poderá fazer com que surjam conflitos dos mais variados tipos e pelas mais diversas situações práticas.

De fato, as objeções a que os juízes formulem decisões de valor, sobretudo em sede de controle de constitucionalidade, assentam-se, muitas vezes, em inquietações com as conseqüências práticas para o Estado de Direito, engendradas pela assimilação dos preceitos constitucionais a formulação de valores.

Em verdade, estas circunstâncias exigirão um conhecimento abrangente sobre a situação que se busca resolver, devendo-se considerar todas as conseqüências que tal resolução possa concretizar quando efetivamente aplicada ao meio, corroborando a exigência de que cada princípio seja cotejado na subsunção ao caso concreto.

Nesta esteira, a pragmática da ponderação decorre da análise do espaço de discricionariedade semântica (plurissignificação, vaguidade, porosidade, ambigüidade, fórmulas vazias) presentes no sistema jurídico. Constitui requisito para a ponderação de resultados a adequação entre meios e fins. O juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins.

De fato, deve ser avaliado, no caso concreto, qual dos princípios em colisão tem maior peso; segundo as circunstâncias e condições da situação, qual dos direitos deve ser efetivado, em uma relação de precedência condicionada. Fica conferido ao Judiciário o dever de examinar a situação concreta e decidir se o direito efetivado não afrontou um direito que deveria prevalecer naquele caso, precedendo ao direito respaldado. É dever do juiz, analisando as circunstâncias, ponderar acerca da proporcionalidade da restrição ao direito dos cidadãos, contrastando os resultados obtidos com a restrição efetuada, se razoáveis ou desproporcionais.

A ponderação ou balanceamento compreende método hábil a proporcionar solução ajustadora à colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos.

Como método de interpretação, a ponderação apresenta-se na resolução dos conflitos entre direitos fundamentais como um procedimento destinado a adjudicar sentido à elaboração de uma norma de decisão. Nesta situação, à ponderação é conferida a missão de propiciar equilíbrio aos direitos que estão em estado de tensão. A atividade interpretativa principia por uma reconstrução e qualificação dos interesses contrapostos atribuindo sentido à norma de decisão. Por outro lado, a ponderação promove a ordenação entre os fatos e a normativa conferindo, desta forma, critérios para a obtenção de uma decisão constitucionalmente adequada.

A topografia do conflito é a descrição das modalidades segundo as quais a norma que regula um determinado direito ou interesse incide, num caso específico, no âmbito de direitos ou bens em conflito. A checagem do conflito exige esclarecimento acerca de dois pontos: (1) Em que medida a área de um direito (âmbito normativo) se sobrepõe à área de um outro direito identicamente protegido. (2) O espaço restante aos bens em conflito para além da zona de sobreposição.

Canotilho⁸⁹ adverte que a ponderação não é de forma alguma modelo de abertura para uma justiça casuística ou de sentimentos. Afinal, o método de *balancing* é submetido a uma cuidadosa topografia do conflito aliada a uma justificação da solução do conflito através do caso concreto.

A partir da topografia do conflito o intérprete poderá, através do teste de razoabilidade, checar as áreas pertencentes ao âmbito normativo dos bens envolvidos no conflito. Por intermédio do teste de razoabilidade poderá o intérprete aferir o conteúdo valorativo de interesses pretensamente invocados como dignos de proteção.

Poderá ser o teste:

⁸⁹ *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1201.

“Um esquema metódico que permite excluir a existência de um verdadeiro conflito de bens pelo facto de um dos direitos invocados não estar ou não se poder considerar ‘enquadrado’ na esfera de protecção de uma norma constitucional”.⁹⁰

Assim é que, Marcelo Lima Guerra demonstrou que o critério interpretativo da ponderação...

Impõe uma avaliação global da situação, na qual se faça uma correspondência jurídica entre meios e fins, no sentido de estabelecer as vantagens e desvantagens do emprego dos meios, à luz de outros fins envolvidos na questão.⁹¹

Partindo do pressuposto de que a simples aplicação do método lógico não é suficiente para resolver questões relacionadas a choque entre direitos fundamentais, resta-nos perseguir outras formas de homiziar todas as garantias previstas no texto constitucional, valendo-se então de princípios morais, sociais, racionais e políticos.

A busca pela melhor forma da interpretação jurídica não estará adstrita a simples análise da interpretação legal, mas sim a própria realização da justiça como forma de buscar a satisfação do direito interligado à solução de um caso concreto.

Nesta conjuntura, evidencia-se a necessidade de integração das disposições atentando-se para a razoabilidade e proporcionalidade como forma de albergar todos os fundamentos enlaçados pela circunstância casual posta ao crivo do julgador, em límpidos termos, encontraremos solução através da ponderação.

Com efeito, a concepção do Direito, sob a forma de controle social, condicionador de comportamentos e gerador de estabilidade, está sempre sujeito a mudanças. Contudo, tais mudanças devem decorrer dos necessários ajustes do próprio sistema, quando necessários à superação das tensões e pressões que impulsionaram a transformação da sociedade.⁹²

⁹⁰ _____, p. 1201.

⁹¹ *Apud* SAMPAIO NETO, Agenor de Souza Santos; ANDRADE, Carlos Frederico Guerra; RUSH, Erica. *Os hard cases no direito aplicado: Uma perspectiva sob a ótica do discurso jurídico*. XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Anais. Salvador: 2008.

⁹² SOUTO, Cláudio. *A explicação sociológica: uma introdução à Sociologia*, p. 109.

O Judiciário, quando da análise de situações que contemplem conflitos entre princípios constitucionais, deve exercer um juízo de ponderação entre o direito efetivado pela decisão e o por ela restringido, a fim de ponderar acerca da justiça da situação amparada. Deve o juiz valorar, segundo as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, se a decisão obteve um resultado satisfatório, e se o direito limitado deveria sucumbir frente ao efetivado, em uma "relação de precedência condicionada". Como se pode aferir, a valoração das circunstâncias demanda considerável juízo subjetivo.

O critério da ponderação baseia-se precipuamente na utilização da lógica do melhor resultado, assim sendo, na forma que confira maior amplitude a todos os princípios que, em tese, se confrontam, após análise criteriosa das conseqüências que porventura pudessem surgir empós devidamente aplicadas ao caso.

O entusiasmo pelo método pressupõe que a ponderação resolve conflitos entre valores morais fundamentalmente antagônicos de forma que demonstra igual consideração e respeito para todos os envolvidos, convertendo o processo de fiscalização judicial num relativamente direto exercício de lógica ou de raciocínio silogístico.

Estabelecido que a jurisdição constitucional é inevitável, adeptos do método da ponderação assinalam que, ao menos nos casos difíceis, o balanço de valores também é inescapável.

Ponderar valores e bens é tido como atividade inerente a todo processo de tomada de decisão. O processo decisório envolveria necessariamente uma calibragem de fatores e objetivos que se indispõem entre si, exigindo que seja averiguada a importância de cada qual para a resolução de uma controvérsia qualquer. Deliberar seria equivalente a ponderar.

A ponderação expressa uma técnica inescapável, que reflete a própria complexidade de valores que compõem o Direito, construindo pontes ente o direito e a vida pluralística, já que exige do juiz identificar os valores relevantes, enfrentar o tema da importância social desses valores, além de

exigir que revele o seu pensamento para os seus confrades e para as demais pessoas, facilitando a crítica e a autocrítica.

Justifica-se o uso da ponderação por nela se enxergar um processo de decisão inerente ao próprio sistema de direitos fundamentais numa sociedade complexa e pluralista. A realidade das colisões entre princípios constitucionais expõe tanto os latentes como os desabridos conflitos sociais existentes e se predica ao juízo aberto de ponderação a virtude de enfrentá-los sem subterfúgios. A metodologia da ponderação de bens surge como ferramenta indispensável para a solução de conflitos de forma intersubjetivamente controlável, segundo os princípios constitucionais.

Em casos difíceis, argui-se a desvalia da busca de critérios fixos, apriorísticos, dotados de valor absoluto, para se delimitar, em abstrato, com precisão inconciliável com a natureza dinâmica da vida social, todos os contornos dos princípios constitucionais. Seria ineficaz cingir o juiz, por meio de regras absolutas, a soluções para conflitos sempre previsíveis antes mesmo dos atritos acontecerem.

A ponderação corretamente empreendida expressaria um processo disciplinado de decisão, revelando de modo aberto à sociedade os conflitos axiológicos subjacentes aos casos difíceis de colisão de princípios fundamentais.

O procedimento da ponderação já é em si mesmo uma garantia da imparcialidade do juiz, na medida em que todos os estágios do processo deliberativo e as suas premissas de valor relevantes são expostos às escâncaras, o que implica em uma maior sujeição do juiz constitucional à censura da comunidade jurídica.

No Brasil, a ponderação foi introduzida a partir da subdivisão do princípio da proporcionalidade.

Na Constituição de 1988, o princípio da proporcionalidade, sobre derivar do Estado de Direito (art. 1.º), confunde-se com o princípio do devido processo legal substancial previsto no art. 5.º, LIV, da CF, segundo o qual

“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.⁹³

Esse pensar encontra eco doutrinário em constitucionalistas de relevo, como bem destaca Inocêncio Mártires Coelho:

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, eqüidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.⁹⁴

Tratando mais especificadamente para o âmbito de aplicação da interpretação dos direitos fundamentais pontifica Jorge Miranda que:

A contradição dos princípios deve ser superada, ou por meio da redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, ou, em alguns casos, mediante a preferência ou a prioridade de certos princípios; Deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade; Os preceitos constitucionais deverão ser interpretados tanto explicitamente quanto implicitamente, a fim de colher-se seu verdadeiro significado.⁹⁵

De modo simétrico, o princípio da proporcionalidade exige uma ponderação dos direitos fundamentais ou bens de natureza constitucional que estão em jogo, conforme o peso a eles atribuído. Conforme Karl Larenz, “ponderar” e “sopesar” implicam apenas imagens, ou seja, não equivalem a grandezas quantitativamente mensuráveis, resultando apenas de valorações que não só devem ser orientadas a uma pauta geral como, de idêntica maneira, a situações concretas problematizantes. Desta forma, a ponderação de bens deve ser realizada no caso concreto mediante um problema a ser resolvido.⁹⁶

⁹³. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. p. 89.

⁹⁴ *O novo código civil e a interpretação conforme a constituição*. NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coords). In: *O novo Código Civil: Homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2005, p. 84.

⁹⁵ *Apud*. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. p. 16

⁹⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 575.

Portanto, é a partir do princípio da proporcionalidade que se opera o “sopesamento” dos direitos fundamentais, assim como dos bens jurídicos quando se encontram em estado de contradição, oferecendo ao caso concreto solução ajustadora de coordenação e combinação dos bens em colisão.

Assim, pelo subprincípio da ponderação ou da proporcionalidade em sentido estrito se pretende alcançar parâmetros para a resolução dos conflitos entre princípios constitucionais, nos casos em que o Poder Judiciário é chamado a decidir pela prevalência de um princípio em detrimento de outro ou outros, reconhecidamente válidos pelo ordenamento constitucional.

Como se vê, impõe-se o método da ponderação de bens nas situações em que existam pelo menos dois bens ou direitos albergados em normas jurídicas que, em determinadas situações, não possuem suas potencialidades otimizadas. Nessa esteira, “excluem-se, por conseguinte, relações de preferência *prima facie*, pois nenhum bem, é, *prima facie*, quer excluído, porque se afigura excessivamente débil, quer privilegiado porque, *prima facie*, se afigura com valor ‘reforçado’ ou até absoluto”.⁹⁷ Desta forma, o método da ponderação de bens consiste em técnica capaz de propiciar em um campo de tensão principiológica a escolha do princípio que possui maior peso ou valor.

O método de ponderação de bens pode sugerir a existência de uma hierarquia axiológica e dinâmica entre os princípios em tensão. Uma hierarquia axiológica, eis que confere em justa medida maior ou menor peso ou valor aos princípios colidentes. Dinâmica por se estar diante de relação axiológica mutável que outorga primazia axiológica a uma relação específica podendo inverter-se em situação diversa.

Se a ponderação, no sentido genérico referido acima, é própria de toda decisão judicial – e, a rigor, de todo discurso racional -, nos últimos anos, a jurisprudência brasileira tem incorporado à sua prática uma forma de ponderação muito particular, que merece exame exclusivo. Na realidade, a seguinte situação tornou-se freqüente: o intérprete, afirmando estar diante de

⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1206.

um conflito entre enunciados normativos válidos, considera necessário ponderá-los. O resultado dessa operação, em geral, é que um dos enunciados identificados inicialmente é aplicado e os demais são afastados ou que a incidência de um é restringida em proveito dos outros. Já não se trata aqui de avaliar, ponderar argumentos, razões ou o acervo probatório produzido; mas sim, de avaliar, ponderar enunciados normativos válidos e em vigor, muitas vezes de estatura constitucional.

Pelo princípio da ponderação dos resultados, deve-se examinar o grau de satisfação e efetivação do mandamento de otimização que a decisão procurou atender. Quanto mais alto for o grau de afetação e afronta ao princípio limitado pelo meio utilizado, maior deverá ser a satisfação do princípio que se procurou efetivar.

O procedimento utilizado para a aplicação da ponderação no caso de fricção entre princípios constitucionais é ensinado por Ana Paula Barcellos, nos seguintes passos:

A proposta concebe a aplicação da ponderação como um processo composto de três etapas sucessivas, que podem ser identificadas, muito resumidamente, nos seguintes termos. Na primeira delas, caberá ao intérprete identificar todos os enunciados normativos que aparentemente se encontram em conflito ou tensão e agrupá-los em função da solução normativa que sugerem para o caso concreto. A segunda etapa ocupa-se de apurar os aspectos de fatos relevantes e sua repercussão sobre as diferentes soluções indicadas pelos grupos formados na etapa anterior. A terceira fase é o momento da decisão.⁹⁸

Ainda sob suas palavras, a ponderação deve indicar a solução que deverá prevalecer, justificando, para tanto, sua devida razão. Bem como, quanto ao princípio afastado ou remanescente, deverá ser indicado qual a intensidade da restrição que lhe caberá, tendo em conta tanto quanto possível, a produção da concordância prática de todos os elementos normativos postos em análise.⁹⁹

A definição do termo está presente nas sábias palavras de Ana Paula de Barcellos, que categoricamente esclarece o critério da ponderação

⁹⁸ *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 92.

⁹⁹ _____, p. 92.

como uma “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas jurídicas hermenêuticas tradicionais”¹⁰⁰

Como dito alhures, denota-se a ineficiência das formas comuns para resolver antinomias jurídicas relacionadas a direitos fundamentais, visto que nenhum dos critérios de resolução apontam condições aptas a dirimi-las. Aliando a tal fato a premissa de que nenhuma disposição constitucional poderá se sobrepor a outra, decorre-se logicamente que o sopesamento – ou ponderação se preferir – é a maneira que trará maior sentimento de realização da justiça.

Dito isto, expurga-se quaisquer dúvidas que persistam quanto a total inaplicabilidade do método subsuntivo de interpretação dos módulos constitucionais na busca pela solução dos *hard cases*. A título de conhecimento, tal método consiste na simples aplicação do direito ao fato, gerando conseqüências que não fogem a previsão do constituinte. Sobre a falência do método da subsunção, leciona Luis Roberto Barroso:

A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre a premissa menor – fatos – e produzindo como conseqüência a aplicação da norma ao caso concreto.¹⁰¹

E seguidamente, continua:

O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e da mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias.¹⁰²

Nesta balbúrdia em que se proliferam diversas premissas (filosóficas, éticas, jurídicas, políticas etc) na mesma norma, somente a ponderação poderá dar o equacionamento desejado, sendo a melhor técnica de efetivação da justiça.

¹⁰⁰ _____, p. 92.

¹⁰¹ *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 76.

¹⁰² _____, p. 79.

E a ponderação provirá do esforço hermenêutico da busca não da sobreposição de um bem por outro, mas do bem comum. Oportunas são as palavras de Maria Helena Diniz quando discorreu sobre a busca do bem comum como finalidade da norma:

A finalidade da norma não é ser dura, mas justa; daí o dever do magistrado de aplicar a lei ao caso concreto, sem desvirtuar-lhe as feições, arredondando as suas arestas, sem, contudo, torcer-lhe a direção, adaptando a rigidez de seu mandamento às anfractuosidades naturais de cada espécie.¹⁰³

A ponderação busca unificar o bem comum, através do mecanismo de convivência das normas, sendo instrumento usual o magistrado, que, considerando a importância que os bens jurídicos têm, tanto em tese quanto no caso concreto, fundamentando-se na precedência condicionada deste sobre os princípios contrapostos, conquistou amplamente a doutrina e já repercute nas decisões dos tribunais, passando o direito constitucional a ser visto sob a ótica deste novo paradigma.

O mecanismo de ponderação é racional, entretanto, não é um procedimento que em cada caso conduza a uma única solução, visto que segundo Alexy, a ponderação é um procedimento aberto e a abertura se refere ao sistema material determinado pelas normas de direito fundamental, portanto, a um sistema aberto frente à moral; e esta irradiação dos direitos fundamentais no sistema jurídico, significa a inclusão de justiça no próprio direito positivo.

Robert Alexy¹⁰⁴ nos lembra que a lei do sopesamento não é, contudo, despida de importância. Ela diz o que é importante no sopesamento: de um lado, o grau ou a intensidade da não satisfação ou da afetação de um princípio e, de outro lado, o grau de importância da satisfação de outro princípio. Aquele que afirma que uma afetação muito intensa só pode ser justificada por meio de um grau muito alto de importância, da satisfação do princípio ainda não diz quando essa afetação muito intensa e quando esse grau de importância estão presentes. Mas ele diz o que deve ser fundamentado

¹⁰³ *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*, p. 158/159.

¹⁰⁴ *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 171.

para se justificar o enunciado de preferência que representa o resultado do sopesamento: enunciados sobre graus de afetação e de importância.

A percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores, sendo a constituição um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los, faz com que a idéia de abertura se comunique com a Constituição e traduz a sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real.

A técnica da ponderação visa contribuir para com os outros métodos de interpretação jurídica, possibilitando que exista uma norma ideal para determinado caso concreto, no qual surgirá com a solução das colisões entre direitos. É através da inclusão de valores e interesses que o intérprete observará e efetivará a melhor norma possível para determinado caso concreto.

Configura-se em um processo hermenêutico que visa balancear todos os elementos importantes existentes no caso aparentemente sem solução através da hermenêutica tradicional, pois devido à obrigação da norma ser correspondente ao fato, faz com que se tenha para determinado caso diversas soluções, mas em todas é necessário o afastamento absoluto de algum direito fundamental que não pode ser afastado. Desta forma, a hermenêutica tradicional não consegue dar uma resposta adequada para casos que conflitam direitos fundamentais. Com isso é uma técnica ou um método de auxílio que tem por objetivo quantificar a melhor porção de efetividade das normas aparentemente em conflito, através de critérios estabelecidos e fundamentados, evitando que a técnica abra espaço para decisões arbitrárias na solução dos casos que devem ser ponderados e que não se observa uma solução adequada pela hermenêutica tradicional.¹⁰⁵

Não só mais a correspondência entre o fato e a norma será utilizada na interpretação, mas também os princípios e outros valores que não são

¹⁰⁵ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. In: BARROSO, Luis Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*, p. 55.

formados a partir de conteúdos fechados, alcançando ao final uma solução proporcional e razoável de efetivação dos direitos existentes.

É claro que a identificação feita acima torna a técnica muito abstrata e de pouco entendimento, vez que falta um elemento essencial para a utilização da ponderação que é um caso concreto, pois sem este os enunciados e princípios podem se apresentar de forma diferente quando analisados para todos os casos possíveis, até porque é diante dos possíveis e aparentes conflitos existentes nos casos concretos é que o intérprete poderá ter uma visão do grau de conflituosidade que deve ser solucionada.

Alguns exemplos de casos específicos falam com mais eloquência sobre o uso da técnica. Fiquemos em dois processos distintos no Supremo Tribunal Federal. No primeiro deles, o empresário Law King Chong, supostamente envolvido em crime de contrabando, foi convocado para depor perante Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados e requereu ao STF ordem para que a sessão da CPI na qual seu depoimento seria tomada não fosse televisionada. O fundamento do pedido foi a necessidade de proteção da imagem e da honra do empresário (CF, art. 5º, X). O Ministro Cezar Peluso, relator do Mandado de Segurança, concedeu a liminar e proibiu o uso de câmeras que possibilitassem a gravação de imagens do impetrante. Após a ciência da decisão judicial, porém, a CPI remarcou a sessão para outro horário e autorizou o uso de câmeras.

Submetida ao Plenário do STF, a medida liminar não foi referendada. A posição firmada pela maioria pode ser resumida da seguinte forma: as sessões das CPIs são públicas e deve prevalecer na hipótese o direito à informação (CF, arts. 5º, IX, e 220), sendo que, qualquer afronta à honra ou à imagem pode ser reparada posteriormente, por meio de indenização. Os Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa ficaram vencidos por considerarem, em primeiro lugar, que o direito à informação não foi afetado, já que a imprensa não estava impedida de acompanhar a sessão, ficando vedada apenas o televisionamento. Em segundo lugar, e sobretudo tendo em conta o descumprimento da liminar pela Comissão, a minoria entendeu que a proteção da honra e da imagem do

impetrante só seria eficaz se fosse preventiva, não bastando para isso posterior indenização.¹⁰⁶

Em outra ocasião, o STF examinou o conflito entre a liberdade de expressão (CF, art. 5º, IV e IX) e a vedação constitucional à prática do racismo, considerado crime inafiançável e imprescritível (CF, art. 5º, XLII). Um editor havia publicado livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica e, processado criminalmente, teve *habeas corpus* impetrado em seu favor perante o STF. A Corte, por maioria, entendeu que a liberdade de expressão, a despeito de sua importância, não é absoluta, devendo observar os limites impostos pela própria Constituição, dentre os quais a condenação do racismo, sendo preponderantes na hipótese os princípios da dignidade humana e da igualdade jurídica de todas as pessoas. Com esse fundamento, a Corte denegou o *habeas corpus*¹⁰⁷.

Nos exemplos acima colocados, os elementos ponderados são dispositivos normativos vigentes que, a rigor, em um Estado de Direito, devem ser aplicados uma vez que se verifique sua hipótese de incidência, mas que, no caso, parecem estar em colisão a ponto de se excluírem reciprocamente.

É evidente que a técnica da ponderação no Judiciário brasileiro surgiu mais como um elemento sócio-político, advinda da redemocratização. Nesse contexto, parte da sociedade, descrente do processo político normal, alimenta a expectativa de que o Judiciário seja afinal um espaço onde possam desenvolver-se de maneira mais lisa a discussão e a definição de políticas públicas. A despeito do impacto que essa forma de visualizar o Judiciário possa ter sobre o regime democrático, a percepção desse fenômeno ajuda a entender o ambiente no qual a técnica da ponderação tem se desenvolvido e aplicado.

¹⁰⁶ EMENTA: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. Depoimento. Indiciado. Sessão pública. Transmissão e gravação. Admissibilidade. Inexistência aparente de dano à honra e à imagem. Liminar concedida. Referendo negado. Votos vencidos. Não aparentam caracterizar abuso de exposição da imagem pessoal na mídia, a transmissão e a gravação de sessão em que se toma depoimento de indiciado, em Comissão Parlamentar de Inquérito. (BRASIL. STF. Tribunal Pleno. MS nº. 24832/DF. Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília/DF, 18 de março de 2004. Publicação no DJU de 18.08.2006).

¹⁰⁷ BRASIL. STF. Tribunal Pleno. HC nº. 82424/RS. Rel. Min. Maurício Correia. Brasília/DF, 17 de setembro de 2003. Publicação: DJU 19-03-2004.

O que resta é entender, ante o consenso havido em torno da necessidade do uso da técnica, como empreender para lhe conferir maior juridicidade (isto é: vinculação à ordem jurídica) e racionalidade (a fim de reduzir o arbítrio), traçando uma ordenação metodológica e parâmetros capazes de nortear as decisões. Em trecho adiante, se falará do seu uso específico no caso de colisões entre a liberdade de imprensa e o direito à privacidade.

3. LIBERDADE DE IMPRENSA NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

3.1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE DE IMPRENSA

Os signos “liberdade” e “liberdade de expressão” não comportam tergiversações filosóficas, compreendendo apenas uma diversidade nos sentidos jurídicos dentro de cada Constituição.

A liberdade, de antiga construção filosófica da escola grega, tornou-se posteriormente uma das preocupações centrais dos movimentos burguês-revolucionários do Século XVIII, na Europa e nos EUA.

Embora de simples pronúncia, a largueza temporal e a relevância material não foram suficientes para oferecer um conceito seguro aquilo que se denomina de *liberdade*. André Ramos Tavares¹⁰⁸, lembrando Pontes de Miranda, assentou que “*as definições das liberdades não são fáceis.*”

Para Montesquieu, “a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem...”, pois “...se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder”.¹⁰⁹

Numa definição mais completa, disserta Stuart Mill que:

¹⁰⁸ *Direito Constitucional Brasileiro Concretizado*, p. 102.

¹⁰⁹ Cf. *Do Espírito das Leis*, p. 156.

A única liberdade que merece tal denominação é aquela em que buscamos o nosso próprio bem, da nossa própria maneira, contanto que não tentemos privar os outros do seu, ou impedir seus esforços em consegui-lo.¹¹⁰

A liberdade é a exacerbação do princípio autonomístico, no contexto da ambiência coletiva, contendo na Declaração dos Direitos de 1789 a lembrança de que “a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem”.

Por seu turno, a liberdade de expressão compreende um sem-número de sinônimos e direitos conexos, dentre os quais podem ser mencionados a liberdade de comunicação; de informação; de acesso à informação; de opinião; de imprensa, de mídia, de divulgação e de radiodifusão.

Tanto no Brasil como no direito americano a liberdade de expressão abarca uma mesma definição. Bem a propósito, pertine transcrever o constitucionalista norte-americano Laurence Tribe:

Qualquer conceituação adequada da liberdade de expressão deve, ao invés, passar por diversas modalidades de teorias para que se possa proteger a rica variedade de formas de expressão.¹¹¹

De fio condutor único no aspecto filosófico, a liberdade de expressão também repousa entre os constitucionalistas portugueses como “*uma construção conceitual ...no estado actual da teorização, impossível*”.¹¹²

A liberdade de expressão é a intenção de conceder ao homem a prerrogativa de ser soberano sobre si mesmo, de ser um ente autônomo, condição esta essencial à realização pessoal, à expressão da personalidade individual, ainda que este seja um ser gregário – na conhecida acepção aristotélica de que o homem é um animal político.

Seja no Brasil, Portugal, Alemanha, Estados Unidos ou em outros países do ocidente, a liberdade de expressão comporta quatro dimensões,

¹¹⁰ *Ensaio sobre a liberdade*, p. 31.

¹¹¹ *Apud* TAVARES, André Ramos, *Direito Constitucional Brasileiro Concretizado*, p. 106.

¹¹² *Liberdade de Expressão, dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, p. 372.

sendo as duas primeiras *substantiva* e *instrumental*, e as duas outras *individual* e *coletiva*.

Na busca de espaço próprio, o homem tem por baluartes liberdades decorrentes da liberdade de expressão, tais como a liberdade de comunicação, de informação e de imprensa, ainda que cada um desses direitos apresente dessemelhanças entre si. Conforme Jonatas Machado,

(...) a diversidade de opiniões significa um leque mais vasto de possibilidades e alternativas, e conseqüentemente, uma maior liberdade na formação de preferências e convicções e na tomada de opções.¹¹³

Pelo caráter universal exarado por essa liberdade pública, há autores que a definem como ímpar em virtude de ter um apanágio primordial: ser a liberdade mais primária, ou seja, mais fundamental. Dissertando sobre isso, pontifica José Alberto de Melo Alexandrino que a liberdade de expressão é:

A primeira e a matricial liberdade fundamental. É deste núcleo que brotam todos os demais direitos; pelo que onde ele não for respeitado, não há outros direitos fundamentais que subsistam. (...) traduz a concretização mais próxima do princípio da dignidade da pessoa humana.¹¹⁴

Em linhas gerais, Sampaio Dória define o direito a liberdade de expressão como sendo “o direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou o que for.”¹¹⁵ Essa expressão define, sucintamente, diversas modalidades de expressão comunicacional.

A liberdade de expressão consiste no direito à livre comunicação espiritual, no direito de fazer conhecer aos outros o próprio pensamento.

Como bem salientado por Jorge Miranda¹¹⁶,

A liberdade de expressão é mais que a liberdade de comunicação social, porquanto abrange todos e quaisquer meios de comunicação entre as pessoas – a palavra, a imagem, o livro, qualquer outro

¹¹³ *Liberdade de Expressão, dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. p. 279.

¹¹⁴ *Estatuto constitucional da actividade de televisão*, p. 92.

¹¹⁵ *Comentários à constituição de 1946*, p. 602.

¹¹⁶ *Manual de Direito Constitucional*, p. 374

escrito, a correspondência escrita e por telecomunicações, o espetáculo, etc.

A conceituação doutrinária sobre qual seja o âmago que define o direito de liberdade de expressão é, com pequenas diferenciações, pacífica na doutrina. As pequenas divergências que possam surgir, geralmente, são originadas mais pelo extremismo crítico de alguns autores que mesmo por dificuldades na apuração do cerne desta liberdade.

A liberdade de expressão é uma ferramenta essencial ao Estado Democrático de Direito. O Estado Democrático, para ser plenamente fiel ao seu intento progressista, deve conter em sua estrutura a garantia de que todos os cidadãos possam influir, valorar e criticar o sistema político vigente. No momento em que algum sujeito, singularmente, pode demonstrar sua opinião acerca dos fatos sociais relevantes sem temer uma represália, seja física ou moral, por parte de algum ente estatal, consagra-se o valor pluralista da democracia.

Na dicção de Norberto Bobbio, a Democracia é muito mais do que governo das maiorias¹¹⁷. O ideário democrático norteia-se pela busca do autogoverno popular, no qual os cidadãos podem participar com igualdade e liberdade da formação da vontade do Estado. Esta participação se dá não apenas através do exercício do direito de voto, como também pela atuação na esfera pública, em múltiplos fóruns e espaços que pressionam e fiscalizam a ação dos governantes¹¹⁸. Mas, para que ela seja consciente e efetiva, as pessoas devem ter amplo acesso a informações e pontos de vista diversificados sobre temas de interesse público, a fim de que possam formar livremente as suas próprias convicções. Ademais, elas devem ter também assegurada a possibilidade de tentarem influenciar, com as suas opiniões, o pensamento dos seus concidadãos. Por isso, a liberdade de expressão é tão importante em qualquer regime que se pretenda democrático.

¹¹⁷ *Teoria Geral da Política*, p. 428/454.

¹¹⁸ O constitucionalista Paulo Bonavides (*Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001) disserta com propriedade sobre a importância da participação direta do cidadão para dinamização da democracia.

É a sua garantia que possibilita que a vontade coletiva seja formada através do confronto livre de idéias, em que todos os grupos e cidadãos tenham a possibilidade de participar, seja para exprimir seus pontos de vista, seja para ouvir os expostos por seus pares. E é a sua projeção institucional – a liberdade de imprensa – que confere maior transparência ao funcionamento do Estado, permitindo o controle dos governantes pelos governados.

Interessante ressaltar que, mesmo estando incrustado no imaginário popular, a ligação necessária entre a liberdade de expressão e o próprio ser humano e o exercício desse direito não data de épocas remotas, pelo contrário, somente em tempo recente o usufruto de tal gozo foi conquistado.

A liberdade conferida ao ser humano de dispor livremente das suas faculdades expressivas representa o triunfo das Revoluções Liberais do século XVIII. Foram necessários vários movimentos de rebelião e lutas obstinadas em prol dessa causa para que o povo finalmente dominasse tal poder.

Em verdade, a liberdade de expressão é um dos máximos do triunfo liberal-burguês experimentado, no Ocidente, especialmente, na França e nos Estados Unidos da América. A deposição da família Real francesa e a Revolução de Independência Norte-Americana concretizaram a aspiração de muitos anseios populares democráticos.

Conforme Roscoe Pound¹¹⁹, esse direito de expressão foi conquistado, nos EUA, com a Revolução do Estado da Virgínia, na qual seus constituintes instalaram tal prerrogativa na nova Lei Magna. A partir de então, no território norte-americano, foi assegurada, paulatinamente, a liberdade de expressão em suas mais diversas modalidades.

O bom funcionamento da democracia liga-se, portanto, à existência de um debate público dinâmico e plural, que não esteja submetido ao controle nem do Estado, nem do poder econômico ou político privado.

¹¹⁹ *Liberdades e garantias constitucionais*, p. 51.

Na compreensão de Daniel Sarmiento, as tentativas feitas pelo Governo no sentido de controlar a liberdade de expressão devem se limitar à imposição dos limites necessários à proteção do pluralismo, afastando-se os monopólios e oligopólios informativos, mas jamais como mecanismo de censura ou de escolha das informações tidas pelo ente público como “mais adequadas”¹²⁰. Esta tendência soma-se à inclinação, também natural, de patrulha daquelas idéias consideradas erradas ou ofensivas pela maioria da população, o que periga amputar uma das dimensões mais importantes da liberdade de expressão: a proteção do direito ao dissenso.

Na sociedade de massas, houve uma mudança estrutural na esfera pública. Hoje, a opinião pública resulta cada vez menos do embate de idéias entre cidadãos bem informados, sendo cada vez mais definida pelos veículos de comunicação de massa. O sujeito real da democracia contemporânea não é, infelizmente, o cidadão participativo, mas o consumidor apático, que, no intervalo entre a novela e o filme enlatado, assiste no jornal da TV às notícias sobre o último escândalo político. Neste contexto, a mídia assumiu um enorme poder na fixação das agendas de discussão social, na seleção e apresentação dos pontos de vista que serão ouvidos sobre estes temas, e na própria realização das escolhas por cada indivíduo.

A opinião pública, dizem os mais céticos, é a opinião publicada. E a imprensa, a partir de seu poderio informativo e tamanha sua influência no meio popular, arvorou-se da condição de ser um pretense “quarto poder”. Referida expressão restou cunhada no ano de 1828 pelo inglês Lord Macaulay, o qual teria pensado em uma imprensa que conferisse voz aos anseios populares, voltada a proteger o povo dos excessos praticados pelos poderes executivo, legislativo ou judiciário.¹²¹

¹²⁰ *Liberdade de Expressão, Pluralismo e o papel promocional do Estado*. Net, Salvador–BA, ago. 2007. Disponível em: <www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESSÃO_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO>. Acesso em 19 de julho de 2009.

¹²¹ Cf. ESCOVAR, Maira. *Quem questiona o Quarto Poder?* Net, São Paulo, jul. 2007. Portal Imprensa. Disponível em: <<http://portalimprensa.uol.com.br/colunistas/colunas/2007/07/16/imprensa6.shtml>>. Acesso em 16 de abril de 2010.

Tal poderio é, hoje e ante os vários fenômenos globalizantes, capaz de lançar à ambiência pública (local, nacional e mundial) as informações que esse mesmo “poder” elege como importantes e de interesse geral, inclusive com inegável liberdade de escolha quanto à forma e conteúdo do que se expressa, o que, como é público e notório, encerra inúmeros riscos no âmbito da proteção dos direitos à privacidade.

Nesse pulsar, Paulo Lopo Saraiva¹²² adverte que:

Hodiernamente, já não recebemos a notícia degravada pela classe dos e das jornalistas, nem recebemos o fato desnudo de qualquer reflexão, o que exige de cada um de nós um juízo de valor.

A imprensa falada, escrita e televisiva cria de ponto um estereotipo na mente das pessoas, o que dificilmente se modifica.

A responsabilidade dos meios de comunicação é oceânica. Eles podem denunciar e condenar, *ipso tempore*.

Impõe-se, pois, neste canto, uma maior participação da sociedade no controle das informações, a fim de evitar “a ditadura da mídia”, ou seja, o domínio exclusivo das elites dominantes no que pertine aos meios de comunicação social.

É notável reconhecer que a popularização da Internet tem dado uma contribuição importante para a pluralização do discurso público. Os chamados *blogs* são meios interativos de promoção do debate público. Considerando que é infinitamente mais barato manter um *site* na Internet do que um jornal, uma rádio ou emissora de TV, tornou-se mais fácil a difusão de idéias. Todavia, ainda não é possível comparar a influência da Internet frente a da televisão, por exemplo, na formação da opinião pública, sobretudo num país como o Brasil, em que a imensa maioria da população não possui computador, mas não há residência, por mais humilde que seja, sem o seu aparelho de televisão.

É evidente que quanto mais diversificado e policêntrico for o mercado comunicativo, menor será o poder individual dos titulares de cada veículo, reduzindo-se significativamente as chances de abusos.

A possibilidade da construção de uma sociedade mais solidária, fraterna e sadia é exaltada com o asseguramento de que todos os cidadãos

¹²² SARAIVA, Paulo Lopo. *Constituição e Mídia no Brasil*. São Paulo: MP, 2006, p. 83.

possam participar ativamente da formação de opinião política. Nesse sentido, preleciona Gilmar Mendes¹²³ que:

A liberdade de expressão é, então, enaltecida como instrumento para o funcionamento e a preservação do sistema democrático (o pluralismo de opiniões é vital para a formação da vontade livre).

Apenas com a real e efetiva liberdade de expressão, o cidadão comum poderá emitir juízos de valor, ponderando sobre as circunstâncias sob as quais sua comunidade está regulada. Nesse sentido, participará não mais como um espectador passivo das mudanças sociais, tal como os contemporâneos da proclamação da República “assistiram bestializados” sua implantação, mas sim como um sujeito ativo e crítico eficiente da organização de sua própria urbe.

A opressão exercida pelos mais diversos regimes políticos fechados fez brotar na consciência coletiva a necessidade de instituir um bloqueio constitucional a qualquer tipo de censura estabelecida pelo Estado. O constituinte brasileiro de 1988, incutido dessa aspiração comum, consagrou essa inalienável garantia.

A garantia de manifestação do pensamento, ou liberdade de expressão, encontra-se constitucionalmente tutelada como disposição de ordem pública. Sendo assim, no Brasil, de acordo com art. 5º, IV, da vigente Constituição Federal (“*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*”), e são vedadas quaisquer condutas que atentem contra a livre exposição comunicativa.

É fato sentido que na vigente Constituição a liberdade de expressão assume necessariamente múltiplas formas, por força da óbvia razão de que são muitos os planos em que o pensamento se exercita, como também são múltiplas as formas e os meios de que se vale para se comunicar.

Assim, surgem liberdades tais como: a de opinião, a de religião, a de informação, a de imprensa, a de telecomunicações etc. Na hipótese ainda de a exteriorização do pensamento não se dar entre presentes, surge o direito

¹²³ *Curso de direito constitucional*, p. 360.

derivado que protege o sigilo da correspondência. Aparece também o direito de expressar-se para pessoas indeterminadas, o que pode ser feito através de livros, jornais, rádio, televisor e internet.

Doravante, em caráter específico, falar-se-á sobre a liberdade de imprensa.

3.2. ASPECTOS CENTRAIS DA LIBERDADE DE IMPRENSA NA HISTÓRIA SOCIAL, POLÍTICA E CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Não é de hoje que a imprensa¹²⁴ recebe paparicos e louvaminhas de doutrinadores pátrios e estrangeiros e de consolidados figurões históricos.

Thomas Jefferson, precursor da liberdade norte-americana e um dos redatores da famosa Carta da Declaração da Independência, em missiva a Edward Warrington, explicitou-lhe que preferia os jornais a ter um governo. Para enriquecimento da linguagem, transcreve-se o pensamento do libertário: “Se dependesse da minha decisão termos um governo sem jornais ou jornais sem um governo, não hesitaria um momento em preferir a segunda alternativa”.¹²⁵

Vejam que Thomas Jefferson preferia os jornais ao Governo, embora fosse ele o Terceiro Presidente dos Estados Unidos da América.

Nesse vate não ficou sozinho, sendo sucedido por Thomas Cooley em discurso proferido a propósito da emenda primeira à Constituição dos Estados Unidos da América. Ao consagrar as vantagens da imprensa livre para

¹²⁴ Para simplificar a inteligibilidade deste texto, esclareça-se que, quando se usa neste item a palavra “imprensa”, pretende-se abranger todos os veículos de comunicação, incluindo a radiodifusão e as novas técnicas de transmissão de dados, como a internet e os aparelhos celulares (jornal *on line*), sendo o termo geral “imprensa” uma referência apenas a todos os canais que transmitem informações.

¹²⁵ JEFFERSON (1743-1826), Carta a Edward Warrington, em 16.01.1787. O texto original tem o seguinte teor: “*Were it left to me to decide whether we should have a government without newspapers, or newspapers without a government, I should not hesitate a moment to prefer the latter*”.

os ideais democráticos, Cooley fez dela o principal meio para defender os princípios da liberdade e preparar “o país a resistir à opressão”.¹²⁶

Por esses antecedentes se percebe que historicamente a imprensa tem sido tratada como o corolário democrático de uma sociedade organizada; uma paladina das causas públicas; uma trincheira invencível de combate da tirania e da corrupção, e um dos únicos marcos estanques de defesa da legalidade. Entusiasticamente, em julgamento hodierno, foi até dito pelo Desembargador Enio Santarelli Zuliani, do Tribunal de Justiça de São Paulo, de que “a imprensa melhora a qualidade de vida”.¹²⁷

Historicamente, no Brasil a liberdade de expressão sempre foi confundida com a *liberdade de imprensa*. Embora sejam institutos diversos, sempre foram encapsulados no mesmo parágrafo ou artigo do texto constitucional. A história dessa genealogia constitucional é longa e será descrita adiante, mesclando os aspectos políticos e sociais que resultaram na edição dos preceptivos normativos.

Anotam alguns historiadores¹²⁸ que o ódio contra a imprensa no Brasil é antigo, secular, proveniente da anacronia dos poderes constituídos em conflito com os avanços da democracia.

Relativamente à nossa imprensa, antes da chegada da família real ao Brasil anotava-se apenas a existência de tiras impressas em Pernambuco, por volta de 1706, outra que surgiu no Rio de Janeiro sob a direção de Isidoro da Fonseca no ano de 1747, e ainda uma terceira em Vila Rica, Minas Gerais, editada pelo padre Viegas de Menezes, mas foram logo suprimidas por ordem do governo português.

Já nessa época, os governos absolutos, que eram todos, desconfiavam da imprensa e, embora o jornalismo apenas balbuciasse em Portugal, no noticiário anódino ou nos artigos inócuos da *Gazeta de Lisboa*, o

¹²⁶ *Princípios gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*, p.54.

¹²⁷ *Questões da Lei de Imprensa e os Direitos da Personalidade*, p. 34/73.

¹²⁸ Fernando Jorge descreve toda a trajetória dos jornais e jornalistas ao longo da história brasileira, narrando com precisão os abusos cometidos pela imprensa nacional ou por ela sofridos. (*Cale a boca, jornalista! O ódio e a fúria dos mandões contra a imprensa brasileira*. 5 ed. rev. e aum., São Paulo : Novo Século, 2008).

governo português velava, cioso, que a sua colônia não possuísse um meio de manifestação e propagação do pensamento, o que se lhe antolharia já danoso ao seu domínio.

Com a invasão francesa em Portugal e a fuga de D. João para o Brasil, o material de imprensa, por ele encomendado na Inglaterra, veio ter ao nosso País, surgindo, assim, em 10 de setembro de 1808, o nosso primeiro jornal, intitulado *A Gazeta do Rio de Janeiro*. No mesmo ano, e até 1822, aparecia em Londres como heraldo vivo e vigilante na luta pela independência do Brasil, o *Correio Braziliense*, sob a direção inicial de Hipólito José da Costa. Eram os intelectuais que liam e difundiam no País esse jornal.

Nessa mesma época, por volta do ano de 1821, um grupo de brasileiros fez circular na Bahia um jornal denominado *Diário Constitucional*. É o primeiro jornal que se tem notícia editado em solo brasileiro com tendência liberal. Esta folha adotou como divisa os seguintes versos do canto V de Os Lusíadas: “A verdade que eu canto, nua e pura, vence toda grandíloca escritura!”.

Perseguido de forma implacável pela Corte Portuguesa, o matutino teve de suspender a sua circulação no dia 15 de dezembro do mesmo ano de 1821, somente retomando a sua publicação em maio de 1822, com o título de *O Constitucional*.

Conforme se remonta na história, *O Constitucional* era a única publicação disposta a verberar os métodos injustos, bárbaros e arbitrários dos portugueses. A fim de silenciá-lo, na ânsia de destruir os seus argumentos, surgiram outros jornais, francamente antibrasileiros: *A Sentinela Bahiense*, *O Semanário Cívico*, *O Qualificador Constitucional*, *O Despertador dos Verdadeiros Constitucionais*.

O proprietário do jornal *O Constitucional*, Gê Acaiaba de Montezuma, não tinha domicílio certo, como forma preventiva de evitar ser preso pelos militares portugueses. Credita-se ao referido jornal as primeiras manchetes prenunciadoras de uma proclamação da independência, sabendo-

se que desde maio de 1822 o jornal somente se referia a Dom Pedro I como o “protetor e defensor perpétuo do Brasil”.

Devido uma crítica feita pelo jornal *O Constitucional* em 03 de julho de 1822, face o envio de tropas portuguesas para submeter as vilas do Recôncavo ao domínio português, em uma pequena manchete onde se lia que “os tiranos abriram as nossas artérias, esgotaram a nossa paciência e um cordão de despotismo circulou a província inteira”, soldados sob o comando do Coronel Almeida Serrão destruíram as instalações da editora do jornal, invadiram as residências dos seus proprietários destruindo os pertences, e espancaram alguns funcionários.¹²⁹

É certo que mesmo após a proclamação da independência, haviam lutas e combates em razão da resistência das tropas portuguesas. No dia 08 de novembro de 1822, na Bahia, houve o combate de Pirajá, entre as forças brasileiras do brigadeiro Pedro Labatut e as hostes do lusitano Madeira de Melo. Este sofreu grandes perdas e foi derrotado de modo fragoroso. A expressão dos jornalistas da época é de que “os valentes do Pirajá vingaram *O Constitucional*”.

Baseados nas tipografias e nas rotas de comércio como espaços de difusão cultural e sociabilidade, esses novos agentes culturais e políticos, os redatores, tinham nome e rosto na sociedade que buscava se efetivar como nação brasileira. Eram, com freqüência, construtores do Estado nacional.

Na primeira geração da imprensa surgiram figuras notáveis no estilo panfletário, com variadas e até antagônicas posições no espectro político: o conservador e erudito José da Silva Lisboa (visconde de Cairu), redator de vários folhetos e jornais de combate; Evaristo da Veiga e sua influente *Aurora Fluminense* (1827-1839) criticando Dom Pedro I e depois apoiando as regências, formava opiniões e expressava uma rede de associações a nível nacional; o republicano e posteriormente socialista Antonio Borges da Fonseca com vários títulos, destacando-se *O Republico*, criador de uma ortografia

¹²⁹ Cf. JORGE, Fernando. *Cale a boca, jornalista! O ódio e a fúria dos mandões contra a imprensa brasileira*, p. 30.

ortofônica bem particular que almejava a formulação de uma língua nacional; o neojacobino Ezequiel Correa dos Santos, e seu *Nova Luz Brasileira*, pregando uma reforma agrária; o lendário carmelita frei Joaquim do Amor Divino Caneca e seu *Tiphis Pernambucano*, que custaria a vida de seu redator...¹³⁰

São lembrados como mártires da imprensa ainda nessa época o incansável cônego Januário da Cunha Barbosa, que juntamente com Gonçalves Ledo, criaram o *Revérbero Constitucional Fluminense*, com atuação decisiva na Independência, em 1822. Em São Paulo, no ano de 1829, surge pelas mãos do italiano Libero Badaró o jornal *O Observador Constitucional*, sendo o seu criador assassinado no ano seguinte devido a linha editorial do jornal.

Superando a forma meramente panfletária dos primeiros jornais e dos seus redatores, constitui-se país afora uma atividade profissional relevante. A lista seria extensa, com centenas de títulos e dezenas de redatores somente até a década de 1830. Nesse ano, calculava-se que somente no Rio de Janeiro mais de duzentas pessoas sobreviviam dessa atividade.¹³¹

Com a abolição da censura prévia, em 28 de agosto de 1821, a nossa imprensa ganhou alento, surgindo, então, no Rio de Janeiro, inúmeras folhas, de vida irregular, as quais criaram o clima de ebulição política e a agitação que despertou a nacionalidade para a hora da independência. Entre esses jornais se incluíram: *O Malagueta*, dirigido por Luiz A. May; o *Regulador Brasileiro*, de Frei Sampaio, fundado às expensas da maçonaria; o *Espelho*, de Ferreira Guimarães; e o *Revérbero Constitucional Fluminense*, de Januário da Cunha Barbosa e Joaquim Gonçalves Ledo; e, ainda, o *Correio do Rio de Janeiro*, do português José Soares Lisboa, que foi expulso do Brasil por determinação de José Bonifácio, num momento de explosão temperamental do grande estadista, que não conseguiu sopitar a desarvorada paixão política ante os ataques frontais do lusitano.¹³²

¹³⁰ Cf. LUCA, Tania Regina de; MARTINS, Ana Luiza. *História da Imprensa no Brasil*, p. 40.

¹³¹ _____, p. 40.

¹³² Cf. MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à Lei De Imprensa*. Tomo 1, p. 24.

Pouco mais tarde, porém, com a mudança do cenário governamental, os Andradas seriam também deportados, em face do desenfreio com que atacavam a política dominante, na sua qualidade de redatores do *Tamoio* e colaboradores do *Sentinela*.

Uma anotação sumária indica os primeiros passos da imprensa nas províncias: *Aurora Pernambucana*, 1821; *O Conciliador do Maranhão*, 1821; *O Paraense*, do combativo Alberto Patroni, 1822; *O Compilador Mineiro*, 1823, em Vila Rica (*Ouro Preto*); *Diário do Governo do Ceará*, 1824; *Gazeta do Governo da Paraíba do Norte*, 1826; *Farol Paulistano*, 1827, redigido por José da Costa Carvalho, futuro regente e marquês de Monte Alegre; *Diário de Porto Alegre*, no mesmo ano. Algumas províncias, como Alagoas, Santa Catarina e Rio Grande do Norte somente teriam imprensa própria no período regencial; outras, como Amazonas e Paraná, na segunda metade do século XIX.

Em matéria de legislação de imprensa, tivemos o primeiro anúncio com a Portaria baixada no dia 19 de janeiro de 1822, pelo então Ministro do Reino e de Estrangeiros, José Bonifácio de Andrada e Silva, vazada nos seguintes termos:

Porquanto algum espírito mal-intencionado poderá interpretar a Portaria expedida em 15 do corrente pela Secretaria de estado dos Negócios do Reino, à Junta Diretora da Tipografia nacional e publicada na Gazeta do dia 17, em sentido inteiramente contrário aos liberalíssimos princípios de S.A.R., manda o Príncipe Regente, pela mesma Secretaria de Estado, declarar à referida Junta, que não deve embaraçar a impressão dos escritos anônimos; pois pelos abusos, que contiverem, deve responder o autor, ainda que o que nome não tenha sido publicado; e, na falta deste o editor ou impressor como se acha escrito na lei, que regulou a liberdade de imprensa.¹³³

O elastério que tal Portaria poderia atingir preocupou o Senado da Câmara do Rio, receoso dos abusos que derivariam dessa liberdade, a ponto de solicitar, por carta, a D. Pedro, então Príncipe Regente, a 4 de fevereiro do mesmo ano, a criação do Juízo dos Jurados, com a execução da Lei Portuguesa de Imprensa, de 12 de julho de 1821.

Por Decreto de 18 de junho do mesmo ano de 1822, oriundo do Conselho de Estado e editado por D. Pedro I, foram adotados os artigos 12 e

¹³³ Cf. MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à Lei De Imprensa*. Tomo 1, p. 24.

13 da Lei Portuguesa de 12 de julho de 1821, em relação às penas, criando-se um júri composto por 24 cidadãos, escolhidos entre os homens bons, honrados, inteligentes e patriotas, com o direito de recusação de dezesseis, por parte dos réus. A apelação era dirigida ao próprio Príncipe Regente.

Este diploma, que vigorou até 23 de novembro de 1823, tem atribuição de autoria ao literato Gonçalves Ledo.

Saliente-se que o próprio governo, e inclusive o Ministro José Bonifácio, não prestaram obediência ao Decreto de 18 de junho.

Proclamada a independência do Brasil, a primeira Assembléia Constituinte tratou de elaborar nova Lei de Imprensa, sendo Antonio Carlos Ribeiro de Andrada incumbido de redigir o projeto. Contudo, quando este ainda se encontrava na pauta para discussão, a Constituinte foi dissolvida. Conforme observa Darcy Arruda de Miranda¹³⁴, já a esse tempo a imprensa brasileira começava a provocar alterações no panorama político nacional.

O projeto de Lei de Imprensa foi, no entanto, aproveitado pelo governo, transformando-se no decreto de 22 de novembro de 1823. Essa lei repudiava a censura e declarava livres a impressão, a publicação, a venda e a compra de livros e escritos de toda a qualidade, com algumas exceções. Foi essa a nossa primeira lei de imprensa.

A Constituição de 1824, no inciso IV do artigo 179, manteve a liberdade de comunicação do pensamento por palavras escritas e veiculadas por meio da imprensa.

Por força dessa forte veiculação de jornais e a disfuncionalidade apresentada, em 20 de setembro de 1830 foi editada uma lei geral de imprensa apenas para regulamentar o artigo 179, parágrafo 4º da Constituição de 1824, onde se mantinha as penas corporais e pecuniárias, com detalhamento sobre o Tribunal de Imprensa, dividido no Júri de Acusação e no Júri de Julgação. Essa lei, projeto também de Gonçalves Ledo, teve existência efêmera, não chegando a vigor sequer por três meses, pois nesse mesmo ano, a 16 de dezembro, era

¹³⁴ *Comentários à Lei de Imprensa*, Tomo 1, p. 25.

sancionado o nosso primeiro Código Criminal, que incorporou as disposições dessa lei, com pequenas alterações, e que, durante sessenta anos, até a proclamação da República, regulou os abusos da liberdade de imprensa no Brasil, passando esses abusos a constituir delitos comuns.

Também essa lei não calou a imprensa. Sucedem depois de sua edição várias lutas encampadas contrárias aos governantes de antanho, mas consentâneas com o anseio popular. Apenas para ficar num exemplo, o jornalismo abolicionista desenvolvido por Castro Alves e Joaquim Nabuco, combatendo o estilo da família real e provocando a decadência da escravatura e do próprio regime monárquico.

Em 18 de março de 1837, o Regente Diogo Antonio Feijó baixou decreto regulamentando o processo nos crimes por abuso da liberdade de imprensa, podendo o réu ser processado no seu domicílio ou no distrito da culpa, à escolha do queixoso. O impressor, que quisesse livrar-se do processo, devia indicar ao juiz o editor e, sucessivamente, o autor e o vendedor.

Esse decreto foi revogado por Pedro de Araújo Lima, Regente interno, em 24 de setembro do mesmo ano.

Em 3 de janeiro de 1847 novo decreto foi baixado, obrigando os impressores a remeter à Biblioteca Pública Nacional e às bibliotecas das capitais das Províncias, um exemplar de todos os impressos saídos das respectivas tipografias, reproduzindo assim medida já vigente ao tempo da Lei de 18 de junho de 1822.

Em 26 de novembro de 1853, outro decreto surgiu, aprovando e mandando observar as instruções para a execução daquele mesmo decreto de 1847.

Todo esse ciclo legislativo, castrense à liberdade de imprensa e favorável ao controle da escrita pelo Império, tinha como foco impedir o sentimento republicano crescente no país. Raul Pompéia, síntese do homem de imprensa do final do império – bacharel, literato, abolicionista, jornalista – descreveu em artigo no *Jornal do Commercio* de 24 de novembro de 1889, o melancólico embarque da família real para o exílio, ao qual assistiu na calada

da noite, postado numa janela para o Cais Pharoux, relatando o fim da nobiliarquia em solo brasileiro:

(...) Às três da madrugada, menos alguns minutos, entrou pela praça um rumor de carruagem. (...) Apareceu então o préstito dos exilados. Nada mais triste.

Um coche negro, puxado a passo por dois cavalos que se adiantavam de cabeça baixa, como se dormissem andando. (...)

Quase na extremidade do molhe, o carro parou e o Sr. D. Pedro de Alcântara apeou-se – um vulgo indistinto, entre outros vultos distantes – para pisar pela última vez a terra da pátria. (...) ¹³⁵

É verdade que nem todos os jornais enveredavam pelo debate político acentuado e predominante. O *Jornal do Commercio*, criado no Rio de Janeiro em 1827, ou o *Diário de Pernambuco*, Recife, 1825 (ainda hoje o mais antigo da América latina em circulação), apostavam mais na linha mercantil e noticiosa, embora nem sempre escapassem ao estilo marcante da época. Na verdade, não ocorre uma transformação repentina de uma imprensa artesanal e política para a empresarial: trata-se de uma mudança gradativa e não linear que se deu ao longo de todo o século XIX, durante o qual as duas características conviveram.

Promulgada a primeira Constituição Republicana, permaneceram os princípios liberais sobre atuação da imprensa, sendo vetado o anonimato. Agora já em plena República, a 11 de outubro de 1890, apareceu o novo Código Penal, englobando disposições pertinentes à imprensa.

A nossa primeira Constituição Republicana, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, chamada de literária, e por influência direta de Rui Barbosa, trouxe em seu artigo 72, § 12º, referendo à liberdade de imprensa nos seguintes termos:

Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato. ¹³⁶

¹³⁵ Cf. MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à Lei de Imprensa*, Tomo 1, p. 78/79.

¹³⁶ Cf. CUNHA, Alexandre Sanches. *Todas as Constituições Brasileiras*. p. 71.

Ainda que confundida a liberdade de expressão como a de manifestação do pensamento “*pela imprensa ou pela tribuna*”, Rui Barbosa fazia questão de cobrir a imprensa de mimos e proteção. Sendo sabido que o Águia de Haia se orgulhava de acumular as profissões de jornalista e advogado, chegou a dizer que a imprensa era a vista da nação, a “*assuntora do órgão da opinião pública no regime presidencialista, e o mecanismo da responsabilidade ministerial nos países parlamentaristas*”.¹³⁷

Uma instabilidade social e política inicia-se no País. Como forma de repressão ao anarquismo, foi sancionado em 17 de janeiro de 1921 o Decreto 4.269, que trazia normas expressas quanto à imprensa. O Decreto, composto por 14 artigos, não constituía um novo código para regular as atividades de imprensa, mas sua importância histórica é ressaltada por ter sido empregada pelos governantes como um instrumento rigoroso para cercear a liberdade de expressão.

Por esse Decreto, o governo estava autorizado a fechar associações, sindicatos e sociedades civis. Os condenados por delitos de imprensa tinham penas privativas de liberdade, o que representou uma inovação.

Por iniciativa de parlamentares paulistas, seguidamente, foi criada a Lei nº 4.743, promulgada em 31 de outubro de 1923, retirando do Código Penal as disposições sobre os delitos contra a liberdade de imprensa.

A Lei nº 4.743 de 31 de Outubro de 1923, conhecida como Lei Adolfo Gordo, referência ao seu relator no Senado, foi um verdadeiro bombardeio sobre os jornalistas, devido a instabilidade política e a vigência do Estado de Sítio. O projeto trazia uma inovação: a teoria da responsabilidade solidária, substituindo a tradição legislativa da responsabilidade sucessiva para os crimes de imprensa e a censura prévia. A aprovação desta lei ocorreu em clima de conturbação e sem as mínimas garantias de uma discussão legislativa ampla, aberta e ponderada, repetindo-se equívocos históricos. Evaristo de Moraes chamou a Lei 4.743 de "Lei Contra a Imprensa", que com 37 artigos

¹³⁷ *A Imprensa e o dever da verdade*, p 23.

trazia a prisão especial para os jornalistas infratores. Sobretudo, preocupava-se com as responsabilidades, as penas e com o processo.

Em versão inspirada na Constituição de Weimar, de 1919, e na Constituição Republicana espanhola, de 1931, constituintes notáveis como Carlos Maximiliano, João Mangabeira e Oswaldo Aranha gestaram uma Constituição que, por sofrer ingerência getulista, terminou por limitar a liberdade de expressão. No artigo 113, do Capítulo II – Dos Direitos e Garantias Individuais – o item 9 veio assegurar a *“livre manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas.”*

Esta nova Constituição trazida à baila pelo governo revolucionário, tratou diretamente sobre a Liberdade de Imprensa, estabelecendo em seu artigo 113, inciso 9º, textualmente o seguinte:

Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e de periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.¹³⁸

A partir da Revolução de 1930, o governo provisório de Getúlio Vargas, instaurou um regime de direito pleno, no entanto, não apontava para a democratização. Ao contrário, ampliaram-se as limitações ao livre fluxo de informação. A Nação vivia uma espécie de *trailer* do que iria acontecer com a instauração do Estado Novo, onde pela primeira vez na história a censura prévia constaria no texto constitucional.

Dois dias antes da promulgação da Constituição de 1934, Vargas baixa o Decreto nº 24.776, em 14 de julho do mesmo ano, para revogar as disposições vigentes. A estrutura do Decreto, considerado a segunda Lei de Imprensa da Era Republicana, mereceu apreciações positivas, ainda que contrariasse os princípios da liberdade de expressão.

¹³⁸ Cf. CUNHA, Alexandre Sanches. *Todas as Constituições Brasileiras*. p. 128.

Na época foi considerado importante a volta do Júri, com Tribunal formado por cinco pessoas, para julgar os delitos de imprensa. Outros pontos importantes, além da censura prévia à imprensa, foram: a aplicação das penas em dobro quando atingir o Presidente da República, e a prisão especial aos condenados, sem sujeição ao regime carcerário.

Esse Decreto sofreu alteração três anos após, com o advento da Constituição outorgada a 10 de novembro de 1937, data do golpe de estado e instauração do Estado-Novo, uma vez que o artigo 122, nº 15, dessa Carta, assim dispunha:

A lei pode prescrever:

- a) Com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da rádio-difusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;
- b) Medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;
- c) Providências destinadas à proteção do interesse público, nem estar do povo e segurança do Estado.

A imprensa regular-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios:

- a) A imprensa exerce uma função de caráter público;
- b) Nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei;
- c) É assegurado a todo o cidadão o direito de fazer inserir, gratuitamente nos jornais que o infamarem ou injuriarem, resposta, defesa, ou retificação;
- d) É proibido o anonimato;
- e) A responsabilidade se tornará efetiva por pena de prisão contra o diretor responsável e pena pecuniária aplicada à empresa;
- f) As máquinas, caracteres e outros objetos tipográficos, utilizados na impressão do jornal, constituem garantia do pagamento da multa, reparação ou indenização, e das despesas com o processo nas condenações pronunciadas por delito de imprensa, excluídos os privilégios eventuais derivados do contrato de trabalho da empresa jornalística com os seus empregados. A garantia poderá ser substituída por caução depositada no princípio de cada ano e arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a natureza a importância e a circulação do jornal;
- g) Não podem ser proprietários de empresas jornalísticas as sociedades por ação ao portador e os estrangeiros, vedado tanto a estes como às pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas. A direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, só poderão ser exercidas por brasileiros natos.”¹³⁹

¹³⁹ CUNHA, Alexandre Sanches. *Todas as Constituições Brasileiras*. p. 188.

Apesar da dicção constitucional, foi editado o Decreto 1.949, em 30 de dezembro de 1939, dispondo sobre o exercício das atividades de imprensa e propaganda no território nacional, sendo criado um Departamento de Imprensa e Propaganda para restringir seriamente a liberdade de imprensa.

O regime de censura durou até 1945, fim do estado ditatorial a que se convencionou chamar de Estado Novo. Com a queda do Estado Novo, o governo provisório de José Linhares procurou estabelecer regras liberais, casando a censura prévia à Constituição da Ditadura através do Decreto-Lei nº 8.356 de 12 de dezembro de 1945, que eliminava os órgãos encarregados da repressão e da censura e retornava a vigência do Decreto nº 24.776/34.

A liberdade de imprensa volta a ter casa e guarda na Constituição Federal de 1946, cujo artigo 141, parágrafo 5º, assim instituía:

É livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe".¹⁴⁰

Getúlio Vargas retorna a Presidência com o respaldo do voto popular na eleição de 1950, após sofrer uma pesada carga oposicionista localizada nos jornais do Rio de Janeiro. Esse clima político exerceu influência na montagem da nova Lei de Imprensa, vindo a ser editada a Lei nº 2.083 de 12 de novembro de 1953, considerada retrógrada por sua estrutura técnica, defeituosa na sua redação, imprecisa nas suas especificações e por não contemplar os meios eletrônicos de comunicação.

Essa Lei 2.083/53, em seu artigo 63, revogou o Dec. 24.776, de 14 de julho de 1934 e outras disposições em contrário.

Em 1955, durante o estado de sítio que resultou do contragolpe de 11 de novembro e que durou cerca de um mês e meio, foram os jornais impressos os mais atingidos pela censura. Nereu Ramos, então vice-presidente

¹⁴⁰ _____, p. 243.

do Senado, que ocupava a presidência do país após o impedimento de Carlos Luz, dirigiu ele próprio a reunião do dia 28 de novembro, em que recebeu representantes dos jornais para a fixação das normas da censura e a exposição do tipo de "colaboração" que a imprensa deveria oferecer ao governo: a censura deveria, então, ser determinada pelos próprios jornais, sob a responsabilidade de seus diretores. Pouco depois, a partir do dia 8 de dezembro, essa fórmula seria substituída pela censura prévia, com a exigência de que cada página, após ser "fechada" pela redação, fosse encaminhada ao gabinete do executor do estado de sítio, coronel Orlando Geisel, no Ministério da Guerra, para aprovação.

A desobediência a esta última regra levou à apreensão de uma edição do Correio da Manhã, jornal que apoiou a candidatura e depois a posse de Juscelino Kubitschek. A partir do dia 29 de dezembro foi determinado um novo critério, o da presença de um censor em cada redação, não sendo mais exigido o encaminhamento da prova das páginas ao Ministério da Guerra.

Essa situação de questionamento da legalidade do governo, que perduraria especialmente durante seu primeiro ano, e não apenas a oposição liderada por Lacerda, teve como uma de suas reações, por parte do governo eleito de Kubitschek, o projeto de lei de imprensa apresentado em 1956.

No interior dessa mesma rede de conflitos foi elaborada a Portaria 899, baixada pelo então ministro da Viação, Lúcio Meira, e publicada no Diário Oficial de 8 de outubro de 1956 (um dia antes da apresentação do projeto de lei de imprensa ao Congresso).

A Portaria introduzia restrições pela afirmação de que os serviços de radiodifusão, mesmo concedidos, permaneciam como serviços públicos e de responsabilidade do Estado, o qual deveria evitar que fossem utilizados para transmissões "obscenas, contrárias à moral, subversivas ou injuriosas", para "finalidades destrutivas e programas contrários aos interesses da sociedade". Resumida em dois artigos, a Portaria determinava:

Art. 1º: As estações radiodifusoras, inclusive as de televisão, excluirão dos seus programas as anedotas maliciosas, os gracejos picantes, bem como não irradiarão quaisquer manifestações, ainda que reprodução de artigos ou discursos, que importem ou possam

importar na subversão da ordem pública, em incitamento a greves, que possam provocar a animosidade entre as classes armadas, ou delas contra as instituições civis; a instigação à desobediência coletiva ao cumprimento da Lei; ou que contenham injúria ou desrespeito às autoridades constituídas.

Art. 2º: A infração ao disposto no artigo 1º sujeita a empresa à suspensão de sua estação por prazo não excedente de 30 dias e, em caso de reincidência, à rescisão da concessão.

A combinação entre aspectos de conteúdo político e de natureza repressiva estão bem expressos no texto introdutório da Portaria 899, ante supostos "apelos públicos das autoridades civis e eclesiásticas" devidos à alegada "influência nociva para a formação da juventude" da difusão de anedotas, histórias ou cenas impróprias.

É interessante constatar que a Portaria seria criticada pela oposição em razão do cerceamento de discursos de conteúdo político mais imediato, em especial no que se refere à reprodução de discursos feitos no Congresso ou à presença de seus expoentes, como o próprio Carlos Lacerda, em programas de rádio e televisão.

A Portaria resguarda divergências políticas e convergências no âmbito que poderíamos classificar como moral, ou como cultural em sentido mais amplo, para introduzir a questão que parece mais relevante: a defesa da liberdade e sua regulamentação em nome da ordem.

No dia 9 de outubro de 1956, quando foi encaminhado ao Congresso Nacional o projeto de lei de imprensa elaborado pelo governo, a mensagem presidencial que o acompanhou expunha, da perspectiva do Executivo, sua importância. Reproduzida por alguns jornais e citada muitas vezes durante os debates posteriores, a mensagem de Juscelino Kubitschek ressaltava a necessidade de atualização dos direitos e deveres da imprensa diante dos novos tempos e das alegadas deficiências da lei anterior (nº 2083, de 12/11/1953), criticada por sua incapacidade de atingir os objetivos superiores de valorizar a verdadeira imprensa, como a expressão da opinião pública e também na sua elevada categoria de serviço público.

O próprio processo de construção política dessa lei de imprensa tem como elemento fundante, nas palavras do presidente Juscelino Kubitschek, o combate à "liberdade intolerável" - para pregar a subversão pelos jornais ou pelo rádio -. É esse elemento por meio da qual Kubitschek justifica, não apenas o projeto de lei como um todo, mas o mais criticado de seus artigos, o artigo 40, que previa a apreensão das edições de jornais e revistas que contivessem conteúdo considerado subversivo ou de atentado à ordem pública, a ser determinada pelas autoridades policiais dos Estados.

Evidentemente o seu maior alvo era Carlos Lacerda, opositorista ferrenho do governo de Juscelino, autor de diversos artigos no jornal O Estado de S. Paulo, discutindo a legitimidade de sua eleição.

A mensagem apresenta também, visivelmente, respostas e contra-argumentos às críticas por parte da imprensa e da oposição, que começaram muito antes da apresentação do projeto. Desde agosto de 1956, puderam ser lidas em vários jornais referências ao projeto de lei de imprensa que estava em elaboração, baseadas, todas elas, em informações dispersas ou em especulações acerca dos termos do projeto.

O "projeto rolha" ou a "lei de arrocho", expressões comuns nos jornais cariocas e paulistas, restringiria a liberdade de imprensa, implicando, portanto, um ataque à própria democracia, que teria naquela liberdade um de seus pilares mais básicos. Essa percepção da indissociabilidade entre democracia e liberdade de imprensa, que não problematiza os sentidos de nenhum dos termos e, menos ainda, o de sua relação necessária, esteve presente também na mensagem de Juscelino Kubitschek, na qual, no entanto, o aspecto central é a distinção entre a boa e a má imprensa, entre os princípios da ordem e os da desordem, da conservação e da subversão.

Foram estas as oposições por meio das quais a mensagem presidencial afirmou, simultaneamente, a defesa da liberdade de imprensa - "nunca me ocorreu a idéia ou o cálculo de uma nova lei que viesse esmagar direitos e prerrogativas que são inerentes ao princípio da própria existência da imprensa, num regime democrático" - e a necessidade de restrições em relação a ela, baseada em dois argumentos, em especial. O primeiro deles, fundado no

princípio da ordem; o segundo, fundado na contraposição entre um liberalismo supostamente ultrapassado e um liberalismo de novo tipo. Ambos seriam debatidos e criticados sem que, no entanto, fosse abandonado o terreno construído pela pressuposição da relação necessária (e universal) entre democracia e imprensa livre, entre jornalismo e crítica nas sociedades modernas.

A nova lei permitiria, segundo a mensagem presidencial, que não se confundisse o jornalista digno com "o profissional dos insultos incoseqüentes ou da pregação delirante contra as instituições estabelecidas no texto constitucional". Teria como pressuposto fundamental a defesa da "integridade do Estado", negando a "liberdade intolerável" e o "odioso privilégio" assim expresso: "o de pregar-se pela imprensa ou pelo rádio a desordem nas ruas, a subversão do regime, a destruição ou a substituição violenta das instituições legitimamente e legalmente constituídas no texto da Constituição e na continuidade histórica de nossa formação democrática". Como sintetizava a mensagem, o princípio da ordem pública estaria sendo colocado acima de qualquer outro.

É também nesse sentido que se constrói o segundo argumento central, anunciado antes, o da contraposição entre o velho e o novo liberalismo. Ao negar os "velhos" princípios da tradição liberal do século XIX, Juscelino Kubitschek não se distancia, de modo algum, da perspectiva nela presente e dos valores históricos que nela se materializam.

Em um discurso feito no Congresso contra o projeto de lei de imprensa proposto pelo governo Kubitschek, Afonso Arinos (então deputado federal pela UDN-MG e professor de Direito da Universidade Nacional de Filosofia e da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro) defendia a autonomia da imprensa em relação ao Estado, confrontando-se com a afirmação presente na mensagem de JK já trabalhada neste artigo, que justificava o projeto também por meio de uma caracterização da imprensa como "serviço público". Nesse ponto, o parlamentar e jurista Afonso Arinos é bastante enfático. Discorre sobre argumentos que atribui ao nazismo, ao fascismo e ao comunismo, nos quais a imprensa seria vista como representante do capitalismo e não da liberdade de

imprensa. Seu ponto, dizia, não estava em negar o poder econômico sobre a imprensa, mas em defendê-lo, por sua diversidade de interesses, em relação ao controle monolítico do Estado sobre a opinião. São estas as palavras do jurista e deputado udenista, que teve atuação destacada durante os anos 50:

Quero me referir à presunção dos que sustentam que a imprensa privada impede grandes correntes de opinião de se fazerem ouvir, por falta de acesso aos jornais existentes e falta de recursos para a instalação de novos jornais. Esta objeção é em geral levantada de má fé, por ditatorialistas 'qui n'osent pas dire leur nom'. Mas como há crentes de boa-fé para tudo, convém respondê-la. Em primeiro lugar é preciso que as opiniões sejam muito particulares, muito extravagantes mesmo, para que em toda gama de tendências da imprensa democrática não venham a encontrar acolhida em nenhuma. E a importância social de opiniões assim peculiares e extravagantes já seria bem duvidosa. Socialmente elas são valiosas como as que não conseguem se arregimentar em número suficiente para conseguir representação nas assembléias eletivas. Do ponto de vista democrático são, pois, irrelevantes.¹⁴¹

Na mesma proporção, esse texto legal se mostra insuficiente como instrumento de defesa da “segurança do Estado e do sistema constitucional em face da imprensa subversiva e fomentadora de desordens”, no dizer do Presidente republicano.

A interpretação dessa lei possibilitou as conclusões diversas, de um lado, procurou oferecer algumas vantagens aos jornalistas, mas, de outro exigiu dos profissionais e das publicações medidas preventivas que conduziam à autocensura ou ao exercício parcial da liberdade inserida na própria Constituição de 1946.

Os processos judiciais da época, com base na lei de imprensa vigente, demonstram que a defesa da “ordem” figurou como um dos componentes ideológicos centrais durante o governo de Juscelino Kubitschek. A defesa da ordem, da lei, da Constituição, do regime, é material presente em todos os julgamentos relativos à liberdade de imprensa e de opinião nos tempos que antecederam o atual estado democrático de direito.

¹⁴¹ Cf. FRANCO, Afonso Arinos Melo. *Pela liberdade de imprensa*, p. 34.

Esta Lei nº 2.083 recebeu críticas de toda a sociedade, incluindo jornalistas, políticos e intelectuais, resultando na elaboração de um novo projeto de lei, que veio a se materializar na Lei nº 5.250/67, de 09 de fevereiro do mesmo ano.

Essa mencionada Lei nº 5.250/67, elaborada e aprovada no regime revolucionário, apresentou a melhor técnica legislativa e mais aprimorado sistema na repressão aos abusos de imprensa em relação aos precedentes legislativos anteriores, e mesmo tendo uma melhor redação, não conseguiu evitar os abusos por parte dos foliculários da imprensa livre. A lei possuía 77 artigos sobre liberdade de expressão, abusos no exercício da liberdade de manifestação de pensamentos, direito de resposta (dos envolvidos), responsabilidade penal, responsabilidade civil e regras gerais para a veiculação de informações.

Um dos problemas da recepção político-social dessa lei de imprensa é a confusão que se instituiu entre liberdade de imprensa com a liberdade de impressão, e em face dela os jornalistas passaram a viver sob a sombra da censura, fruto da ditadura militar.

Abre-se um parêntesis para lembrar que não se pode dizer que toda a imprensa, ou todos os jornalistas sofreram com o regime militar. Parte da imprensa, se sabe, foi acusada nessa época de ser corrompida, de produzir a sua escrita no atendimento a espúrios propósitos encomendados. Seja na época do Estado Novo, ou no período do Regime Militar, a imprensa era utilizada para manobrar a opinião pública, massificar o povo em defesa dos tiranetes de plantão.¹⁴²

Assim, como nem todas as redações eram de esquerda, nem todos os jornalistas fizeram do ofício um ato de resistência ao arbítrio. É necessário fazer uma desmitificação generalizante de que os jornalistas combateram a

¹⁴². Em tese de Doutorado transformada em livro, a historiadora carioca Beatriz Kushnir, professora da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), lança suspeitas sobre um dos mitos cultuados pela imprensa brasileira: o de que jornais e jornalistas foram quixotes na luta contra o regime militar. O trabalho é resultado de cinco anos de pesquisas e desvenda o grau de colaboracionismo com a ditadura incrustado em algumas redações. (*Cães de guarda: jornalistas e censores, do AI-5 à Constituição de 1988*. São Paulo: Boitempo, 2004)

ditadura. O trabalho da historiadora demonstra que os jornais que tiveram um censor na redação não foram tantos assim, e que havia um elevado grau de promiscuidade nas relações entre alguns jornalistas e os órgãos de repressão. Na obra, é destacado o papel colaboracionista do maior jornal da época, o “Folha da Tarde”, considerado pelos críticos como o “Diário Oficial da OBAN”.¹⁴³

Por sua feitura deficiente, a Lei nº 5.250/67 é ao mesmo tempo severa contra o jornalismo e ineficiente para proteger a honra e a intimidade das pessoas. A exemplo do que ocorreu no mundo inteiro com leis vigorantes sobre a regulamentação da imprensa, no Brasil a lei encontrou resistências e críticas de todos os lados – liberais, filósofos, escritores, jornalistas, juristas...

Desde o início de sua vigência, a chamada Lei de Imprensa passou a ser criticada pelos profissionais da área e pela opinião pública. Um primeiro problema provém de sua origem: a proposta foi elaborada pelo Presidente Castello Branco, general do Exército que chegou ao Poder pela força. O relator foi o Deputado Federal, do Rio Grande do Sul, Ivan Luz (ARENA) que conduziu uma manobra política no Congresso para impedir a aprovação de um substitutivo. O objetivo era conter a oposição contra o regime autoritário.

É importante salientar mais ainda que mesmo depois da Lei de Imprensa, o regime militar impôs novas e pesadas restrições à atuação dos jornalistas e das empresas. Isso ocorreu com a ampliação das penas dos delitos de imprensa pela Lei de Segurança Nacional. Completou-se o cerco no

¹⁴³ Operação Bandeirante (OBAN) - foi um centro de informações, investigações e torturas montado pelo Exército do Brasil em 1969, que coordenava as ações dos órgãos de combate às organizações de esquerda. A Folha da Tarde transmitia integralmente a versão do Estado para desaparecimentos e assassinatos, como no caso de uma manchete de abril de 1971 que anunciava a morte do guerrilheiro Roque, em confronto com a polícia de São Paulo. Roque era o codinome do metalúrgico Joaquim Seixas, que havia sido preso com o filho Ivan Seixas, hoje jornalista. Os dois eram militantes do MRT e tinham sido acusados de matar o industrial Enning Boilesen, um dos financiadores da OBAN. Foram presos e torturados. Num certo dia, Ivan foi levado pelos policiais para um ‘passeio’ fora da OBAN e leu em uma banca de jornal a notícia da morte do pai. Quando voltou do ‘passeio’ ainda encontrou seu pai vivo. Joaquim Seixas viria a morrer horas depois. Os jornais do dia seguinte reproduziram friamente a nota oficial dos órgãos de repressão, mas a Folha da Tarde havia publicado a notícia um dia antes, com detalhes.

período da vigência do Ato Institucional nº 5, que vigorou de 13 de dezembro de 1968 a 31 de dezembro de 1978, e outorgava plenos poderes ao Executivo.

No contexto de uma sociedade fundada em um ordenamento justificado pelo Estado Democrático de Direito, todas as formas de repressão e censura ao princípio da livre manifestação do pensamento e da informação afiguram-se inadmissíveis. No entanto, agora sob o pálio da Lei de Segurança Nacional, processos outros foram instalados contra jornalistas e emissores de opinião, como forma de calar o povo.

Veja-se que até recentemente houve expulsão de um jornalista norte-americano - Larry Rohter - que publicou artigo referindo-se ao Presidente Lula como alcóolatra. A primeira medida adotada pelo Poder central foi utilizar essa lei de Segurança Nacional ainda em vigor, enquadrando a conduta no tipo de crime contra a "segurança nacional", por atentar contra a honra da Presidência da República. Não se trata de justificar a divulgação da matéria, mas sinalizar para o recurso imediato a uma legislação que foi objeto de violações sistemáticas dos direitos e garantias individuais, combatidas com veemência pelos partidos de esquerda no Brasil.

No caso em comento, restou por necessária a impetração de Habeas Corpus, no bojo do qual foi concedida liminar, em 18 de maio de 2004, para manutenção do visto do referido estrangeiro, vindo o feito a ser extinto no dia seguinte, na exata data em que o Ministério da Justiça Nacional informou ao Superior Tribunal de Justiça a revogação do despacho que cassara o visto de Larry Rohter.¹⁴⁴

¹⁴⁴ A decisão em foco, de cunho monocrático, que deferiu a liminar para manutenção do visto temporário do jornalista Larry Rohter, possui o seguinte teor:

"DECISÃO: Trata-se de "habeas corpus" requerido pelo Senador Sérgio Cabral em favor de William Larry Rohter Júnior, contra ato do Ministro interino da Justiça que cancelou o visto do paciente, repórter do jornal "The New York Times", por haver publicado matéria jornalística noticiando que o Presidente da República faria uso de bebida alcoólica.

Reproduzo o texto da nota do Ministro publicada pelo jornal "O Globo" de hoje, dia 12.5.2004, transcrita às fls. 3 dos autos.

"Em face da reportagem leviana, mentirosa e ofensiva à honra do presidente da República Federativa do Brasil, com grave prejuízo à imagem do país no exterior, publicada na edição de 9 de maio passado do jornal "The New York Times", o Ministério da Justiça considera, nos termos do artigo 26 da Lei 6815, inconveniente a presença em território nacional do autor do referido texto. Nessas condições, determinou o cancelamento do visto temporário do senhor William Larry Rohter Júnior".

Diante dessa constatação, cumpre lembrar que a imprensa exerce um papel essencial à consolidação da democracia numa sociedade como a brasileira, sujeita a práticas autoritárias e conservadoras nutridas pelo clientelismo político e passividade cívica, sem, contudo, incidir em violações a direitos de personalidade.

Funda-se o Requete no art. 5º, incisos IV, IX e LII, da Constituição, pedindo seja concedida ordem liminar de "habeas corpus", para suspender "os efeitos do ato violador da liberdade de locomoção no Brasil, a fim de fazer cessar o constrangimento ilegal praticado pela autoridade coatora", requerendo a final a concessão da ordem em definitivo após o trâmite legal.

É o relatório.

DECIDO:

O Brasil é um Estado Democrático de Direito e o Presidente da República contribuiu com intensa participação política para a instauração da democracia plena no País e se conduz com honra e dignidade. A imprensa é um dos pilares fundamentais da democracia e "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença", nos precisos termos do art. 5º, inciso IX, da Constituição.

"A imprensa", disse Rui Barbosa, "é a vista da nação" e "o jornalista Documento: 1242392 - Despacho / Decisão - Site certificado - DJ: 18/05/2004 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça às mais das vezes é isto; um refletor da luz que vem do público, dos sentimentos populares do meio que o cerca". ("in" Laudelino Freire, Ruy, pág. 38, Ed. Casa de R.B., 1958 e Obras Completas, vol. XXIX, tomo V, pág. 186, respectivamente).

O fato é que o paciente, jornalista estrangeiro, teve cancelado o visto de permanência no País, por ter assinado reportagem dita leviana, mentirosa e ofensiva à honra do Presidente da República Federativa do Brasil, publicada no "The New York Times".

Poderia o Ministro da Justiça fazê-lo?

O ato de concessão ou revogação de visto de permanência no país de estrangeiro, em tese, está subordinado aos interesses nacionais (art. 3º da Lei nº 6.815/80). O visto é ato de soberania. Pergunto-me, porém, se uma vez concedido poderá ser revogado pelo fato do estrangeiro ter exercido um direito assegurado pela Constituição, qual o de externar a sua opinião no exercício de atividade jornalística, livre de quaisquer peias? Estaria tal ato administrativo a salvo do exame pelo Judiciário?

Neste caso penso que não. É que no Estado Democrático de Direito não se pode submeter a liberdade às razões de conveniência ou oportunidade da Administração. E aos estrangeiros, como aos brasileiros, a Constituição assegura direitos e garantias fundamentais descritos no art. 5º e seus incisos, dentre eles avultando a liberdade de expressão. E dúvidas não pode haver quanto ao direito de livre manifestação do pensamento (inciso IV) e da liberdade de expressão da atividade de comunicação, "independentemente de censura ou licença" (inciso IX).

Mas dos autos só constam alegações e notícias publicadas em jornais. Não acompanha a inicial a reprodução do ato administrativo e entendo necessário conhecer as razões que o determinaram.

Urge, porém, assegurar ao paciente, cujo pleito vejo revestido da fumaça de bom direito, a plena eficácia das garantias constitucionais, pelo que lhe defiro salvo-conduto até decisão do feito, nos termos do art. 201, IV, do RISTJ.

Oficie-se ao Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça comunicando a decisão e requisitando informações no prazo de 72 (setenta e duas) horas. Publique-se e intime-se".

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. HC n. 35445. Relator Ministro Peçanha Martins. Impetrante: Sérgio Cabral. Impetrado: Ministro do Estado da Justiça. Brasília – DF. Brasília – DF, 13 de maio de 2004. Publicação: 18 de maio de 2004. Disponível no sítio: www.stj.jus.br. Acesso em 16 de abril de 2010).

- A respeito da temática ver também o seguinte artigo: ALMEIDA, Dayse Coelho de. Cancelamento do visto de Larry Rohter: ato de soberania ou de autoritarismo?. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 344, 16 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5337>>. Acesso em: 16 abr. 2010.

Resultou que esta última Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) veio a ser declarada inconstitucional por força do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 130/DF, julgada em 30 de abril de 2009, sobre o qual se detalhará em item à parte.

Sob o grilhão da ditadura e o label da retórica, a Constituição de 1969 garantia eufemisticamente a liberdade de manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, independentemente de censura. (Art. 153, §8º).

Finalmente, sob os auspícios da entrada em vigor da normalidade democrática, editou-se a Constituição de 1988 prevendo a liberdade de imprensa, sem limitações aparentes.

Nestes termos, observa-se no Texto Constitucional os seguintes princípios fundamentais relacionados à liberdade de imprensa:

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

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

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

(...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Outros dispositivos foram inseridos de forma genérica no artigo 220 da Carta Magna. Pela dicção do artigo 220 da CF, a liberdade de expressão contém plurissignificação lingüística nas seguintes ações verbais e adjetivas:

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.

O parágrafo 2º do artigo supramencionado reproduz o preceito constitucional ditado no artigo 5º, inciso IX, que proíbe toda e qualquer censura

de natureza política, ideológica e artística, sendo vedada toda e qualquer intervenção dos poderes públicos, cujo objetivo é a livre expressão das idéias.

Não faltam na Constituição de 88 preceitos protegendo a liberdade de expressão em gênero. Temos, no art. 5º, a liberdade de manifestação do pensamento (inciso IV), a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso IX), e o direito ao acesso à informação e a garantia do sigilo da fonte (inciso XIV). Não bastasse, o constituinte ainda consagrou em um capítulo específico do texto magno a “comunicação social”, em que repetiu a garantia da liberdade da manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação (art. 220, *caput*), proibiu a edição de leis contendo embaraço à liberdade de informação jornalística (art. 220, § 1º), e ainda vedou qualquer censura política, ideológica e artística (art. 220, § 2º).

A liberdade de imprensa, na dicção constitucional, engloba a exteriorização do pensamento, idéias, opiniões, convicções, bem como de sensações e sentimentos em suas mais variadas formas. Diz respeito à expressão de qualquer concepção intelectual.

O artigo 220, §1º, da Constituição Federal, determina que a liberdade de imprensa será plena desde que obedecidos os dispositivos constitucionais que vedam o anonimato; que todos terão o direito à resposta proporcional ao agravo; que a intimidade e a vida privada são invioláveis, podendo acarretar dano e este ser indenizável; que o exercício profissional é livre, porém, atendendo às exigências legais, e, com relação às informações, o direito de ser resguardada a fonte, se necessário. O §2º do artigo supramencionado reproduz o preceito constitucional ditado no artigo 5º, inciso IX, que proíbe toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística, sendo vedada toda e qualquer intervenção dos poderes públicos, cujo objetivo é a livre expressão das idéias.

Esta insistência não foi gratuita. Por um lado, ela representou uma reação contra os abusos perpetrados pelo regime militar, cuja repetição o constituinte quis a todo custo evitar. E, por outro, ela demonstra a enorme

importância atribuída a este direito fundamental no sistema constitucional brasileiro.

3.3. A LIBERDADE DE IMPRENSA COMO FERRAMENTA POPULAR DE CONTROLE SOCIAL E INSTRUMENTO DE RELEVANTE UTILIDADE PÚBLICA

A imprensa apresenta-se como conseqüência básica entre os fatos comunitários e o poder fiscal do cidadão de inteirar-se acerca dos assuntos sociais relevantes, atribuindo-se no direito/dever de participação ativa nos desígnios sócio-ideológicos de toda a comunidade.

Como explicitado alhures, já se chegou a qualificar a imprensa como um *quarto poder*, força essa responsável por ser a mais legítima e a que trata mais fielmente o clamor popular. Apesar da função mercadológica evidentemente impregnada nos diversos meios de imprensa, é inegável que esse é o meio formador de opinião mais próximo de grande parcela da população, o que lhe garante considerável fatia de influência na formação do imaginário popular.

Para José Afonso da Silva, a liberdade de imprensa é a própria liberdade de comunicação, assim consistindo...

(...) num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incs. IV, V, IX, XII e XIV do art. 5º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição.¹⁴⁵

As possibilidades de exercício do controle popular abrangem diversas instituições sociais relevantes. Todos os institutos jurídicos, basicamente, são passíveis de serem fiscalizados pela população com o auxílio da imprensa. Decorre disso que o cidadão possui o direito subjetivo de ter disponível ao seu alvedrio uma imprensa séria e imparcial, que não quantifique ou (des)valore demasiadamente as notícias de relevante cunho público.

¹⁴⁵ *Curso de direito constitucional positivo*, p. 221.

Sobre a liberdade de imprensa e seus benefícios no aprimoramento do processo político democrático, é de se notar que essa liberdade se revela na possibilidade de se criticar os governantes, como meio indispensável de controle de uma atividade (a política) tão essencial ao ser humano.

Com uma imprensa sadia, que trate com respeito as instituições públicas e que possua o objetivo de resguardar os direitos dos cidadãos, a participação política aumentará e, conseqüentemente, diminuirão os jogos de interesses que, infelizmente, ainda governam o cenário político nacional.

A imprensa exerce notável influência também nas relações laborais. São múltiplas as situações em que empregados e funcionários de empresas privadas são tratados sem o mínimo resguardo de seus direitos mais básicos.

Ao serem injustiçadamente tratados como a escória da indústria, os trabalhadores tornam-se reféns do mercado de trabalho. Numa aldeia global cada vez mais acirrada e competitiva, a diminuição dos postos de trabalho torna-se alarmante. Somente os profissionais com alta qualificação técnica angariam funções de prestígio nas sociedades empresariais.

Temendo serem demitidos e não granjearem mais o meio de sustento familiar, tais pessoas submetem-se às condições degradantes impostas pelos patrões. Entretanto, com uma imprensa ativa, que investigue as formas de dominação e manipulação exercidas pelos meios empresariais inescrupulosos, as instituições civis e estatais poderão fiscalizar e erradicar estas formas indevidas de dominação.

Num sistema constitucional que tutela e garante a coexistência harmônica dos direitos individuais, coletivos, sociais e democráticos, o uso eficiente dos veículos de comunicação torna-se meio vital para a preservação da coesão comunitária. Karl Marx, no século XIX, já evidenciava a importância dos instrumentos jornalísticos na formação e construção da consciência coletiva:

A imprensa livre é o olhar onipotente do povo, a confiança personalizada do povo nele mesmo, o vínculo articulado que une o indivíduo ao Estado e ao mundo, a cultura incorporada que transforma lutas materiais em lutas intelectuais, e idealiza suas

formas brutas. É a franca confissão do povo a si mesmo, e sabemos que o poder da confissão é o de redimir. A imprensa livre é o espelho intelectual no qual o povo se vê, e a visão de si mesmo é a primeira confissão da sabedoria.¹⁴⁶

O exercício concreto pelos profissionais da imprensa, da liberdade de expressão, cujo fundamento reside no próprio texto da Constituição da República, assegura ao jornalista o direito de expender crítica, ainda que desfavorável e em tom contundente, contra quaisquer pessoas ou autoridades.

Ninguém ignora que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, mostra-se intolerável a repressão penal ao pensamento, ainda mais quando a crítica – por mais dura que seja – revele-se inspirada pelo interesse público e decorra de uma prática legítima de uma liberdade pública de extração eminentemente constitucional. (CF, art. 5º, IV c/c o art. 220).

Não se pode ignorar que a liberdade de imprensa, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar, e, (d) o direito de criticar.

A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer parcela de autoridade no âmbito do Estado, pois o interesse social, fundado na necessidade de preservação dos limites ético-jurídicos que devem pautar a prática da função pública, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar os detentores do poder.

Relativamente às pessoas públicas, o Ministro Celso de Mello por duas oportunidades diferentes (na Pet 3.486/DF e agora, mais recentemente, na MC APDF 130-7) deixou apascentado que a crítica que os meios de comunicação lhes dirigem, principalmente no tocante às autoridades e aos agentes de Estado, “por mais acerba, dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos da personalidade.”

¹⁴⁶ *A Liberdade de Imprensa*, p. 42.

Insiste o Ministro Celso de Mello em dizer que a crítica jornalística, quando inspirada pelo interesse público, não importando a acrimônia e a contundência da opinião manifestada, ainda mais quando dirigida a figuras públicas, com alto grau de responsabilidade na condução dos negócios de Estado, não traduz nem se reduz, em sua expressão concreta, à dimensão de abuso da liberdade de imprensa, não se revelando suscetível, por isso mesmo, em situações de caráter ordinário, “à possibilidade de sofrer qualquer repressão estatal ou de se expor a qualquer reação hostil do ordenamento positivo”.¹⁴⁷

¹⁴⁷ A decisão monocrática do ilustre Ministro Celso de Mello antevém o seu ideário do poder da imprensa:

“LIBERDADE DE IMPRENSA (CF, ART. 5º, IV c/c o ART. 220). JORNALISTAS. DIREITO DE CRÍTICA. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL CUJO SUPORTE LEGITIMADOR REPOUSA NO PLURALISMO POLÍTICO (CD, ART. 1º, V) QUE REPRESENTA UM DOS FUNDAMENTOS INERENTES AO REGIME DEMOCRÁTICO. O exercício do direito de crítica inspirado por razões de interesse público: uma prática inestimável de liberdade a ser preservada contra ensaios autoritários de repressão penal. a crítica jornalística e as autoridades públicas. a arena política: um espaço de dissenso por excelência.

Decisão: O ora requerente postula seja instaurado procedimento penal contra jornalistas da revista *Veja* (edição de 03/08/2005, págs. 75 e 125), por vislumbrar tenham eles praticado, no exercício de sua atividade profissional (fls. 06/07), "crime de subversão contra a segurança nacional, que está colocando em perigo o regime representativo e democrático brasileiro, a Federação e o Estado de Direito e crime contra a pessoa dos Chefes dos Poderes da União (...)" (fls. 02 - grifei).

Observe, no entanto, que as pessoas indicadas na petição de fls. 02/05 não estão sujeitas à jurisdição imediata do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual nada justifica a tramitação originária, perante esta Suprema Corte, do procedimento em causa.

Cabe assinalar que a competência originária do Supremo Tribunal Federal, por revestir-se de extração eminentemente constitucional, sujeita-se, por tal razão, a regime de direito estrito, o que impede venha ela a ser estendida a situações não contempladas no rol exaustivo inscrito no art. 102, inciso I, da Constituição da República, consoante adverte a doutrina (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Comentários à Constituição Brasileira de 1988", vol. 2/217, 1992, Saraiva) e proclama a jurisprudência desta própria Corte (RTJ 43/129 - RTJ 44/563 - RTJ 50/72 - RTJ 53/776 - RTJ 159/28):

"(...) A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO- A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional - e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida - não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em 'numerus clausus', pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes. (...)" (RTJ 171/101-102, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

A "ratio" subjacente a esse entendimento, que acentua o caráter absolutamente estrito da competência constitucional do Supremo Tribunal Federal, vincula-se à necessidade de inibir indevidas ampliações descaracterizadoras da esfera de atribuições institucionais desta Suprema Corte, conforme ressaltou, a propósito do tema em questão, em voto vencedor, o saudoso Ministro ADALÍCIO NOGUEIRA (RTJ 39/56-59, 57).

Desse modo, os fundamentos ora expostos levam-me a reconhecer a impossibilidade de tramitação originária deste procedimento perante o Supremo Tribunal Federal.

2. Não obstante as considerações que venho de fazer no sentido da plena incognoscibilidade do pleito ora formulado, impõe-se observar que o teor da petição em referência, longe de evidenciar supostas práticas delituosas contra a segurança nacional, alegadamente cometidas

A petição em apreço foi proposta por Celso Marques Araújo, como autor e advogado, em desfavor de Roberto Civita, Marcelo Carneiro e Diogo Mainardi, jornalistas da Revista Veja, buscando qualificar seus escritos como crimes contra a Segurança Nacional. No bojo da referida decisão monocrática, o Ministro Celso de Mello, embora compreendendo que os mencionados demandados não estariam sujeitos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, o que o levou a deixar de conhecer do pedido formulado, fez questão de destacar que o conteúdo da petição apresentada estaria longe de evidenciar as supostas práticas apontadas pelo requerente.

Segundo o Ministro, os textos impugnados configurariam o exercício concreto da liberdade de expressão e de crítica, lembrando que o fundamento

pelos jornalistas mencionados, traduz, na realidade, o exercício concreto, por esses profissionais da imprensa, da liberdade de expressão e de crítica, cujo fundamento reside no próprio texto da Constituição da República, que assegura, ao jornalista, o direito de expender crítica, ainda que desfavorável e exposta em tom contundente e sarcástico, contra quaisquer pessoas ou autoridades.

Ninguém ignora que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, mostra-se intolerável a repressão penal ao pensamento, ainda mais quando a crítica - por mais dura que seja - revele-se inspirada pelo interesse público e decorra da prática legítima, como sucede na espécie, de uma liberdade pública de extração eminentemente constitucional (CF, art. 5º, IV, c/c o art. 220).

Não se pode ignorar que a liberdade de imprensa, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar.

A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer parcela de autoridade no âmbito do Estado, pois o interesse social, fundado na necessidade de preservação dos limites ético-jurídicos que devem pautar a prática da função pública, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar os detentores do poder.

(...)

Concluo a minha decisão: as razões que venho de expor levam-me a reconhecer que a pretensão deduzida pela parte requerente não se mostra compatível com o modelo consagrado pela Constituição da República, considerando-se, para esse efeito, as opiniões jornalísticas ora questionadas (Veja, edição de 03/08/2005), cujo conteúdo traduz - como precedentemente assinaléi - legítima expressão de uma liberdade pública fundada no direito constitucional de crítica. Sendo assim, presentes tais razões, e tendo em vista que este procedimento foi imprópriamente instaurado perante o Supremo Tribunal Federal, não conheço da medida proposta pelo Advogado ora requerente.

Arquivem-se os presentes autos (RISTF, art. 21, § 1º), incidindo, na espécie, para tal fim, a orientação jurisprudencial firmada por esta Suprema Corte (Pet 2.653-AgR/AP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - MS 24.261/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - AO 175-AgR-ED/RN, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, v.g.).

Publique-se.

(BRASIL. STF. Pet. 3.486/DF. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Brasília-DF, 22 de agosto de 2005. Publicação: Informativo STF 398/2005, DJ de 29/08/2005).

desse direito se encontra no próprio texto da Constituição da República, que assegura ao jornalista o direito de promover críticas (a particulares ou a pessoas públicas/autoridades), mesmo que esta seja desfavorável e contundente ou sarcástica.

A decisão em questão, como visto, destaca a importância da liberdade de imprensa, qualificando-a como projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, apontando-a como direito de conteúdo abrangente e prehe de prerrogativas igualmente importantes, quais sejam: (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar.

Como bem observado pelo STF e ressaltado na decisão supra transcrita, o direito de crítica não assume caráter absoluto, eis que inexistem em nosso sistema constitucional direitos e garantias revestidos de natureza absoluta.

De fato, não é de menos exato afirmar-se, que o direito de crítica encontra suporte legitimador no pluralismo político, que representa um dos fundamentos em que se apóia constitucionalmente o próprio Estado Democrático de Direito (CF/88, art. 1º, V).

Como assinalado por Vidal Serrano Nunes Júnior¹⁴⁸, o reconhecimento da legitimidade do direito de crítica, tal como sucede no ordenamento jurídico brasileiro, qualifica-se como pressuposto do sistema democrático, constituindo-se por efeito de sua natureza mesma, em verdadeira garantia institucional de opinião pública. Em seu vezo,

(...) O direito de crítica em nenhuma circunstância é ilimitável, porém adquire um caráter preferencial, desde que a crítica veiculada se refira a um assunto de interesse geral, ou que tenha relevância pública, e guarde pertinência com o objeto da notícia, pois tais aspectos é que fazem a importância da crítica na formação da opinião pública.

Inspirada nesta razão, assenta em seu voto na ADPF 130-7¹⁴⁹ o Ministro Celso de Mello, decisões do Tribunal Constitucional Espanhol,

¹⁴⁸ *A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à crítica jornalística*, p. 87/88.

¹⁴⁹ BRASIL. STF. Tribunal Pleno. ADPF nº. 130-7. Relator Ministro Carlos Ayres de Brito.

referindo-se às sentenças de nºs 6/1981 (rel. Juiz Francisco Rubio Llorente), nº 12/1982 (Rel. Juiz Luis Díez-Picazo), nº 104/1986 (Rel. Juiz Francisco Tomás y Valiente) e nº 171/1990 (Rel. Juiz Bravo-Ferrer), em que aquela Corte pôs em destaque a necessidade essencial de preservar-se a prática da liberdade de informação, inclusive o direito de crítica que dela emana, como um dos suportes axiológicos que informam e que conferem legitimação material à própria concepção do regime democrático.

Como ressaltado por Celso de Mello, o direito de crítica jornalística tem encontrado amparo nas decisões da Corte Européia de Direitos Humanos, podendo ser encontrado o seu sentimento em várias decisões de que não se pode limitar o direito à informação mediante redução de sua prática ao “relato puro, objetivo e asséptico de fatos, não se mostra constitucionalmente aceitável nem compatível com o pluralismo, a tolerância (...) sem os quais não há sociedade democrática (...).” (Caso Handyside, Sentença do TEDH, de 07/12/1976).

Uma reflexão mais detida acerca da situação que ora se enuncia, bem como uma leitura dessa liberdade realmente comprometida com os fundamentos da República Federativa do Brasil, leva à percepção de que a formação de monopólios ou oligopólios dos meios de comunicação se constitui em circunstância que impõe um papel ativo do Estado.

Já se colocou em linhas pretéritas que a Imprensa, dentro dos parâmetros de poder que lhe são deferidos, principalmente no mundo hodierno, onde a globalização lança os meios de comunicação ao âmbito mundial, reúne um conjunto de qualificativos, de atributos e faculdades passíveis de lhe conferir a condição de *quarto poder*.

Embora a expressão em apreço tenha sido gestada para indicar o papel comunicativo na defesa dos direitos da população (especialmente em face do Estado), a realidade atual tem demonstrado um sério desvirtuamento desse papel, conduzindo-se o poderio implicado na prática comunicativa a uma utilização que favorece a poucos privilegiados e detentores dos meios necessários a essa mesma comunicação.

Há nisto verdadeiro contrasenso em gênese, já que o fundamento da liberdade comunicativa encontra-se, exatamente, na necessidade de um dimensionamento apropriado da democracia, o que só se pode obter a partir da garantia de um espaço livre de gestação e divulgação das mais variadas posições, ideologias e das mais distintas manifestações da atividade humana.

Em tal contexto, a necessidade de uma postura estatal ativa na contenção da formação de oligarquias e monopólios comunicativos encontra fundamento nos mesmos elementos que dão suporte legitimatório ao Estado Democrático de Direito, em especial o pluralismo político e o próprio princípio da Liberdade, sem prejuízo de uma correta abordagem do princípio da igualdade.¹⁵⁰

Certamente, já superado o espaço liberalista fincado na idéia de uma igualdade meramente formal, bem se vê que a intervenção estatal para garantia do pluralismo democrático no âmbito da liberdade de manifestação de pensamento vem a corroborar com a hodierna e necessária liberdade material, liberdade real, que trata desigualmente os desiguais, a fim de igualá-los.

José Afonso da Silva¹⁵¹ ressalta essa estreita relação havida entre o pluralismo e a democracia, deixando claro que esta não encontra espaço suficiente ao seu desenvolvimento sem a garantia da diversidade:

A doutrina do pluralismo político despontou e se firmou em contraposição aos regimes coletivistas, monolíticos e de poder fechado. Quer realizar-se como princípio da democracia de poder aberto, estabelecendo o liame entre a liberdade e a multiplicidade dos meios de vida, não apenas como uma nova maneira de afirmar a liberdade de opinião ou de crença, mas como um sistema que enraíza essa liberdade na estrutura social. Em lugar de separar o indivíduo da sociedade para que apareça a liberdade, o pluralismo o insere no contexto social, único capaz de assegurar-lhe uma liberdade real. "O pluralismo [escreve J. Lacroix] implica o direito inalienável para o homem de pertencer a todas as comunidades de ordem moral, cultural, intelectual e espiritual, únicas que permitem o desenvolvimento da pessoa".

¹⁵⁰ Paulo Lopo Saraiva qualifica os meios de comunicação social como um espaço público, defendendo a participação popular em sua formação para a prevalência da democracia e das diretrizes da Constituição. No seu dizer, "*a prática comunicacional deverá ser uma conduta concreta de cidadania, cidadania ativa e não passiva, como pensam as elites nacionais*". (*Constituição e Mídia no Brasil*, p. 69).

¹⁵¹ *Comentário Contextual à Constituição*, p. 40.

O Estado deve, portanto, usar dos meios legais para impedir que os artifícios de manifestação do pensamento fiquem sob a exclusividade de apenas um ou poucos grupo(s) elitista(s), sem o que não se poderia falar em salvaguarda do pluralismo essencial ao Estado Democrático de Direito.

Pelo prisma oposto, de caráter defensivo, a atuação estatal deve abster-se de operar qualquer procedimento tendente a violar a atuação da imprensa, quando esta age em benefício do corpo coletivo social. A ação séria e eficaz dos agentes da comunicação que, pautados pelo propósito de exercer dignamente os ofícios da imprensa, merecem o resguardo constitucional impeditivo de qualquer turbacão à sua tarefa.

No Brasil, tendo como referência o domínio da liberdade de imprensa, a respectiva interferência estatal positiva concretizar-se-á no direito de resposta que é assegurado ao agravado por notícia caluniosa, injuriosa ou difamatória (art. 5º, V). Aquele que tem abalada sua imagem, honra, vida íntima ou privada terá resguardado seu direito subjetivo público de responder seu ofensor publicamente, desde que o faça com a mesma proporção do agravo.

Mais certo ainda é que a Administração Pública não pode censurar os meios de comunicação para impedir a veiculação de imagens, sons ou informação impressa. Entre essas modalidades inclui-se também a difusão por meio da internet, novidade tecnológica que, rapidamente, invadiu o itinerário de grande parte da população mundial.

O Judiciário, inobstante, é munido da prerrogativa de impedir a veiculação de informação ou matéria, seja pela forma escrita ou por imagens e sons, desde que haja uma afronta a outros direitos fundamentais. Havendo conflito entre a liberdade de imprensa e algum outro direito indisponível, como a imagem ou a dignidade da pessoa humana, poderá o magistrado restringir a publicação da matéria que ensejou causa ao conflito.

A liberdade de expressão é a regra, constituindo sua interferência como uma exceção aos ditames constitucionais normais. A liberdade de imprensa deve ser defendida pelas autoridades públicas, pois, como já foi

explanado, é uma prerrogativa básica de resistência aos males que assolam a comunidade, tais como: corrupção, estelionatos, autoritarismos, estratégias ilícitas, etc.. Paulo Bonavides assertiva que a imprensa independente confere contributo poderoso “para consolidar valores e aperfeiçoar representações básicas de cultura política em todas as sociedades onde atua livre e desembaraçada de obstáculos”.¹⁵²

Os Estados Unidos da América, nação fortemente lembrada como ícone da liberdade de expressão e modelo para as democracias ocidentais, carrega em seu bojo a inquestionável liberdade de cada um exprimir-se da maneira que mais lhe aprouver, resguardados, por óbvio, os limites imanentes aos direitos particulares.

Mas, não se confunda a necessidade de imposição de um limite, com a imposição da censura. O limite é um ato benfazejo à sociedade, à família, aos bons costumes. Já a censura, como alerta Luís Roberto Barroso, pode oscilar ente o arbítrio, o preconceito e o ridículo. Lê-se nessa visão:

Em todos os tempos e em todos os lugares, a censura jamais se apresenta como instrumento da intolerância, da prepotência ou de outras perversões ocultas. Ao contrário, como regra, ela destrói em nome da segurança, da moral, da família, dos bons costumes. Na prática, todavia, oscila entre o arbítrio, o capricho, o preconceito e o ridículo.¹⁵³

O fato é que a liberdade de imprensa comporta o direito à expressão de opinião falada, escrita, radiodifundida ou televisada, não sujeito à censura.

No entanto, até recentemente havia uma regulamentação do exercício dessa liberdade, compreendendo a Lei Federal nº 5.250/67, declarada inconstitucional por força de uma manobra midiática em que se envolveu pólos distintos da política, dirigentes de jornais, donos de emissoras de televisão e jornalistas em geral, e até mesmo entidades religiosas.

Sobre esse processo de desconstituição jurídica, se falará adiante.

¹⁵² *A Constituição aberta*, p. 52.

¹⁵³ *Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In: Temas de Direito Constitucional*, p. 345/346.

3.4. A CONTROVERTIDA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 5.250/67.

Como foi realçado em linhas pretéritas, o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADPF 130-7/DF, declarou a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa – Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967.

A ação tinha como objetivo a declaração, com eficácia geral e efeito vinculante, de que determinados dispositivos da Lei de Imprensa seriam inconstitucionais, porque: a) não foram recepcionados pela Constituição Federal de 88; e, b) porque outros careciam de interpretação conforme com ela compatível.

O autor da ação foi o Partido Democrático Trabalhista, através do seu maior expoente, Deputado Miro Teixeira. A ação político-partidária do PDT buscava angariar simpatia e apoio promocional publicitário dos jornais do eixo Rio-São Paulo em seu favor. A parte mais manifestadamente interessada nessa declaração de inconstitucionalidade era o jornal Folha de São Paulo, que se encontrava intimidado pela geniosidade do bispo Edir Macedo, autor indireto de diversas ações indenizatórias contra o jornal.

É importante mencionar que à ação adernaram diversas entidades interessadas no seu desfecho, figurando no processo como argüida a FENAJ – Federação Nacional de Jornalistas, e como *amicus curiae* a ABI – Associação Brasileira de Imprensa e a entidade social Artigo 19 Brasil.

O fato, porém, que resultou na declaração da inconstitucionalidade da Lei de Imprensa começa em 15 de dezembro de 2007. Nesse dia, a jornalista Elvira Lobato, do jornal Folha de São Paulo, publicou uma reportagem com o título "Universal chega aos 30 anos com império empresarial". A matéria relata que a Igreja Universal do Reino de Deus tem 23 emissoras de TV e 40 emissoras de rádio, além de outras 19 empresas registradas em nome de 32 integrantes da referida igreja. Entre elas, haveria dois jornais diários, duas gráficas, quatro empresas de participações, uma agência de turismo, uma imobiliária, uma empresa de seguro de saúde e uma de táxi aéreo, a Alliance Jet.

A reportagem da "Folha de S.Paulo" diz ainda que as empresas estão registradas em nome de bispos ligados a Edir Macedo, fundador da Igreja Universal, e muitas funcionam em endereços onde funcionam igrejas. No desenrolar da matéria foi dito que a Universal é a maior proprietária de concessões de TV, e que além das 40 emissoras de rádio registradas em nome de pastores, a igreja tem arrendadas 36 emissoras de rádios, que integram a Rede Aleluia.

Segundo pesquisa da jornalista, ensejada na matéria, o bispo Edir Macedo seria dono de 99% das ações da TV Capital, geradora da Rede Record em Brasília; de 50% da TV Sociedade, de Belo Horizonte; de 48% da TV Record do Rio; e de 30% da Record de São José do Rio Preto (SP). Aduz a reportagem que o valor atual estimado da Rede Record seria de R\$ 2 bilhões.

Em resposta à matéria, a Igreja Universal do Reino de Deus, por meio de pastores e fiéis, ajuizaram cerca de 80 ações de danos morais contra a "Folha de S.Paulo" e a jornalista Elvira Lobato.

Também contra o "Extra" e seu diretor de Redação, Bruno Thys, cinco pastores da igreja, de diferentes cidades do Estado do Rio, entraram com ações pedindo indenização por danos morais. Todos alegaram se sentir ofendidos com reportagem sobre um fiel da Universal que danificou uma imagem de São Benedito, na Bahia.

As ações foram propostas em lugares distantes - todos a mais de 200 quilômetros da capital de diferentes Estados, e apresentavam trechos iguais nas petições iniciais. A série de ações judiciais foi classificada por entidades e especialistas como tentativa de intimidação contra o jornal e a jornalista, ganhando o fato alcance dos foros internacionais.

Face a problemática vivenciada pelo jornal Folha de São Paulo, e aproveitando esse gancho publicitário, o partido acionante requereu a revogação de toda a Lei nº 5.250/67, porquanto seria ela incompatível com os tempos democráticos, dividindo a inconstitucionalidade dos seus dispositivos em dois fundamentos: (a) não-recepção pela Constituição de 88, e (b) interpretação não conforme à vigente Constituição.

Em face de pedido liminar em medida cautelar, em princípio deferida apenas parcialmente, o Supremo Tribunal Federal resolveu suspender a eficácia da lei de imprensa por seis meses, e, com recurso a explicitações e pressupostos de cunho democrático, asseverou que a Lei de Imprensa não parecia servir aos preceitos democráticos encartados na CF/88.¹⁵⁴

¹⁵⁴ A decisão em apreço restou assim ementada:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. LEI Nº 5.250, DE 09 DE FEVEREIRO DE 1967 – LEI DE IMPRENSA. LIMINAR MONOCRATIVAMENTE CONCEDIDA PELO RELATOR. REFERENDUM PELO TRIBUNAL PLENO.

1. Em que pese a ressalva do relator quanto à multifuncionalidade da ADPF e seu caráter subsidiário, há reitera dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal pela aplicabilidade do instituto.

2. Princípio constitucional de maior densidade axiológica e mais elevada estatura sistêmica, a Democracia avulta como síntese dos fundamentos da República Brasileira. Democracia que, segundo a Constituição Federal, se apóia em dois dos mais vistosos pilares: a) o da informação em plenitude e de máxima qualidade; b) o da transparência ou visibilidade do Poder, seja ele político, seja econômico, seja religioso (art. 220 da CF/88).

3. A Lei nº 5.250/67 não parece serviente do padrão de Democracia e de Imprensa que ressaui das pranchetas da Assembléia Constituinte de 87/88. Entretanto, a suspensão total de sua eficácia acarreta prejuízos à própria liberdade de imprensa. Necessidade, portanto, de leitura individualizada de todos os dispositivos da Lei nº 5.250/67. Procedimento, contudo, que a prudência impõe seja realizado quando do julgamento de mérito da ADPF.

4. Verificação, desde logo, de descompasso entre a Carta política de 1988 e os seguintes dispositivos da Lei de Imprensa, a evidenciar a necessidade de concessão da cautelar requerida: a) **a parte inicial do §2º do art. 1º** (a expressão “*a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura na forma da lei, nem*”); b) **íntegra do § 2º do art. 2º e dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º e 65**; c) **parte final do art. 56** (o fraseado “*sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de três meses da data de publicação ou transmissão que lhe der causa*”); d) **§§ 3º e 6º do art. 57**; e) **§§ 1º e 2º do artigo 60 e a íntegra dos arts. 61, 62, 63 e 64**; f) **arts. 20, 21, 22 e 23**; g) **arts. 51 e 52**.

5. A suspensão da eficácia dos referidos dispositivos, por 180 dias (parágrafo único do art. 21 da Lei nº 9.868/99, por analogia), não impede o curso regular dos processos neles fundamentados, aplicando-se-lhe, contudo, as normas de legislação comum, notadamente, o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal.

6. Medida liminar parcialmente deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nestes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, sob Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conhecer da ação, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Também por maioria, referendar a liminar deferida pelo relator para o efeito de suspender a vigência da expressão “a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura na forma da lei, nem”, contida na parte inicial do §2º do art. 1º; da íntegra do § 2º do art. 2º e dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º e 65; da expressão “e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de três meses da data de publicação ou transmissão que lhe der causa”, constante da parte final do artigo 56; dos §§ 3º e 6º do artigo 57; dos §§ 1º e 2º do artigo 60; da íntegra dos artigos 61, 62, 63 e 64; dos artigos 20, 21, 22 e 23; e dos artigos 51 e 52, todos da Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Vencidos, em parte, os Senhores Ministros Menezes Direito, Eros Grau e Celso de Mello, que, desde logo, suspendiam a vigência de toda a Lei nº 5.250/67, e o Senhor Ministro Marco Aurélio, que negava referendo à liminar. O Tribunal estabeleceu o prazo de cento e oitenta dias, a contar da sessão de hoje, para retorno do feito para julgamento de mérito. Votou a Presidente. (BRASIL. STF. Tribunal Pleno. MC nº 130-7. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília–DF, 27 de fevereiro de 2008. Publicação: 07.11.2008).

Por três sucessivas Questões de Ordem posteriores, os efeitos da ação cautelar foram estendidos até o julgamento meritório da ação, que veio a acontecer somente no dia 30 de abril próximo passado.

E, finalmente, em sessão plena, nessa data de 30 de abril de 2009, por maioria, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou que a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) seria incompatível com a atual ordem constitucional. Os Ministros Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso de Mello, além do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, votaram pela total procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Os Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes se pronunciaram pela parcial procedência da ação e o Ministro Marco Aurélio, pela improcedência.¹⁵⁵

¹⁵⁵ O acórdão ficou longamente ementado, assim transcrito:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÔEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDENCIA A *POSTERIORI* DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A *POSTERIORI*, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA

NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. A ADPF, fórmula processual subsidiária do controle concentrado de constitucionalidade, é via adequada à impugnação de norma pré-constitucional. Situação de concreta ambiência jurisdicional timbrada por decisões conflitantes. Atendimento das condições da ação.

2. REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO EM SENTIDO GENÉRICO, DE MODO A ABARCAR OS DIREITOS À PRODUÇÃO INTELLECTUAL, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E COMUNICACIONAL. A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome "Da Comunicação Social" (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de "atividades" ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de *per se* e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização.

3. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DE SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE QUE SÃO A MAIS DIRETA EMANAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E O DIREITO À INFORMAÇÃO E À EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO CONSTITUCIONAL SOBRE A COMUNICAÇÃO SOCIAL. O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional "*observado o disposto nesta Constituição*" (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens da personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da "*plena liberdade de informação jornalística*" (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da *internet* (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação.

4. MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS. O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito à indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as

qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º).

Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos *sobredireitos* de personalidade em que se traduz a "livre" e "plena" manifestação do pensamento, da criação e da informação.

Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisação à inviolabilidade de certas categorias de direitos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de preservar o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a *posteriori*, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa.

5. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão *lato sensu* para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos.

6. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, *tirando-a mais vezes do papel*, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira *irmã siamesa* da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autamente 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 (§ 5º 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".

7. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e "real alternativa à versão oficial dos fatos" (Deputado Federal Miro Teixeira).

8. NÚCLEO DURO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E A INTERDIÇÃO PARCIAL DE

LEGISLAR. A uma atividade que já era "livre" (incisos IV e IX do art. 5º), a Constituição Federal acrescentou o qualificativo de "plena" (§1º do art. 220). Liberdade plena que, repelente de qualquer censura prévia, diz respeito à essência mesma do jornalismo (o chamado "núcleo duro" da atividade). Assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação *lato sensu*, sem o que não se tem o desembaraçado trânsito das ideias e opiniões, tanto quanto da informação e da criação. Interdição à lei quanto às matérias nuclearmente de imprensa, retratadas no tempo de início e de duração do concreto exercício da liberdade, assim como de sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988 prevê para o "estado de sítio" (art. 139), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que **quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja**. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. As matérias reflexamente de imprensa, suscetíveis, portanto, de conformação legislativa, são as indicadas pela própria Constituição, tais como: direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo; proteção do sigilo da fonte ("quando necessário ao exercício profissional"); responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação; diversões e espetáculos públicos; estabelecimento dos "meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente" (inciso II do § 3º do art. 220 da CF); independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua própria qualificação técnica (inciso XIII do art. 5º); participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social (§4º do art. 222 da CF); composição e funcionamento do Conselho de Comunicação Social (art. 224 da Constituição). Regulações estatais que, sobretudo incidindo no plano das consequências das responsabilizações, repercutem sobre as causas de ofensas pessoais para inibir o cometimento dos abusos de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção de interesses privados em face de eventuais descomedimentos da imprensa (justa preocupação do Ministro Gilmar Mendes), mas sem prejuízo da ordem de precedência a esta conferida, segundo a lógica elementar de que não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso. Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, "a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público".

9. AUTOREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repi ta-se: não é j amais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País apôs o rótulo de "plena" (§ 1 do art. 220).

10. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI 5.250 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL.

10.1. Óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa que se orne de compleição estatutária ou orgânica. A própria Constituição quando o quis, convocou o legislador de segundo escalão para o aporte regratório da parte restante de seus dispositivos (art. 29, art. 93 e §5º do art. 128). São irregulamentáveis os bens da personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema.

10.2. Incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/67 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescandível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no país.

10.3. São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei nº 5.250/67 com a Constituição, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende

Certamente, o acórdão, um dos mais longos e retóricos da história do Supremo Tribunal Federal, traduz visível insegurança dos senhores ministros na apreciação da matéria; denota a fragilidade da Corte ante a coerção dos meios de comunicação; reúne patente confusão nos conceitos jurídicos; apresenta banalidade na redação dos votos, e até certa repetição, com extração de trechos de outros acórdãos inadequados em relação à problemática tratada.

No todo, desvela o acórdão uma impropriedade visível nos seus termos. Pela primeira vez, se vê configurado em um ementário da Suprema Corte a alusão expressa a um Deputado da República (Miro Teixeira), cunhando-se uma frase insignificante de sua autoria como se de notável importância jurídica para o desate da questão ("real alternativa à versão oficial dos fatos" Deputado Federal Miro Teixeira)" - item 7 do acórdão).

pelo nome de "interpretação conforme a Constituição". A técnica da *interpretação conforme* não pode artificializar ou *forçar* a *descontaminação* da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legislação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um *todo pro indiviso*.

11. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercível por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, "de eficácia plena e de aplicabilidade imediata", conforme classificação de José Afonso da Silva. "Norma de pronta aplicação", na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta.

12. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar corno não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação, o que fazem nos termos do voto do Relator e por maioria de votos, em sessão presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Vencidos, em parte, o Ministro Joaquim Barbosa e a Ministra Ellen Gracie, que a julgavam improcedente quanto aos artigos 1º. §1º; artigo 2º, *caput*; artigo 14; artigo 16, inciso I e artigos 20, 21 e 22, todos da Lei nº 5.250, de 9.2.1967; o Ministro Gilmar Mendes (Presidente), que a julgava improcedente quanto aos artigos 29 a 36, e vencido integralmente o Ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente a ADPF em causa. (BRASIL. STF. Tribunal Pleno. ADPF nº. 130-7. Relator Ministro Carlos Ayres de Brito. Brasília-DF, 30 de abril de 2009. Publicação: 06/11/2009, no DJe nº. 208)

Noutro tópic, de forma incompreensiva, é espargido o entendimento de que as pessoas públicas, ainda que atingidas moralmente em sua honra e imagem, devem ser indenizadas em valores módicos, ou o que foi convencionado chamar de “cláusula de modicidade” (“Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade” – item 5 do acórdão), que decerto viola o princípio da igualdade.

Também a Suprema Corte deixou de fazer a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, como exige o artigo 11 da Lei nº 9.882/99.¹⁵⁶

O acórdão em sua íntegra contém 334 páginas, com votos repetitivos, visivelmente influenciados pela pressão exercida pelos órgãos de comunicação. É o Poder Judiciário sendo vitimado pela imprensa.

Contudo, pela importância da discussão travada e a dissonância na visão dos ministros, passo a descrever brevemente o antagonismo entre os pontos de vista, trazidos com os seus respectivos votos. Como primeiro deles, é lapidar trecho do voto do eminente Ministro relator:

A imprensa e a democracia, na vigente ordem constitucional brasileira, são irmãos siamesas. Por isso que, em nosso país, a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade, porquanto o que quer que seja pode ser dito por quem quer que seja.

Sendo o segundo a proferir voto, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito ampliou o entendimento do Ministro Carlos Ayres Britto e votou para revogar totalmente a lei. Ele sustentou que, “ao longo do tempo, tribunais superaram a aplicação da lei, sempre considerando a aplicação da CF de 1988”.

Ficou bem exposto o sentimento genérico do STF que a imprensa é a única instituição “dotada de flexibilidade para publicar as mazelas do

¹⁵⁶ Art. 11. “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Executivo, sendo reservada a outras instituições a tarefa de tomar atitudes a partir dessas descobertas”, posição esta sustentada inicialmente pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (falecido pouco tempo depois).

No pensar do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, a imprensa apresenta uma missão democrática, pois o cidadão depende dela para obter informações e relatos com as avaliações políticas em andamento e as práticas do governo. Por isso, essa instituição precisa ter autonomia em relação ao Estado.

Não existe lugar para sacrificar a liberdade de expressão no plano das instituições que regem a vida das sociedades democráticas, disse o ministro, revelando que há uma permanente tensão constitucional entre os direitos da personalidade e a liberdade de informação e de expressão e, “Quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição deve-se defender a liberdade. O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das ideias”, completou, ao citar que a democracia para subsistir depende da informação e não apenas do voto.

Ao votar no mesmo sentido do relator, a Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha afirmou que o ponto de partida e ponto de chegada da Lei de Imprensa é “garrotear” a liberdade de expressão. Ela acrescentou ainda que o direito tem “mecanismos para cortar e repudiar todos os abusos que eventualmente ocorram em nome da liberdade de imprensa”.

A Ministra Carmen Lúcia também ponderou que o fundamento da Constituição Federal é o da democracia e que não há qualquer contraposição entre a liberdade de expressão e de imprensa com o valor da dignidade da pessoa humana. Muito pelo contrário, afirmou, o segundo princípio é reforçado diante de uma sociedade com imprensa livre. E prossegue em seu voto sustentando que a Lei de Imprensa, editada em período de exceção institucional, é totalmente incompatível com os valores e princípios abrigados na Constituição Federal de 1988. O texto da lei além de não se harmonizar com os princípios democráticos e republicanos presentes na Carta Magna, é

supérfluo, uma vez que a matéria se encontra regulamentada pela própria Constituição.

O Ministro Joaquim Barbosa votou pela parcial procedência do pedido, ressaltando os arts. 20, 21 e 22, da Lei de Imprensa. De acordo com ele, esses artigos que versam sobre figuras penais ao definir os tipos de calúnia, injúria e difamação no âmbito da comunicação pública e social são compatíveis com a Constituição Federal. “O tratamento em separado dessas figuras penais quando praticadas através da imprensa se justifica em razão da maior intensidade do dano causado à imagem da pessoa ofendida”, afirmou.

Ainda no seu voto, o ministro Joaquim Barbosa, secundado pela ministra Ellen Gracie, defendeu também a manutenção dos art. 1º, § 1º, arts. 14 e 16, inciso I, que proíbem a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe. No seu dizer, é possível interpretar a linguagem para que o texto seja compatível com a ordem constitucional vigente. De acordo com o ministro, quanto à questão dos preconceitos, também mencionados nos mesmos dispositivos:

“{...} suprimir pura e simplesmente as expressões a eles correspondentes equivalerá, na prática, a admitir que, doravante a proteção constitucional, a liberdade de imprensa compreende também a possibilidade de livre veiculação desses preconceitos sem qualquer possibilidade de contraponto por parte dos grupos sociais eventualmente prejudicados”.

O Ministro Cezar Peluso também seguiu o voto do relator pela não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988. Para ele a Constituição Federal apesar de não prevê caráter absoluto a qualquer direito, mas “tem a preocupação não apenas de manter um equilíbrio entre os valores que adota segundo as suas concepções ideológicas entre os valores da liberdade de imprensa e da dignidade da pessoa humana”, e, por isso, ressalta, “a liberdade de imprensa é plena dentro dos limites reservados pela Constituição”.

Coagido pela tendência da votação, o Ministro Cezar Peluso afirmou que “talvez não fosse prático manter vigentes alguns dispositivos de um sistema que se tornou mutilado e a sobrevivência de algumas normas sem

organicidade realmente poderia levar, na prática, a algumas dificuldades”. De acordo com o ministro, até que o Congresso Nacional entenda a necessidade da edição de uma Lei de Imprensa – o que, para ele, é perfeitamente compatível com o sistema constitucional – cabe ao Judiciário a competência para decidir algumas questões relacionadas, por exemplo, ao direito de resposta.

Na sequência do julgamento da ação, em posição minoritária, a Ministra Ellen Gracie acompanhou a divergência iniciada pelo Ministro Joaquim Barbosa, e votou pela procedência parcial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 130), mantendo em vigor alguns artigos da Lei de Imprensa, que segundo ela estão em harmonia com a Constituição.

No entendimento da ministra, o artigo 220 da Constituição Federal de 1988, quando diz que nenhum diploma legal pode constituir embaraço à plena liberdade de informação, quis dizer que a lei que tratar dessas garantias não poderá impor empecilhos ou dificultar o exercício da liberdade de informação. A ministra ressaltou em seu voto que devem ser mantidos, na lei, artigos que, na visão dela, não agredem a Constituição Federal – no caso os arts. 1º, §§ 1º, 2º (*caput*), 14, 16 (inciso I), 20, 21 e 22.

Primeiro e único a divergir, o Ministro Marco Aurélio votou pela total improcedência da ação ajuizada contra a Lei de Imprensa. “Deixemos à carga de nossos representantes, dos representantes do povo brasileiro, a edição de uma lei que substitua essa, sem ter-se enquanto isso o vácuo que só leva à babel, à bagunça, à insegurança jurídica, sem uma normativa explícita da matéria”, sustentou.

Em diversas ocasiões durante o seu voto o ministro questionou qual preceito fundamental estaria sendo violado pela Lei de Imprensa. “A não ser que eu esteja a viver em outro Brasil, não posso dizer que a nossa imprensa hoje é uma imprensa cerceada. Temos uma imprensa livre”, verberou.

Segundo Marco Aurélio, a Lei de Imprensa foi “purificada pelo crivo equidistante do próprio Judiciário”, que não aplica os dispositivos que se

contrapõem à Constituição Federal. Ele também afastou o argumento de que a edição da norma durante o período militar a tornaria a lei, *a priori*, antidemocrática: “Não posso, de forma alguma, aqui proceder a partir de um ranço, de um pressuposto de que essa lei foi editada em regime que aponto não como de chumbo, mas como regime de exceção, considerado o essencialmente democrático.”

O ministro citou ainda trechos de editorial publicado no jornal *Folha de S. Paulo*, no dia 30 de março de 2008. Um dos trechos lidos diz o seguinte: “Sem a Lei de Imprensa, só grandes empresas teriam boas condições de proteger-se da má aplicação da lei comum, levando processos até as mais altas instâncias do Judiciário. Ficariam mais expostos ao jogo bruto do poder, e a decisões abusivas de magistrados, os veículos menores e as iniciativas individuais”.

Com a revogação da Lei de Imprensa, dispositivos dos Códigos Penal e Civil passarão a ser aplicados pelos magistrados para julgar processos contra empresas de comunicação e jornalistas.

O decano do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Celso de Mello, manifestou seu posicionamento pela revogação total da Lei de Imprensa. “Nada mais nocivo e perigoso do que a pretensão do Estado de regular a liberdade de expressão e pensamento”, expressou-se o ministro em seu voto.

Informar e buscar informação, opinar e criticar são direitos que se encontram incorporados ao sistema constitucional em vigor no Brasil, salientou Celso de Mello. Nesse sentido, prosseguiu o ministro, as críticas dos meios de comunicação social dirigidas às autoridades - citou como exemplo -, por mais duras que sejam, não podem sofrer limitações arbitrárias. Essas críticas, quando emitidas com base no interesse público, não se traduzem em abuso de liberdade de expressão, e dessa forma não devem ser suscetíveis de punição. Essa liberdade é, na verdade, um dos pilares da democracia brasileira, asseverou o Ministro Celso de Mello.

Mas a liberdade de expressão não é absoluta – como aliás nenhum direito, disse o ministro, explicando que o próprio direito à vida tem limites,

tendo em vista a possibilidade de pena de morte (art. 5º, XLVII) nos casos de guerra. Se o direito de informar tem fundamento constitucional, salientou o ministro, o seu exercício abusivo se caracteriza ilícito e como tal pode gerar, inclusive, o dever de indenizar. Celso de Mello explicou que a própria Carta Magna reconhece a quem se sentir lesado o direito à indenização por danos morais e materiais.

A mesma Constituição que garante a liberdade de expressão, frisou o Ministro Celso de Mello, garante também outros direitos fundamentais, como os direitos à inviolabilidade, à privacidade, à honra e à dignidade humana. Para Celso de Mello, esses direitos são limitações constitucionais à liberdade de imprensa. E sempre que essas garantias, de mesma estatura, estiverem em conflito, o Poder Judiciário deverá definir qual dos direitos deverá prevalecer, em cada caso, com base no princípio da proporcionalidade.

O ministro lembrou que o direito de resposta existe na legislação brasileira desde 1923, com a Lei Adolpho Gordo. Esse direito ganhou *status* constitucional (art. 5º, V), e se qualifica como regra de suficiente densidade normativa, podendo ser aplicada imediatamente, sem necessidade de regulamentação legal.

Por isso, a eventual ausência de regulação legal pela revogação da Lei de Imprensa pelo STF, não será obstáculo para o exercício dessa prerrogativa por quem se sentir ofendido, seja para exigir o direito de resposta ou de retificação.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes julgou a ação parcialmente procedente, mantendo as regras que disciplinam o direito de resposta presentes na Lei de Imprensa. De acordo com o presidente do STF, “o direito de resposta é assegurado no plano constitucional, mas necessita no plano infraconstitucional de normas de organização e procedimento para tornar possível o seu efetivo exercício”, afirmou.

Durante o voto, a questão do direito de resposta gerou divergentes opiniões dos ministros. O Ministro Gilmar Mendes previu fenômenos que podem surgir a partir da jurisprudência no sentido da revogação da lei,

especialmente o direito de resposta. No seu pensamento, e é fato, haverá completa incongruência da aplicação do direito de resposta, com construções as mais variadas e eventualmente até exóticas, ou um caso estranho de ultratividade dessa lei que não foi recebida.

É preciso relatar um fato específico a demonstrar o descompasso do entendimento entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre a liberdade de imprensa e a possibilidade da limitação do seu exercício. Ao votar na ADPF 130-7, o Ministro Celso de Mello assim consignou:

É por isso que enfatizei, em meu voto, que o exercício concreto da liberdade de expressão pode causar o surgimento de verdadeira situação de colisão de direitos, caracterizada pelo confronto de liberdades revestidas de idêntica estatura jurídica, reclamar solução que, tal seja o contexto em que se delineie, torne possível conferir primazia a uma das prerrogativas básicas, em relação de antagonismo com determinado interesse fundado em cláusula inscrita na própria Constituição.

o fato relevante nesta matéria, Senhor Relator, é que o exercício abusivo da liberdade de informação, que deriva do desrespeito aos vetores subordinantes referidos no §1º do art. 220 da própria Constituição, "caracteriza ato ilícito e, como tal, gera o dever de indenizar" (ENÉAS COSTA GARCIA, "Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação", p , 175, 2002, Editora Juarez de Oliveira), inexistindo, por isso mesmo, quando tal se registrar, situação configuradora de indevida restrição à liberdade de imprensa, como decidi em julgamento proferido nesta Suprema Corte:

"LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL QUE NÃO SE REVESTE DE CARÁTER ABSOLUTO. SITUAÇÃO DE ANTAGONISMO ENTRE O DIREITO DE INFORMAR E OS POSTULADOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA INTEGRIDADE DA HONRA E DA IMAGEM. A LIBERDADE DE IMPRENSA EM FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. COLISAO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, QUE SE RESOLVE, EM CADA CASO, PELO MÉTODO DA PONDERAÇÃO CONCRETA DE VALORES. MAGISTERIO DA DOUTRINA. O EXERCICIO ABUSIVO DA LIBERDADE DE INFORMAR, DE QUE RESULTE INJUSTO GRAVAME AO PATRIMÔNIO MORAL/MATERIAL E À DIGNIDADE DA PESSOA LESADA, ASSEGURA, AO OFENDIDO, O DIREITO À REPARAÇÃO CIVIL, POR EFEITO DO QUE DETERMINA A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (CF, ART. 5º, INCISOS V E X). INOCORRÊNCIA, EM TAL HIPÓTESE, DE INDEVIDA RESTRIÇÃO JUDICIAL À LIBERDADE DE IMPRENSA. NÃO-RECEPÇÃO DO ART. 52 E DO ART. 56, AMBOS DA LEI DE IMPRENSA. INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988. DANO MORAL. AMPLA REPARABILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EXAME SOBERANO DOS FATOS E PROVAS EFETUADO PELO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. MATÉRIA INSUSCETÍVEL DE REVISÃO EM SEDE

RECURSAL EXTRAORDINÁRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

- O reconhecimento 'a posteriori' da responsabilidade civil, em regular processo judicial de que resulte a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais, morais e à imagem da pessoa injustamente ofendida, não transgredir os §§ 1º e 2º do art. 220 da Constituição da República, pois é o próprio estatuto constitucional que estabelece, em cláusula expressa (CF, art. 5º, V e X), a reparabilidade patrimonial de tais gravames, quando caracterizado o exercício abusivo, pelo órgão de comunicação social, da liberdade de informação. Doutrina.

- A Constituição da República, embora garanta o exercício da liberdade de informação jornalística, impõe-lhe, no entanto, como requisito legitimador de sua prática a necessária observância de parâmetros dentre os quais avultam, por seu relevo, os direitos da personalidade expressamente referidos no próprio texto constitucional (CF, art. 220, § 1º), cabendo, ao Poder Judiciário, mediante ponderada avaliação das prerrogativas constitucionais em conflito (direito de informar, de um lado, direitos da personalidade, de outro), definir, em cada situação ocorrente, configurado esse contexto de tensão dialética, a liberdade que deve prevalecer no caso concreto. Doutrina.

- Não subsistem, por incompatibilidade material com a Constituição da República promulgada em 1988 (CF, art. 5º, incisos V e X), as normas inscritas no artigo 52 (que define o regime de indenização tarifada) e no artigo 56 (que estabelece o prazo decadencial de 3 meses para ajuizamento da ação de indenização por dano moral), ambos da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67). Hipótese de não-recepção. Doutrina. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. (AI 595.395/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

- grifou-se -.

E, conclui o Ministro Celso de Mello:

Entendo, bem por isso, que, em ocorrendo situação de conflito de liberdades ou de colisão de direitos, caberá, ao magistrado, em ordem a superar o antagonismo existente, valer-se do método da ponderação concreta de valores, tal como expus, amplamente, no voto que venho de proferir.¹⁵⁷

Em suma, o suso mencionado jurista defende a contenção da liberdade de imprensa, como no exemplo do seu julgado, devendo o magistrado resolver a colisão pelo método da ponderação concreta de valores.

Após essa manifestação, por ocasião do julgamento, interveio o Ministro Carlos Ayres de Britto, em tom de repreensão, para afirmar diretamente ao Ministro Celso de Mello que seria descabida a ponderação, pois

¹⁵⁷. BRASIL. STF. Tribunal Pleno. ADPF n. 130-7/ DF. Relator Min. Carlos Ayres Brito. Brasília – DF. Publicação: Ementário nº 2381 e DJU n. 208, em 06/11/2009.

no seu pensar a Constituição Federal teria expressamente manifestado seu privilégio pela liberdade de imprensa, em desprestígio dos direitos da personalidade. Nas suas palavras...

Ministro Celso de Mello, por um dever de honestidade intelectual, pelo que percebo estamos dissentindo, por entender que essa ponderação diante de uma colisão entre direitos de personalidade a Constituição já fez em favor da liberdade de imprensa. E Vossa Excelência remete o juízo de ponderação para o Poder Judiciário.

A controvérsia é permanente ao longo do julgamento, percebendo-se que o reconhecimento da inconstitucionalidade foi tardia e conturbada. São conhecidos julgados dissonantes anteriores, onde o próprio STF declarara constitucional dispositivos da lei de imprensa agora acoimados do vício da inconstitucionalidade.

Mais emblemático ainda é saber que o mesmo Relator do processo, o Ministro Carlos Ayres de Brito, chegou a votar em caso anterior concedendo Habeas Corpus para declarar a absolvição de um acusado, valendo-se de argumento da lei de imprensa. No julgamento do famoso Habeas Corpus 82.424/RS¹⁵⁸, envolvendo o editor gaúcho Siegfried Ellwanger, autor de

¹⁵⁸ O acórdão que julgou meritoriamente a questão posta restou assim ementado: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estígmata que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer

escritos estimulando o anti-semitismo, o Ministro ao votar favorável pela concessão da ordem, fundamentou o seu voto justamente na Lei de Imprensa, que agora absolutamente abjeta.

discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

(...)

Decisão: O Tribunal, por maioria, indeferiu o habeas-corpus, vencidos os Senhores Ministros Moreira Alves, Relator, e Marco Aurélio, que concediam a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do delito, e o Senhor Ministro Carlos Britto, que a concedia, ex-officio, para absolver o paciente por falta de tipicidade de conduta. Redigirá o acórdão o Presidente, o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Não votou o Senhor Ministro Joaquim Barbosa por suceder ao Senhor Ministro Moreira Alves que proferira voto anteriormente.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC n. 82.424/RS. Relator(a): Relator para acórdão Min. Maurício Corrêa. Brasília – DF, 17 de setembro de 2003. Publicação: DJ 19.03.2004)

Encontra-se na página 842 do acórdão, a seguinte passagem do voto do Ministro Carlos Ayres de Brito:

Esse respaldo jurídico também decorre da "Lei de Imprensa" (Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967), conforme a seguinte expressão vocabular:

"Art. 27. Não constituem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação:

I - a opinião desfavorável da crítica literária, artística, científica ou desportiva, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

(...)

IX - a exposição de doutrina ou idéia."

Sob o signo da vigência plena do artigo 27 da Lei de Imprensa, o Ministro Carlos Ayres Brito votou favorável à concessão do *habeas*. E mais: no seu voto, e ainda na mesma página, buscou respaldo até mesmo na famigerada "Lei de Segurança Nacional".

Apenas para conhecimento histórico, para enfatizar essa perplexidade científica, e pontuar a inconsistência ideológica e jurídica do Ministro Carlos Ayres de Brito, volta-se à citada página 842 do HC 82.424/RS:

100. O mesmo calço jurídico-positivo ainda se vê no corpo da chamada "Lei de Segurança Nacional", cujo art. 22, § 3º, assim dispõe:

'Art. 22. Fazer, em público, propaganda:

(...)

§3º- Não constitui propaganda criminosa a exposição, a crítica ou o debate de quaisquer doutrinas."

Veja-se que o mesmo Ministro Relator, defensor ferrenho da inconstitucionalidade de agora da chamada "Lei de Imprensa", foi guardião do argumento da sua conformação ao texto constitucional, valendo-se inclusive dos seus preceitos (art. 27) quando do julgamento do HC 82.424/RS. Isto dando um exemplo mais antigo...

É de se invocar exemplos mais recentes. Se a Lei de Imprensa é inconstitucional e os artigos 20 a 22 idem, porque não foi esse o entendimento dado pelo mesmo Ministro Relator quando do julgamento do Inquérito 2.036-2-

Pará?¹⁵⁹ Nesse processo, o Ministro Ayres Britto admite a queixa formalizada pelo então prefeito do Município de Belém, Edmilson Brito Rodrigues, contra o deputado Wladimir Afonso da Costa Rabelo, imputando a este as penalidades dos artigos 21 e 22 da Lei de Imprensa, consistente nos delitos de difamação e injúria. Admitida a queixa, qual será agora a solução a ser dada a este processo quando do julgamento do mérito? É que, lembremo-nos, a declaração de inconstitucionalidade posterior tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

¹⁵⁹ Para fixar a posição controvertida do Ministro Carlos Ayres de Britto, neste Inquérito ele aceita a Queixa-Crime fazendo referencia expressa, na admissão da querela, aos termos dos artigos 20 a 22 da Lei de Imprensa. Para conhecimento, eis o acórdão:

“EMENTA: QUEIXA-CRIME AJUIZADA POR PREFEITO CONTRA PARLAMENTAR, POR INFRAÇÃO AOS ARTS 20, 21 E 22 DA LEI DE IMPRENSA. DELITOS QUE TERIAM SIDO PRATICADOS POR MEIO DE DECLARAÇÕES FEITAS EM PROGRAMA DE TELEVISÃO APRESENTADO PELO ACUSADO. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INVIOABILIDADE E SUA CUMULAÇÃO COM AS PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE DO QUERELANTE, DEFICIÊNCIA NA PROCURAÇÃO E FALTA DE JUSTA CAUSA POR INEXISTÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO VOLTADO À ATINGIR A HONRA DA VÍTIMA. SUBSUNÇÃO DOS FATOS À CONDUTA TÍPICA DESCRITA NA INICIAL ACUSATÓRIA. A inviolabilidade (imunidade material) não se restringe ao âmbito espacial da Casa a que pertence o parlamentar, acompanhando-o muro a fora ou externa corporis, mas com uma ressalva: sua atuação tem que se enquadrar nos marcos de um comportamento que se constitua em expressão do múnus parlamentar, ou num prolongamento natural desse mister. Assim, não pode ser um predicamento intuitu personae, mas rigorosamente intuitu functionae, alojando-se no campo mais estreito, determinável e formal das relações institucionais públicas, seja diretamente, seja por natural desdobramento; e nunca nas inumeráveis e abertas e coloquiais interações que permeiam o dia-a-dia da sociedade civil. No caso, ficou evidenciado que o acusado agiu exclusivamente na condição de jornalista -- como produtor e apresentador do programa de televisão --, sem que de suas declarações pudesse se extrair qualquer relação com o seu mandato parlamentar. Pacífica a jurisprudência de que "a admissão da ação penal pública, quando se trata de ofensa por causa do ofício, há de ser entendida como alternativa a disposição do ofendido, e não como privação do seu direito de queixa (CF, art. 5, X)" (HC 71.845, Rel. Min. Francisco Rezek). Ainda mais, constata-se o transcurso do prazo decimal (art. 40, § 1º, da Lei nº 5.250/67) e quinzenal (art. 46 do CPP), sem que e tenha havido atuação por parte do Ministério Público, o que autoriza a propositura da ação subsidiária da pública, pelo ofendido (cf. AO 191, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio). Procuração que preenche satisfatoriamente as exigências legais, sendo perfeitamente válida, na medida em que contém os elementos necessários para o oferecimento da ação penal e cumpre a finalidade a que visa a norma jurídico-positiva; qual seja, fixar eventual responsabilidade por denúncia caluniosa no exercício do direito de queixa. A inexistência de dolo específico é questão que deve situar-se no âmbito da instrução probatória, por não comportar segura ou precisa análise nesta fase processual, que é de formulação de um simples juízo de delibação. Caso em que as condutas em foco se amoldam, em tese, aos delitos invocados na peça acusatória, sendo que a defesa apresentada pelo querelado não permite concluir, de modo robusto ou para além de toda dúvida razoável, pela improcedência da acusação. Na realidade, muitas das declarações imputadas ao querelado, se verdadeiras, ultrapassariam mesmo os limites da liberdade de comunicação jornalística, pois revestidas de potencialidade para lesionar por forma direta as honras objetiva e subjetiva do querelado. Quanto ao crime de calúnia, é manifesta a atipicidade do fato, porquanto não houve, por parte do querelado, imputação precisa de um caracterizado e já praticado delito pelo ora querelante. Inicial acusatória parcialmente recebida, para instauração de processo penal contra o querelado pelos crimes de difamação e injúria contra funcionário público no exercício de suas funções.” (BRASIL. STF. Tribunal Pleno. Inq. 2036-2. Rel. Min. Carlos Ayres de Britto. Julgamento: 23 de junho de 2004. Publicação DJ 22.10.2004, RTJ VOL 00192-02 PP-00555)

Sobre estes efeitos, precisa é a dicção temática de Edilson Pereira Nobre Júnior:

Conforme o §3º do art. 10, a decisão terá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante relativamente aos órgãos do Poder Público. Enquanto a primeira implica no alijamento da lei do sistema jurídico, o segundo, além de evitar a reiteração da conduta indevida, retrata a obrigação dos órgãos administrativos, legislativos e judiciais, de, no futuro, modelarem sua atuação em casos idênticos de conformidade com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁶⁰

Situação ainda mais teratológica vivenciou o Jornal do Brasil. Em acórdão datado de 28 de novembro de 2006 (Recurso Extraordinário nº 447.584-7 – Rio de Janeiro161), em que foi relator o Ministro Cezar Peluso, decidiu o Supremo Tribunal Federal em negar a existência de limites legais à indenização por danos morais, para condenar o órgão de imprensa a pagar ao ex-deputado José Paulo Bisol a quantia de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). Disse o STF que a publicação de notícia inverídica ofensiva à honra e à boa fama ensejava o *quantum* reparatório. O fundamento jurídico suscitado foi a Lei nº 5.250/67.

Poderiam ser citadas outras dezenas de decisões dúbias e demonstradoras de uma inconsistência metódica na hermenêutica constitucional.¹⁶²

¹⁶⁰ *Direitos Fundamentais e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, p. 116.

¹⁶¹ “EMENTA: INDENIZAÇÃO. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da lei 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, caput e § 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido. Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente. Decisão: A Turma, por votação unânime, conheceu do recurso extraordinário, mas lhe negou provimento, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo recorrido, o Dr. Carlos Henrique de Carvalho Fróes. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.” (BRASIL. STF. 2ª T. RE 447584/RJ. Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília-DF, 28 de novembro de 2006. Publicação:16.03.2007).

¹⁶² O Supremo Tribunal Federal, no mês de outubro do ano de 2007, condenou o Deputado Federal Wladimir Afonso da Costa Rabelo com base nos artigos 20 a 22 da Lei de Imprensa. Dois meses após, o mesmo STF declararia essa lei inconstitucional. O acórdão tem os seguintes termos:

“EMENTA: QUEIXA-CRIME AJUIZADA POR EX-SENADOR DA REPÚBLICA CONTRA DEPUTADO FEDERAL, POR INFRAÇÃO AOS ARTS. 20, 21 E 22 DA LEI DE IMPRENSA. DELITOS QUE TERIAM SIDO PRATICADOS POR MEIO DE DECLARAÇÕES FEITAS EM PROGRAMA DE TELEVISÃO APRESENTADO PELO QUERELADO. ALEGAÇÃO DE

Demonstração maior de despreparo jurídico sobre a discussão travada no Supremo Tribunal Federal sobressai dos votos dos Senhores ministros. Alguns, após dizerem que a liberdade de imprensa seria insuscetível de regulação por lei ordinária, por conta da expressão “plena”, e o texto constitucional não conter reserva legal, pronunciam-se pela necessidade de regulamentação do direito de resposta, assegurado também na letra da Constituição.

Mais risível é a posição do parlamentar Miro Teixeira, autor da ADPF. Sendo ele mentor da idéia da plenitude da liberdade de imprensa, e defensor intransigente do seu exercício sem amarras, atendendo a interesses inconfessáveis da Associação Nacional de Jornais (ANJ), apresentou projeto de lei propondo justamente a regulação da liberdade de imprensa. Seria compreensível, de um jurista, essa oscilação comportamental?

Também é de ser antevisto que, pelos efeitos que são inerentes às decisões definitivas de ADPF's (*erga omnes* e vinculante), o ato normativo expurgado não pode ser reeditado.

IMUNIDADE PARLAMENTAR (ART. 53 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): IMPROCEDÊNCIA. PRELIMINARES DE DEFICIÊNCIA NA PROCURAÇÃO E DE OCORRÊNCIA DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE AÇÃO: AFASTAMENTO. SUBSUNÇÃO DOS FATOS À CONDUTA TÍPICA DESCRITA NA INICIAL ACUSATÓRIA: QUEIXA-CRIME PARCIALMENTE RECEBIDA. 1. As afirmações tidas como ofensivas pelo Querelante não foram feitas em razão do exercício do mandato parlamentar: hipótese em que o Querelado não está imune à persecução penal (imunidade material do art. 53 da Constituição da República). 2. Procuração que atende às exigências do art. 44 do Código de Processo Penal, contendo as datas em que as ofensas foram proferidas, os trechos pertinentes e a sua finalidade específica. 3. Decadência do direito de ação relativamente aos fatos ocorridos nos dias 5 e 12 de maio de 2006. Queixa-crime a ser recebida quanto ao fato ocorrido no dia 17 de maio. 4. Há, na inicial acusatória, prova mínima da autoria e da materialidade dos delitos de injúria e difamação (arts. 21 e 22 da Lei n. 5.250/67), pelo que deve a queixa-crime ser recebida. Atipicidade do fato quanto ao crime de calúnia, por não ter o Querelado atribuído "... ao Querelante fato específico e determinado que tipificasse infração penal, o que afasta, de pronto, o crime de calúnia". Precedente. 5. Preliminares rejeitadas e queixa-crime parcialmente recebida, para instauração de processo penal contra o Querelado pelos crimes de difamação e injúria praticados contra o Querelante. Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, rejeitou as preliminares e, no mérito, recebeu, em parte, a queixa-crime. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito. Falou pelo querelado o Dr. André Luiz Eiró do Nascimento. Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie. (BRASIL. STF. Tribunal Pleno. Inq. 2390. Rel. Min. Carmem Lúcia. Brasília/DF, 15 de outubro de 2007. Publicação: DJe-152, em 30.11.2007)

O efeito mais importante do efeito vinculante nas decisões em ADPF's é justamente a proibição, a obstrução, da reedição do ato normativo declarado inconstitucional.

Conseqüentemente, quando se trata da arguição de descumprimento de preceito fundamental, equivale dizer que não há mais possibilidade de reedição do ato normativo com igual conteúdo daquele que deu origem à ela, pois se presume antecipadamente a sua inconstitucionalidade. Por ser assim, face os efeitos vinculantes e *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade, seria despropositual e inadequado o projeto de lei apresentado pelo Deputado Miro Teixeira visando nova regulamentação justamente de uma lei de imprensa, quando foi dito que a liberdade dessa espécie seria insuscetível de regulação.

4. DIREITO À PRIVACIDADE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

4.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE - VISÃO HISTÓRICA E AS SUAS DIFERENTES CONCEPÇÕES

Existem divergências doutrinárias quanto a origem do vocábulo "personalidade". Ora se diz que deriva do latim *persona* (*per* + *sona*), ora aludem certos doutrinadores que sua origem provém do etrusco "*phersu*". O fato é que, para a maioria, o termo "personalidade" advém do latim *persona*, usualmente empregada na linguagem teatral romana, significando *máscara*.

Um escrito de José Cretella Júnior bem demonstra essa discussão:

O vocábulo romano *persona* deriva do etrusco 'Phersu'. Não é derivado de *per* + *sonare*, soar através de, como se pensou outrora (Aulo Gélío, Noites Atiças, 5, 7). *Persona* é a máscara de teatro, com um orifício para aumentar a voz.¹⁶³

O senso comum, porém, é de que *persona* faz alusão aos atores da Roma antiga, que, mediante espetáculo, impunham sobre a face a especial

¹⁶³ *Curso de direito romano*, p. 83.

“máscara de teatro” (para eles, simplesmente *persona*), a qual era dotada de um orifício destinado a aumentar a voz, conferindo eco às palavras. No decorrer do lapso temporal, o vocábulo sofreu relevantes transformações no sentido, chegando a significar não mais a máscara que representava um personagem, mas agora o próprio indivíduo, a *pessoa* que atuava.

Na antiguidade romana, a personalidade era concedida aos seres humanos somente mediante o preenchimento de duas circunstâncias indispensáveis: a primeira delas consistia no *nascimento perfeito do indivíduo*, enquanto que a outra, de cunho civil, compreendia o *status*. Acerca disso, explica José Cretella Júnior:

Nascimento perfeito é o nascimento idôneo para gerar consequências jurídicas, devendo para isso reunir 3 requisitos: nascimento com vida, revestir forma humana e apresentar viabilidade fetal, isto é, perfeição orgânica suficiente para continuar a viver. Status é a qualidade em virtude da qual o romano tem direitos: é a condição civil de capacidade. Status e caput são sinônimos em direito romano.¹⁶⁴

De maneira simplificada, no direito romano para a detenção da personalidade era necessário, basicamente, ser livre e ser cidadão de Roma. O indivíduo que não atingisse a plenitude desses dois elementos não era dotado de personalidade.

Não há consenso doutrinário a respeito da origem histórica dos direitos da personalidade. Para alguns, foi na Idade Média que o homem, cultuando a espiritualidade por meio de uma busca interior, tomou consciência da personalidade e necessidade de sua tutela. Há quem situe a gênese de tais direitos na antiguidade com as *dike kakegorias*, na Grécia, e a *actio injuriarum*, em Roma.

A consciência ôntica e ética do homem como personalidade é algo desconhecido no mundo antigo greco-romano. A antiguidade, e sobretudo os gregos, via a essência do homem no que poderíamos chamar de *humanitas*, vale dizer, no ser político, no viver politicamente. O sentimento que envolve a personalidade e a estima de seu valor moral, a consciência que o homem

¹⁶⁴ _____, p. 85

ocidental tem acerca de seu próprio ser como um fim em si mesmo, como um centro autônomo de intimidade e de vida, foi algo ignorado pelo homem antigo.

De acordo com a dissolução da escala temporal, as relações sociais intersubjetivas cada vez mais se intensificaram, e a necessidade de reconhecimento legal de alguns direitos que são fundamentais ao homem cresceu de maneira vertiginosa.

A convivência em sociedade fez do ser humano, necessariamente, um sujeito apto a estabelecer relações de direitos e deveres diversos, o que o tornou essencialmente sujeito social, promovente e passivo de relações jurídicas. Somente dessa forma tem sido possível conviver harmoniosamente em sociedade. Tal fato, contudo, exigiu a necessidade de edificação e concretização de um ordenamento jurídico que pudesse estabelecer e reger essas relações intersubjetivas. Destacava nesse propósito Miguel Reale:

O ordenamento jurídico destina-se a reger as relações sociais entre indivíduos e grupos. As pessoas, às quais as regras jurídicas se destinam, chamam-se sujeitos de direito, que podem ser tanto uma pessoa natural ou física quanto uma pessoa jurídica, que é um ente coletivo.¹⁶⁵

Existem, deve-se dizer, certos direitos, sem os quais a personalidade seria apenas uma situação completamente insatisfeita, esvaziada de qualquer valor concreto; direitos, sem os quais todos os demais direitos subjetivos perderiam qualquer interesse para o indivíduo, a ponto de se poder dizer que, se estes direitos não existissem, a pessoa não poderia entender-se como tal. São estes os chamados 'direitos essenciais', com os quais identificam-se justamente os direitos da personalidade. A denominação de direitos da personalidade é reservada aos direitos essenciais, justificando-se através da consideração de que estes se constituem o núcleo mais profundo da personalidade.

É crível que o reconhecimento dos direitos da personalidade sofreu influência especial do cristianismo e sua idéia de dignidade do homem. No plano filosófico, da Escola de Direito Natural, com a sua conhecida concepção

¹⁶⁵ *Lições Preliminares de Direito*, p. 223.

de direitos naturais do homem, anteriores ao Estado, e dos filósofos do iluminismo, que procuraram estabelecer e impor limites de atuação do Estado em relação aos indivíduos.

Embora carente de coercibilidade, foi justamente a declaração francesa de 1789 que inaugurou o processo de reconhecimento formal e sistematização dos direitos da personalidade. Foi, sem dúvida, no direito público que, inicialmente, os direitos da personalidade foram reconhecidos para, depois, ingressarem timidamente nos códigos civis, especialmente a partir do Século XX. Foi, também, na mesma época que se iniciou o esforço doutrinário que procurava diferenciar os direitos da personalidade dos direitos do homem.

O Código Civil Napoleônico de 1804, que exerceu notável influência no direito privado de países que adotam o *civil law*, aludiu apenas de forma confusa e indireta no artigo 166 a respeito dos direitos da personalidade.

Breves referências foram feitas pelo código austríaco de 1810 e, também, pelo código português, de 1867. No código civil alemão (BGB, de 1896), houve reconhecimento do direito ao nome e a previsão do dever de indenizar o atentado contra a pessoa. O código suíço de 1907 também contemplou o direito ao nome e a obrigação de indenização em face do atentado contra a pessoa. Disciplina mais densa é encontrada no código civil italiano de 1942 (artigos 5º a 10).

O Código Civil brasileiro de 1916, influenciado pelo pensar dominante do século XIX, não cuidou dos direitos da personalidade.

O mais correto é afirmar que a sistematização e a definição dos direitos da personalidade, como categoria própria e atributos comuns, decorrem de elaboração do Século XX, embora algumas de suas manifestações sejam encontradas em tempos remotos, com proteção limitada.

Durante o século XX, observam-se as mudanças que causaram o desenvolvimento dos direitos da personalidade, em uma sociedade que se tornava mais complexa e cujas relações privadas já não poderiam mais se valer de um sistema no qual a propriedade era a medida de todas as coisas. O

direito assume efetivamente seu papel de mediador de interesses em situações que, em épocas anteriores, eram resolvidos em outras instâncias, tais quais a família ou então autoridades políticas ou religiosas, e passa a enfrentar o problema da desigualdade social decorrente do primado da igualdade formal.

A passos cautelosos, o BGB alemão, que entrou em vigor em 1900, era um código que rompia em muitos pontos com a tradição do *Code Napoléon*, sem, no entanto fazer aceno direto aos direitos da personalidade.

Uma renovação conceitual era necessária, e um de seus resultados foi justamente a elaboração da categoria dos direitos da personalidade. A Constituição de Weimar, de 1919, foi decisiva para esta mudança de perspectiva. Foi ela a primeira das chamadas “longas constituições”. Ciente de sua posição no vértice normativo e forjada neste espírito, nela foram referidos os institutos-chave do direito civil, como a família, a propriedade e o contrato. É impossível deixar de notar um “ofuscamento de fronteiras” entre o direito público e privado. Além disso, elaborada na atmosfera do que foi chamado de “socialismo democrático”, esta Constituição propunha uma mudança metodológica que teria grande impacto na tutela da pessoa humana: os direitos pessoais deveriam ser efetivamente aplicados nas situações concretas em que está em jogo a personalidade, um discurso que posteriormente veio a influenciar a ciência jurídica.

Neste contexto, e em especial no pós-guerra, os direitos da personalidade começaram a exibir o perfil que portam atualmente. Grande parte da doutrina identificava nestes direitos o meio de tutela de um mínimo essencial, a salvaguarda de um espaço privado que proporcionasse condições ao pleno desenvolvimento da pessoa, um “mínimo, que crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver a sua personalidade.

Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa

humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos.¹⁶⁶

No que respeita à pueril construção teórica dos direitos da personalidade, sobreleva, entre os autores, a discussão a respeito do pouco tempo que intermedeia o seu surgimento e sua configuração atual. O escasso lapso temporal ainda não teria sido suficiente para produzir o necessário amadurecimento doutrinário capaz de superar as divergências que subsistem, de que são exemplos a fonte de onde provêm, sua natureza jurídica e extensão.

Inobstante toda a agitação que envolve o tema, é possível identificar elaborações teóricas básicas, definidoras de alguns contornos atinentes aos direitos da personalidade e conquistadas pela evolução doutrinária que se produziu com o pensamento juscientífico. Um desses contornos fixados pelas teorias recém processadas refere-se ao conceito de tais direitos. Assim, direitos da personalidade são aqueles que conferem às pessoas o poder de proteger as características mais relevantes de sua personalidade e, sem os quais, esta se tornaria algo insuscetível de realização, tendo sua existência impossibilitada; são direitos subjetivos, cujo conteúdo se identifica com os valores e bens essenciais da pessoa humana, abrangendo aspectos morais, intelectuais e físicos.

Afastam-se dos direitos patrimoniais, e existem a par destes, exatamente por serem despidos de conotação econômica intrínseca.

Quanto à natureza jurídica dos direitos da personalidade, são eles enquadrados, pela doutrina, na categoria dogmática dos direitos subjetivos, muito embora recebam um tratamento jurídico especial e preeminente se confrontados com os demais direitos da mesma categoria. Esta diferenciação se dá, principalmente, em virtude do objeto que visam proteger – os valores e bens essenciais inerentes ao ser humano – do que decorre uma tutela jurídica

¹⁶⁶ Cf. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 11a. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.130.

de natureza dúplice, integrada pelos níveis constitucional e de legislação ordinária, conseqüentemente permeada por diversas esferas do direito positivo.

A generalidade dos direitos da personalidade resulta de que o único pré-requisito para titularizá-los é o fato de ser pessoa humana, sendo, portanto, conferidos a todos. São absolutos porque possuem oponibilidade *erga omnes* (contra todos), impondo à coletividade, e não somente a algumas pessoas, que os respeitem. Os direitos da personalidade são, igualmente, extrapatrimoniais, em virtude de que não estão sujeitos a qualquer avaliação econômica, muito embora de sua violação possa advir efeitos pecuniários. Irrenunciáveis, pois não é consentido ao seu titular abdicar deles, ainda que tal pretensão tenha, eventualmente, o fim de promover a manutenção de sua subsistência (a do sujeito). Sua intransmissibilidade significa que não podem ser alheados por ato entre vivos, tanto gratuito como oneroso, e que, por serem de natureza personalíssima, exaurem-se com a morte de seu titular; há, porém, entendimento segundo o qual alguns direitos e interesses respeitantes à personalidade subsistem *post mortem*, dando ocasião a que sejam transmissíveis por sucessão *causa mortis*. Por fim, os direitos da personalidade são também imprescritíveis porque, primeiro, ainda que o titular se abstenha de exercê-los durante um longo período, poderá sempre utilizá-los; segundo, porque a pretensão ressarcitória não se extingue em virtude da convalescença de eventual lesão a tais direitos.

Ao fazer uma breve análise da historicidade dos direitos da personalidade, depara-se o pesquisador com a recentidade da deferência da pessoa humana, pelos ordenamentos jurídicos, como um valor ubíquo, cuja reconhecimento foi diretamente impulsionada pela doutrina cristã – que vislumbrava o ser humano como um sujeito favorecido com o dote do livre-arbítrio e proeminente em relação à coletividade social – bem como pelas declarações de direitos do final do século XVIII. Estas, aliás, compreendiam prerrogativas jurídicas atribuídas ao indivíduo que, em princípio, tinham por incumbência tutelá-lo face ao ente estatal e, posteriormente, fundamentar a economia que evolvia sob o leme do estamento burguês, garantindo-se a todos, por exemplo, a liberdade e o direito à propriedade privada.

Em verdade, a consagração legislativa dos direitos da pessoa humana se deu, primeiramente, na esfera pública, em que se buscava a proteção do indivíduo por meio do estabelecimento de garantias frente ao Estado.

Diversos diplomas textuais marcaram a evolução desses direitos, dentre os quais merece destaque o *Bill of Rights* (1689), a Declaração da Virgínia (1776), vindo mais tarde a consolidar-se com as dez primeiras emendas à Constituição Americana (1791).

Tem-se também, nesse sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, aprovada com a Revolução Francesa, que, também em seu artigo 8º, rezava:

*La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.*¹⁶⁷

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, no artigo 3º estabelece que *“Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne”*.¹⁶⁸

Esses textos evidenciaram, dentre outras, a preocupação do legislador em reconhecer direitos aos homens em uma esfera pública e política, agasalhando-o contra o absolutismo e o totalitarismo estatal.

Efetivamente, a atenção dessas declarações, em princípio, não estava direcionada para a proteção dos atributos da pessoa na seara do direito privado, inexistindo, mesmo, um sistema protetivo dos bens mais elevados do indivíduo, em face dos particulares, que transitasse além das fronteiras dos fatos típicos cunhados pelo direito penal.

Estas circunstâncias acabaram por assomar um ordenamento jurídico compartimentado pela incomunicabilidade dos direitos público e privado – conferindo destaque à renomada *summa divisio* entre esses “ramos da

¹⁶⁷ “Artigo 8º- A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

¹⁶⁸ “Artigo 3º - Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

juridicidade” – e indicaram um sistema jurídico dicotomizado por distintos espectros de proteção da pessoa humana: de um lado a tutela consagrada pelas liberdades públicas (exercidas contra o Estado) e pela admissão de uma igualdade formal, ambas conferidas por meio das declarações de direitos e pelas constituições da época; e, do outro lado, a sede das relações privadas, domínio em que reinava a autonomia privada e que subtraía do indivíduo qualquer proteção particularizada do ordenamento. Nesta fase da cultura jurídica, não se cogitava, ainda, a proteção da personalidade no âmbito do direito privado.

Muito embora alusões a essa categoria de direitos tenham sido feitas no século XIX, o desenvolvimento dos direitos da personalidade, verdadeiramente, teve lugar em meio às transformações ocorridas no núcleo da sociedade pós-secular, mais precisamente a partir de 1919 com a Constituição de Weimar, documento precursor-proponente de inovadora metodologia – consistente na veraz aplicabilidade dos direitos pessoais às reais circunstâncias em que se colocava em questão a personalidade humana – além de receptáculo dos institutos clássicos do direito civil, tais como o contrato, a propriedade e a família. A começar deste momento, os direitos da personalidade iniciaram o caminho rumo à conformação teleológico-estrutural de que hodiernamente dispõem, objetivando a salvaguarda da dignidade humana.

Foi, então, a partir da segunda metade do século XX, especialmente com o pós-guerra, que os direitos da personalidade lograram obter um maior desenvolvimento. Sobretudo por causa da célere evolução tecnológica e do conseqüente evoluir do consumismo, o ser humano passou a entabular relações privadas por meio das quais se tornou titular de inúmeras situações subjetivas que colocavam em risco seus atributos essenciais. Esse contexto fez repercutir uma grande preocupação com a tutela da pessoa na esfera do direito privado.

De acordo com as palavras de Karl Larenz:

A proteção da personalidade humana no seu âmbito próprio [...] foi avaliada em geral como insuficiente após a Segunda Guerra Mundial. Após a experiência da Ditadura, havia surgido uma sensibilidade

diante de toda forma de menosprezo da dignidade humana e da personalidade; ao mesmo tempo se percebeu que a possibilidade de realizar atos que representem um tal menosprezo, não somente por parte do Estado mas também por outras associações ou por pessoas privadas, tinham-se multiplicado, devido ao desenvolvimento da técnica moderna (por exemplo, fitas magnéticas, aparelhos de escuta, microcâmeras).¹⁶⁹

Assim, a conformação teórico-dogmática dos direitos da personalidade se desenvolveu à medida que o ser humano – devido à necessidade de tutela de seus bens essenciais – se tornou objeto de proteção não apenas por parte do direito público, face às ameaças perpetradas por um Estado totalitário ou absolutista aos seus direitos políticos e à sua integridade física, mas também no âmbito das relações privadas, por meio da técnica dos direitos subjetivos.

Verifica-se, dessa forma, que a teorização dos direitos da personalidade percorreu um *iter* dicotômico, em que, primeiramente no âmbito do direito público, ensejou a proteção de alguns atributos do ser humano contra os arbítrios do Estado. Mas, posteriormente, na esfera do direito privado, obteve amplo desenvolvimento, principalmente, com o fim de escudar os bens essenciais da pessoa diante das recentes ameaças representadas por novos centros de poder distintos do ente estatal, surgidos em razão da revolução tecnológica ocorrida após a segunda metade do século XX.

A quase totalidade dos autores faz distinção entre os direitos de personalidade e os chamados direitos do homem ou direitos humanos, identificando estes com as garantias constitucionais contra arbitrariedades do Estado e aqueles com os direitos fundamentais do homem nas relações com os seus semelhantes. Uns contam com a tutela pública dos direitos constitucional e penal e outros com a tutela própria dos direitos privados.

Os direitos privados destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos. Enquanto isso, os direitos da personalidade são os próprios direitos do homem encarados sob outra perspectiva. Como direitos do homem são direitos públicos, como direitos da personalidade são direitos

¹⁶⁹ *Tractado de Derecho Civil Alemán*. p. 86.

privados. Os direitos individuais são atribuídos, na esfera política, para proteger a personalidade contra o arbítrio do Estado, enquanto a esses mesmos direitos, esfera privada, se concede a proteção para resguardá-los de atentados a que está exposta pela ação inconsiderada de outro indivíduo. Quando, pois, a Lei Civil, o assegura, disciplinando-lhe os aspectos na órbita privada, não está a reproduzir disposições da Constituição, que o garante em outros termos. Mas, sem dúvida, a proteção dispensada no círculo do direito privado reafirma e completa a política de preservação da dignidade da pessoa humana.

Considera Limongi França¹⁷⁰ que a expressão direitos privados da personalidade apresenta, em certas circunstâncias, a vantagem de frisar o aspecto privado desses direitos, uma vez que, até a sua definição pelos juristas alemães, só se lhes reconhecia a tutela pública, através do direito constitucional e do direito penal.

Em obra específica sobre Direito à Intimidade, Edson Ferreira da Silva recorre a Alex Weill para afirmar como direitos públicos aqueles que resultam da qualidade de indivíduo, tais como o direito à vida, à liberdade, à honra, à liberdade de consciência, de palavra etc. e assevera que tais direitos são chamados públicos porque são exercidos nas relações entre os indivíduos e os agentes do Estado. Quando concernem às relações entre particulares constituem os direitos inerentes à personalidade e cabe ao direito civil sancionar toda e qualquer violação a esse respeito dos direitos de terceiro.¹⁷¹

Recorre ele às lições de Jean Carbonnier, especificando que existem certas prerrogativas reconhecidas a todo cidadão pelo simples fato da nascença, espécies de direitos do homem, contudo no plano do direito privado, por serem direitos do homem oponíveis a outros homens, pois a teoria civilista dos direitos fundamentais da pessoa humana abrange o campo das relações entre particulares.¹⁷²

¹⁷⁰ *Manual de Direito Civil*, p. 404.

¹⁷¹ *Direito à Intimidade*, p. 16.

¹⁷² _____, p. 16.

É este um posicionamento unânime da doutrina, que faz tal distinção entre os chamados direitos humanos (aspecto público) e os direitos da personalidade (aspecto privado).

É inegável que todos os direitos subjetivos são oponíveis também contra o Estado e que sob esse aspecto não teria sentido a distinção que se faz entre direitos humanos e direitos privados da personalidade.

Existem ainda outras concepções jurídicas que merecem menção neste trabalho....

Há, em doutrina, basicamente duas correntes teóricas opostas que procuram conferir legitimidade aos direitos ínsitos à pessoa humana de acordo com a fonte de onde promanam. Trata-se das correntes positivistas e jusnaturalistas.

Traços nítidos das teses antitéticas podem ser vislumbrados quando se reporta aos conceitos dos direitos da personalidade. Destarte, quando são definidos, por exemplo, como “direitos inatos ao homem, que se relacionam com atributos inerentes à condição de pessoa humana”, identifica-se, nestas palavras, a influência do pensamento jusnaturalista. Por outro lado, quando são conceituados como “direitos subjetivos, reconhecidos ao homem pelo ente estatal para a defesa das qualidades mais importantes da sua personalidade”, nota-se o influxo do ideal positivista.

Com efeito, afirmam os naturalistas que tais direitos existem aprioristicamente, antes do direito positivo, sendo endêmicos, ou inatos, ao próprio homem, bem como derivados da consciência social. Apóiam-se os defensores desta corrente em fontes metalegislativas. O papel do Estado é apenas reconhecê-los formalmente, através de consagração legislativa, isto é, positivando-os, o que, entretanto, não lhes subtrai a legitimação e a força jurídica caso não venha a ocorrer. Em outras palavras, os direitos que tutelam os valores essenciais do homem possuem juridicidade independente da norma positiva, pois já existiam anteriormente a ela.

Assim, conforme esta tese doutrinária, o fundamento de legitimidade remoto, ou primeiro, dos direitos da personalidade está no direito natural,

enquanto seu fundamento próximo reside no direito positivo ou nas conclusões a que chega a ciência do direito.

Já os autores positivistas dizem que os direitos da personalidade são apenas aqueles que adquirem pujança jurídica por meio do reconhecimento concedido pelo Estado. Os direitos da pessoa humana não são meramente inatos, mas decorrem do ordenamento positivo. Podem até ser considerados inatos, mas não no exato sentido adotado pelos naturalistas, que pugnam por um conjunto de direitos cuja base de legitimidade assenta puramente em fatores éticos, religiosos, ideológicos e políticos, prescindindo do dado normativo. São inatos, de acordo com a teorização positivista, no sentido de nascerem com o ser humano, resultando em que todos partilham da mesma situação jurídico-existencial. Necessitam, todavia, para obter proteção legal, de que a norma jurídica os reconheça formalmente. Importante frisar que ambas as concepções fornecem argumentos bastante convincentes para fundamentar suas teses.

Aduzem os jusnaturalistas que o fato de circunscrever os direitos da personalidade ao ordenamento positivo importa apenas em limitar o Direito à norma positiva, que, embora seja sua principal forma de exteriorização, não o compreende em sua integralidade. Não se pode desprezar o papel das outras fontes de direito, tais como a jurisprudência e os costumes. Ademais, adotando-se este posicionamento, identificar-se-ia o Estado como o único a definir direitos quando, verdadeiramente, deve o ente estatal reconhecer as prerrogativas que são reveladas pelo direito natural e pela consciência popular.

Enfim, há que se conferir reconhecimento à supralegalidade dos direitos da personalidade. Os positivistas, por sua vez, defendem que a concepção jusnaturalista carece de fundamentação nos dias atuais, não sendo justificável senão historicamente, já que sua conformação genética esteve vinculada à tutela da pessoa humana em face do poder dos estados totalitários, o que demandava conceber direitos inatos impassíveis de serem vulnerabilizados por arbitrariedades legislativas. Asseveram, outrossim, que o fundamento único da proteção da personalidade é o ordenamento positivo. As fontes metajurídicas ou supralegislativas não podem ser alçadas a fonte dos direitos da

personalidade. Assim, a ética, a religião, a política, a consciência popular, não se constituem nascentes de onde provêm tais direitos. Isto porque, se o fossem, e se, conforme os jusnaturalistas, o papel do Estado fosse o de reconhecer os direitos inatos do homem desvelados, dentre outras, pela vontade popular, como se justificaria que, exatamente com assento nos valores inspirados por essas fontes supralegislativas – a religião, a política, a ética – vários Estados procederam ao sacrifício de incontáveis agrupamentos de seres humanos ao longo da história?

Ademais, questionam os positivistas a verdadeira possibilidade de precisar quais são os direitos inatos ao homem, ditados pela consciência coletiva, pois que esta é também um dado historicamente condicionado, ou seja, dotado de variabilidade temporal e geográfica. Impossível, portanto, não observar a diversidade de concepções existentes nos países de religião cristã e muçulmana. Naqueles em que esta predomina, harmoniza-se, perfeitamente, com a consciência social a prática da mutilação genital de crianças do sexo feminino, com a finalidade de protegê-las, futuramente, contra os males de um desejo sexual desmedido. Haveria o Estado de reconhecer tal prática por ser ela ditame derivado da consciência coletiva?

Na esteira deste embate travado entre as duas escolas referenciadas, constatam-se outras controvérsias doutrinárias pertinentes aos direitos da personalidade. Uma delas se refere à técnica a ser utilizada para viabilizar a introdução dos direitos da personalidade no ordenamento civil. Indaga-se a respeito da forma mais adequada de se tutelar os bens humanos extrapatrimoniais mais relevantes.

Distinguem-se, então, duas correntes teóricas. Uma, teoria monista, que defende o reconhecimento de um direito geral de personalidade, por meio de que a proteção da pessoa humana seria obtida através de uma regra geral que envolvesse todas as hipóteses em que valores essenciais ao ser humano fossem colocados sob ameaça; haveria um único direito, sem conteúdo pré-estabelecido, oposto à específica previsão de um *fattispecie* pela norma. A pessoa humana exprime um valor único, unitário, que não se harmoniza com a divisão dos seus aspectos mais relevantes e essenciais em múltiplos

interesses. Portanto, as plúrimas normas difundidas pelo ordenamento não representam direitos autônomos; antes, constituem a previsão e a disciplina de características particulares da personalidade humana que integram um direito único e geral, o direito geral de personalidade.

A outra corrente teórica identifica-se com a concepção dita pluralista, ou atomística, que, por sua vez, subdivide-se em duas, sendo que uma vertente teórica pugna pela tipificação das prerrogativas jurídicas personalíssimas e a outra defende uma pluralidade de direitos indeterminados.

A grande refrega se estabelece no âmbito da corrente pluralista, digladiando-se com maior pungência os partidários de suas duas derivações. Questiona-se, assim, na doutrina atual, se haveria um número determinado de direitos da personalidade (se são típicos) ou se tais direitos são previstos a *numerus apertus* (atípicos), sendo seu rol normativo apenas exemplificante. Os que defendem a tipificação dos referidos direitos afirmam que só merecem tutela aqueles expressamente mencionados no texto legal, o que importa dizer, ao mesmo tempo, que restaria sem proteção aspecto inerente à pessoa humana que, injustamente, sofresse violação, vez que não goza de explícita previsão normativa. Todavia, os defensores da outra vertente (atípica) argumentam, sinteticamente, que os direitos da personalidade não podem ser reduzidos às hipóteses previstas em lei porque diversos são os interesses e bens mais elevados do ser humano, muitos dos quais sem previsibilidade legal; em virtude desta diversidade, requerem sejam tutelados por diferentes direitos, ainda que não expressamente previstos.

A verdade é que, em datas contemporâneas, as duas elaborações teóricas – monista e pluralista – mostram-se extremamente insatisfatórias. Certamente, constituiria verdadeira insensatez denegar a enorme valia representada por essas orientações doutrinárias ao contribuírem, em tempos pretéritos, para o alargamento da proteção à personalidade humana. Conforme já mencionado acima, a tutela dos bens personalíssimos, antes circunscrita ao direito público e, conseqüentemente, escudando o súdito nas relações que estabelecia com o Estado, foi estendida ao âmbito do direito privado graças,

fundamentalmente, a essas construções teóricas, cuja característica marcante é visualizar a personalidade humana como um direito.

Há uma insuficiência definitória dessas teorias. E isto ocorre, sobretudo, em razão do constante e complexo evoluir que caracteriza as relações sociais, cada vez mais condicionadas por um desenvolvimento tecnológico sobremodo célere e insuscetível de prognose e que coloca em risco atributos essenciais da pessoa humana; bem como em virtude da tábua axiológica insculpida no ordenamento jurídico brasileiro, o qual posicionou a pessoa humana em seu vértice.

O indeclinável argumento nesse pulsar da evolução histórica é que, o reconhecimento dos direitos da personalidade como direitos autônomos, de que todo indivíduo é titular, generalizou-se após a Segunda Guerra Mundial e a doutrina descreve-os hoje como emanações da própria dignidade humana, funcionando como “*atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano*”.¹⁷³

Maria Helena Diniz, baseando-se nos ensinamentos de Goffredo Telles Júnior, assevera que:

A personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-se de critério para aferir, adquirir ou ordenar outros bens.¹⁷⁴

Complementando, conceitua Pontes de Miranda que os “direitos de personalidade são todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações”.¹⁷⁵

Forte na precedência doutrinária francesa, teoriza Pontes de Miranda sobre a natureza desses direitos:

¹⁷³ TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*, p.33.

¹⁷⁴ *Curso de Direito Civil brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Saraiva,1997, p. 99.

¹⁷⁵ *Tratado de direito privado*, p. 39.

O direito da personalidade como tal é direito inato, no sentido de direito que nasce com o indivíduo; é aquele poder *in se ipsum*, a que juristas do fim do século XV e do século XVI aludiam, sem ser, propriamente, o direito sobre o corpo, *in corpus suum potestas*. Não se diga que o objeto é o próprio sujeito; nem se pode dizer que, nele, o eu se dirige ao próprio eu.¹⁷⁶

Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar leciona que os direitos da personalidade são considerados como “próprios da pessoa em si (ou originários), diante da dignidade humana ou referentes às suas projeções para o mundo externo (ou seja, à pessoa como ente moral e social, em suas interações da sociedade)”.¹⁷⁷

Na visão de Orlando Gomes, esses direitos constituem-se “bens jurídicos em que se convertem projeções físicas ou psíquicas da pessoa humana, por determinação legal que os individualiza para lhes dispensar proteção”.¹⁷⁸

Consideram-se, pois, direitos da personalidade, segundo Carlos Alberto Bittar:

"Os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos".¹⁷⁹

Na imagem de Orlando Gomes¹⁸⁰, são direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina como direitos absolutos. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos. Ou, por fim, como define Francisco Amaral, "direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual".¹⁸¹

¹⁷⁶ _____, p. 38.

¹⁷⁷ *Curso de Direito Civil*, p. 72.

¹⁷⁸ *Introdução ao direito civil*, p.153.

¹⁷⁹ *Os Direitos da Personalidade*, p. 1995.

¹⁸⁰ *Introdução ao Direito Civi*, p. 2001.

¹⁸¹ *Direito Civil: Introdução*, p. 243.

Os direitos da personalidade constituem direitos inatos, correspondentes às faculdades normalmente exercidas pelo homem, relacionados a atributos inerentes à condição humana, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – a nível constitucional ou a nível de legislação ordinária – e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou às incursões de particulares.

O fato é que, reconhecidos como direitos inatos ou não, os direitos da personalidade se constituem em direitos mínimos que asseguram e resguardam a dignidade da pessoa humana e como tais devem ser previstos e sancionados pelo ordenamento jurídico, não de forma estanque e limitativa, mas levando-se em consideração o reconhecimento de um direito geral de personalidade, a que se remeteriam todos os outros tipos previstos ou não no sistema jurídico.

São direitos inatos, no sentido de que não é necessária a prática de ato de aquisição, posto que inerentes ao homem, bastando o nascimento com vida para que passem a existir, os direitos da personalidade vêm sendo reconhecidos igualmente aos nascituros.

Não obstante a dose de subjetividade no que concerne às reflexões acima abordadas, se pode afirmar que os direitos de personalidade são aqueles que caracterizam, individualizam, ou, como o próprio nome já assevera, personalizam o ser humano. Ou seja, são direitos que asseguram ao indivíduo a condição de ser uma “pessoa”, sendo-lhe inerentes e fundamentais, estando ligados de maneira perpétua e permanentemente de modo que, na suposta ocasião da inexistência desses direitos, não haveria a existência segura de pessoas – fossem físicas ou jurídicas.

Duas características dos direitos da personalidade merecem registro. A primeira delas é que tais direitos, atribuídos a todo ser humano e reconhecidos pelos textos constitucionais modernos em geral, são oponíveis a toda coletividade e também ao Estado. A segunda característica peculiar dos direitos da personalidade consiste em que nem sempre sua violação produz um prejuízo que tenha repercussões econômicas ou patrimoniais, o que ensejará

formas variadas de reparação, como o “direito de resposta”, a divulgação de desmentidos de caráter geral e/ou a indenização pelo dano não-patrimonial (ou moral, como se convencionou denominar).

Uma classificação que se tornou corrente na doutrina é a que separa os direitos da personalidade em dois grupos: (i) direitos à integridade física, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (ii) direitos à integridade moral, rubrica na qual se inserem os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome e ao direito moral do autor, dentre outros. Neste trabalho, o enfoque será direcional e mais diretamente a alguns direitos do segundo grupo, em especial os direitos à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem.

Dentro dessa matéria sistêmica, o vigente Código Civil, em seu artigo 11, com o qual inicia o capítulo referente aos direitos da personalidade, apresenta a seguinte explanação: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são **intransmissíveis** e **irrenunciáveis**, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (grifei).

Tendo em vista a intransmissibilidade e irrenunciabilidade, tais direitos jamais podem ser disponibilizados ou transmitidos a um terceiro – cabendo aí as designações indisponíveis e intransmissíveis, por alguns autores. Tais características implicam aduzir que, ainda que por espontânea vontade do indivíduo, o direito encontra-se vedado à mudança de titular.

O fundamento dessa intransmissibilidade reside no fato de que não se pode separar a honra, a intimidade de seu titular. A natureza do objeto é que torna intransmissível o bem. É a essência da vida, da honra, da imagem, da intimidade. Não se pode conceber a vida de um indivíduo sem essas características. Têm caráter de essencialidade, portanto. Poderia um indivíduo desfazer-se de sua imagem enquanto ser humano? A resposta só poderia ser negativa. Ao mesmo tempo, a imagem-atributo não pode ser separada de determinado indivíduo. Poderá ele, se pretender, modificar sua imagem. Deixar de ser visto socialmente por tal o qual característico. Mas desfazer-se dela não será possível.

Além dos caracteres acima mencionados, grande parte dos estudiosos confere aos direitos da personalidade qualidades relevantes e evidentes, assim identificadas: a) inatos; b) gerais ou necessários; c) absolutos; d) extrapatrimoniais; e) impenhoráveis; f) imprescritíveis; g) vitalícios; h) opostos erga omnes;

Diante de tais peculiaridades, conclui-se que os direitos da personalidade: (a) individualizam a pessoa desde o seu nascimento; (b) são outorgados, naturalmente, a todos; (c) sobrepõem-se, em caso de antinomia, sobre os demais direitos; (d) são insuscetíveis de conteúdo patrimonial, ou seja, não são dotados de valoração econômica, estando à margem do comércio jurídico

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona: “O homem não deve ser protegido somente em seu patrimônio, mas principalmente em sua essência”.

182

Dadas essas qualificações, vale dizer que os direitos da personalidade consistem em verdadeiros poderes conferidos aos indivíduos e à coletividade, sendo, portanto, elementos propedêuticos ao bem estar individual e coletivo.

Além disso, tais direitos, inatos ao ser humano e legalmente consagrados através dos textos constitucionais, são oponíveis, quando necessário, tanto à coletividade em geral, quanto ao próprio Estado.

Obviamente, a violação a esses direitos acarreta prejuízos capazes, por muitas vezes, de provocar repercussões econômicas ou até mesmo patrimoniais, podendo resultar em conseqüências previstas na própria constituição, tais como o direito de resposta, a indenização pelo dano causado, entre outros.

¹⁸² *Novo curso de direito civil*, p. 149.

4.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE E A CONSTITUIÇÃO DE 1988 - A TUTELA INTEGRAL

No Brasil, somente com o advento da Carta Constitucional de 1988 os direitos da personalidade passaram a ser legalmente estabelecidos. A vigente Carta Constitucional assegura o reconhecimento de que somos detentores de direitos inerentes à personalidade. A referência a um direito geral de personalidade nada mais há de significar senão o reconhecimento de que os direitos da personalidade constituem uma categoria dirigida para a defesa e promoção da pessoa humana, "a rigor, a lógica fundante dos direitos da personalidade é a tutela da dignidade da pessoa humana"¹⁸³.

O legislador constituinte de 1988, ao positivizar diversos valores no texto constitucional, elegeu como um dos fundamentos da república a dignidade da pessoa humana. Adiante, juntamente com o escopo de erradicar a pobreza e a marginalização e de reduzir as desigualdades sociais (artigo 3º, inciso, III) – objetivos que consubstanciam o princípio da igualdade material – disciplinou o princípio da isonomia formal (artigo 5º, caput) assim como previu a não exclusão de outros direitos e garantias, mesmo não expressos, que decorram dos princípios adotados pela Constituição (artigo 5º, §2º).

Por tal conformação constitucional, chega-se à conclusão, por meio de uma interpretação sistêmica, de que tais dispositivos plasmam uma cláusula geral de promoção e tutela da personalidade humana.

Com efeito, a pessoa humana, através do princípio da dignidade humana, foi colocada no topo protetivo de todo o ordenamento, constituindo seu valor máximo, merecedora de tutela em todas as relações jurídicas de que participe.

Esta atitude do legislador constituiu um ato de reconhecimento de que a personalidade humana não pode ser considerada tendo em vista a sua realização por meio de somente uma categoria jurídica: o direito subjetivo. Ao

¹⁸³ Cf. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 37.

revés, constitui a personalidade um valor unitário e fundamental sobre que se assenta toda a ordem jurídica; não é, então, um direito, mas um valor.

Nesse pulsar, a Constituição brasileira prevê a cláusula geral de tutela da personalidade, que pode ser encontrada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Dignidade é tudo aquilo que não tem preço.

A Constituição republicana, proclamando a centralidade da base do Estado na dignidade da pessoa humana, dedicou dispositivos expressos à tutela da personalidade, dentre os quais é possível destacar os seguintes:

Art. 5º.

V – É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem:

(...)

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

Igualmente, estão encartados principiologicamente outros direitos da personalidade dentre os direitos fundamentais abrangidos pelo *caput* do artigo 5º da CF:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade (...).

Além dos enunciados paradigmáticos do *caput* e do inciso X do artigo 5º, acima transcritos, a Constituição em várias outras passagens cuida de tutelas específicas de direitos da personalidade.

Os tipos expressos de direitos da personalidade na Constituição podem ser encontrados nos seguintes artigos: art. 5º, *caput* (direito à vida; direito à liberdade); 5º, V (direito à honra e direito à imagem, lesados por informação, que possibilita o direito à resposta ou direito de retificação, como diz a doutrina italiana, acumulável à indenização pecuniária por dano moral); art. 5º, IX (direito moral de autor, decorrente da liberdade de expressão da

atividade intelectual, artística e científica (17)); art. 5º, X (direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem); art. 5º, XII (direito ao sigilo de correspondências e comunicações); art. 5º, IXVI (impedimento da pena de morte e da prisão perpétua); art. 5º, LIV (a privação da liberdade depende do devido processo legal); art. 5º, LX (restrição da publicidade processual, em razão da defesa da intimidade); art. 5º, LXXV (direito à honra, em decorrência de erro judiciário ou de excesso de prisão (18)); art. 199, § 4º (direito à integridade física, em virtude da proibição de transplante ilegal de órgãos, tecidos e substâncias humanas ou de sua comercialização); art. 225, § 1º, V (direito à vida, em virtude de produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias); art. 227, caput (direito à vida, direito à integridade física e direito à liberdade das crianças e dos adolescentes); art. 227, § 6º (direito à identidade pessoal dos filhos, sem discriminação, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção); art. 230 (direito à vida e à honra dos idosos).

Nessas normas é constante a remissão à dignidade humana, a demonstrar sua natureza de princípio fundamental ou de cláusula geral de conformação e, também, de parâmetro para as situações atípicas de direitos da personalidade.

Em suma estão previstos na Constituição, sem prejuízo dos direitos implícitos, os seguintes direitos da personalidade: a) direito à vida; b) direito à liberdade; c) direito à intimidade (privacidade); d) direito à vida privada (privacidade); e) direito à honra (reputação); f) direito à imagem (privacidade); g) direito moral de autor; h) direito ao sigilo (privacidade); i) direito à identificação pessoal; e, j) direito à integridade física e psíquica.

Na concepção de alguns constitucionalistas, os direitos da personalidade são direitos absolutos, como direitos de exclusão, oponíveis a todos os terceiros, que os têm de respeitar.

A posição da cidadania e da dignidade da pessoa humana como fundamentos da República (Constituição Federal, art. 1º, II e III) , juntamente com as garantias de igualdade material (art. 3º, III) e formal (art. 5º), condicionam o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido

normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte e marcam a presença, em nosso ordenamento, de uma cláusula geral da personalidade. Tal cláusula geral representa o ponto de referência para todas as situações nas quais algum aspecto ou desdobramento da personalidade esteja em jogo, estabelecendo com decisão a prioridade a ser dada à pessoa humana, que é “o valor fundamental do ordenamento, e está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela.

Assim, reconhecida como valor jurídico, resulta que a personalidade humana não se harmoniza com um fracionamento de seus atributos próprios em diferentes e autônomas hipóteses e direitos marcados por um perfil de incomunicabilidade, já que o valor da pessoa humana é dotado de unidade. Este valor não é passível de ser dividido em diversos bens e interesses – como é feito pelas vertentes teóricas pluralistas – sejam eles tipificados (a numerus clausus) ou não (a numerus apertus), pois é o fundamento de novas e múltiplas situações existenciais que podem estar presentes na vida de relações de que faz parte o ser humano.

A Constituição Brasileira com isto compôs uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, diferentemente das suas congêneres Alemã e Italiana, que aderiram à esgotabilidade tipológica da normativa referente aos direitos da personalidade. A experiência tipológica dessas duas nações demonstra o caráter absolutamente insatisfatório de uma proteção fracionada, fragmentária, de direitos da personalidade, enumerados e tipificados. Na visão dos civilistas José Lamartine Correia e Francisco José Ferreira Muniz, “A tipologia que se pretende exaustiva não exaure a realidade e camufla o sentido único de toda a problemática”.¹⁸⁴

Também não há que se falar em um direito geral de personalidade, pois, sendo esta um valor, não um direito, suas irradiações não se exteriorizam apenas por meio de direitos. Demonstra-se inócua qualquer tentativa de defesa de um direito geral, ainda que diversificado e desprovido de conteúdo definido, capaz, por isso mesmo, de abranger todos os direitos essenciais da pessoa,

¹⁸⁴ *O Estado de Direito e os direitos da personalidade*, p. 14.

pois a personalidade é realizada por meio de um complexo conjunto de situações subjetivas distintas, consubstanciadas não só em direitos subjetivos, mas também em direitos potestativos, faculdades, poderes, interesses legítimos.

Tem-se como corolário deste raciocínio a constatação de que não se pode determinar, *a priori*, um número de situações jurídicas subjetivas merecedoras de tutela, uma vez que o objeto a que o ordenamento jurídico pretende dispensar proteção é o valor da pessoa humana. Esta deve ser tutelada integralmente, isto é, em todas as relações jurídicas, públicas ou privadas, em que quaisquer de seus atributos mais relevantes estejam em causa, não importando a categoria jurídica por meio da qual se apresentem (direitos subjetivos, direitos potestativos, faculdades etc). Qualquer previsão exauriente de hipóteses a serem tuteladas excluiria novas exigências e manifestações da personalidade surgidas com o evoluir da sociedade e igualmente merecedoras de proteção.

Outrossim, a tutela integral significa que tal proteção não fica restrita ao momento patológico da relação jurídica, representado pela fórmula bipartite lesão-sanção; abrange, do mesmo modo, a tutela promocional da pessoa, consubstanciada, por exemplo, no fato de o ordenamento atribuir sua chancela àqueles atos jurídicos, patrimoniais ou não, que efetivamente atendam à realização da personalidade; tais atos, então, passam a ter sua validade condicionada e ficam funcionalizados à axiologia constitucional e ao desenvolvimento da pessoa humana.

No âmbito infraconstitucional, destaca-se, na esfera civil – em conjunto com diversas leis esparsas (Lei 9.434/1997, relativa ao transplante de órgãos; Lei 9.610/1998, que protege o direito moral do autor; Lei 9.279/1996, referente aos direitos sobre a propriedade intelectual, dentre outras) – o Código Civil brasileiro de 2002, que, aliás, ao positivar os direitos da personalidade, demonstrou forte pendor à inesgotabilidade do elenco contentor dessas prerrogativas jurídicas, desempenhando o capítulo a elas pertinente um papel não de disciplina exaustiva, porém, muito mais de estabelecimento de parâmetros principiológicos.

O Código Civil Brasileiro vigente também inseriu dispositivos protetivos à personalidade, conferindo poderes para o ofendido vir a juízo “exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei” (Art. 12), permitindo ao mais que o Estado-Juiz garanta a inviolabilidade da “vida privada da pessoa natural”, nesse desiderato podendo a autoridade adotar “as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. (Art. 21)

Na Lei Civil vigente também foi inserido dispositivo específico de proteção à pessoa em casos de “divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa”, podendo “ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.” (Art. 21).

Eis aí, quanto aos direitos de personalidade, um rol de amplitude singular, que depende, para possibilitar o presente estudo, de um corte epistemológico que lhe confira certo grau de unicidade.

4.3 O DIREITO À PRIVACIDADE DENTRO DO ÂMBITO PROTETIVO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Diante dessa ampla tutela positivada por nossa Constituição em vigor, que impõe ao aplicador do direito uma atitude protetiva compatível com a carga principiológica inerente à personalidade, é mais que forçoso concluir-se pela impossibilidade de estabelecimento *numerus clausus* dos direitos relacionados a essa mesma personalidade.

Trata-se de um conceito jurídico de alcance indeterminado, de sorte que sua tratativa em nível global encerraria gravoso e quase inevitável risco de indesejada generalidade, quando, em verdade, se busca atentar para uma

postura jurídica que melhor favoreça a tão desejada efetividade (eficácia social).

Assim, em que pese estarem previstos na Constituição, afora os direitos implícitos, uma série de direitos expressamente relacionados à personalidade (direito à vida, à liberdade, à honra etc), para fins próprios deste trabalho, optou-se por conferir relevo aos principais direitos relacionados à privacidade, quais sejam: direitos à honra, imagem, vida privada e intimidade.

Não significa isto dizer que representa este trabalho a eleição de uma postura conceitual mais simplificada. Contrariamente, o que se obtém a partir da busca de um ponto de encontro entre as noções de direitos de privacidade e de direitos de personalidade é, em verdade, um emaranhado de noções conceituais e relacionais que não possibilitam identificar elementos precisos de encontro (e desencontro) dos conceitos contrapostos, isto, logicamente, atentando-se para o necessário rigor técnico-científico que a temática exige.

Resta ao operador do direito, diante de tal circunstância, promover a um corte epistemológico que lhe permita transitar com precisão mínima entre as noções elementares selecionadas para integrar o objeto de estudo.

Para promover esse “corte”, equivalente a uma delimitação específica da temática abordada, faz-se necessário identificar, neste âmbito, **o conceito de privacidade**, especificando, em seguida e por indispensável, quais dos elementos jurídicos a ela inerentes servirão de base à ponderação de bens executada no capítulo final, adiante disposto.

Do ponto de vista estritamente semântico, as noções de direito à “vida privada” e direito à “privacidade” parecem divergir, o que sugeriria, em princípio, que o termo privacidade (enquanto sinônimo de direito à “vida privada”) divergiria dos direitos à imagem, à honra e à intimidade, especialmente em nível constitucional pátrio, já que a Constituição da República Federativa do Brasil trata de tais direitos de forma particularizada, atribuindo a todos eles e a cada um, em particular, as condição de inviolabilidade.

Parece-nos, destarte, que ao termo “privacidade” são atribuídos significados diversos, ora sendo ele tratado de forma ampla, ora sendo tratado de forma estrita. De uma maneira ampla, a privacidade é tida como gênero dos quais seriam espécimes os demais direitos aqui tratados.

Essa conotação ampla é assinalada por José Afonso da Silva¹⁸⁵, ao destacar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5, inciso X, induz a uma diferenciação entre as noções de privacidade e intimidade ao particularizar os direitos que elenca (vida privada, honra, imagem e intimidade), literalmente:

O direito à intimidade é quase sempre considerado como sinônimo de direito à privacidade. Esta é uma terminologia do Direito Anglo-Americano (*right of privacy*) para designar aquele, mais empregada no Direito dos povos latinos.

Nos termos da Constituição, contudo, é plausível a distinção que estamos fazendo, já que o inciso X do art. 5º separa intimidade de outras manifestações da privacidade: vida privada, honra e imagem das pessoas – de que trataremos, por isso, em tópicos apartados.

Conforme José Afonso da Silva¹⁸⁶, a privacidade se apresentaria como um gênero do qual seriam espécimes os direitos à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem, reconhecendo-se ainda que cada um desses direitos possui um núcleo próprio e uma definição específica dentro da abordagem axiológica constitucional.

Contudo, essa postura conceitual não é unívoca. Para bem ilustrar essa verdade, tenha-se que Gilmar Mendes¹⁸⁷, ao tratar do inciso X, supra aventado, fala tão somente em “Direito à intimidade e à vida privada”, altercando, sem quaisquer distinções semânticas, a utilização dos termos “privacidade” e “vida privada”. Diferencia-se, apenas, a dita “privacidade” da noção de “intimidade”, inserindo-se, ademais, o sigilo bancário e fiscal, bem como a inviolabilidade do domicílio, também protegidos constitucionalmente (art. 5, incisos XI e XII, CF/88) como facetas do direito à “vida privada”.

A respeito da privacidade, utilizada pelo autor como equivalente do termo “vida privada”, especifica Gilmar Mendes¹⁸⁸ o seguinte, apresentando

¹⁸⁵ *Comentário Contextualizado à Constituição*, p. 101.

¹⁸⁶ _____, p. 101.

¹⁸⁷ *Curso de Direito Constitucional*, p. 378.

¹⁸⁸ _____, p. 377/385.

especial destaque às dificuldades de se definir o termo, em quaisquer de seus níveis, jurisprudencial, doutrinário e legislativo:

O direito à privacidade é proclamado como resultado da sentida exigência de o indivíduo “encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometido pelo ritmo da vida moderna”. A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanente de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de auto-superacao. Sem a tranqüilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se auto-avaliar, medir perspectivas e traçar metas.
(...)

Não obstante a relevância do tema, verificam-se exitacoes quando se trata de definir o que seja exatamente o direito à privacidade. Mesmo os diplomas e as convenções internacionais não cuidam de precisar o conceito, que tampouco parece encontrar univocidade no acervo de jurisprudência do direito comparado.

De fato, as dificuldades conceituais são amplas, especialmente pela evidente amplitude das noções postas sob análise. Isto bem se exemplifica a partir da abordagem norte-americana do termo “privacidade”, a qual empresta ao termo um sem par de significados possíveis, conforme nos aponta José Ribas Vieira¹⁸⁹:

Examinando a matriz norte-americana de privacidade e intimidade, verificamos, mais uma vez, como se mostra árdua a tentativa de conceituar o que é privado. Também aos olhos dos estudiosos desse sistema jurídico, a noção de privacidade aponta para diversos significados como, por exemplo, a liberdade de pensamento, a conservação da intimidade do lar, o controle sobre o corpo e sobre as informações pertinentes a cada pessoa, a proteção da própria reputação e contra invasões indevidas no ambiente familiar, público e profissional.

De qualquer sorte, estima-se que o valor atribuído ao respeito à privacidade seja uma conquista fundamental e irreversível, representando um bem a ser preservado para o desenvolvimento de uma sociedade assentada em ideais democráticos. Valor, no entanto, considerado complexo, posto que termo privacidade assinala uma gama de sentidos díspares.

Nesse sentido, como se vê, vertem ao ideário jurídico três possibilidades de diferenciação centrais: a) pode-se utilizar o termo

¹⁸⁹ BENTES, Hilda Helena Soares; VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; GOMES, Maria Paulino. *Direito à intimidade e à vida privada*, p. 94.

“privacidade” como sinônimo de “vida privada” e emprestar a ambos uma noção ampliada, fazendo com que os direitos à intimidade, à imagem e à honra lhe sirvam de espécimes; b) pode-se utilizar o termo “privacidade” como sinônimo de “vida privada” e emprestar a ambos uma noção mais estrita, para diferenciá-lo dos demais direitos previstos no inciso X (art. 5º, CF/88), já que a própria Constituição parece sugerir tal diferenciação; c) pode-se utilizar o termo “privacidade” e “vida privada” como conceitos distintos, sendo o primeiro diverso das noções de intimidade, honra e imagem e o segundo um preceito de gênero capaz de abarcar todos os direitos previstos no já multicitado inciso X.

Para justificar o item “b”, supra, perguntar-se-ia: é possível que o termo “vida privada”, previsto no art. 5, inciso X, da CF tenha sido cunhado como equivalente genérico dos demais direitos previstos no dispositivo, utilizando-se o legislador da especificação de direitos para fins de fortalecer a garantia constitucional à proteção da individualidade humana, tão próxima da dignidade que lhe é inerente?

Não se há de negar essa possibilidade, inclusive porque, segundo inafastável regra de hermenêutica constitucional, a dicção a ser dispensada aos direitos fundamentais há de ser sempre aquela que lhe empreste maior efetividade. E, logicamente, conferir-se ao termo “vida privada” uma interpretação que implique em uma maior amplitude protetiva de direitos corresponde a por em prática essa compreensão mais benéfica.

Não se pode ignorar, todavia, que, do ponto de vista da doutrina nacional consolidada, como se verá doravante, os direitos previstos no art. 5, inciso X, da CF/88 apresentam uma particularização textual que lhes empresta identidade própria. São, todos e cada um, passíveis de conceituação e consideração específicas, principalmente para fins de tutela jurisdicional.

Inclusive, mesmo o direito à “vida privada” é considerado distinto do direito à intimidade, indicando-se que possuem eles os mesmos objetos de proteção, mas sob abordagens distintas, chegando-se a sugerir que entre eles há pode haver uma relação de continente-conteúdo.

Assim, para fins de bem situar a tratativa do tema ora proposto, tem-se que, para fins do presente trabalho, direito à “privacidade” é utilizado como gênero, apresentando-se a vida privada, a honra, a intimidade e a imagem como espécimes, sendo que o direito à vida privada será abordado de forma ampla, em paridade e em situação de relacionamento com os demais direitos aqui enunciados (honra, imagem e intimidade), sem descer a minudências quanto a esferas outras que possam ser por ele açambarcadas.

Ademais, o reconhecimento dessa amplidão conceitual dos direitos relacionados à privacidade é também o que motiva, no presente trabalho, o direcionamento da abordagem dos conflitos principiológicos aqui tratados, passando-se a promover um cotejo, para fins de ponderação de bens, entre a liberdade de imprensa e os direitos à privacidade ligados exclusivamente às noções dispostas no art. 5º, inciso X, da CF/88.

4.4 DIREITO À HONRA

4.4.1 Contextualização histórica

A palavra “honra” vem do latim *Honos*, nome do Deus da guerra, aclamado pelos militares que o invocavam para ter coragem na batalha. De sua origem timológica, o sentido da expressão foi se modificando e assumindo outros aspectos, de acordo com as variações culturais da sociedade, como a honra da palavra dada, a honra masculina e feminina, a honra no casamento e a honra da pessoa humana, esta última defendida pelos duelos na Europa nos Séculos XIV a XVIII.

A despeito das diferentes noções antropológicas, o fato é que a ideia de honra, com a sua conseqüente proteção, tem acompanhado a civilização ocidental desde seus primórdios, revelando a sua importância para caracterização da pessoa, enquanto sujeito de direitos, e portanto, sujeito de valor.

Assim, em Roma, embora não se falasse nos direitos da personalidade, já havia a sua proteção, assegurada pela *actio injuriarum*. Porém tal não se destinava a todos: os escravos que não eram considerados “pessoas”, deviam suportar qualquer tipo de injúria, e somente em casos extremos, quando a lesão ao bem atingia ao seu dono, é que poderia haver uma reparação, configurando a injúria.

O conceito de honra continuou a ser construído na época clássica. Diocleciano, na redação de sua legislação revogava a doação por ingratidão do donatário, preceito mantido até o presente momento em algumas codificações civis em alguns países de tradição romanistas, incluindo o Brasil

A trajetória da proteção jurídica da honra, no direito romano, se completa com a plena posse dos direitos civis. De início tutelado pela *actio injuriarum*, durante o Império, em decorrência do interesse público passaram a ser protegidos também pela área criminal. E, se nos editos dos pretores a honra não era expressamente tutelada, era protegida se sua violação fosse fruto de atos contrários aos bons costumes.

A honra também se consolidou nos Direitos Ático e Canônico. O primeiro considerava difamação e injúria sob a mesma denominação, já no segundo, além da reparação material, visava-se também a reparação espiritual para cuidar de ofensas à honra, devido à grande influência da Igreja.

Na Idade Média, nos séculos XV e XVI, surgiram construções jurídicas que afirmavam a independência das pessoas e a intangibilidade dos seus direitos básicos, sendo importante destacar a obra *De Jure Civili di Donello*, na qual eram tratados quatro elementos: *vita, incolumitas, corporis, libertas, existimatis*. Nos séculos seguintes, sobressaiu a concepção da pessoa humana, individual e distinta da coletividade, o que deu à honra maior proteção.

Assim, pela sua trajetória, a honra traz em si uma idéia de direito-matriz, do qual outros tantos derivaram. Foi justamente do direito à honra que surge a origem de outros direitos atualmente protegidos, como o direito à

intimidade e direito à vida privada, servindo de fonte para futuras distinções e até mesmo confusões conceituais por parte dos teóricos e juízes.

4.4.2 Direito à honra: conceito, titularidades e limites

A honra é o conjunto de qualidades capazes de individualizar o indivíduo, acarretando seu destacamento dentro da sociedade. Estritamente relacionada, portanto, às características que a sociedade, de modo geral, reputa a determinada pessoa: quais os conceitos e juízos que faz dela, a fama que tem, como se propaga a sua existência no meio social. Mais além, busca estabelecer qual o conceito ou o quanto sua comunidade a estima, no que tange aos aspectos moral, intelectual, profissional.

Diversos são os esforços teóricos no sentido da elaboração de um conceito do direito à honra. É clássica a definição dada por Adriano De Cupis, segundo a qual honra é a “dignidade pessoal refletida na consideração dos demais no sentido da própria pessoa”.¹⁹⁰

A honra é um bem espiritual; um sentimento que normalmente a pessoa experimenta tanto por ser quem é, como por desenvolver um comportamento socialmente bem considerado, que é reconhecido e apreciado pelos seus semelhantes. A honra tem um evidente substrato social.

A honra vincula-se a três concepções: sentimento da própria dignidade; estima e boa opinião que os demais têm do indivíduo; virtude inerente a toda boa repuração de proporcionar certas vantagens pessoais:

A honra do cidadão lhe faz acender o caráter da probidade, de princípios e retidão moral. Damásio de Jesus¹⁹¹ enxerga-a, sob um aspecto benéfico (boa-honra), como o “conjunto de atributos morais, físicos, intelectuais e demais dotes do cidadão, que o fazem merecedor de apreço no convívio

¹⁹⁰ *Os direitos da personalidade*, p. 34.

¹⁹¹ *Estudos de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio*. v. 2. p. 177.

social”. Mas todos têm direito a um respeito social mínimo, não cabendo dizer que, dados os maus atributos de determinado criminoso ou de pessoa “indecente”, escapem-lhe os direitos fundamentais basilares, incluindo de sua honradez.

Entretanto, ainda que a conduta de determinado cidadão não esteja conforme a conduta que a sociedade ou a respectiva comunidade tenha adotado como parâmetro de honorabilidade ou probidade, ainda que se comporte de forma a não coadunar seus atos com sua dignidade, não há que desconsiderá-la.

O homem de boa conduta e obediente aos ditames do direito e dos costumes, inserido no seu respectivo grupo social, pauta seu agir em tais preceitos, e constrói, lentamente, a visão coletiva de sua honorabilidade, que é o reflexo de sua personalidade. No relacionamento com seus semelhantes, destes espera respeito à sua pessoa e à sua integridade moral.

Cabe ainda mencionar-se a definição de Darcy Arruda Miranda, que diciona:

(..) o homem, sendo um animal gregário por excelência, não se satisfaz em saber que é dotado de qualidades positivas de espírito ou de caráter, que pauta a sua vida pelas normas rígidas da boa moral, que mantém os seus compromissos pessoais e sociais com rigor indeclinável, que não pactua com a ilegalidade e o vício; ele necessita de algo mais: o prestígio moral na sua convivência civil, em outras palavras - o respeito dos seus concidadãos.

Ora este prestígio ético-social assegura ao indivíduo um direito inalienável: o da inviolabilidade desse prestígio, que corresponde à invulnerabilidade da sua honra.

Por três formas pode esta ser violada: pela calúnia, pela difamação e pela injúria. A primeira é a mais vulnerante e pegajosa de todas; a mais cruel e a mais venenosa. Alcança o grande e o pequeno, o magnata e o plebeu, com a mesma intensidade maligna.¹⁹²

A honra, portanto, ao alcançar tanto o sentimento pessoal de estima, quanto o de reputação, tem um caráter duplo: um plano subjetivo e outro objetivo. O plano subjetivo diz respeito à estima que as pessoas têm de si mesmo, ao valor que cada um dá a si próprio. Já o objetivo consiste no juízo de

¹⁹² *Comentários à Lei de imprensa*. Tomo I, p. 243.

valor que os demais fazem da nossa dignidade, é a visão que os outros fazem de nós.

Significa dizer que, mesmo sendo verdadeira a atribuição a determinado sujeito de um fato ofensivo à sua reputação, nasce-lhe ofensa à sua honra, punível por diversos ramos do direito.¹⁹³

Acontece que, no texto constitucional há expressa previsão da presunção de inocência, a excluir a possibilidade de censura social sem uma prévia condenação criminal transitada em julgada. E diz-se que fora dessa hipótese (coisa julgada em condenação criminal) não há como se definir o que seja “notório”. Na verdade, estaria ocorrendo autêntico sentenciamento sobre o indivíduo que, nem mesmo, pode estabelecer o contraditório, revelando sua condição íntima, capaz de lhe levar a nível de degradação ou de crença social posta. Não raros os casos em que em um dia determinado político aparece como o maior dos corruptos e isso é noticiado amplamente; mas, tempos depois, descobre-se que tudo não passava de manobras de seus adversários querendo promover o escárnio sobre sua honradez pública. A revelação verdadeira só virá tempos depois, com pequena nota de jornal; mas, sobretudo, tardiamente, quando, segundo a “Teoria da notoriedade”, já não lhe teriam restado vias processuais e legais de defender sua honra.

Cezar Bitencourt¹⁹⁴ corrobora o entendimento acima, ao mencionar, sucintamente, que a notoriedade é inócua, pois é “irrelevante que o fato difamatório imputado seja falso ou verdadeiro” e “ninguém tem o direito de vilipendiar ninguém”.

Paulo Napoleão Nogueira da Silva¹⁹⁵, ao analisar os incisos V e X da Constituição brasileira, verbera que, não raro, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas “são desconhecidas, violadas e até mesmo destroçadas em holocausto a interesses diversos, sobretudo políticos”, mas sem deixar de lado, eventuais abusos cometidos pelos órgãos de imprensa (imprescindíveis à democracia).

¹⁹³ Exceção cabe aqui, no concernente a funcionário público em razão de suas funções, dado o interesse que o Estado tem sobre os atos que pratica em seu mister diuturno.

¹⁹⁴ *Código penal comentado*, p. 537.

¹⁹⁵ *Curso de direito constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 536-537.

No caso brasileiro, com certeza, o defeito não está na Lei Maior, nem na intenção do constituinte: verifique-se que os incisos V e X asseguram expressamente a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem pública das pessoas, inclusive garantindo enfaticamente o direito de resposta e a indenização por dano material, moral ou à imagem. Mas, é fato que, atingida pelos meios de comunicação a honra pessoal, muito dificilmente a imagem pública poderá ser integralmente restabelecida, de pouco adiantando nesse sentido a contranotícia e a indenização.¹⁹⁶

Já se destacou doutrinariamente, inclusive, que tudo o que possa depor contra a pessoa ou contra sua dignidade e que faça parte de sua intimidade não deve ser revelado.

A pessoa tem o direito de preservar a própria dignidade [...] mesmo fictícia, até contra ataques da verdade, pois aquilo que é contrário à dignidade da pessoa deve permanecer um segredo dela própria.¹⁹⁷

A honra não pode ser mensurada, valorada, nem materializada, pois é inerente à própria dignidade e personalidade da pessoa humana. Cezar Bitencourt¹⁹⁸, não percebe motivo razoável, nem acredita dogmaticamente correto proceder a distinção entre honras objetiva e subjetiva, dada, inclusive, a extensão do conceito. Para o autor supra, quem o faz, apenas, está procedendo a “adjetivação limitada, imprecisa e superficial, na medida em que não atinge a essência do bem juridicamente protegido”.

Damásio de Jesus¹⁹⁹ procede a valoroso estudo nesse sentido, em que subdivide a honra subjetiva em duas categorias distintas: honra-dignidade e honra-decoro.

Honra-dignidade é o conjunto de atributos morais do cidadão. Honra-decoro é o conjunto de atributos físicos e intelectuais da pessoa. Se uma pessoa chama outra de cafajeste, está ofendendo a sua honra-dignidade; se o chama de analfabeto, ofende-lhe a honra-decoro.

¹⁹⁶ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Curso de direito constitucional*, p. 537.

¹⁹⁷ _____, p. 537.

¹⁹⁸ *Código Penal Comentado*, p. 517.

¹⁹⁹ *Dos Crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio*, p. 157/158.

Em questão intrinsecamente relacionada aos escopos precípuos deste estudo, não se procederá a distinção entre honra comum e honra profissional:

Sinteticamente, a primeira refere-se à pessoa humana enquanto ser social; a segunda relaciona-se diretamente à atividade exercida pelo indivíduo, seus princípios ético-profissionais, a representatividade e o respeito profissional que a sociedade lhe reconhece e lhe atribui.²⁰⁰

Para além da dupla dimensão, há um debate sobre a sua titularidade, sendo consignadas os aportes em relação a pessoas jurídicas, família e Estado.

É incontestável o fato de que a pessoa jurídica possui honra e de que pode ela ser vítima de delito de injúria e difamação. A pessoa jurídica também pode ser objeto de ofensa ao direito à honra, pois poderá ter sua reputação maculada, ainda que esta não possua o sentimento da própria dignidade.²⁰¹

É constituída de honra também a família, sendo um núcleo especial, formado por membros consangüíneos ou não, este grupo possui honra própria, sendo o primeiro agrupamento de que o indivíduo faz parte. É certo que não existem norma específicas tutelando a honra familiar, porém não significa uma falta de proteção, bastando lembrar que Constituição vigente acoberta a família e a coloca como base da formação do Estado. Contudo, é difícil dar ao núcleo familiar uma honra própria, pois ela – a família – não constitui uma entidade jurídica diferente dos membros que a compõem, a qual poderia reparar um dano a toda entidade na figura de um representante.

Quanto à honra do Estado, diz-se que este tem sua própria honra, manifesta através de seus representantes legais, órgãos ou instituições, devendo exigir respeito dos outros Estados, não admitindo nada que ofenda a sua reputação.

²⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*, p. 518.

²⁰¹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RHC n. 61.993-RS. Relator Min. Francisco Rezek. Brasília – DF, 26 de outubro de 1984. Publicação: RTJ 113/88 e DJU de 14/02/1984. Ver também: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª. Região. Apelação n. 1.011. Publicação: DJU de 30.04.90.

No plano internacional, verifica-se que uma corrente defende a restrição da honra ao Estado no mero campo honorífico.

O direito à honra, como os demais direitos de personalidade, não é absoluto, nem ilimitado. Prova disto encontramos na legislação penal pátria, pelo qual o limite da honra resta estabelecido, em alguns casos, pela *exceptio veritatis*, ou seja, a exceção da verdade, por meio da qual o agente deve provar a veracidade do fato que imputou.

Outros limites a esse direito são também evidenciados em nosso sistema, a exemplo daquele imposto às pessoas exercentes de função pública, cuja esfera de privacidade se mostra reduzida, no entender das Cortes Nacionais, por sua constante exposição midiática. Sustenta-se que o exercício de uma função pública impõe ao indivíduo que nela se investe a obrigação moral de um proceder correto, inatacável, por isso nas suas mãos se coloca interesses de alta monta para a vida das coletividades. Eis porque, todo o cidadão que aceita um cargo público ou se investe numa função pública, transitória que seja, deverá colocar-se em situação de receptividade às críticas que se lhe façam.²⁰²

Ademais, diversas têm sido as Cortes Constitucionais que sustentam a perspectiva de que o debate sobre tema público deverá ser amplo, desinibido, ainda que alcance ataques veementes, cáusticos e desagradavelmente agudos ao governo e seus funcionários e agentes.

Assim, estabelecem-se limites sobre a capacidade do Estado de silenciar seus críticos, sobretudo a imprensa, por meio de procedimentos civis e criminais. A mais importante fonte dessa tese na doutrina constitucional norte-americana operou-se na decisão da Suprema Corte, em 1964, em *New York Times v. Sullivan*, pelo qual se interpretou a Primeira Emenda da Constituição Americana, conferindo-lhe o significado de que a imprensa não pode ser criminalmente processada por difamar o Estado como entidade abstrata. Aquela Corte limita ainda o poder de servidores públicos receberem indenizações em ações de difamação, eis que tais agentes não podem ser indenizados por afirmações tidas como falsas sobre desempenho de suas

²⁰² Vide: MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à Lei de Imprensa*, p. 269.

atividades, a não ser que provem que aquelas menções foram publicadas com conhecimento ou grave negligência sobre sua falsidade.²⁰³

Mostra-se razoável a diminuição da proteção ao direito à honra de uma pessoa pública, sobretudo quando se constata a necessidade de transparência na divulgação de atos praticados por agentes públicos, não constituindo injúria qualquer excesso na publicação e menção daqueles atos. Por esta razão se mostra tão necessária à vivência democrática e pluralista a liberdade de expressão. A faculdade das pessoas de emitir opiniões e realizar uma crítica acerca dos agentes e órgãos estatais (governo, administração, parlamento, tribunais de justiça), é inerente ao regime democrático.

No entanto, caberá aos juízes, realizar, *in casu*, a ponderação e analisar os conceitos de relevância pública e veracidade da informação. A ausência dessa relevância pública determina a prevalência do direito à honra sobre a liberdade de expressão. É relevante ressaltar que este critério tem sido adotado pelos tribunais internacionais de direitos humanos, tais como a Corte Européia de Direitos Humanos (CEDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

²⁰³ Quanto à liberdade de imprensa, sempre houve receio por parte de jornais e revistas na veiculação de notícias contra agentes públicos. Se tocava à imprensa divulgar atos escusos da administração pública, bem informando o cidadão, corria ela o risco de sofrer, por parte da autoridade pública, uma ação indenizatória por calúnia ou difamação. Em 29 de março de 1960, aconteceu um fato que acabou por provocar novo conceito de liberdade de expressão pela imprensa. O *New York Times* daquele dia publicou matéria com o título *Heed Their Rising Voices* (Atentai aos seus Clamores), no qual se descrevia o tratamento dado às crianças negras que faziam protesto. O anúncio continha alguns erros factuais. O chefe de polícia da cidade de Montgomery, o Comissário Sullivan, alegou que o anúncio seria uma crítica ao seu desempenho funcional, embora não fosse citado pessoalmente, e que tal escrito faria mal à sua reputação. Ajuizou, em decorrência, uma ação de indenização. Um júri do Estado do Alabama aceitou o pedido do chefe de polícia e fixou uma indenização em 500 mil dólares. O jornal *New York Times* apelou à Suprema Corte, que ao julgar a questão o direito constitucional sob a calúnia e a difamação, revendo todo o conjunto de direitos relacionados à Primeira Emenda americana, a qual protege a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa. Em tal caso a Corte afirmou, a partir da referida emenda, que nenhum servidor público ou ocupante de cargo público pode ganhar uma ação contra a imprensa sem que prove: a) que a acusação feita contra tal indivíduo era falsa e nociva; e, b) que o órgão de imprensa fez essa acusação com “malícia efetiva”, o que significaria dizer que os jornalistas não só foram descuidados ou negligentes ao fazerem as pesquisas para a reportagem, como igualmente publicaram sabendo que a notícia era falsa ou com “temerária desconsideração” pela veracidade ou falsidade das informações utilizadas. Cf. DWORKIN, Ronald. *O Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo : Martins Fontes, 2006, p. 311/313.

Corroborando tal entendimento, tem sempre declarado o Supremo Tribunal Federal que “a proteção da privacidade e da própria honra não constitui direito absoluto, devendo ceder diante do interesse público, do interesse social” (voto do Min. Carlos Mário Velloso na Petição 577-DF, RTJ 148 (2):367, maio, 1994; e voto do Min. Eros Grau no HC 87.341-3/ PR, fevereiro, 2006).

No julgamento do STF, no Habeas Corpus 82.424/RS, pelo qual se discutiu o crime de racismo e anti-semitismo, propagado pela publicação de obra literária com referências preconceituosas e discriminatórias, já citado alhures, inclusive com transcrição ementária da decisão final, nossa Suprema Corte declarou, *verbis*:

(...) As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.²⁰⁴

Em sentido subjetivo, deve-se realçar a necessidade de se determinar se o sujeito passivo da informação que macule a honra é pessoa de relevância pública (ou uma figura pública). A pessoa pública que adquire notoriedade pelo cargo que ocupa ou pela função que exerce perante o Estado, ou aquela que adquire notoriedade ou projeção por envolver-se com questões estatais, deve se sujeitar a limites mais amplos de críticas à sua honra, assumindo o risco que isso acarreta, do que um particular. Assim, o desenvolvimento da tolerância e pluralismo no regime democrático se diferencia dos regimes autoritários, já que naqueles as pessoas de relevância pública se convertem, conscientemente, em sujeitos passivos da proteção de sua honra em relação às suas atividades públicas.

Há que se notar que, em comparação ao particular, os agentes do serviço público possuem amplo campo de defesa perante a sociedade, para

²⁰⁴ BRASIL. STF. Tribunal Pleno. HC n. 82424/RS. Relator(a): Relator para acórdão Min. Maurício Corrêa. Brasília – DF, 17 de setembro de 2003. Publicação: DJ 19.03.2004.

resguardar a sua honra e rebater as acusações proferidas, sobretudo quanto ao acesso aos meios de comunicação.

Outros escopos jurídicos surgem limitativos à honra. A Constituição Federal vigente, no seu artigo 53, torna os Deputados e Senadores invioláveis, civil e penalmente, por suas palavras, opiniões e votos, sendo, portanto, vedada a ação para reparação do dano à honra. Da mesma forma, entende-se como limites à honra, no que diz respeito à liberdade de informação, o que disposto no artigo 5º, inciso XIV, igualmente da CF. É de se dizer, por fim, que o Código Penal Brasileiro, nos seus artigos 138 e 139 permitem a prova da verdade – *exceptio veritatis* – quando o autor da divulgação dos fatos, comprovar a veracidade das alegações.

4.5 DIREITO À IMAGEM

4.5.1 Direito à imagem – conceito, titularidades e limites

Do mesmo modo que a honra, o direito à imagem é inviolável, segundo termos constitucionais. “Trata-se de assegurar aspecto físico que há de ser igualmente resguardado contra violações para que a proteção à vida seja cabal”, no escólio de André Ramos Tavares²⁰⁵.

Em sua origem, o direito à imagem surgiu como garante da reserva que se reconhece à pessoa, traduzida na expressão *right of privacy*, embora hoje se defina como direito autônomo e de conteúdo próprio, existente mesmo sem qualquer reflexo na vida privada e na intimidade.

Dessa relação inicial, foi a fotografia que imprimiu relevo ao direito à imagem, não sendo outra a razão para se considerar que este século está sendo considerado como o da civilização da imagem.

A exposição da pessoa, por sua via e por outros veículos de comunicação, ganhou destaque especial no mundo negocial, gerando daí os

²⁰⁵ *Curso de Direito Constitucional*, p. 448.

limites que normas de ordem pública em leis especiais vêm definindo à respectiva atuação.

No mundo moderno, o resguardo à imagem deve ocorrer, inclusive, quanto aos meios de comunicação. Estes evoluíram, criando uma gama de mídias, abrangente, não apenas de jornais, revistas, rádio e televisão; como a rede mundial de computadores, a filmagem e o monitoramento de cidadãos nas ruas ou em ambientes fechados, todas elas sujeitas e possíveis veiculadoras de desonras ou degradações da imagem humana.

A imagem é resguardada pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, e é considerado um bem jurídico essencial; inalienável; não se extingue; intransferível; irrenunciável; não se transmite aos sucessores; extrapatrimonial; vitalício e necessário.

O direito de imagem apresenta-se como sendo de difícil apreensão jurídica. Sua complexidade se expressa em problemas de conceituação que acabam por se desdobrar no escopo de sua proteção, na titularidade e mesmo no reconhecimento da sua existência de um direito autônomo.

Há uma tentativa difusa mas não exauriente de uma conceituação do instituto, ora apresentando uma esfera de proteção mais restrita, ora mais alargada.

Importantes escolas do direito inseriram equivocadamente o direito à imagem no âmbito do direito à intimidade, posição que chega a encontrar seguidores até os nossos dias. Firmaram-se nesse sentido as teses jurisprudências e doutrinárias da escola francesa, onde a vida privada deve ser murada contra a indiscrição alheia, e também parte da doutrina italiana, que define direito à imagem como direito ao não conhecimento alheio da imagem do sujeito.

A doutrina do sistema anglo-americano também adotou essa posição, com base no entendimento constitucional de que "o lar do homem é o seu castelo". Segundo a jurisprudência americana, lar tem o significado mais amplo possível, inserindo-se nele a proteção jurídica da imagem, pois qualquer intromissão no lar de um indivíduo é indevida.

Mas, à medida que se desenvolvem os meios de fixação da imagem e com as diversas maneiras de que se faz uso da imagem nos dias de hoje, esse posicionamento começa a ficar insuficiente.

O certo é que o direito à imagem não deve ser analisado através do direito à intimidade. Há ainda um grupo que entende ser a imagem uma decorrência lógica do direito à identidade. Entretanto, essa teoria pode ser contestada, pois se numa situação, por exemplo, um modelo permite a reprodução de sua imagem, que é repetida por uma empresa não autorizada a fazê-la, há a violação da imagem, mas não a perda de identidade, já que a pessoa retratada é facilmente identificada.

O direito à imagem reveste-se de todas as características comuns aos direitos da personalidade. Destaca-se, no entanto, dos demais, pelo aspecto de disponibilidade, que, com respeito a esse direito, assume dimensões de relevo, em função da prática consagrada de uso de imagem humana em publicidade.

Num plano de conceituação mínima, a imagem apresenta-se, em princípio, como sendo aquilo que nós projetamos ou queremos que seja projetado de nós mesmos, sob o aspecto físico, para o mundo exterior. Seria a correspondência da expressão física do ser. Porém, não há que se restringir a característica de imagem à feição, abarcando-se aqui elementos de identificação/distinção do sujeito.

Imagem, numa definição simplista, seria toda sorte de representação de uma pessoa. Mas a imagem também pode ser aquilo que evoca uma determinada coisa, por ter com ela relação simbólica; símbolo. Dessa forma, compreende-se imagem não apenas como o semblante da pessoa, mas também partes distintas de seu corpo.

Como pondera Antonio Chaves²⁰⁶, muito embora seja evidente o interesse primordial que apresenta o rosto, há como se considerar como imagem a reprodução de um pé, de um braço, de uma mão, de um busto, não

²⁰⁶ *Direito à própria imagem. Apud* Barbosa, Álvaro Antonio do Cabo. *Direito à própria imagem: Aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 25.

somente, pois, da pessoa inteira, mas de cada uma das suas partes, estendendo-se às partes do corpo, como desdobramento da imagem, desde que identificáveis.

Para ficar nessa identificação de partes do corpo, há no mundo do cinema, por exemplo, narizes famosos, pés, pernas, bocas reconhecidas isoladamente, sem a apreciação do rosto dessas pessoas.

Obviamente, o direito de imagem abrange também a reprodução da voz. Ora, a reprodução da voz por meio da fonografia, da gravação e da radiodifusão compreendem formas de expressão associadas à imagem.

A despeito da relevância da necessidade da identificação, torna-se incompleto um conceito de imagem, pois a imagem ultrapassa o contorno de formas estáticas de representação (fotografia, pintura, fotograma, escultura, halografia), como também os dinâmicos (cinema, vídeo).

A exposição potencializada de nossa imagem não abrange apenas o aspecto da fisionomia e sua correspondente reprodução; expande-se, também, a determinados atributos construídos em nossas relações sociais. Nesse sentido, a esfera de proteção estabelecida pelo direito à imagem se alarga para além do físico, incorporando também elementos intangíveis.

Neste particular, a sistematização apresentada por Luis David Araújo²⁰⁷, é bastante didática e pretende distinguir dois tipos de imagem: a imagem-retrato e a imagem-atributo. Ambas com diferentes referenciais normativos, pois as bases legais que diferenciam uma da outra são as seguintes: a imagem-retrato está regulada genericamente no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, enquanto a imagem-atributo é protegida pelo artigo 5º, inciso V.

A concepção de **imagem-retrato** se aproxima da visão mais tradicional da imagem, estendendo-se às partes do corpo identificáveis. Entendida como retrato, a proteção constitucional inserida genericamente no artigo 5º, inciso X, vai cuidar e proteger a representação física da pessoa,

²⁰⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *O conteúdo do direito à própria imagem*. In Revista do Advogado. São Paulo: AASP, 2003, p. 120.

estendendo-se às partes do corpo, como extensão da imagem, notadamente às partes do corpo que sejam identificáveis, não sendo restrita, mas, a mais ampliável possível.

Quanto à **imagem-atributo**, essa idéia transcende o conceito tradicional, visto como forma de reprodução de retrato da pessoa. Consiste na imagem que se faz caracterizar pelos traços próprios construídos por seu titular - ou com o seu consentimento - ao longo da história. É a imagem social que construímos de nós mesmos, ou consentimos que ela seja construída. Pode se dizer que essa imagem-atributo nada mais é do que a figura pública que o indivíduo assume na sociedade.

A imagem-atributo tem por objeto o conjunto de particularidades comportamentais que distinguem uma pessoa perante terceiro.

Há um conteúdo específico na concepção da imagem-atributo. No seio social, a imagem projetada de uma pessoa pode ser de diligente ou preguiçosa, obediente ou indulgente, altruísta ou egoísta, progressiva ou reacionária etc. Todas essas características aderem à pessoa tal qual um signo que a particulariza no trato com outrem e no desenvolvimento de suas atividades particulares ou profissionais.

Uma gama de comportamentos que as pessoas escolhem ou deixam que sejam escolhidos, determinadas características assomadas ao longo do tempo, constrói-se uma imagem. Por isso, é de se saber coletivamente o atributo da personalidade calcada pela ação: se bom filho, bom profissional, disciplinado etc.

A imagem solidificada ao longo dos anos tem um certo fundo publicitário, posto que as pessoas procuram um determinado profissional também em razão da imagem que ele constrói ao longo da carreira.

A imagem-atributo tem por escopo a proteção contra a violação perpetrada pela mídia e, como consequência dessa violação, o cidadão tem como respaldo o direito de resposta ou a indenização.

Nessa perspectiva da honra-atributo, vem à baila *àriet* do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no caso Xuxa Meneghel. É fato que, em 1982, a hoje famosa apresentadora de TV participou de um filme denominado *Amor, Estranho Amor*, no qual protagonizava cenas de caráter erótico. Com a sua fama e notoriedade, os distribuidores do filme quiseram fazer uma comercialização ostensiva de fitas de vídeo, resultando na propositura de uma ação cautelar impeditiva à circulação dessas fitas. O relator do processo (Ap. nº 1999.001.03818), o Desembargador Thiago Ribas Filho, após reconhecer esse direito da imagem-atributo da apresentadora, concedeu cautelar de apreensão do material, sustentando que “a autora se projetou nacional e internacionalmente, com programas infantis na televisão, criando uma imagem que muito justamente não quer ver atingida, cuja vulgarização atingiria não só a ela própria como as crianças que são o seu público, ao qual se apresenta como símbolo da liberdade infantil, de bons hábitos e costumes, e da responsabilidade das pessoas.”

Por este julgado pode assim se perceber que a idéia de imagem não engloba apenas o aspecto físico, mas também exteriorizações da personalidade do indivíduo em seu conceito social. Neste compasso, é bastante propício escrever o conceito de Hermano Duval: "Direito à imagem é a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias, etc.) ou moral (aura, fama, reputação, etc.) do indivíduo (homens, mulheres, crianças ou bebê) no mundo exterior".²⁰⁸

4.5.2 Direito à imagem: Limites

Hodiernamente, o direito à imagem assumiu uma posição de destaque no contexto dos direitos da personalidade, devido ao extraordinário progresso tecnológico dos meios de comunicação, tanto no desenvolvimento da facilidade de captação da imagem, quanto a de sua reprodução.

²⁰⁸ *Direito à imagem*, p.105.

Denotadamente, o direito à imagem, por ser um direito da personalidade, relaciona-se à **escolha** que cabe à pessoa dos modos pelos quais lhe convém aparecer em público, retirando, quando de fim comercial o uso, os proveitos econômicos próprios, mediante a remuneração ajustada no contrato de licença celebrado com o interessado. Compete-lhe, assim, eleger a forma, o veículo, a empresa, o produto, e demais elementos próprios. Daí, a necessidade do **absoluto consentimento expresso**, que possibilita eleger o meio e a forma mais adequada de exposição dessa imagem.

Contudo, como qualquer direito, o direito à imagem sofre limitações que se desenham no confronto entre a imagem e a outros direitos. No particular, deve ser listada entre essas limitações, a predominância do interesse público sobre o privado, o direito à informação e de livre expressão.

O interesse público é protegido pela liberdade de informação resguardada no art. 5º, inciso XIV, e art. 220 e seu §1º. Nesse contexto, vem à baila um exemplo banal: a veiculação nos livros de História do Brasil das fotos e, portanto, imagens de autoridades que exerceram cargos públicos, como o Presidente da República, Governadores, Prefeitos etc. Ainda assim, a autoridade pública fotografada e noticiada no exercício da atividade regular do cargo que ocupa também não tem como impedir a veiculação da imagem.

Outra hipótese pensada de limitação do direito à própria imagem diz respeito a divulgação de fotos relacionadas a inaugurações, paradas, funerais ou catástrofes. Nesse sentido, é necessário que fique claro as fotos indicam apenas o interesse de noticiar o ocorrido, e não apenas as pessoas que nele se encontram. É o caso das filmagens ou fotografias do evento conhecido como *parada gay*, na cidade de São Paulo. Alguém fotografado ou filmado neste local não pode ser indenizado quanto à sua imagem, nem alegar sofrimento de danos por esse fato específico.

Uma situação já vivenciada no direito americano pode aqui ser relembada: Mike Tuner vendeu a uma revista masculina fotografias de sua ex-namorada Paula Corbim, que acusou o Presidente dos EUA, Bill Clinton, de assédio sexual em 1991, quando então Governador do Estado de Arkansas. Tomando conhecimento da venda, Paula Corbim, que admitiu a veracidade do

material fotográfico, impetrou ação judicial para impedir a publicação. Em 1º de dezembro de 1994, o juiz Peter Leisure, de Nova Iorque, julgou a ação improcedente, sob o fundamento de que as fotografias se referiam a fato público.

Em certas circunstâncias, é visível a aplicação de normas conflitantes, mas no caso narrado o interesse da coletividade em ter conhecimento o caráter do homem público prevaleceu perante o interesse individual da fotografada de resguardar a sua imagem.

É lembrado que De Cupis²⁰⁹ considera a imagem uma das manifestações importantes do direito de resguardo. Essa traduz a irradiação figurativa da pessoa. A imagem, já se disse, é o espelho fiel da alma humana.

Centrado na posição do Supremo Tribunal Federal, pode se afirmar que a nossa sociedade está transformada, com concepção mundividuais e valorativas e frequentemente portadoras de interesses e objetivos completamente diferentes, sendo o direito de imagem um supra direito de relevância maior face a abusividade, quando a sua veiculação por outrem busca a espetaculosidade.

A reprodução da imagem recebeu guarida na legislação infraconstitucional, constando no art. 666, inciso X, do Código Civil, o seguinte:

Art.666:

X - A pessoa representada e seus sucessores direitos podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto.

Portanto, ao titular do direito de imagem compete o consentimento no uso da imagem. Então, a questão do consentimento se revela especialmente pelo fato de, autorizada a utilização da imagem, cessar qualquer direito de pretender a indenização prevista pela lei. O consentimento deve ser específico para que não haja o uso indevido.

²⁰⁹ *Os direitos da personalidade*, p. 337.

Além do consentimento de publicação, pode ocorrer o de alteração da imagem, necessitando também da autorização do titular, exceto em casos de caricatura desde que a modificação não seja injuriosa. Assim, a partir de um contrato adequado, onde necessariamente devem estar explicitados todos os elementos integrantes do ajuste de vontades, a pessoa pode extrair proveito econômico de sua imagem. Entretanto, há limitações impostas que restringem o exercício do direito à própria imagem. Essas restrições são baseadas na prevalência do interesse social, e, portanto, o direito coletivo sobrepõe o direito individual. Se o retratado tiver notoriedade, é livre a utilização de sua imagem para fins informativos, que não tenham objetivos comerciais, e desde que não haja intromissão em sua vida privada.

É livre também a fixação da imagem realizada com objetivo cultural, porque a informação cultural prevalece sobre o indivíduo e sua imagem desde que respeitadas as finalidades da informação ou notícia. Há também os casos de limitação relacionada à ordem pública, como a reprodução e difusão de um retrato falado por exigências de polícia. Obviamente, não teria lógica um criminoso se opor à esta exposição de sua imagem. Há ainda o caso do indivíduo retratado em cenário público, ou durante acontecimentos sociais, pois ao permanecer em lugar público, o indivíduo, implicitamente, autorizou a veiculação de sua imagem, dentro do liame notícia-imagem. Esse indivíduo só poderá alegar ofensa a seu direito à própria imagem se a utilização da fixação da imagem for de cunho comercial.

Essas limitações fazem com que determinadas utilizações da imagem não sejam ilícitas, mesmo que se realizem sem o consentimento do retratado, pois permitem a violação da imagem, colocando-a fora da proteção legal. Pode-se concluir, então, que, com exceção dessas possibilidades, qualquer outro uso da imagem alheia sem autorização do titular constitui violação do direito à imagem.

É possível, no entanto, que a **imagem-retrato** de uma pessoa seja utilizada indevidamente por meio de uma divulgação não autorizada por um órgão da imprensa e ao mesmo tempo ter a sua **imagem-atributo** valorizada.

Nesses casos, poderia em tese estar se falando de uma violação da imagem, no tipo imagem-retrato, sem, contudo, haver uma violação da imagem-atributo.

É fácil tal ocorrência. Se dá, por exemplo, nas circunstâncias em que os meios de comunicação violam essa imagem-retrato pelo simples fato de divulgar a imagem de um artista sem seu consentimento, porém, colocando-o dentro de um contexto que beneficie a sua imagem-atributo. A divulgação de fotos de uma artista como Angelina Jolie recebendo crianças asiáticas para adoção pode caracterizar uma violação à imagem-retrato pela inexistência de anuência ou autorização para a veiculação, contudo, eleva e concede ao artista uma melhor impressão pública.

As principais violações conhecidas estão classificadas nos seguintes tipos: (a) quanto ao consentimento: o indivíduo tem a própria imagem usada sem que tenha dado qualquer consentimento para tal; (b) quanto ao uso: o consentimento é dado, mas o uso feito da imagem ultrapassa os limites da autorização; (c) quanto à ausência de finalidades que justifiquem a exceção: é o caso das fotografias de interesse público, ou de pessoas célebres, cujo uso leva à inexistência da finalidade que se exige para a limitação do direito da imagem. Acontece quando o uso dessas imagens não tem um caráter cultural ou informativo.

Todas essas formas de violação do direito à própria imagem importam em culpa indenizável. Com a violação ao direito à imagem, o corpo e as suas funções não sofrem alteração física, contudo, observa-se uma modificação de caráter moral. A violação é ainda mais agressiva, quando dentro de um contexto publicitário, onde a fotografia identifica a pessoa ao produto, criando vínculo de associação de imediata e longa memória.

A proteção jurídica à imagem é fundamental, pois preserva à pessoa, simultaneamente, a defesa de componentes essenciais de sua personalidade e do respectivo patrimônio, pelo valor econômico que representa.

A jurisprudência brasileira, bem como o entendimento internacional, tem concedido indenização nos casos de não-autorização da exposição da

imagem, dada a frequência com que se tem usado a imagem alheia indevidamente em publicidade, em um evidente desrespeito aos valores essenciais da personalidade humana, gerado pela falta de criatividade e pela ânsia do lucro fácil.

Há, ainda, na doutrina, o reconhecimento do direito à imagem para coisas, visando impedir que terceiros exponham a público telas de pintura, esculturas e outros bens, sem a devida autorização do proprietário.

Conforme o caso, as violações do direito à imagem impõem ao agressor a obrigação de reparar os danos sofridos pela vítima, seja para restauração do equilíbrio patrimonial rompido, seja para compensar o prejuízo moral suportado. O dano material destrói ou reduz o patrimônio do indivíduo, e a indenização por violar o direito à imagem não deve se limitar ao valor que o indivíduo perdeu (dano emergente), mas também deve se estender para quanto deixou de ganhar (lucros cessantes). Já o dano moral repara a perda de um bem jurídico sobre o qual o lesado teria interesse. E a reparação se faz através da fixação de uma indenização com a finalidade de amenizar os sentimentos indesejados, os quais tiveram como causa a violação do direito. A reparação aos danos tem como objetivo, também, representar para o ofensor um desestímulo a novas práticas abusivas.

4.6 DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

É de difícil consecução a definição de vida privada e de intimidade. A primeira das dificuldades surge, ao se tentar precisar a extensão e o conteúdo desses direitos, cujo interesse subjacente é de caráter eminentemente subjetivo, por isso variável de pessoa para pessoa; os valores sociais são diferentes e mutáveis no tempo e no espaço; o sentimento que constitui o seu núcleo também oscila no âmbito de cada pessoa.

Em outras palavras, é difícil precisar os contornos do que deve ser tutelado em termos de vida privada e intimidade, pois os valores de uma

sociedade se modificam de tempo em tempo; de cultura a cultura; de lugar a lugar.

E, em função destes valores que exercem influência direta sobre os seres humanos é que sentimos a necessidade de ocultar, de terceiros, alguns de nossos sentimentos, ou fatos mais particulares de nossa existência.

Em trabalho monográfico sobre o tema, lembra Edson Ferreira da Silva²¹⁰ que o interesse pelo resguardo da intimidade deve ser encarado como um fenômeno sócio-psíquico. E, como tal, ambientável a cada grupo social.

Certas pessoas, por exemplo, ficariam desconfortáveis em aparecerem desnudas. Esse mesmo desconforto não seria sentido pelas comunidades indígenas detentoras de culturas primitivas, ou pelos participantes do *Big Brother*²¹¹. Mesmo entre os povos civilizados, existem grupos de nudismo que se reúnem em determinados locais, sem a menor pudicície.

É a influência dos valores sociais sobre as nossas atitudes, especialmente no que respeita ao sentimento de pudor. Portanto, é a reação previsível das outras pessoas que desencadeia em nós o receio de nos expormos à censura ou à reprovação, em confronto com a nossa inclinação, talvez inata ou natural, de sempre buscarmos a aprovação dos nossos semelhantes.

Esse juízo de aprovação ou de reprovação é estabelecido em função dos valores vigentes em cada época e lugar. São esses sentimentos, notados como valores, que fornecem a base objetiva em que se deve fundar a tutela jurídica da intimidade.

A subjetividade de que se acerca o termo “intimidade” varia entre grupos sociais, regiões, nação, etnias etc. Na França, é proibida a divulgação de processos de divórcio, enquanto na Grã Bretanha os divórcios de pessoas conhecidas alimentam a crônica; nos EUA, os rendimentos e as fortunas de

²¹⁰ *Direito à intimidade*, p. 30.

²¹¹ Programa televisivo de confinamento de pessoas, idealizado pela empresa holandesa Endemol, veiculado no Brasil pela Rede Globo de Televisão.

cada um são objeto de publicações constantes, enquanto na França esses elementos do patrimônio são encobertos pelo mais absoluto sigilo.

Embora todos tenhamos uma noção daquilo que nos é privado ou íntimo, as diferentes definições destes conceitos demonstram o grau de dificuldade em fixá-los.

A mais antiga definição acerca do direito à privacidade foi trazida pelo Juiz Cooley em 1873, para quem o direito à privacidade é identificado como direito de ser deixado só: *The right to be let alone*.

Apesar da freqüência com que a expressão é utilizada na doutrina e na jurisprudência norte-americanas, ser deixado só parece não expressar com exatidão e completude a idéia de intimidade.

O direito à intimidade nos Estados Unidos é indicado com o nome de *right of privacy* ou *right to be alone*; na França, como *droit a La vie privée* ou *droit a l'intimité*. Na Itália, distinguem *diritto Allá riservatezza* e *diritto Allá segretezza* ou *Al rispetto della vita privata*, sendo este último o direito de impedir que terceiros conheçam ou descubram a intimidade da vida privada da pessoa e aquele outra surgiria em um momento posterior, como direito de impedir a divulgação de aspectos da intimidade, depois de lícitamente conhecida pelo divulgador.

É preciso se fazer referências a esses dois diferenciados momentos: o do conhecimento consentido ou lícito de aspectos da intimidade de alguém e o da sua divulgação não consentida e ilícita, sendo que ambos os momentos podem padecer do vício da ilicitude se verificados à revelia do titular do direito e sem respaldo legal.

Esses dois momentos ficaram bem evidenciados no incidente ocorrido com o então Ministro Rubens Ricúpero, em que uma conversa sua, em caráter reservado, com o jornalista Carlos Monforte, captada por antenas parabólicas. A captação pode ter sido casual e por isso sem caráter de ilicitude, mas a gravação da conversa e depois a sua divulgação ampla por todos os meios de comunicação foi propositada e ilícita, pela falta de consentimento.

As conseqüências foram desastrosas: o Ministro foi demitido por conta desse fato.

Na Espanha, a expressão usada é *derecho a La intimidad e derecho a La vida privada*. Em Portugal, *direito à proteção da intimidade da vida privada* e também *direito à zona da intimidade da esfera privada*. Na França, há menção de que o dispositivo legal que tutela a vida privada não se refere ao ataque à vida privada, porém, de uma maneira mais restritiva, ao ataque à intimidade da vida privada, quer dizer, ao que é essencial na vida de uma pessoa.

Paulo José da Costa Júnior²¹² menciona a teoria das esferas introduzida pela doutrina alemã. São duas as esferas: a individual e a privada, como integrantes da vida privada. A esfera individual, responsável pela proteção à honra, tem como manifestações mais importantes o direito ao nome e à reputação. A esfera privada, tem por objetivo a proteção contra a indiscrição. Na esfera individual, o cidadão do mundo acha-se relacionado com os seus semelhantes; na esfera privada, ao contrário, o cidadão acha-se na intimidade ou no recato, em seu isolamento moral, convivendo com a própria individualidade.

Na Alemanha, segundo Paulo José da Costa Júnior, se concebeu a *doutrina das esferas*, e por isso são usadas as expressões *privatsphäre* (esfera privada); *intimsphäre* (esfera íntima) e *gehermsphäre* (esfera secreta). Ainda, *individualsphäre* (esfera individual), em oposição à “esfera da vida privada”, como componente do direito geral da personalidade. Nela, situam-se o direito ao nome e o direito à reputação. Cada uma dessas manifestações sugere a distinção entre as esferas individual e privada, admitindo o que podem subsistir entre dos âmbitos vinculados à personalidade. O ambiente da vida privada, em sentido lato, é dividido em três partes: a esfera privada *strictu sensu* (*privatsphäre*), a esfera *confidencial ou do crédito* (*vertravensphäre* ou *vertraulichkeitssphäre*) e a esfera do segredo (*geheimsphäre*).

Sob a influência dessa doutrina germanica, Paulo José da Costa Júnior refere-se aos círculos concêntricos da esfera da vida privada. Para ele,

²¹² O direito de estar só: tutela penal da intimidade, p. 32/34.

existe um círculo externo abrangido pela esfera privada *stricto sensu*, no qual se encontram inseridos todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem do domínio público. O segundo círculo, situado no bojo da esfera privada, é a esfera da intimidade ou confidencial. Desta esfera participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais tem certa intimidade. Deste círculo fazem parte as conversações ou acontecimentos íntimos. E, por fim, no menor dos círculos concêntricos, que deve ser objeto de especial proteção contra a indiscrição, está a esfera do segredo. Nela, acha-se aquela parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo. Consequentemente, a necessidade de proteção legal contra a indiscrição, nessa esfera, é muito mais intensa.

A grande dificuldade é delimitar a fronteira entre o público e o privado, entre esfera privada e esfera íntima, esfera íntima e esfera do segredo, e, mais do que isso, estabelecer o conteúdo de cada uma delas, sobretudo pelo seu caráter extremamente volátil.

Nessa toada, Sonia Aguiar do Amaral Vieira²¹³:

É patente a dificuldade, face a esses círculos, em estabelecer os limites e o conteúdo do que é público ou privado; até que ponto estamos diante da esfera privada ou da esfera íntima ou, ainda, na zona da esfera do segredo, daí o desafio das doutrinas nacional e estrangeira em estabelecer o conceito do que seja vida privada e intimidade.

O direito à vida privada, seria então o direito do indivíduo a uma vida retirada e anônima. O direito à vida privada pode ser definido como o direito de viver à sua própria vida em isolamento, sem ser submetido a uma publicidade que não provocou e nem desejou.

A vida privada é uma área da vida humana que, em dada circunstância, um homem razoável, com entendimento das legítimas necessidades comuns, julga ser proibido invadir. Esse homem razoável, com entendimento das legítimas necessidades comuns é o bônus *paterfamilias*, que

²¹³ *Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos*, p. 18.

forneceria os parâmetros da necessária objetividade. Seus juízos de valor determinariam o campo em que a penetração é vedada.

É incontroverso que a vida privada e a intimidade representam ainda um desafio à comunidade jurídica internacional no que respeita a uma conceituação. Porque definir seria dizer o que uma coisa é, de forma plena, estabelecendo seus limites e objeto.

Contudo, resta sabido ser igualmente incontroverso que alguns aspectos básicos são comuns a todas as culturas, sendo, portanto, valorizados e tutelados pelo direito. Poder-se-ia citar, exemplificadamente, a vida amorosa, sexual, familiar, religiosa, condições de saúde, física. Assim, a divulgação de alguns desses aspectos, desde que não autorizados pelo seu titular, implicaria em sanção legal, independentemente da sociedade. Aqui, é o senso comum que sinaliza o que deve ser ocultado da curiosidade e do conhecimento alheio.

Há uma possibilidade de elastecimento desse direito à intimidade em relação às personalidades notórias e famosas. As pessoas famosas têm uma esfera pública, e em nome do *status* adquirido é compreensível que o interesse do público sobre elas seja exacerbado.

A doutrina utiliza expressões como direito à vida privada, direito à intimidade, direito ao resguardo, direito ao recato, ora como sinônimos, ora como expressões que exprimem conceitos diversos.

Para os que doutrinam a existência de diferenças entre tais noções, a intimidade é tida como o *status* ou situação daquilo que é íntimo, isolado, só. Há um direito ou liberdade pública de estar só, de não ser importunado, devassado, visto por olhos estranhos. A noção de intimidade ou vida privada é vinculada à noção relativa e subjetiva de espaço e tempo, o que explica a dificuldade do tema. Novamente aqui o legislador constituinte distinguiu a mesma situação com dois nomes distintos, quando se sabe que “intimidade” do cidadão é sua “vida privada”, no recesso do lar.

A vida privada é aquilo que se desenvolve fora das vistas do público perante, eventualmente, um pequeno grupo de íntimos. Compreende, portanto,

a intimidade, isto é, a vida em ambiente de convívio, no interior de um grupo fechado e reduzido, normalmente, ao grupo familiar.

A intimidade embute-se no que se venha a se denominar ou mesmo ocorrer no âmbito da vida privada.²¹⁴ Esta, que é mais ampla, relaciona-se a todas e quaisquer espécies de relações familiares e de amizade de um indivíduo. Aliás, cumpre destacar desde logo que o resguardo à vida privada é efetivado, através da proteção dos direitos à intimidade e à imagem, adiante analisada.

Assim, enquanto se diz que a intimidade diz respeito às relações de traço subjetivo, com certo tom de proximidade, tais como, as estabelecidas com sua família e amigos mais achegados; diz-se, também, que a vida privada engloba, ainda, todos os outros relacionamentos humanos, alcançando os objetivos, como relações comerciais, bancárias, de trabalho, estudo, dentre tantos. Nesse diapasão, bem sustenta Judicael Sudário de Pinho²¹⁵, que “o homem não é só o que aparece aos olhos dos outros. Possui uma outra parte que pode omitir, esconder ou mesmo reservar das outras pessoas com quem tiver contato”²¹⁶, tanto mais, daquelas que nem mesmo teve oportunidade de conhecer.

O constitucionalismo moderno tem como paradigma jurisdicional, exatamente, o caso *Griswold vs. Connecticut* (381 U.S. 479)²¹⁷, de 1965. Nele, a Suprema Corte reconheceu o direito à intimidade explicitamente, em termos mais amplos que o apontado pela quarta emenda da Constituição

²¹⁴ André Ramos Tavares bem alerta que o artigo 5º, X da Constituição da República não menciona expressamente o direito à privacidade. Todavia, o autor, sob amparo de José Afonso da Silva, vislumbra-o no *caput* do mesmo artigo 5º, na menção feita ao direito à vida, como próprio elemento desse direito. (TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 437)

²¹⁵ *Colisão de direitos fundamentais. Liberdade de comunicação e direito à intimidade*. In SOARES, José Ronald Cavalcante (Org). Estudos de Direito Constitucional: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: LTr, 2001. p. 262- 303.

²¹⁶ _____, p. 269.

²¹⁷ O caso *Griswold v. Connecticut* (1965) consistiu na declaração da inconstitucionalidade de lei estadual que houvera proibido a distribuição e o uso de contraceptivos. A lei estadual chegara a prever multa mínima de \$ 50,00 (cinquenta dólares) e prisão por pelo menos 60 dias e não mais do que 1 ano, sendo que todos aqueles que auxiliassem, sugerissem ou incitassem o uso de contraceptivos igualmente estariam incursos nas mesmas penas. O caso envolveu a prisão de Estelle Griswold, Diretora-Executiva da Liga de Planejamento Familiar do Estado de Connecticut. Cf. DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006, p. 78/79.

estadunidense, cuja redação é a seguinte: “*não será infringido o direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres [...]*”.²¹⁸

O Juiz William O. Douglas, na oportunidade do julgamento do caso acima citado (*Griswold vs. Connecticut*), descreveu o direito à intimidade como protetor de uma zona de privacidade que acoberta a instituição social do casamento e das relações sexuais de pessoas casadas. Por certo que a controvertida opinião do magistrado teve conseqüências. A interpretação foi ampliada: modificação da proibição à união interracial; permissão para que os indivíduos possuíssem material obsceno em seus lares; distribuição de anticoncepcionais para pessoas casadas ou solteiras, indistintamente.

Mas o caso *Roe vs. Wade* (410 U.S. 113), de 1973, em que a questão do aborto foi profundamente debatida, revela-se como a mais famosa aplicação desse direito à intimidade. Quando Douglas vagamente denominou a intimidade, como um direito com ares de “penumbra”, emanado da Constituição, e a Corte se mostrou incapaz de defini-lo, o direito foi visto geralmente como protetor dos próprios interesses individuais, independente de se manifestar sobre a família e as associações, por exemplo.²¹⁹

Ao analisar a delicada situação dos direitos de candidatos a emprego no Brasil, José Adércio Leite Sampaio²²⁰ destaca a ilegitimidade do empregador, para a finalidade de utilizar de meios invasivos da intimidade desses sujeitos, exemplificados por questionários, entrevistas discriminatórios e métodos, como grafologia, capazes de avaliar, “sob pressupostos científicos duvidosos”, a personalidade do concorrente. Em suas conclusões, aponta o mesmo autor:

1. Com vistas a obter ganhos competitivos, em um mercado cada vez mais exigente e, paradoxalmente, limitado, as empresas passaram a adotar métodos pretensamente mais científicos no recrutamento de seu pessoal.[...]

²¹⁸ CORWIN, Edward S. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986, p. 249.

²¹⁹ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006, p. 77/78.

²²⁰ *Testes genéticos, aids e o direito à intimidade do candidato a um emprego*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais:UFMG, 1999. Nova Fase. v. 36. 376 p., pp. 303-321.

3. A reação do Direito, ainda que tardia, não deixou de ocorrer, tendo em vista a violação flagrante do direito à intimidade e à vida privada, consagrado em muitos domínios, como um direito fundamental do homem. [...]

4. No Brasil, o assunto ainda é incipiente. Não obstante, nota-se firme tendência no sentido de prevalência do direito à intimidade e à vida privada frente a essas incursões em seu âmbito.²²¹

Afora esse direito específico à intimidade, a análise da questão exige a percepção de que, no caso do monitoramento de pessoas, por filmagem, podem ser atingidos, ainda, direitos como a própria honra privada e, especialmente, o direito à imagem, que não se inserem, necessariamente, dentro do conceito de “privacidade”. Esta, segundo André Ramos Tavares²²², ao analisar o “direito à privacidade”, “comporta toda e qualquer forma de manifestação da intimidade, privacidade e, até mesmo, da personalidade da pessoa humana”. E complementa o mesmo autor:

Pelo direito à privacidade, apenas a titular compete a escolha de divulgar ou não o seu conjunto de dados individuais, e, no caso de divulgação, decidir quando, como, onde e quem. Os dados em questão são todos aqueles que decorram da vida familiar, doméstica ou particular do cidadão, envolvendo fatos, atos, hábitos, pensamentos, segredos, atitudes e planos de vida.²²³

Adriano De Cupis²²⁴ já apontava existirem “certos direitos sem os quais à personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo valor concreto”. Esses direitos essenciais, de identificação direta com os da personalidade, receberam previsão expressa no Brasil também por lei infraconstitucional²²⁵.

Destaca José Afonso da Silva²²⁶ que “a honra, a imagem, o nome e a identidade pessoal constituem objeto de um direito, independente, da personalidade”.

²²¹ _____, p. 318/319.

²²² *Curso de Direito Constitucional*, p. 437.

²²³ _____, p. 437.

²²⁴ *Os direitos da personalidade*, p. 17.

²²⁵ No Brasil, a Lei federal nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002 colaciona proteção a direitos da pessoa humana, relacionados à sua personalidade: vida privada, próprio nome, pseudônimo, imagem são alguns dos que se percebe entre os artigos 11 e 21 desse diploma.

²²⁶ *Curso de direito constitucional positivo*, p. 191.

Em Portugal, em importante estudo acerca dos direitos da personalidade, dissertou Rabindranath Capelo de Sousa²²⁷ que:

Os direitos de personalidade - entre os quais se insere o direito à intimidade da vida privada - podem ser definidos como direitos subjectivos, privados, absolutos, gerais, extrapatrimoniais, inatos perpétuos, intransmissíveis, relativamente indisponíveis, tendo por objecto os bens e as manifestações interiores da pessoa humana, visando tutelar a integridade e o desenvolvimento físico e moral dos indivíduos e obrigando todos os sujeitos de direito a absterem-se de praticar ou de deixar de praticar actos que ilicitamente ofendam ou ameacem ofender a personalidade alheia sem que incorrerão em responsabilidade civil e/ou na sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a consumação da ameaça ou a atenuar os efeitos da ofensa cometida

Enfim, o direito à intimidade deve compreender o poder jurídico de subtrair ao conhecimento alheio e de impedir qualquer forma de divulgação de aspectos da nossa vida privada, que segundo um sentimento comum, detectável em cada época e em cada lugar, interessa manter sob reserva.

Será sempre com base nesse senso comum que se identificará em cada situação o conteúdo do direito à intimidade. É esse o parâmetro objetivo para circunscrevê-lo. Todo rol que se fizer desses aspectos será necessariamente incompleto, dada a diversidade incomensurável dos fatos que envolvem a vida das pessoas.

Resumidamente, porém, a vida privada é a vida familiar, pessoal do homem, sua vida interior, espiritual, a que leva quando vive detrás da sua porta fechada.

Também pode ser dito que o direito à vida privada é o direito do indivíduo em decidir por si mesmo em que medida partilhará com os outros seus pensamentos, seus sentimentos e os fatos da sua vida privada.

O íntimo é o reservado de cada pessoa, o que eu posso lícitamente subtrair ao conhecimento dos outros (vida privada, domicílio, habitação, pensamentos, desejos, preferências, necessidades, modo de satisfazê-las...).

²²⁷ *A Constituição e os direitos de Personalidade*. MIRANDA, Jorge (Coord). In *Estudos sobre a Constituição*. Volume 2. Lisboa: Petrony, 1978. p. 93 e ss.

A idéia de intimidade desdobra-se em: a) respeito à consciência; b) respeito ao confidencial; c) tutela do segredo; d) inviolabilidade de papéis pessoais, correspondência ou imagem materializada da vida interior; e) inviolabilidade do lar; f) respeito à livre comunicação entre os seres humanos.

Conforme assinala René Ariel Dotti²²⁸, o jurista americano Alan Westin diz que a vida privada reflete quatro grandes estados: solidão ou isolamento, traduzido na expressão inglesa *to be let alone* como o mais adequado à intimidade; o círculo restrito da família e dos amigos, no qual se desenvolvem relações sinceras e naturais entre as pessoas; o anonimato ou o direito de gozar da intimidade em público sem ser reconhecido ou identificado; e, por fim, a reserva como realidade mais sutil na qual uma pessoa defende-se psicologicamente contra as possíveis invasões dos meios de comunicação.

Conforme nos indica José Ribas Vieira²²⁹, a diferenciação havida entre intimidade e vida privada, com reconhecimento da identidade dos referidos conceitos em relação ao seu objeto, é reconhecida pela doutrina europeia, destacando-se o aspecto volitivo que rege ambas as noções e com especial destaque para o caráter mais genérico da vida privada em contraposição ao particularismo da noção de intimidade, literalmente:

A intimidade é um âmbito delimitado e especialmente protegido, ao qual se acrescenta um elemento de vontade, de exclusão pretendida. Também é um espaço de plena disposição por parte do indivíduo, de onde exerce liberalidades de forma constante. A intimidade é um conjunto íntegro espiritual, um espaço físico e anímico regido pela vontade do indivíduo. Dessa forma a tradição europeia caminha para consagrar a fragmentação do conceito de *privacy* tão afeito à trajetória jurídica norte-americana.

Percebe-se, agora, que há um determinado nível de razão em distinguir intimidade e vida privada, sendo certo que ambas possuem o mesmo objeto, mas com dimensões diferentes. A dificuldade está, justamente, na liberdade que cada indivíduo tem de configurar sua vida privada e sua intimidade. O que para uns é objeto da reserva mais extrema, para outros é motivo de orgulho dar a conhecer. Assim, o conceito de vida privada é amplo e comporta tudo aquilo que não é, ou não se quer que seja, de conhecimento geral.

²²⁸ *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, p. 74.

²²⁹ *Direito à intimidade e à vida privada*, p. 83/84.

Tudo isso tem relevante significado, na medida em que, para a análise completa do tema proposto, percebe-se a utilização desses conceitos basilares.

Importa ver-se que, mais que de um assento constitucional, goza o direito à intimidade e à vida privada - previsto no art. 5º, inciso X, da CF/88 - de uma hierarquia privilegiada, tanto do ponto de vista nacional, como do ponto de vista supranacional.

Em gênese, partilhando uma única fonte axiológica centrada na dignidade do ser humano e enquanto espécies do gênero “direitos de personalidade”, o direito à intimidade e o direito à vida privada podem ser qualificados como direitos humanos e, igualmente, como direitos fundamentais.

Isto implica dizer que, enquanto direitos humanos, encontram-se dentro da esfera da especial consideração internacional, sendo protegidos por diversos documentos desta estirpe, dado o fato de serem tidos por ínsitos à condição humana. Tratam-se de direitos dos quais se apropria o homem por sua mera condição de ser humano.

Ademais, se por um lado nem todos os direitos de personalidade são tidos por direitos fundamentais, é preciso destacar-se que o direito à intimidade e à vida privada ostenta tal condição, apresentando-se sigularmente situado dentro do sistema protetivo constitucional brasileiro, condição esta que destarte, lhe confere ampla eficácia ao dilargar significativamente os instrumentos nacionais postos à disposição da realização da dignidade humana.

De tal sorte, todos os preceitos constitucionais que servem à consolidação e proteção dos direitos fundamentais lhe são estendidos, assim como também aqueles instrumentos previstos nos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos.

Tal abordagem coaduna, aliás, com um posicionamento doutrinário – de diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais – que visa atribuir mais especificidade ao estudo dos instrumentos de garantia/realização desses direitos. A respeito de tal diferença, explicita Sarlet:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardam relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).²³⁰

A amplitude protetiva que se atribui à vida privada e à intimidade só vem a corroborar a sua posição nuclear no âmbito dos direitos de personalidade, especialmente porque a lógica jurídico-legislativa e doutrinária, no âmbito da ciência jurídica, segue o indicativo de que, quanto maior importância tiver um bem jurídico dentro da vivência social, maior será a proteção a lhe ser deferida.

As noções de vida privada e intimidade relacionam-se proximamente com aspectos centrais de nosso sistema jurídico, tais quais a democracia, o pluralismo que a esta se relaciona, a liberdade, dentre outros.

Mais que isto, conforme Lucrecio Rebollo Delgado²³¹, pode-se afirmar a natureza jurídica do direito à vida e à intimidade assenta-se nas seguintes características que lhe são inerentes:

a) Direito subjetivo, de defesa de uma parcela de nossa vida que queremos manter reservada e da qual temos plena disponibilidade; b) garantia de pluralismo e democracia, na medida em que é no privado onde se enraiza a diversidade, a singularidade que se projeta em um sistema democrático plural; c) direito positivo, inserto na Constituição e configurado como direito de hierarquia superior com base em suas garantias e sua essencialidade; d) se constitui como uma expressão de liberdade, uma manifestação da mesma; e, por último, e) trata-se de uma concretização de um dos fundamentos que o constituinte estabelece para a correta convivência social, como é em essência a dignidade da pessoa humana, a garantia dos direitos invioláveis que são inerentes à pessoa e o livre desenvolvimento de sua personalidade.

²³⁰ *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 37.

²³¹ *Apud* BENTES, Hilda Helena Soares; VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; GOMES, Maria Paulino. *Direito à intimidade e à vida privada*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 86.

Como se vê, muitas noções de suma importância sócio-jurídica estão a conferir aporte ao direito à intimidade e à vida privada. Além de sua condição de direitos classificados como humanos e fundamentais, a positividade que lhe é própria e sua estreita ligação com a noção de liberdade, estão a indicar que a sua realização (do direito à imagem e à vida privada) é, em verdade, não apenas uma garantia do pluralismo e da democracia, mas igualmente um pressuposto destes.

5. ALCANCE E LIMITES DA TUTELA JURISDICIONAL NA COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE IMPRENSA E O DIREITO À PRIVACIDADE

5.1. O ESCALONAMENTO DE VALORES NA ORDEM CONSTITUCIONAL

O ordenamento jurídico, como se sabe, é um sistema hierárquico de normas, na clássica formulação de Kelsen. Estaria, assim, escalonado com normas de diferentes valores, ocupando cada norma uma posição intersistemática, formando um todo harmônico²³², com interdependência de funções e diferentes níveis normativos de forma que “uma norma para ser válida é preciso que busque seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, de tal forma que todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa”²³³. É a famosa teoria da construção escalonada das normas jurídicas (*stufenbautheorie*).

Considerando que princípios jurídicos são normas²³⁴, e que as normas são hierarquicamente escalonadas, poder-se-ia facilmente admitir que

²³² Cf. VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 12.

²³³ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 248.

²³⁴ Como se sabe, Kelsen negava o caráter de norma jurídica aos princípios de direito. No entanto, “a dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas as quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma

há hierarquia entre os princípios. Nesse sentido, assim se manifesta Geraldo Ataliba:

O sistema jurídico (...) se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes. Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores. Estes subordinam certas regras que, à sua vez, submetem outras (...)²³⁵.

Apesar de ser esta uma dedução lógica, a questão da possibilidade de hierarquia entre princípios não é tão fácil quanto se imagina.

Se levarmos em conta que existem princípios constitucionais e princípios infraconstitucionais, não há grande dificuldade em perceber que aqueles são hierarquicamente superiores a estes. Pode-se mesmo dizer que os princípios constitucionais são o fundamento de validade dos princípios infraconstitucionais. Assim, por exemplo, o princípio da identidade física do juiz, inserto no art. 132 do Código de Processo Civil, buscaria fundamento de validade no princípio constitucional do juiz natural, disposto no art. 5º, LIII, da CF/88.

A questão complica-se quando se toma como ponto de referência unicamente os princípios constitucionais. Ou seja, imaginando um “corte epistemológico” na pirâmide normativa e separando as normas de *status* constitucional, poder-se-ia dizer que há hierarquia entre os princípios constitucionais considerados em si mesmos? Por exemplo, o princípio da isonomia seria hierarquicamente superior ao princípio da liberdade de reunião, ambos consagrados no texto constitucional? A resposta para esta questão varia conforme o critério a ser adotado para se estabelecer a hierarquia.

De fato, se nos pautarmos no critério axiológico, valorativo, parece indubitável que há hierarquia entre tais princípios. Afinal, quem ousa dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana “vale” menos do que o princípio da proteção à propriedade? Aliás, todos os princípios e regras decorrem, ainda

finalidade mais destacada dentro do sistema” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2ª ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 141).

²³⁵ *Apud* ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 165.

que indireta e mediatamente, do princípio-mor da dignidade da pessoa humana²³⁶. Do mesmo modo, seria correto dizer que o princípio do devido processo legal estaria situado no topo dos princípios constitucionais processuais.

Geraldo Ataliba, nesse sentido, afirma que “mesmo no nível constitucional, há uma ordem que faz com que as regras tenham sua interpretação e eficácia condicionadas pelos princípios. Estes se harmonizam, em função da hierarquia entre eles estabelecida, de modo a assegurar plena coerência interna ao sistema (...)”²³⁷. Nesse aspecto, portanto, parece inarredável que nossa Carta Magna realmente “hierarquizou” princípios, “elegendo” os mais importantes para compor o núcleo essencial, ou, na expressão de Lowenstein, para ser a “dimensão política fundamental”. Tanto é verdade que alguns princípios são “irreformáveis”, ou seja, estão imantados pela cláusula da inabolibilidade (não podem ser abolidos), ao passo que outros podem ser, na forma do processo constitucional legislativo, suprimidos pelo poder constituinte derivado²³⁸.

Por outro lado, do ponto de vista jurídico, é forçoso admitir que não há hierarquia entre os princípios constitucionais. Ou seja, todas as normas constitucionais têm igual dignidade; em outras palavras: não há normas constitucionais meramente formais, nem hierarquia de supra ou infra-ordenação dentro da Constituição, conforme asseverou Canotilho. Existem, é certo, princípios com diferentes níveis de concretização e densidade semântica, mas nem por isso é correto dizer que há hierarquia normativa entre os princípios constitucionais. Com efeito, como decorrência imediata do princípio da unidade da Constituição, tem-se como inadmissível a existência de normas constitucionais antinômicas (inconstitucionais), isto é, completamente

²³⁶ Cf. FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Defende este autor que "os direitos fundamentais podem ser entendidos como a concreção histórica do princípio da dignidade humana".

²³⁷ *Apud* ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 165.

²³⁸ Em função disso, CARLOS AYRES BRITTO distingue o que chama de princípios fundamentais e princípios "profundamentais" (mais fundamentais que os demais, nominados na Constituição de 1988), para concluir que existem princípios fundamentais eternos e estáveis, sendo os profundamentais eternos, e, portanto, insubmissos à disposição reformadora do legislador constituído (*apud* ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 155).

incompatíveis, conquanto possa haver, e geralmente há, tensão das normas entre si.

Ora, se a Constituição é um sistema de normas, um *lucidos ordo*, como era sempre advertido por Ruy Barbosa, que confere unidade a todo o ordenamento jurídico, disciplinando unitária e congruentemente as estruturas fundamentais da sociedade e do Estado, é mais do que razoável concluir que não há hierarquia entre estas normas constitucionais. Não existe nem mesmo hierarquia (jurídica) entre os princípios e as regras constitucionais, o que se afasta, de logo, a ocorrência de normas constitucionais inconstitucionais²³⁹, ou melhor, normas constitucionais do poder constituinte originário inconstitucionais, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, acertadamente, já admitiu a possibilidade de normas constitucionais emanadas do poder constituinte derivado inconstitucionais (ADI n 939), desde que maculem as garantias de eternidade (cláusulas pétreas) enumeradas no § 4º do art. 60.

Dessume-se, pois, que não há, do ponto de vista estritamente jurídico (epistemológico), hierarquia entre os princípios. Pode-se, não obstante, cogitar a hipótese de existência de hierarquia axiológica (ou deontológica) entre as normas constitucionais, incluindo-se aí, obviamente, os princípios.

Partindo-se dessa constatação de que não há hierarquia entre os princípios constitucionais, surge uma tormentosa questão: o que fazer quando dois ou mais princípios constitucionais entram em rota de colisão?

É evidente que, no nível constitucional, há uma ordem que faz com que as regras tenham sua interpretação e eficácia condicionadas pelos princípios. Estes se harmonizam, em função da hierarquia entre eles estabelecida, de modo a assegurar plena coerência interna ao sistema. Cuida-se aqui de hierarquia substancial, diversa da hierarquia puramente formal, que resulta dos critérios de distribuição de competências entre os órgãos do Estado.

²³⁹ Nesse sentido, BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Almedina, Coimbra, 1994. Muitas das implicações que se tem atribuído a este autor, acerca da possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais, é equívoca.

Consabidamente, o direito, enquanto sistema, é uma ordem axiológica ou teleológica de princípios, e estes não valem sem exceção e podem entrar em oposição ou em contradição entre si.

Passa-se a saber que o primeiro tipo de conflito (oposição) resolve-se na medida em que – a princípios que apontem em direções opostas – âmbitos distintos de aplicação sejam designados, de modo que se estabeleça um compromisso entre ambos. Já a contradição entre princípios, diz Canaris, é sempre algo que não deveria existir – uma desarmonia – e que, por isso mesmo, deve, se possível, ser eliminada.

Contudo, evidencia-se que, em um sistema de normas, constituído por regras e princípios constitucionais em constante e necessária transformação, que refletem uma sociedade dinâmica e heterogênea, inevitáveis são os conflitos entre as espécies normativas, situação que reclama adoção de critérios capazes de resolver o conflito e salvaguardar a unidade e a coerência do ordenamento jurídico.

Quando o conflito se desenvolve entre as diferentes espécies de normas jurídicas, isto é, na contradição entre regras e princípios, a resolução do conflito é, de certo modo, facilmente alcançada. Deve-se, aplicar o critério que determina, no mais das vezes, a superioridade hierárquica dos princípios constitucionais sobre as regras. Os princípios constitucionais, pela condição de normas gerais e fundamentais, prevalecem sobre as regras constitucionais e infraconstitucionais, normas de generalidade relativamente baixa. É certo, porém, que em condições muito peculiares deve ser aplicada a regra específica, ficando afastada a aplicação do princípio constitucional.

O conflito entre regras já reserva maiores dificuldades de resolução. No conflito entre regras, a aplicação de duas diferentes prescrições jurídicas, ambas válidas, conduzem a resultados incompatíveis entre si.

Usando os ensinamentos de Robert Alexy²⁴⁰, é possível afirmar que um conflito entre regras somente pode ser resolvido se for introduzida uma cláusula de exceção em uma das regras conflitantes, na intenção de remover o

²⁴⁰ *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 92 e ss.

conflito. E propõe o autor alemão o seguinte exemplo: uma regra que proíba abandonar a sala antes de soar a sirene de saída e uma ordem para abandoná-la em caso de alarme de incêndio. Tal conflito poderia ser eliminado com a introdução de uma cláusula de exceção na primeira regra, determinando a saída da sala em caso de alarme de incêndio. Não sendo possível semelhante solução, pelo menos uma das regras deverá ser declarada nula, restando eliminada do ordenamento jurídico.

O conflito entre regras se resolve no âmbito da validade, já que se uma regra vale e é aplicável ao caso concreto, então, valem também suas conseqüências jurídicas, pois contidas dentro do ordenamento normativo. Deste modo, se a aplicação de duas regras juridicamente válidas conduz a juízos concretos de 'dever ser' reciprocamente contraditórios, não restando possível a eliminação do conflito pela introdução de uma cláusula de exceção, pelo menos uma das regras deverá ser declarada inválida e expurgada do sistema normativo, como meio de preservação do ordenamento.

Em determinados casos, tais tensões podem ser sanadas mediante o emprego de critérios de resolução de conflitos entre regras jurídicas. Neste caso, a regra hierarquicamente superior derroga a inferior (*lex superior derogat legi inferiori*), segundo a determinação do critério hierárquico. A regra posterior derroga a regra anterior (*lex posterior derogat legi priori*), pela aplicação do critério cronológico. Pode-se estabelecer, ainda, a prevalência da regra especial sobre a regra geral (*lex specialis derogat legi generali*), usando o critério da especificidade. Há situações, entretanto, em que os presentes critérios de solução de antinomias restam insuficientes, como no caso de incompatibilidades entre dispositivos legais de um mesmo instrumento legislativo, bastante possível em codificações de leis.

A colisão entre princípios constitucionais não se resolve no campo da validade, mas no campo do valor. Se uma determinada situação é proibida por um princípio, mas permitida por outro, não há que se falar em nulidade de um princípio pela aplicação do outro. No caso concreto, em uma "relação de precedência condicionada", determinado princípio terá maior relevância que o outro, preponderando. Não se pode aceitar que um princípio reconhecido pelo

ordenamento constitucional possa ser declarado inválido, por que não aplicável a uma situação específica. Ele apenas recua frente ao maior peso, naquele caso, de outro princípio também reconhecido pela Constituição. A solução do conflito entre regras, em síntese, dá-se no plano da validade, enquanto a colisão de princípios constitucionais no âmbito do valor.

Na resolução da colisão entre princípios constitucionais deve-se levar em consideração as circunstâncias que cercam o caso concreto, para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o preceito mais adequado. A tensão se resolve mediante uma ponderação de interesses opostos, determinando qual destes interesses, abstratamente, possui maior peso no caso concreto.

A tensão entre princípios constitucionais, como visto, não é eliminada pela invalidação de um deles, nem, tampouco, pela introdução de uma cláusula de exceção em um dos princípios, de modo a limitar sua aplicação em casos futuros. A solução em caso de colisão consiste em analisar as circunstâncias do caso concreto, estabelecendo entre os princípios uma relação de precedência condicionada. Equivale dizer que, tomando em conta o caso, determinam-se as condições sob as quais um princípio constitucional precede ao outro. Havendo modificação nas condições, a questão da precedência pode ser resolvida inversamente.

Robert Alexy²⁴¹ denomina "lei de colisão" a solução da tensão de mandamentos de otimização com base na relação de precedência condicionada. Não existem relações absolutas de precedência, pois que sempre serão determinadas pelas circunstâncias do caso concreto. Não existe um princípio que, invariavelmente, prepondere sobre os demais, sem que devam ser levadas em consideração as situações específicas do caso. Em última análise, não existem princípios constitucionais absolutos ou um princípio constitucional absoluto que, em colisão com outros princípios, precederá independentemente da situação posta.

A existência de princípios absolutos, capazes de preceder sobre os demais em quaisquer condições de colisão, não se mostra consoante com o

²⁴¹ *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 94.

próprio conceito de princípios jurídicos. Não se pode negar, por outro lado, a existência de mandamentos de otimização relativamente fortes, capazes de preceder aos outros em praticamente todas as situações de colisão. Pode-se citar, como exemplos, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da proteção da ordem democrática, o direito à higidez do meio-ambiente e etc..

De posse do conceito de princípio constitucional, estabelecidas as formas de eliminação das tensões entre os mandamentos de otimização da ordem normativa, cabe a definição dos critérios usados para determinar a precedência de um princípio sobre outro, as condições que se sobrepõem na relação de precedência. Exsurge, pois, o necessário estabelecimento de uma teoria da argumentação jurídica, capaz de fundamentar a decisão judicial pela precedência de um valor constitucionalmente assegurado em detrimento de outros, legitimando a atuação jurisdicional e realizando a máxima da justiça material.

Pode-se dizer que para uma aplicação salutar e coerente da máxima da ponderação entre os princípios constitucionais em colisão, mostra-se imprescindível delinear firmemente uma teoria da argumentação jurídica, até como forma de evitar que as decisões judiciais pela precedência de um ou outro princípio fiquem sujeitas ao arbitrário sopesamento do juiz. Até porque não há, no sistema, nenhuma norma a orientar o intérprete e o aplicador a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles estabelecido, deve ser privilegiado, qual o que deve ser desprezado. Em cada caso, pois, em cada situação, a dimensão do peso ou importância dos princípios há de ser ponderada.

O juiz, quando decide pela prevalência de determinado princípio constitucional que se mostra em confronto com outro ou outros, em vista das circunstâncias do caso concreto, deve basear sua decisão não somente em convicções de foro íntimo, mas em argumentos e razões jurídicas plenamente aceitas pela sociedade e consentâneas ao ordenamento normativo vigente. Do contrário, pode-se estar avançando a passos largos para uma nefasta e deletéria substituição do primado da lei, como existia no tradicional modelo

formal-positivista, pelo primado das valorações subjetivas dos juízes, sem parâmetros e critérios aferíveis e justificáveis para respaldar a atividade jurisdicional.

Essa tensão existente entre as normas é consequência da própria carga valorativa inserta na Constituição, que, desde o seu nascedouro, incorpora, em uma sociedade pluralista, os interesses das diversas classes componentes do Poder Constituinte Originário. Esses interesses, como não poderia deixar de ser, em diversos momentos não se harmonizam entre si em virtude de representarem a vontade política de classes sociais antagônicas. Surge, então, dessa pluralidade de concepções - típica em um Estado Democrático de Direito, um estado permanente de tensão entre as normas constitucionais.

Ademais, o simples fato de os princípios constituírem um sistema aberto, ou seja, permitirem uma compreensão fluida e plástica, já insinua (ou subentende-se) que podem existir fenômenos de tensão entre esses princípios componentes dessa dinâmica ordem sistêmica. Nos casos concretos, é muito comum o jurista deparar-se com dois princípios conflitantes. É o que costuma denominar-se de colisão de princípios²⁴².

Esta dimensão valorativa dos princípios, e que não é encontrada nas regras, é entendida por Eros Roberto Grau como uma diferença marcante entre essas duas espécies normativas. Com esteio nos estudos de Ronald Dworkin, o jurista brasileiro assevera que:

...quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles. Esta valoração, evidentemente, não é exata e, por isso, julgamento a propósito da maior importância de um princípio, em relação a outro, será com frequência discutível. Não obstante, as indagações a respeito de possuir ele essa dimensão e fazer sentido questionar quão importante e relevante ele é integram o conceito de princípio.²⁴³

²⁴² Para um estudo aprofundado do tema: FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Sérgio Antônio Fabris Editor, Brasília, 1996

²⁴³ *Despesa pública – Conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública*. p. 139.

A jurisprudência nacional registra diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, resolvendo tensões entre princípios constitucionais, onde o conflito foi solucionado pela aplicação da máxima da ponderação de valores, restando um princípio constitucional afastado pela aplicação do outro. Uma dessas decisões pioneiras que a história do STF registra deu-se em sede de "Habeas Corpus", quando se discutiu a tensão entre o direito do filho em conhecer seu pai biológico e o direito do suposto pai em não ser compelido à colheita de sangue necessário à realização do exame hematológico²⁴⁴.

O caso se resume em uma ação declaratória, de rito ordinário, onde uma criança investigava a paternidade de seu suposto pai. O Juízo da Segunda Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Alegre determinou a realização de exame de DNA (ácido desoxirribonucléico), na intenção de dirimir a controvérsia. Ocorre que o suposto pai se negou à colheita de sangue, sendo determinada a execução forçada da ordem judicial, decisão mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Como o suposto pai estava na iminência de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por decisão do Tribunal de Justiça Riograndense, foi interposto um pedido de "Habeas Corpus" ao Supremo Tribunal Federal, onde a questão restou dirimida. No Supremo Tribunal Federal as opiniões se dividiram, sendo que o Tribunal Pleno, por cinco votos contra quatro, decidiu pela inconstitucionalidade da decisão judicial que determinou a colheita de sangue do indigitado pai, contra sua vontade, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da intangibilidade do corpo humano, princípios que preponderam, segundo o Supremo Tribunal Federal, sobre o direito da criança em conhecer seu verdadeiro pai.

A discussão essencial do julgamento, como ressei dos votos dos ministros, concentrou-se na ponderação entre o direito da criança a sua real (e não apenas presumida) identidade e do suposto pai a sua intangibilidade física.

²⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tribunal Pleno. HC nº 71.373/RS, Brasília – DF, 10 de novembro de 1994. Publicação: DJU de 22/11/1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 de abril de 2009.

Prova da dificuldade em se decidir pela preponderância de um direito fundamental sobre o outro foi o resultado acirrado da decisão.

É exatamente do modo de solução da colisão de princípios que se induz o dever de proporcionalidade. Quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas. Por exemplo: a tensão que se estabelece entre a proteção da dignidade humana e da esfera íntima de uma pessoa (CF, art. 1º, III e art. 5º, X), de um lado, e o direito de proteção judicial de outra pessoa (CF art. 5, XXXV), de outro, não se resolve com a primazia imediata de um princípio sobre outro. No plano abstrato, não há uma ordem imóvel de primazia, já que é impossível saber se ela seria aplicável a situações ainda desconhecidas.

A solução somente advém de uma ponderação no plano concreto, em função da qual estabelecer-se-á que, em determinadas condições, um princípio sobrepõe-se ao outro. Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal que não se pode, por pretensão de terceiro, constranger o pai presumido ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA, já que “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria”²⁴⁵. Nesse caso, foi decidido que, nas circunstâncias (um sujeito é constrangido por terceiro que pretende judicialmente ser declarado não-pai de uma criança), adotar a medida (constrangimento à realização do exame de DNA) implicaria não-realizar a dignidade humana. A medida foi considerada desproporcional em relação ao seu fim (porque implicava a não-realização substancial de outro bem protegido por princípio fundamental).

Nesse sentido, afirma Alexy que “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face d outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”.²⁴⁶ Partindo-se disto, no caso supra, pode-se sugerir a seguinte regra: uma perícia judicial é vedada sempre que da sua realização decorrer afronta à dignidade pessoal de outrem.

²⁴⁵ Habeas Corpus nº 76060-SC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 15.05.98, p. 44.

²⁴⁶ *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 99.

A regra designada por Alexy é enunciativa da nominada “lei de colisão”, que corresponde a um dos pilares da sua teoria dos princípios, sendo que, conforme ele, visa tal regra dar especial destaque à condição dos princípios enquanto mandamentos otimização, indicando-se que os princípios, inclusive por sua ampla carga valorativa, não possuem relação de precedência entre si e tampouco referem-se a circunstâncias quantificáveis, sendo sua diferença em relação às regras claramente qualitativa.²⁴⁷

A caracterização dos princípios como deveres de otimização implica na necessidade do estabelecimento de regras de colisão, cujo estabelecimento depende de uma ponderação. A ponderação trata exatamente das possibilidades fáticas, das quais depende a concretização dos princípios. É que se há dois princípios em relação de tensão, o meio escolhido deve ser aquele que melhor realize ambos os princípios. Isso só será possível, se o meio escolhido for adequado e necessário à realização do fim perseguido. Daí a conclusão: as possibilidades fáticas de realização dos princípios implicam o dever de adequação e de necessidade. Se o meio escolhido não for adequado nem necessário, é proibido. E das possibilidades normativas resulta a necessidade de proporcionalidade em sentido estrito: se o meio escolhido para a realização de um princípio significar a não-realização de outro princípio, ele é vedado, por excessivo.

A mesma estrutura esteve presente quando o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a lei que previa a obrigatoriedade de pesagem de botijão de gás à vista do consumidor: a obrigatoriedade desse tipo de pesagem foi considerada desproporcional em relação ao seu fim (garantir a segurança dos consumidores) porque implicava a não-realização do núcleo da liberdade de iniciativa e do livre exercício de atividade econômica.²⁴⁸

²⁴⁷ _____, p. 99

²⁴⁸ A decisão final da ADI em apreço restou assim ementada
“EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializem Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. 3. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238). 4. Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos. 5. Ação julgada procedente.
(...)

Em todos esses casos, existia um fim objetivamente determinável (prestação jurisdicional, proteção do consumidor e custo do serviço judiciário) e o meio escolhido para sua realização (determinação de perícia, utilização de balança ou instituição de taxa) foi considerado desproporcional, ou porque implicava a não-realização de outros princípios (dignidade pessoal, livre exercício de atividade econômica ou universalidade da justiça), sendo por isso excessivo, ou porque também era considerada desnecessária (utilização da Balança, p. ex.).

Resulta claro, dos exemplos citados, que o dever de ponderação, com aplicação do princípio da proporcionalidade, é implicação do caráter principal das normas, como bem o demonstrou Alexy.

5.2 O DESAFIO DE PONDERAR LIBERDADE DE IMPRENSA E OS DIREITOS INERENTES À PRIVACIDADE PREVISTOS NO ART. 5º, INCISO X, DA CF/88

A situação de tensão entre os direitos inerentes à privacidade e o direito à livre manifestação da imprensa vem sendo debatida nos tribunais de diversos Estados democráticos, já que valores de alta relevância para a manutenção da democracia como a liberdade de imprensa e a preservação de direitos individuais, muitas vezes, colocam-se em posição antagônica, a ensejar análise mais atenta em cada caso concreto. O que não se deve fazer é estabelecer um parâmetro para a resolução de colisão de direitos fundamentais, aferindo arbitrariamente os interesses em conflito.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação direta, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Menezes Direito. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Não participaram da votação as Senhoras Ministras Ellen Gracie (Presidente) e Cármen Lúcia e os Senhores Ministros Eros Grau e Carlos Britto, por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Octavio Gallotti, Nelson Jobim, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão, que proferiram voto em assentada anterior. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.”
(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI n. 855-2. Relator para acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília – DF, 06 de março de 2008. Publicação, DJe de 27.03.2009).

Para Gilmar Ferreira Mendes o Tribunal Constitucional alemão já considerou, em algumas análises de casos concretos, que os valores constitucionais inerentes à liberdade de imprensa e de expressão, assim como aqueles referentes à personalidade, dentre os quais o direito à privacidade e à honra configuram elementos essenciais da ordem democrático-liberal estabelecida pela Constituição alemã (Lei Fundamental), de modo que a nenhum direito ou princípio deve ser atribuída primazia absoluta em relação a outro. Afirma ainda aquele constitucionalista que na impossibilidade de uma compatibilização dos interesses conflitantes, há de se contemplar qual direito deverá ceder lugar, no caso concreto, para permitir adequada solução da colisão.

Nesse sentido, a lição de Gilmar Ferreira Mendes²⁴⁹, *verbis*:

(...) Como demonstrado, a Constituição brasileira, tal como a Constituição alemã, conferiu significado especial aos direitos da personalidade, consagrando o princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional, estabelecendo a inviolabilidade do direito à honra e à privacidade e fixando que a liberdade de expressão e de informação haveria de observar o disposto na Constituição, especialmente o estabelecido no art. 5º, X. Portanto, tal como no direito alemão, afigura-se legítima a outorga de tutela judicial contra a violação dos direitos de personalidade, especialmente do direito à honra e à imagem, ameaçados pelo exercício abusivo da liberdade de expressão e informação..

Robert Alexy²⁵⁰ cita um exemplo interessante sobre a liberdade de imprensa, ao qual, inclusive, já nos referimos alhures. Trata-se do caso envolvendo um programa de televisão que iria explorar um documentário sobre o assassinato de soldados em Lebach. Contudo, um dos condenados estava na iminência de deixar a prisão e a referida reportagem iria publicar fotos suas e, por certo, prejudicar seu reengajamento social.

No caso em questão, houve clara colisão entre princípios, chegando o Tribunal local a impedir a publicação da película. Destarte, com a divulgação da reportagem iriam ocorrer danos talvez insuperáveis ao cidadão que estava

²⁴⁹. *Colisão de Direitos Fundamentais: Liberdade de Expressão e de Comunicação e direito à honra e à Imagem*. In: Revista de Informação Legislativa, v. 31, nº 122, p. 297-301, abril/junho – 1994.

²⁵⁰ *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 99/100.

na iminência de sair da prisão, dificultando sua socialização e criando preconceitos injustificáveis.

Logo, a melhor interpretação para o caso concreto passou necessariamente pela discussão quanto a importância da matéria jornalística; a sua atualidade; o direito de informação, e o direito de reengajamento social do ex-presidiário, etc.

Pelo visto, para se alcançar a solução ao caso concreto, deve a autoridade competente fazer a melhor interpretação, sendo que isso não significa a extirpação de um princípio, mas apenas uma ponderação valorativa. Nada impede que em outra hipótese, o princípio a ter maior peso é o que, no caso anterior, foi afastado, considerando a ocorrência do chamado jogo de princípios.

Como dito, os princípios em contraposição encontram previsão no rol de direitos e garantias fundamentais, então, seguindo os passos sugeridos por Ana Paula Barcellos²⁵¹, devemos nesse instante alocá-los em margens distintas.

O primeiro grupo se referirá a classe dos direitos que tratam das liberdades de expressão, dentre eles nos deteremos à liberdade de imprensa.

O art. 5º da nossa Constituição Federal define os lindes de proteção da liberdade de expressão (art. 5º, incisos IV e X), do direito à informação (art. 5º, inciso XIV)

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

(...)

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

(...)

X - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

²⁵¹ *Ponderação, Racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 92.

Noutro grupo distinto, encontram-se o direito a intimidade, vida privada, honra e imagem:

Art. 5º. (...)

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

É inquestionável que o exercício concreto da liberdade de expressão pode fazer instaurar situações de tensão dialética entre valores essenciais, igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, dando causa ao surgimento de verdadeiro estado de colisão de direitos, caracterizado pelo confronto de liberdades revestidas de idêntica estatura jurídica, a reclamar solução que, tal seja o contexto em que se delineie, torne possível conferir primazia a uma das prerrogativas básicas, em relação de antagonismo com determinado interesse fundado em cláusula inscrita na própria Constituição.

E nesses casos há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição, para que se possa operar a chamada "concordância prática", a que se refere a doutrina.

Presente esse contexto, cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos, que se constituem em postulados basilares e justificadores da privacidade constitucionalmente albergada, representam limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas irregulares ou criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância individual ou até mesmo de ódio público.

Entende-se que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, tanto pelo juiz inferior como pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, "*hic et nunc*", em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso,

considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Isso significa, em um contexto de liberdades aparentemente em conflito, que a colisão dele resultante há de ser equacionada, utilizando-se, o julgador, do método - que é apropriado e racional - da ponderação de bens e valores, de tal forma que a existência de interesse público na revelação e no esclarecimento da verdade, em torno de supostas ilicitudes penais praticadas por qualquer pessoa basta, por si só, para atribuir, ao Estado, o dever de atuar na defesa de postulados essenciais, como o são aqueles que proclamam a dignidade da pessoa humana e a permanente hostilidade contra qualquer comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade, com inaceitável ofensa aos valores da igualdade e da tolerância, especialmente quando as condutas desviantes culminem por fazer instaurar tratamentos discriminatórios fundados em ódios raciais.

Irretocável, sob tal aspecto, a posição do E. Supremo Tribunal Federal, em caso já multiplamente citado, acerca do crime de racismo, no sentido de que a liberdade de expressão não é uma garantia constitucional absoluta, apresentando limites morais e jurídicos, ao que restou acrescido que “o direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal” e que “a liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte)”.²⁵²

O Supremo Tribunal Federal, nessa toada, ao apreciar a RCL 2040 - caso Glória Trevi -, ao analisar a possibilidade de autorizar-se exame de DNA em placenta da parturiente para fins de investigação de paternidade, determinou a realização do ato, uma vez que entendeu existente a prevalência de um direito fundamental sobre o outro.²⁵³

²⁵² Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC n. 82424/RS. Relator(a): Relator para acórdão Min. Maurício Corrêa. Brasília – DF, 17 de setembro de 2003. Publicação: DJ 19.03.2004

²⁵³ A decisão em questão é composta pelo seguinte ementário final:

Revela-se essencial, na espécie da ponderação, que se proceda a uma interpretação teleológica e sistêmica da Carta Federal, a fim de conjugá-la com circunstâncias históricas, políticas e sociológicas, para que se localize o sentido da lei para aplicá-la. Cumpre ao juiz, como elementar, nesses casos, suprir a vaguidade da regra jurídica, buscando o significado das palavras nos valores sociais, éticos, morais e dos costumes da sociedade, observado o contexto e o momento histórico de sua incidência.

Sobre princípios interpretativos das normas constitucionais, Canotilho anota, entre outros, a força e a supremacia normativa da Constituição, de forma que dentre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que confira maior eficácia, aplicabilidade e permanência às normas constitucionais.²⁵⁴

“EMENTA: - Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante.

Decisão: O Tribunal, por maioria de votos, conheceu do pedido formulado como reclamação, vencidos os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Celso de Mello e o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio.

No mérito, o Tribunal julgou procedente a reclamação e, avocando a apreciação da matéria de fundo, deferiu a realização do exame de DNA, considerada a placenta da extraditanda, indeferindo o acesso ao prontuário médico, vencido, na primeira parte, quanto ao exame de DNA, o Senhor Ministro Presidente.”

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Rcl 2040 QO/DF. Relator Min. Néri da Silveira. Brasília – DF, 21 de fevereiro de 2009. Publicação: DJ de 27.06.2003).

²⁵⁴ Cf. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 890

Isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos irregulares ou criminosos, veiculados com evidente superação dos limites da crítica política ou da opinião histórica, transgredindo, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional.

A Suprema Corte brasileira, por mais de uma vez, ao pronunciar-se sobre a extensão dos direitos e garantias individuais, fez consignar a seguinte advertência, que cumpre ser relembrada:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.

O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.²⁵⁵

Pode-se afirmar, pois, que ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de imprensa haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada (CF, art. 5º, X), deixando entrever mesmo a legitimidade de intervenção legislativa, com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito. A própria formulação do texto constitucional - "*Nenhuma lei conterà dispositivo.. observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV*" - parece explicitar que o constituinte não pretendeu instituir aqui um domínio inexpugnável à intervenção estatal. Ao revés, essa formulação indica ser inadmissível, tão-somente, a disciplina legal que crie embaraços à liberdade de informação.

A própria disciplina do direito de resposta, prevista expressamente no texto constitucional, exige inequívoca regulação legislativa.

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MS n. 23452/RJ. Relator Min. Celso de Mello. Brasília – DF, 16 de setembro de 1999. Publicação: DJU de 12.05.2000

Outro não deve ser o juízo em relação ao direito à imagem, à honra e à privacidade, cuja proteção pareceu indispensável ao constituinte também em face da liberdade de informação. Não fosse assim, não teria a norma especial ressalvado que a liberdade de informação haveria de se *exercer* com observância do disposto no art. 5º, X, da Constituição. Se correta essa leitura, tem-se de admitir, igualmente, que o texto constitucional não só legitima, mas também reclama eventual intervenção estatal com o propósito de concretizar a proteção dos valores relativos à imagem, à honra e à privacidade.

Da mesma forma, não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, também em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana, como já posto, elementos fundantes das noções ligadas à privacidade. Dai também ter o texto constitucional de 1988 erigido, de forma clara e inequívoca, o racismo como crime inafiançável e imprescritível (CF, art. 5º, XLII), além de ter determinado que a lei estabelecesse outras formas de repressão às manifestações discriminatórias (art. 5º, XLI).

É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites, também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos.

Em verdade, na ampla acepção do que seja a proteção à privacidade, tem-se a democracia e o pluralismo como valores que se realizam a partir da garantia de tal direito, sem o qual, como já posto, não possui o homem espaço para o desenvolvimento de suas próprias potencialidades.

A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da ponderação alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma

das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.

Nesse sentido, afirma Robert Alexy:

Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela.

(...)

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.²⁵⁶

Essa solução parece irrepreensível na maioria dos casos, especialmente naqueles que envolvem normas de conformação extremamente aberta (cláusulas gerais; fórmulas marcadamente abstratas). E que a solução ou fórmula legislativa não contém uma valoração definitiva de todos os aspectos e circunstâncias que compõem cada caso ou hipótese de aplicação.

É indubitoso que a Constituição brasileira consagra a liberdade de expressão, que se consubstancia nas liberdades de manifestação do pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e a liberdade de imprensa (C.F., art. 5º, IV e IX; art. 220). Não é menos certo, entretanto, que não há direitos absolutos. Ora, não pode a liberdade de expressão acobertar atos irregulares ou manifestações atentatórias à dignidade humana e a direitos fundamentais consagrados na Constituição.

²⁵⁶ *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 116/117

A liberdade de expressão e suas manifestações, a exemplo da liberdade de imprensa, não podem sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito que adotamos — C.F., art. 1.º, III — ainda mais quando essa liberdade é utilizada de forma distorcida e desvirtuada.

Os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas irregulares ou criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância particular ou de ódio público.

Com efeito, seja qual for o ângulo jurídico de análise da questão de fato, o decididor se vê na insólita dificuldade de aplicar certos comandos jurídico-positivos em concreto estado de tensão, *pressionando*, cada um deles, por uma exclusiva ocupação de espaço. E o que é mais trabalhoso e delicado é que se trata de comandos expressivos daqueles princípios que, de tão excelsos, a Constituição incluiu nos próprios fundamentos da República Federativa do Brasil (como desenganadamente são os *protoprincípios* da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa e do pluralismo político). E perpassantes, além do mais, do preâmbulo e dos objetivos fundamentais da mesma Federação Republicana.

Como sobejamente conhecido, os princípios constitucionais ostentam essa característica da interreferência e ela se dá tanto por complementação (um princípio se colocando enquanto sub ou serviente de outro) quanto por oposição. E é quando o caso concreto suscita a aplicabilidade da interreferência por oposição que o magistrado nem sempre tem a chance do ajustamento ou compatibilização deontológica. Sua opção é por vezes radical, no sentido de ter que excluir a incidência de um dos princípios em confronto.

Esse fenômeno da interreferibilidade por oposição é de maior ocorrência — força é dizê-lo — no curso das relações que os particulares travam entre si e com o propósito de exercitar direitos e garantias individuais. Que são direitos e garantias imediatamente referidos ao princípio constitucional

da dignidade da pessoa humana e defluentes de uma sociedade culturalmente pluralista; ou seja, de uma sociedade que se compõe de grupos humanos culturalmente díspares, formados por seres dotados de estrutura biopsíquica também personalíssima. Vale dizer, pessoas de mundividência e gosto pelas coisas verdadeiramente únicas. Por isso mesmo, pessoas que se fazem detentoras de uma jurídica autonomia de vontade para materializar as suas insimilares convicções políticas e filosóficas, de parilha com suas também insimilares preferências estéticas, profissionais, sexuais, religiosas, culinárias, etc., pois somente assim é que o ser humano se realiza enquanto ser humano mesmo ("ninguém é igual a ninguém", "cada cabeça uma sentença" e "gosto não se discute" são ditos populares que muito bem exprimem a incrível capacidade que tem a natureza de jamais se repetir). Assumindo o Direito Positivo, de conseguinte, o inevitável risco de ver uma dada autonomia de vontade a se antagonizar com outra, por abuso de uma delas.

Há fórmulas compensatórias de resolução de conflitos e a ponderação jurisdicional dos interesses em jogo é a mais estratégica de todas elas, de modo que a sociedade pode recobrar o seu necessário estado de harmonia.

De todos os ramos jurídicos, sem dúvida o Direito Constitucional é o que mais se utiliza de uma estrutura popular de linguagem. Como bem leciona Carlos Ayres Britto, a Constituição se revela como uma carta de nacionalidade ou estatuto de cidadania, na medida em que dirige o seu discurso normativo a todos os membros da sociedade política — e não apenas a determinados segmentos sociais ou categorias profissionais —, de modo inicial. E prossegue:

Instrumento inaugural de regulação das vivências coletivas, a Lei Suprema é redigida, em certa medida, à feição de cartilha de primeiras letras jurídicas, incorporando ao seu vocabulário aquelas palavras e expressões de uso e domínio comum. É a primeira voz do Direito aos ouvidos do povo, seu principal endereçado normativo, compondo um discurso que será tanto mais recepcionado quanto se utilize de instrumental terminológico já conhecido.²⁵⁷

²⁵⁷ *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo, p. 24/25.

A interpretação constitucional deve ser feita de maneira diversa da do direito ordinário, porque sabemos que no direito constitucional a exceção é o emprego de termos técnicos. Na norma constitucional, havendo dúvida sobre se uma palavra tem sentido técnico ou significado comum, o intérprete deve ficar com o comum, porque a Constituição é um documento político; já nos setores do direito ordinário a preferência recai sobre o sentido técnico, sendo que a aceção comum só será admitida quando o legislador não tenha dado elemento para que se infira uma aceção técnica.

A Constituição, sabe-se, declara e garante a liberdade de imprensa. Ponto pacífico. Uma coisa, porém, é a liberdade de que desfruta o profissional comunicador para dizer o que quer que seja; outra coisa, bem diferente, é o titular dessa liberdade ficar imune a resposta por eventual agravo a terceiros, ainda que não intencionalmente cometido. Ou, pior ainda, deixar de responder pelos abusos em que vier a incorrer, deliberadamente.

O que o Texto Maior garante a cada ser humano é um espaço apriorístico de movimentação: o uso da respectiva autonomia de vontade para exteriorização do pensamento (vedado tão-somente o anonimato) e da atividade artística, estética, científica e de comunicação. O abuso e o agravo são questões que somente *a posteriori* se colocam. E para combatê-los é que a Lei Republicana prevê dois específicos dispositivos: a) o inciso V do art. 5º, segundo o qual "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem"; b) o inciso X do mesmo art. 5º, a saber: "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".

A Constituição de 1988 resgatou as bases do Estado Democrático de Direito, a partir da restauração concreta de um sistema de valores e princípios de direitos fundamentais que hoje constitui a verdadeira essência de uma sociedade plural e democrática. Nesse sentido, a eficácia plena dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição, bem como de outros direitos advindos do regime e de tratados internacionais, na forma do §

2º desse mesmo artigo 5º, é condição essencial para a consolidação e amadurecimento da democracia.

Consoante Canotilho, "tal como são um elemento constitutivo do estado de direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático". De forma mais concreta, diz Canotilho que tem os direitos fundamentais uma "função democrática".²⁵⁸

Tais direitos asseguram a contribuição de todos os cidadãos para o exercício da democracia. Constroem um ambiente livre para essa participação - o direito de associação, de formação de partidos, da liberdade de expressão, são, por exemplo, direitos constitutivos do próprio princípio democrático - e promovem a abertura do processo político a partir dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Tratando dos direitos fundamentais na dimensão de liberdade, Canotilho²⁵⁹ arremata:

Por sua vez, os direitos fundamentais, como direitos subjetivos de liberdade, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática (princípio majoritário, publicidade crítica, direito eleitoral).

Pode-se concluir que os direitos fundamentais localizam-se na estrutura de sustento e de eficácia do princípio democrático. Nesse contexto, o específico direito fundamental da liberdade de expressão exerce um papel de extrema relevância, insuplantável, em suas mais variadas facetas: direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à informação e à proibição da censura.

À medida que se protege o direito individual de livremente exprimir as idéias, mesmo que estas pareçam absurdas ou radicais, defende-se também a liberdade de qualquer pessoa manifestar a própria opinião, ainda

²⁵⁸ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 290.

²⁵⁹ _____, p. 291.

que afrontosa ao pensamento oficial ou ao majoritário. É nesse sentido que, por inúmeras ocasiões, a Suprema Corte Americana, em hipóteses a evidenciar verdadeiras colisões de direitos fundamentais, optou pela primazia da liberdade de expressão, mesmo quando resultasse em acinte aos valores culturais vigentes (por exemplo, pornografia, no caso "Miller v. California") ou em desrespeito à imagem de autoridades e pessoas públicas, como no caso "Falwell v. Hustler Magazine", Inc.. No caso "New York Times v. Sullivan", o juiz William Brennan, redator do acórdão, salientou: "a liberdade de expressão sobre questões públicas é assegurada pela Primeira Emenda, e esse sistema garante o livre intercâmbio de idéias para propiciar as mudanças políticas e sociais desejadas pelo povo".

A garantia de uma esfera pública de debate sobre os mais diferentes temas contribui para a concretização do princípio democrático e para o amadurecimento político e social de um país, não só como controle do exercício do poder público, mas também como garantia de controle do poder econômico, de modo a evitar o abuso e a venda de uma ideologia desses grupos.

Na tarefa de compreender o estático, e fazer-se móvel e mutável, quando necessário, o jurista-juiz deve ser aquele que, acima de tudo, sabe eleger diretrizes supremas, notadamente as que compõem a tábua de critérios interpretativos aptos a presidir todo e qualquer trabalho de aplicação do Direito.

Nesse particular da colisão entre princípios, a ponderação é o melhor critério de hermenêutica jurídico-constitucional. Ela surge da necessidade de se implementar uma mudança na questão hermenêutica, ultrapassando-se a visão tradicional e pouco sistêmica.

Rememorando as formas de resolução dos conflitos entre dispositivos legais, sabemos que a doutrina expõe critérios baseados na hierarquia, na especialidade e na temporalidade, assim é que, a par destas formas, em maior parte dos casos a solução emergirá quase que automaticamente para o seu intérprete.

No entanto, o conflito tratado neste momento não está relacionado com as hipóteses de “conflitos aparentes”, os quais denotam, no mais das vezes, dissonâncias relacionadas a aspectos formais das disposições legais, sendo, portanto, inócua sua aplicação na presente quadra, sobretudo, pela natureza das normas em análise, as quais possuem, em essência, divergências tão somente materiais.

Nesta conjectura, os chamados *hard cases* consistem, literalmente, naqueles casos de difícil resolução, seja pela ausência de comando normativo esclarecedor, ou pelo excesso de previsão que exige a aplicação de mais de um princípio ao caso vivenciado, ou até mesmo pela imensa subjetividade em que se põs o intérprete diante de comandos amplamente abstratos.

O que se pode afirmar é que determinados casos exigirão a aplicação de mais de um preceito constitucional os quais o julgador deverá utilizar critérios de interpretação equitativos para garantir a harmonia ínsita a todos os dispositivos da nossa Constituição Federal, sob pena de efetivação de verdadeiras injustiças. Vejamos como se posicionou o professor Alexandre de Moraes sobre este aspecto:

A aplicação dessas regras de interpretação deverá, em síntese, buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas, adequando-as à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas.²⁶⁰

O que importa, assim, é caracterizar e relevar uma dimensão eminentemente social da liberdade de imprensa, que não pode ser tida unicamente como uma proteção cega e desproporcional da autonomia de ideias do indivíduo. A sociedade civil e política beneficia-se da garantia do livre exercício do direito de opinião como única forma de se concretizar o princípio democrático. Reduzir a liberdade de expressão a um enfoque meramente individual significa podar, de maneira erosiva, a própria democracia. Teubner já alertara que o ponto é que, à parte da esfera individual de ação, existem esferas de autonomia social que necessitam da proteção dos direitos fundamentais contra as tendências colonizantes das políticas estatais e, por

²⁶⁰ *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

isso, não podem ser reduzidas a meros anexos ou derivações da autonomia individual.

Como já posto, as fricções de direitos fundamentais têm um ponto em comum: todas as colisões somente podem ser superadas se algum tipo de restrição ou de sacrifício forem impostos a um ou aos dois lados. Enquanto o conflito de regras resolve-se na dimensão da validade, com esteio em critérios como "especialidade" - lei especial derroga geral -, "hierarquia" - lei superior revoga inferior - ou "anterioridade" - lei posterior revoga anterior -, o choque de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da 'ponderação', que possibilita um meio-termo entre a vinculação e a flexibilidade dos direitos.

É que, no dizer do professor Paulo Bonavides,

As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o régimen, a ordem jurídica. Não são apenas leis, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.²⁶¹

A questão da colisão de direitos fundamentais com outros direitos necessita, assim, de uma atitude de ponderação dos valores em jogo, decidindo-se, com base no caso concreto e nas circunstâncias da hipótese, qual o direito que deverá ter primazia. Trata-se do mecanismo de resolução de conflito de direitos fundamentais, hoje amplamente divulgado no Direito Constitucional Comparado e utilizado pelas Cortes Constitucionais no mundo – exemplos da Corte Constitucional Espanhola e da Suprema Corte Americana, no já citado "New York Times v. Sullivan".

Vale ressaltar que essa ponderação de valores ou concordância prática entre os princípios de direitos fundamentais é um exercício que, em nenhum momento, afasta ou ignora os elementos do caso concreto, uma vez que é a hipótese de fato que dá configuração real a tais direitos.

²⁶¹ *Curso de Direito Constitucional*, p. 260.

Dessa forma, não é correto se fazer um exame entre liberdade de imprensa e proteção de direitos inerentes à privacidade, inseridos na rubrica generalizante da proteção da dignidade humana de forma abstrata, e se tentar extrair daí uma regra geral. É preciso, em rigor, verificar se, na espécie, a liberdade de imprensa está configurada, se o ato atacado está protegido por essa cláusula constitucional, se de fato a esfera privada de determinada pessoa está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de imprensa ou se, ao contrário, é um mero receio subjetivo ou uma vontade individual de que a opinião exarada não seja divulgada, se o meio empregado de divulgação de opinião representa uma afronta violenta contra essa dignidade, entre outras questões.

A conservação de um sistema sólido, moderno e socializante de direitos fundamentais significa, em última instância, a manutenção e o aprimoramento do próprio regime democrático de um Estado constitucional. É dever da Sociedade, dos juristas, dos intérpretes, dos juizes e, principalmente da Suprema Corte, como guardiã oficial e final da Constituição, garantir que esse sistema permaneça com a máxima eficácia possível, reconhecendo-lhe e mesmo concedendo-lhe força normativa por meio de nossas decisões, de maneira a manter tais direitos fundamentais vivos e eficazes perante o Estado e a sociedade civil.

5.3. NOVOS CRITÉRIOS E PARÂMETROS ONTOLÓGICOS PARA A PONDERAÇÃO ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E O DIREITO À PRIVACIDADE

Num mundo sempre em mutação e sujeito a constantes inovações técnicas, em que a informação constitui veículo impulsionador do desenvolvimento social e das relações humanas, e a globalização, cujo significado, mais ou menos indefinido, instalou-se como conceito, a importância de se proteger os atributos essenciais inerentes à personalidade do homem é um dado inestimável. Por outro lado, a proteção jurídica da liberdade de expressão destina-se precipuamente a permitir uma adequada, autônoma e

igualitária participação dos indivíduos na esfera pública, através da formação da opinião pública livre. Como não poderia ser diferente, diante de uma situação de pluralismo político, todos os cidadãos têm a possibilidade de formar suas idéias e de as exprimirem sem impedimentos.

Se o fato de podermos pensar nos faz humanos, a forma com que expressamos esse pensamento é o que diferencia os seres humanos entre si. Garantir o direito à liberdade de expressão é, portanto, quesito indispensável para a realização plena do homem e pedra fundamental da democracia. Acresce-se, entretanto, que se o pensamento é livre e irreprimível, a sua exteriorização não deve ser irrestrita, devendo compatibilizar-se com as demais liberdades e valores que a sociedade e o ordenamento jurídico recepcionaram. É inegável que o exercício da liberdade de expressão não justifica, em quaisquer situações, intromissões nos direitos à privacidade alheia.

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, o sistema jurídico brasileiro sofreu transformações inovadoras que suprimiram algumas lacunas deixadas pela já obsoleta obra do fabuloso Clóvis Beviláqua. Inspirado nos modelos da codificação italiana e portuguesa, o Código Civil de 2002 consagra em seu texto os direitos da personalidade, dentre os quais se insere o direito à privacidade, o que denota a necessidade de abordá-los também em leis infraconstitucionais, conferindo-lhes, assim, uma maior proteção jurídica.

Tomando-se por base o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, é possível compreender o grau de plenitude em que se encontra a pessoa diante do ordenamento jurídico, bem como a sua essencialidade na coexistência entre o Estado e a sociedade. Em verdade, a pessoa é a razão primária para a existência do Estado, já que é o elemento ativo e passivo das relações intersubjetivas, estas cuja intensificação exige a criação do ordenamento jurídico. A existência do Estado, portanto, dá-se em função das pessoas, ou, mais especificamente, das relações entre elas.

A importância da consagração, por meio de leis constitucionais e infraconstitucionais, dos direitos da personalidade como um todo é evidenciada pela necessidade de tutelar-se uma gama de bens que são próprios da pessoa humana, e que, sendo-lhes tão inerentes, chegam a se confundir com a própria

pessoa. Em face disso, os direitos da personalidade apresentam-se como sendo demasiadamente peculiares a cada indivíduo, tornando-se próprios do mesmo e oponíveis ao poder público. De tal forma, o respeito a esses direitos implicam na condição de existência da pessoa humana, o que lhes designa a qualificação de *Direitos Fundamentais*, ou mesmo *Direitos da Personalidade*, e lhes permite a imposição de limites ao Estado e até mesmo à coletividade, diante da sua prevalência.

O Código Civil menciona as primeiras características dos direitos da personalidade ao apontar, em seu artigo 11, o caráter da *intransmissibilidade* e *irrenunciabilidade* típicos desses direitos, evidenciando com tais aspectos a impossibilidade de transmissão ou renúncia de tais direitos a outrem. Assim, dispõe a nova compilação civil: “*Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária*”.

Apesar de serem caracterizados como absolutos – tal caracterização implica na prevalência destes sobre qualquer outro direito - os direitos da personalidade, no gozo de seu exercício, sofrem algumas limitações. Tais limites podem ser intrínsecos, quando são gerados pela própria legislação, ou extrínsecos, ocorre quando a ordem jurídica confere proteção a outros direitos, de modo tal que esses direitos protegidos por lei passam a conflitar com os direitos da personalidade, impondo-lhes limitações.

Diante de tais limitações, verifica-se a possível e provável colisão entre esses direitos e a conseqüente necessidade de ponderação, com base na norma constitucional, e até mesmo na legislação infraconstitucional.

É que, é inevitável, num exercício ponderativo, a análise do disposto no artigo 20 do Código Civil, que assegura também a proteção aos direitos da personalidade:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

Vale advertir que, quando o código dispõe sobre o direito à imagem, busca ele proteger não só a imagem da pessoa em concreto, como também a figura, a representação, ou até mesmo o retrato, persistindo o direito de impedir a divulgação da imagem em qualquer uma das circunstâncias citadas (figura, representação ou retrato).

O Código Civil não especifica quanto à imagem da pessoa viva ou morta, o que faz se atribuir, sendo a imagem da pessoa morta, legitimidade aos herdeiros desta para o pleito de tal proteção.

A proteção à imagem não implica apenas na preservação física da pessoa, mas também na defesa de elementos abstratos e ali inerentes, dotados de importância extrema, tais como a intimidade e a honra. Qualquer publicação truncada ou retrabalhada de uma imagem ou mesmo o seu uso em um contexto diverso daquele em que se originou, pode atingir uma pessoa no mais profundo de sua dignidade, e o direito há de proteger o indivíduo que constata uma discordância entre a sua imagem real e a maneira como foi apresentada ou exibida ao público.

Remontando novamente ao artigo 20 do Código Civil, verifica-se a preservação dos direitos sobre os escritos pessoais. Desta forma, a lei proíbe a divulgação de tais escritos em caso de ferir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade da pessoa. Entretanto, nota-se ainda que a lei excepciona a proteção aos escritos, impondo-lhe “limitação quando necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública”.

A mesma proteção prevista no artigo supramencionado é concebida ao direito à voz, já que esta se configura numa forma de emanção da personalidade. Tal direito encontra-se compilado em dispositivo próprio, tanto no Código Civil, quanto na Constituição Federativa da República. Destarte, prevê a Magna Carta, em seu artigo 5º, XXVIII, ‘a’:

(...)

São assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução de imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.

Por isso é que Canotilho referenciava que não se pode estabelecer limites antecipadamente para definir choques entre princípios, sendo eles definidos a partir dos mandamentos do contexto jurídico e fático de cada situação. Em suas palavras:

Como se deduz das considerações do texto, as normas dos direitos fundamentais são entendidas como exigências ou imperativos de otimização que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação factica. Não existe, porém, um padrão ou critério de soluções de conflitos de direito válido em termos gerais e abstractos. A ponderação e/ou harmonização no caso concreto é, apesar da perigosa vizinhança de posições decisionistas (F. Miller), uma necessidade ineliminável.²⁶²

Como paradoxo, e em situação dialética, o exercício da liberdade de imprensa e a conduta humana por ela exprimível, deve pautar-se pelo respeito e probidade que compete a qualquer ser humano, em obediência aos preceitos jurídicos e éticos que estabelece a ordem institucional.

O direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento e as opiniões pelos meios de comunicação, conseqüentemente a sua atuação de forma lícita, está adstrito a determinados requisitos essenciais, os quais, se infringidos, determinarão a ilicitude do fato e conduzirão a um dever destes indenizar o lesado pelos danos sofridos, através do instituto da responsabilidade civil. Não podemos esquecer que, no campo prático, constituir a obrigação de indenizar através da problemática aferição dos limites e do âmbito normativo dos direitos, significa, em muitos casos, um esforço de ponderação do julgador, que deverá confrontar efetivamente os direitos contrapostos, sopesando todos os elementos fático-jurídicos, presentes no caso concreto, com o fim de justificar a preterição de um em relação a outro, sem comprometer desnecessariamente o conteúdo essencial de algum deles. Neste domínio, julgamos imprescindível ter em conta a difusão ou audiência do meio utilizado para propagar a ofensa, o prejuízo material e moral causado e a vantagem patrimonial auferida pela empresa de comunicação.

²⁶² *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1275.

Assim, para além dos casos em que o titular do direito consente com a lesão, existem outras circunstâncias que traduzem a atuação lícita da imprensa, a saber: quando a notoriedade justifica um interesse geral pela sua vida; quando ocupa uma posição de destaque no cenário social ou político; quando o interesse público é motivado pela formação de uma opinião livre e plural, necessária para a concretização de uma sociedade democrática. Não fosse assim, comprometer-se-ia a toda evidência a atividade jornalista. Não é o que se pretende, tampouco o que se precisa para a proteção dos direitos pessoais ameaçados.

Hipóteses existem de legitimação do exercício da liberdade de expressão, exemplificadamente no caso da atuação da imprensa, em que mesmo quando invadida a esfera íntima de uma pessoa, não pode ser considerada uma ofensa à honra ou imagem do noticiado, quando o evento trazido à público configura um exercício regular do direito de informar, especialmente quando se tem a relevância pública dos fatos verdadeiros noticiados, em que predomine um interesse didático, científico, cultural, ou de polícia, divulgadas necessariamente com adequação do meio e com pertinência das expressões utilizadas.

A informação para ser divulgada deve ser necessária, indispensável à formação da opinião pública livre e saudável, da consciência e do desenvolvimento social, bases sólidas das instituições democráticas e da ideologia que nelas predominam. Necessárias e idôneas são as informações que correspondam com interesses superiores, que se revistam de conteúdos que consultem à fruição de interesse que mereça satisfação, e não apenas à curiosidade banal, ao desejo sequioso de conhecer os pormenores da vida alheia, sem as peias da ética, do respeito pela vida privada, honra e imagem, da moderação e adequação, dos bons costumes e da dignidade humana que compete a todo ser humano.

A necessidade ou utilidade da informação constitui o termômetro que define a proporcionalidade e a adequação da notícia, a qual deve ser veiculada com preservação máxima dos direitos de personalidade, a fim de satisfazer um interesse público efetivo e louvável. Não é infrequente ver a verdade

espezinhada porque a serviço da notícia se colocam meios inadequados, tendentes ao estouro do resultado, mas mancos de espírito lícito e finalidade profícua. Ocorre que, muitas vezes, o excesso na veiculação dos fatos, o sensacionalismo estimulado pela concorrência predatória entre os veículos de comunicação, o desejo irrefreável pelo lucro, a ânsia pelo escândalo, deturpa informação verdadeira e extrapola os limites lícitos do dever de informação.

Contudo, se o exercício de um direito subjetivo justifica determinadas violações aos direitos de outrem, não se pode perder de vista as limitações do exercício dos direitos pelos institutos do abuso do direito ou da colisão de direitos, as quais restringem a operatividade desta causa. O agente não se exonerará de responder por danos que causou, se no exercício do seu direito, verificados os pressupostos da responsabilidade civil, não ficou adstrito precisamente aos limites que o seu exercício lhe permite, ou seja, respeitando os deveres de segurança no tráfego.

A verdadeira função dos *media*²⁶³ na atualidade, para além de informar e divulgar os fatos noticiáveis, é a de difundir conhecimento, disseminar a cultura, iluminar as consciências, canalizar aspirações e os anseios populares, enfim, orientar a opinião pública no sentido do bem e da verdade. Justamente para a concretização de tais fins, reconhece-se aos meios de comunicação social uma função de interesse público, na medida em que o exercício da sua atividade exprime ou assegura a realização de direitos fundamentais e de outros valores comunitários, tendo em vista nomeadamente a formação da opinião pública democrática, não apenas no estrito plano político, como no plano social e cultural.

A prossecução de interesses legítimos em sede de atividade jornalística se traduz fundamentalmente no seu exercício regular e lícito, sempre que o profissional relata ou toma posição sobre matérias em relação às quais subsiste um interesse sério pela informação por parte do público. O que não quer significar que se impõem limites à divulgação de escândalos e

²⁶³ O designativo *media* é empregado no texto para designar o conjunto estrutural de todos os meios de comunicação e difusão utilizados pela sociedade contemporânea, em conjunto com todos os profissionais que tem acesso a tais estruturas e delas se utilizam no exercício da liberdade de expressão constitucionalmente albergada.

notícias sabidamente com grande impacto perante o público, respeitadas que estejam as balizas gerais consignadas ao exercício da liberdade de imprensa, o cumprimento da ética profissional, o respeito mínimo exigido a pessoa objeto da notícia, ao princípio da presunção de inocência, comprovando-se a fiabilidade de suas fontes informativas e não ultrapassando a fronteira que demarca a licitude da sua atuação.

Logo, deduz-se que a questão deva girar na órbita da ponderação de interesses e bens juridicamente tutelados, através da análise da forma do exercício da liberdade de expressão (nas espécies liberdade de imprensa e de informação), e dos fins que a motivou.

A bem da verdade, o interesse público genuíno só estará presente numa informação quando esta, sendo verdadeira, seja necessária, ou relevante à coletividade, útil a uma finalidade política, cultural, artística, científica, desportiva, ou lazer sadio da informação, e veiculada de forma proporcional, isto é, adequada em relação ao local onde foi divulgada, ao espaço, à amplitude e ao destaque que se destina a informação.

Assim, é preciso destacar que na ambiência comunicacional, existem parâmetros para o seu exercício, os quais seguem adiante identificados.

Antes, entretanto, de proceder-se a uma análise detida de cada um desses parâmetros, é preciso ressaltar-se um pressuposto indissociável de sua análise, qual seja: a inexistência de hierarquia entre os direitos relacionados à privacidade, aqui tratados, e os direitos ligados à liberdade informativa. Não se pode corretamente sopesar os princípios envolvidos no conflito sem lançar-lhes ao mesmo nível hierárquico, sob pena de gerar-se uma prevalência principiológica e fundamental à qual a Constituição Pátria não oferece guarida.

Primeiro, lembre-se que já se ressaltou alhures que, juridicamente, no conflito entre princípios não há relação de prevalência, cabendo ao exegeta da norma, tão somente, na análise de cada caso gerador de colidência entre direitos fundamentais, estabelecer a solução que, com base na ponderação de valores constitucionais, maior eficácia garanta aos preceitos em combate,

solucionando a questão sem sonegar-lhes a proteção constitucional que lhes qualifica como fundamentais.

Conforme Cláudio Luiz Bueno de Godoy, entre os direitos em apreço não existe hierarquia e nenhum deles pode ser considerado absoluto. Em suas palavras:

Trata-se de direitos de igual dignidade constitucional. O art. 5º da Constituição Federal dá idêntica guarida ao direito à honra, à vida privada, à intimidade e, ainda à livre manifestação do pensamento, ao acesso à informação e à livre expressão da atividade de comunicação. Mesmo o art. 220, ao cuidar da comunicação social, se dispôs que nenhuma lei poderia constituir embaraço à plena liberdade de informação, observado o inciso X do art. 5º, citado, da mesma forma ressalvou os incisos IV, V, XIII e XIV, que cuidam, justamente, da liberdade de pensamento e de informação. Não se pode dizer, então, que, pela ressalva ao inciso X, a Carta Maior, nesse art. 220, tenha estabelecido menor gradação hierárquica da liberdade da imprensa em face da honra, imagem e privacidade. Sem contar a pertinência desse dispositivo tão-só à elaboração da legislação ordinária.²⁶⁴

Ainda na compreensão de Godoy, haveria na ressalva constitucional contida no art. 220, em questão, verdadeiro limite externo ao direito de liberdade informativa, de forma dar-se um rumo ao legislador infraconstitucional, mas sem ofertar superioridade hierárquica a quaisquer deles.²⁶⁵

De fato, embora, como posto alhures, a decisão proferida recentemente pelo STF, no julgamento da ADP nº 130, venha a sugerir uma pretensa prevalência dos direitos relacionados à liberdade de imprensa, tal o conteúdo das restrições e dada a tratativa claramente privilegiada procedida pela Corte Constitucional em relação aos direitos informativos, não é essa a postura prevalente de nossa doutrina e tampouco essa postura tendenciosa com os preceitos que, unissonamente, informam a teoria dos direitos fundamentais.

Especificamente quanto aos choques entre os direitos da privacidade e os direitos da informação, também abona essa concepção Gilberto Haddad Jabur, para quem o direito à livre manifestação do

²⁶⁴ *A liberdade de imprensa e os Direitos da Personalidade*, p. 56.

²⁶⁵ _____, p. 56.

pensamento (indicado no art. 5º, IV, e 220 da CF/88) e o direito à vida privada (previsto no art. 5º, X, e também no art. 220, § 1º) foram igualmente escalonados em nível constitucional.

Em suas palavras:

A coexistência de ambas garantias num mesmo escalão constitucional revela, ao contrário do que pode parecer mediante exame singelo, que o legislador estava perfeitamente cômulo da equiparação que promoveu, persuadido do exato conteúdo que atribuiu a um e a outro direito. Não lhes brindou, por isso, com o estigma da absolutez, porque tal marca, exagerada e incompatível com o sistema jurídico aberto, ergueria a supremacia de um direito em desproveito do outro, derrocando, assim, um dos pilares dos regimes civilizados e democráticos ou uma das formas de expressão da dignidade humana, não menos preciosa ao Estado Democrático de Direito, frise-se e frise-se bem.²⁶⁶

Factualmente, partindo-se do pressuposto já dantes fixado de que os direitos personalidade aqui tratados são imanentes ao ser humano enquanto indivíduo dotado de dignidade e, propriamente, de uma personalidade fundamental e democraticamente protegida pela CF/88, carece de razões fáctico-jurídicas um eventual escalonamento de tais direitos em posição inferior àqueles ditados pela liberdade informativa, daí ser a advertência de equiparação dos bens jurídico-constitucionais em foco necessária a uma correta identificação e ponderação dos conflitos tratados.

Isto fixado, siga-se a análise dos critérios sugeridos.

5.3.1 A veracidade do fato

Primeiramente e conforme explanado alhures, o direito de manifestação dos órgãos de comunicação e dos que dele se utilizam pressupõe, correspectivamente, o direito subjetivo do cidadão de receber informações verídicas e isentas de quaisquer alegorias que possam imprimir-lhes alguma dose de inverdade.

²⁶⁶ *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: conflitos entre direitos da personalidade*, p. 332

É certo que, como lembra Cláudio Luiz Godoy, uma sociedade complexa tem como uma de suas necessidades centrais o acesso a informações abundantes, funcionando estas como elemento central de inúmeras dinâmicas sociais. Isto, sem dúvida, qualifica o direito à informação com a marca indelével do social, do comum, do público.²⁶⁷

De fato, comunicar implica no exercício de uma das inúmeras facetas da liberdade humana. Mas a proteção à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada do indivíduo também se encontra no âmbito dessa mesma liberdade, por se ter aí esfera protetiva sem a qual não o ser humano não tem condições de plenamente desenvolver-se. Mais que isto: sem o reconhecimento dessa guarda privativa resta por demais dificultoso falar-se em observância aos princípios da dignidade e da igualdade.

Portanto, a consideração dos direitos de imprensa em face dos direitos da personalidade, em especial daqueles aqui retratados, pertencentes ao gênero da proteção à privacidade humana, implica em dificultosa ponderação de bens, a qual depende da impressão exegética de uma perspectiva que solucione cada caso em particular, preservando, em medida máxima, os núcleos centrais dos direitos envolvidos.

Para bem proceder-se a essa tarefa, há de se compreender que, em essência, o exercício dos direitos em análise deve se operar, tanto quanto possível, dentro do âmbito da licitude e da boa-fé, respeitando-se a função social que lhes condiciona.

De fato, ao ensejo da atual evolução globalizante dos meios de informação, os direitos relacionados à privacidade, assim como aqueles ligados à liberdade informativa, mostram-se reconfigurados, incidindo, hodiernamente, sobre eventos e pautas sociais, políticas, jurídicas e econômicas bem diversas daquelas imperantes nos momentos históricos em que foram cunhados.

Sendo certo que a máxima efetividade dos preceitos constitucionais impõe que a Lei Maior de um país acompanhe a evolução social, dela participando e sobre ela atuando em busca de soluções que melhor se

²⁶⁷ Cf. *Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação*, p. 89.

adéquem a cada momento sócio-histórico vivenciado, não se pregar uma consideração de bens constitucionais dissociados da realidade popular, especialmente por ser esta que legitima a manutenção do Estado Democrático de Direito, assim como de toda e qualquer ordenamento jurídico-constitucional.

Nesse entremeio, os choques havidos entre o direito à informação e os direitos da privacidade assumem maior relevo a partir da massificação dos meios de comunicação e da expansão destes em progressão geométrica e em nível mundial, superadas as fronteiras espaciais que dantes aprisionavam a notícia, o pensar e sua expressão nos respectivos lugares em que eram gestados.

Essa especial condição expande o núcleo protetivo do direito à informação, guinando-o à abrangência de um número sem par de situações fáticas passíveis de sua aplicação. E, em vertente oposta, essa mesma condição lança aos olhos do mundo, com frequência e intensidade dantes inimagináveis, o que, até recentemente, se encontrava no âmbito exclusivo da privacidade pessoal de cada cidadão.

Isso, certamente, só vem a enfatizar e a fundamentar a supra aludida função social do direito-dever de informar. Nesse sentido, como bem ressaltado por Rogério Ferraz Donnini:

A imprensa, atualmente, não possui apenas a função de informar e criticar. Além desses atributos, os meios de comunicação agregaram outras atividades que, teoricamente, não seriam propriamente de seu âmbito de atuação, tais quais investigar, denunciar (no sentido jornalístico e não jurídico) e fiscalizar”.²⁶⁸

Ainda na concepção de Donnini, para o exercício dessa função social é preciso conceber-se uma liberdade de imprensa desprovida de censura, prévia ou posterior, garantindo ao profissional da mídia a liberdade de bem informar.

²⁶⁸ *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação à luz do novo Código Civil*, p. 52.

Nada obstante, a garantia contra restrições indevidas, a garantia de liberdade, precisa, necessariamente, estar relacionada à verdade²⁶⁹, a fim de que se observe, nos moldes devidos, o cumprimento da função social da imprensa:

A liberdade de imprensa, entretanto, deve estar atrelada à verdade, para que não venha a infringir certos direitos, como a honra, a dignidade, a reputação, a imagem e a vida privada das pessoas. Portanto, o que é vedado pela Lei Maior é a censura realizada pelos órgãos administrativos, de maneira prévia, assim como por intermédio de leis, portarias, regulamentos e outros atos com escopo de determinar o que deve ou não ser escrito ou transmitido.²⁷⁰

Em tal estágio de idéias e para bem explicar essa limitação, basta que se recorde as já inúmeras incursões constantes deste trabalho acerca da liberdade de imprensa, especificando-se que os elementos que a justificam e que a fundamentam encontram-se na base da própria democracia contemporânea e se identificam com a transparência, a divulgação de informações de interesse público, a publicização dos espaços informativos, a defesa do pluralismo de idéias e de vida, dentre outras questões que só encontram ambiente de segura proliferação em uma sistemática social de liberto trânsito informativo.

Mas, se é certo que há interesse social no livre transportar espacial de idéias, também é certo que essa liberdade alberga inconvenientes impassíveis de serem ignorados e de grande potencial danoso em relação aos

²⁶⁹ Conforme Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, o indivíduo tem direito à informação verdadeira e neutra, ao passo que o ente informativo tem o dever de fornecê-la, ressaltando ainda a doutrinadora que este é um direito individual com conotação coletiva e que a proteção constitucional não alcança as informações falsas ou errôneas:

“Pode-se dizer que se um lado o indivíduo tem o direito a obter uma informação neutra, verdadeira e correta, de outro, os veículos de comunicação têm o dever de fornecê-las, pois desfrutam da liberdade de informar. Note-se que o dispositivo constitucional não abrange as informações falsas e errôneas, cabendo aos veículos de comunicação averiguar a veracidade das notícias. É o que se denomina de “dever de cautela”. De outra parte presume-se que as notícias e fatos veiculados sejam verdadeiros. (...) Trata-se de um direito individual com sentido coletivo. É a liberdade de poder divulgar as informações, fatos ou notícias e de outra parte de se ter acesso a essas informações”. (*Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 43). A despeito da compreensão esposada pela referida jurista, que a simples inveracidade da informação não afasta de pronto a presença de conflito entre direitos fundamentais (gerando um choque aparente), já que a conotação da veracidade, em termos jornalísticos, como posto no bojo do presente trabalho, é compreendida por diversas vertentes, inclusive sob a álea da diligência e do cuidado com que colhidas e divulgadas as informações danosas aos direitos da privacidade.

²⁷⁰ DONINNI, Oduvaldo e Rogério Ferraz. *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação à luz do novo Código Civil*, p. 52.

direitos de personalidade, em especial aqueles genericamente atados à privacidade.

Não é a toa que, hoje, não se fala mais apenas em em direito-dever de informar, querendo-se expor não apenas o direito, mas também o dever imposto ao comunicador de levar a conhecimento público as informações que detenha. Fala-se, especialmente, em “comunicação social”, a qual, conforme Gilberto Haddad Júnior, deve assumir uma postura comprometida com a verdade e com a isenção da informação transmitida, nos seguintes moldes:

a) a informação, além de verdadeira, deve ser isenta de paixão, deve saciar o desejo de conhecer o fato e as peculiaridades necessárias à compreensão do episódio na medida do interesse social idôneo. Não deve desdobrar acontecimentos paralelos nem resvalar em detalhes pessoais ou íntimos que se mostrem despiciendo à exclusiva inteligência daquilo que identifica o interesse público;

(...)

d) o fato deve ser narrado sem omissões que possam lhe retirar o sentido e a compreensão exatos. A mudança de significado de uma notícia é sinônimo de distorções de conteúdo que comprometem a verdade;

e) a narrativa deve ser objetiva e enfatizar elementos preponderantes, sem resvalar, ainda que de soslaio, na privacidade. Não deve privilegiar acontecimentos marginais ou uma determinada interpretação da realidade, exclusiva do receptor. Não deve ser tendenciosa nem sugerir em desfavor da honra ou da privacidade.

(...)

h) a informação não deve apresentar-se em tom definitivo sobretudo quando há tão só suspeitas, afastando, como diz Carlos Alberto di Franco, a decência, retidão e bondade do ser humano, o que, vez outra, atinge não apenas a reputação, mas viola a privacidade.²⁷¹

Reconhece essa função social, aliás, a própria legislação infraconstitucional, a qual, em matéria de Direito Consumerista, consagra a vedação a qualquer propaganda que vise ludibriar o consumidor, distorcendo as informações acerca do produto posto em oferta. A disposição específica que veda esse tipo de conduta ilusória encontra-se no Código de Defesa do Consumidor, art. 30²⁷².

²⁷¹ *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*, p. 350.

²⁷² Art. 30 do CDC: “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

Nos demais aspectos expressivos, v.g., jornais ou revistas, em que forem noticiados fatos de interesse social comum, como política, religião, cultura, etc., a verossimilhança dos fatos narrados também é inescusável. O direito a receber notícias verídicas tem fundamento constitucional, notadamente no art. 5º, XIV, da Lei Magna.

Analisando a temática em apreço, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, assevera que:

Se os órgãos da imprensa optaram pela publicação de determinada matéria jornalística, nasce para o leitor um direito à informação verdadeira. Portanto, os órgãos da imprensa têm o dever de divulgar uma informação, averiguar se ela é verdadeira e logo após avaliar se esta divulgação está preservando o direito à intimidade. Se estas providências forem tomadas, é perfeitamente possível que estes dois direitos (direito de informação e direito à intimidade) coexistam.²⁷³

A correta e eficaz informação, portanto, pauta-se em critérios éticos, na investigação pautada pela busca da verdade, apenas se noticiando os fatos, concedendo-se o contraditório à pessoa noticiada, buscando minimizar os malefícios diretos da reportagem. O noticiário que, sem se preocupar com a veracidade de sua fonte e, mesmo não constatando a materialidade do objeto noticiado, profere como certa determinada notícia e confere-lhe indubitável certeza, poderá ser responsabilizado se sua conduta atacar o campo jurídico alheio.

Se determinada empresa jornalística for questionada judicialmente pela veracidade das informações prestadas, deverá provar a autenticidade dos dados prolatados. Caso a alegação tenha por arcabouço o Código Penal, incidindo sobre a conduta informativa uma acusação de crime contra a honra, poderá ela utilizar a prova da verdade, instituto no qual é conferido ao autor de suposta informação errônea trazer à baila os sinais que comprovem o decoro dos fatos questionados.

Em termos, nosso sistema jurídico, encontra-se impregnado de preceitos que justificam a exigência da verdade. Nesta seara, aliás, surgem

²⁷³ BALA, Darlei Gonçalves. *Os limites do direito de informação frente aos direitos da personalidade*. Jus Navigandi. Net, Rio de Janeiro, jan. 2007. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9477>>. Acesso em 06.12.2008.

inúmeras discussões sobre os limites dessa exigência no âmbito informativo, se ela imporia, sempre, a obrigação de uma informação efetivamente verossímil ou se estaria atendida com a mera diligência do profissional na busca de uma informação precisa, condizente com a realidade.

Nesse último caso, ainda que posteriormente tida como inverossímil, a divulgação de uma informação danosa à privacidade de terceiros não seria passível de responsabilização de seu interlocutor acaso demonstrada a observância de toda diligência viável para correta aferição da notícia, como a busca adequada de fontes, conferência de dados etc.

Referida solução tem sido admitida como pertinente pela jurisprudência pátria, cabendo ressaltar, nesta oportunidade, decisão do Superior Tribunal de Justiça, onde se lançou ao centro da análise (da existência ou não de abuso no exercício do direito de informar) a veracidade da notícia apresentada, especialmente em sua fase investigativa.

Nesta toada, traz-se a lume recente decisão do STJ, em que são partes o prefeito de São Gonçalo, Hélio de Oliveira Dórea, e a Rede Globo de Televisão, em ação de indenização movida pelo primeiro por conta de matéria jornalística veiculada no programa “Fantástico”.²⁷⁴

²⁷⁴ “EMENTA: Direito civil. Imprensa televisiva. Responsabilidade civil. Necessidade de demonstrar a falsidade da notícia ou inexistência de interesse público. Ausência de culpa. Liberdade de imprensa exercida de modo regular, sem abusos ou excessos.

- *A lide deve ser analisada, tão-somente, à luz da legislação civil e constitucional pertinente, tornando-se irrelevantes as citações aos arts. 29, 32, § 1º, 51 e 52 da Lei 5.250/67, pois o Pleno do STF declarou, no julgamento da ADPF nº 130/DF, a não recepção da Lei de Imprensa pela CF/88.*

- *A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade.*

- *A honra e imagem dos cidadãos não são violados quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas a seu respeito e que, além disso, são do interesse público.*

- *O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará.*

- *O jornalista tem um dever de investigar os fatos que deseja publicar. Isso não significa que sua cognição deva ser plena e exauriente à semelhança daquilo que ocorre em juízo. A elaboração de reportagens pode durar horas ou meses, dependendo de sua complexidade, mas não se pode exigir que a mídia só divulgue fatos após ter certeza plena de sua veracidade.*

Isso se dá, em primeiro lugar, porque os meios de comunicação, como qualquer outro particular, não detém poderes estatais para empreender tal cognição. Ademais, impor tal exigência à imprensa significaria engessá-la e condená-la a morte. O processo de divulgação

Na compreensão da Corte em questão, a transmissão da informação não implicaria em responsabilização do meio comunicativo por ter sido ela apresentada de forma consentânea com a realidade. A idéia decisória seguiu no sentido de que o jornalista tem o dever de investigar criteriosamente os fatos, mas não a obrigação de proceder a uma “cognição plena e exauriente” em relação a eles, o que é dever jurisdicional. Avaliou-se, em tal circunstância, que a suspeita criminosa indicada na reportagem, de fato, existia, no momento de sua divulgação e era baseada em provas específicas, obtidas pela reportagem, embora que, posteriormente, encontrada a verdade real e distinta da tese acusatória inicial.

Noticiada apenas a verdade, nada tem a temer o órgão de imprensa ou o jornalista responsável pela matéria. No caso em questão, embora a discussão tratada tenha se limitado ao âmbito da responsabilidade civil, houve claro reconhecimento de uma limitação à esfera privada do cidadão em face do reconhecimento de uma extensão específica ao direito de informar, onde o critério da veracidade foi claramente empregado.

de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial.

- A reportagem da recorrente indicou o recorrido como suspeito de integrar organização criminosa. Para sustentar tal afirmação, trouxe ao ar elementos importantes, como o depoimento de fontes fidedignas, a saber: (i) a prova testemunhal de quem foi à autoridade policial formalizar notícia crime; (ii) a opinião de um Procurador da República. O repórter fez-se passar por agente interessado nos benefícios da atividade ilícita, obtendo gravações que efetivamente demonstravam a existência de engenho fraudatório. Houve busca e apreensão em empresa do recorrido e daí infere-se que, aos olhos da autoridade judicial que determinou tal medida, havia fumaça do bom direito a justificá-la. Ademais, a reportagem procurou ouvir o recorrido, levando ao ar a palavra de seu advogado. Não se tratava, portanto, de um mexerico, fofoca ou boato que, negligentemente, se divulgava em cadeia nacional.

- A suspeita que recaía sobre o recorrido, por mais dolorosa que lhe seja, de fato, existia e era, à época, fidedigna. Se hoje já não pesam sobre o recorrido essas suspeitas, isso não faz com que o passado se altere. Pensar de modo contrário seria impor indenização a todo veículo de imprensa que divulgue investigação ou ação penal que, ao final, se mostre improcedente.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora.”

(BRASIL. STJ. 3ª Turma. REsp 984803/ES. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília – DF, 26 de maio de 2009. Publicação: DJe de 19.08.2009, RT vol. 889, p. 223).

A doutrina especializada de Enéas Costa Garcia, com apoio no direito anglo-saxão, afirma que

“a regra da 'actual malice' significa que o ofendido, para lograr êxito na ação de indenização, deve provar a falsidade da declaração e que o jornalista sabia da falsidade da notícia (knowledge of the falsity) ou teria demonstrado um irresponsável descuido (reckless disregard) na sua conduta. Não basta a falsidade da notícia”.²⁷⁵

O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará. Pode-se dizer que o jornalista tem um dever de investigar os fatos que deseja publicar. Diz-nos a doutrina que “quanto mais séria, ofensiva ou improvável for a notícia, maior deve ser o grau de investigação, mais detalhada deve ser a aferição de sua credibilidade”.²⁷⁶

Não é por outro motivo que o Código de Ética do Jornalista estabelece que “o compromisso fundamental do jornalista é com a verdade dos fatos, e seu trabalho se pauta pela precisa apuração dos acontecimentos e sua correta divulgação” (art. 7º).

O compromisso ético com a verdade exige a obrigação natural de escutar ambas as partes envolvidas em um determinado fato para que, assim, o leitor possa formar sua opinião ou, pelo menos, para que ele, leitor, tenha em mãos elementos suficientes para discordar da opinião crítica manifestada pelo jornalista. Por isto, o Código de Ética profissional estabelece que “o jornalista deve: a) ouvir sempre, antes da divulgação dos fatos, todas as pessoas, objeto de acusações não comprovadas, feitas por terceiros e não suficientemente demonstradas ou verificadas; b) tratar com respeito a todas as pessoas mencionadas nas informações que divulgar” (art. 14).

Transportando-se essas condições objetivas para o âmbito da ponderação valorativa dos princípios, resta necessário indagar até que ponto o

²⁷⁵ *Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação*, p. 140.

²⁷⁶ _____, p. 148.

direito à vida privada, à intimidade e à própria imagem do cidadão, dado o caráter marcadamente danoso e invasivo da notícia acusatória criminal, cede espaço ao poder-dever informativo inerente aos direitos de imprensa.

E, assim ponderando, ainda que sem referência expressa ao âmbito constitucional, o STJ assumiu posição necessariamente voltada à eliminação de um ponto de desencontro ou conflito entre direitos de personalidade (intimidade, honra, vida privada, imagem, todos claramente atingidos quando da divulgação de uma acusação de cunho criminal) e o direito à informação ou comunicação social.

A propósito das situações em que se tem a divulgação de acusações criminais, capazes, por si só, de atingirem a honra e a imagem do acusado, é necessário bem observar-se, como procedido na decisão supra, acerca do conteúdo divulgado, o qual, além de ser relevante (de interesse público, como se demonstrará doravante), deve ser precisa, não se confundindo a realidade dos fatos com a suspeita de sua ocorrência.

Nesse sentido, assevera Guilherme D. Cunha Pereira, em especial quanto à divulgação dos fatos criminosos, os quais atraem grande interesse popular:

Quando a suspeita passa a ser verdadeiramente notícia relevante, não se vê por que um meio de comunicação não a poderia difundir, mas é claro que se difunde a existência da suspeita enquanto suspeita, ou então, se foi o caso, a existência de uma acusação, enquanto acusação.

Veja-se que não se trata de adotar critérios mais brandos de separação da verdade jornalística, mas, como se explicou, de perceber a que fatos se deve referir o requisito da veracidade. Ou, dito de forma imprecisa, mas esclarecedora: a veracidade se referirá ou aos fatos ou às versões dos fatos, versões que, em realidade, também são fatos; mas estas versões, apenas nas hipóteses em que o interesse público autorizar a sua divulgação.²⁷⁷

Em todo caso, ainda delimitando a questão e indicando pontos de necessária análise, o que não se pode perder de vista é que a exigência da

²⁷⁷ *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*, p. 177/178.

verdade para o profissional informante, seja qual for o meio de comunicação de que ele se utilize, não é a mesma exigência dirigida ao homem médio. Mostra-se ela qualificada, inclusive porque inerente ao cumprimento de seu dever funcional e social.

A esse respeito nos fala Álvaro Rodrigues Júnior:

Cumpra observar, porém, que, para analisar o grau de diligência do informador na apreciação da veracidade das informações a serem divulgadas, não deve ser levada em consideração a diligência do homem médio.

(...)

Ora, a circunstância de o autor do ilícito ser um profissional da imprensa, como bem asseverou Enéas Costa Garcia, “implica o reconhecimento de uma superioridade nas suas habilidades, superioridade esta que inviabiliza a comparação com standard comum do homem diligente”. Daí que a diligência de um informador de fatos pelos meios de comunicação social deve ser muito mais apurada do que a de alguém que divulga fatos para um número restrito de pessoas, pois a superioridade profissional e o dever de conhecer inerentes à sua profissão determinam maior rigor na aferição da culpa.²⁷⁸

Assim, um dos meios necessários à salvaguarda do exercício regular do direito informativo, de extrema importância na análise de colidências inevitáveis de tal direito com aqueles relacionados à privacidade (honra, imagem, intimidade e vida privada), encontra-se consolidado na análise da veracidade das informações geradoras do conflito, conforme os critérios supra explicitados.

5.3.2 Existência de interesse público na divulgação

Outro aspecto a ser amplamente considerado quando das colisões havidas entre os direitos de privacidade e os direitos de imprensa se constitui na ocorrência ou não de interesse público a qualificar a matéria objeto de divulgação.

A importância desse qualificativo vai fundar-se em noção idêntica àquela que fundamenta a análise da veracidade, o que corresponde à observância do caráter social da atividade informativa, do que decorre que

²⁷⁸ *Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação: Limites e Formas de Controle*, p. 118.

apenas se justifica a limitação da esfera de defesa da privacidade constitucionalmente protegida quando for respeitada a finalidade social do direito à informação.

E essa faceta social, de informação, de prestação de um serviço público voltado à garantia da democracia, bem como do pluralismo que lhe é imanente, não pode ser executada a contento sem a divulgação das notícias de interesse público.

Daí porque, no confronto entre os direitos da personalidade relacionados à privacidade (intimidade, honra, imagem e vida privada), e os direitos de imprensa, se afirma que só há permissivo para incursão no âmbito privado do indivíduo para as circunstâncias em que há interesse público na divulgação noticiária.

Conforme Gilberto Haddad Jabur, uma vez que se tem aí o confronto de dois direitos de mesmo escalonamento constitucional, a notícia que atinge a privacidade, mitigando um direito proteção fundamental, deve ser necessária, indicando que a intromissão na esfera pessoal de cada um é, a rigor, prescindível. Por isso, cabe exigir-se, a presença de interesse público na notícia, assim como a necessidade de divulgação de fatos ligados à privacidade para sua compleição intelectual:

Deve-se prescindir da intromissão, porque a ninguém interessa saber o que, e em que medida, acontece dentro da redoma pessoal de cada um. Mas se isso for indispensável, verdadeiramente inarredável, para a compreensão da notícia – diferente da alusão gratuita -, é o interesse público por essa informação, atrelado à forma como se pretende veiculá-la, que ditará a necessidade ou não da intromissão e referência à privacidade. Em palavras diversas, não basta o veículo de comunicação querer revelar aspectos ou detalhes íntimos porque assim entende essencial. Determinarão a legitimidade dessa divulgação: a) a existência do efetivo interesse público na informação e b) a incontornável necessidade de se desnudar, parcialmente, a privacidade como pressuposto para a coerência e completude da notícia pela qual a comunidade nutre lícito interesse, frise-se, e bem.

²⁷⁹

Nesse mote, Haddad Jabur²⁸⁰ também especifica que a notícia há de ser verossímil, necessária e útil para restar suficiente explicitado o interesse

²⁷⁹ *Liberdade de Pensamento e Direito à vida privada*, p. 339.

²⁸⁰ _____, p. 343/344.

público em sua propagação. Já contendo este trabalho item específico destinado à veracidade da notícia, cabe especifica que, no âmbito da necessidade, a informação objeto de divulgação social há de ser necessária à formação de opiniões e ao aperfeiçoamento das instituições, na esteira de desenvolvimento democrático necessário ao nosso Estado de Direito, assim como em observância ao valor da cidadania.

Igual vertente do interesse público estaria consubstanciada na utilidade da notícia, acrescentando que, caminhando a necessidade em norte de igualdade com a necessidade, não é qualquer interesse que se qualifica como público e capaz de justificar o quebrantamento de uma proteção privatística, mas tão somente os interesses superiores, socialmente justificáveis, opostos à mera curiosidade de conhecer, ainda que se encontre esta massificada.²⁸¹

Justificando essa abordagem designativa das qualidades da notícia a ser avaliada em sede de conflito com os direitos da privacidade, indica-se, acertadamente, que a opinião pública alimenta a auto-estima individual, ao passo que a proteção à esfera individual de cada um se alia à qualidade da vida humana, sendo necessária ao pleno desenvolvimento do indivíduo. Nesse sentido, no confronto entre liberdades de cunho meramente econômico, como muitas vezes sói acontecer com as divulgações noticiárias, e o direito à privacidade é claramente prevalente. Entender-se de forma diversa, significaria, destarte, subverter a ordem fundante dos direitos de imprensa. Ou, em outras palavras, *“o cerne da liberdade de expressão, aí entendida como a captação e difusão de informações pessoais, não pode ser outro senão o de realizar a verdade e o bem comum”*.²⁸²

²⁸¹ Exemplificando as situações que restam desprovidas do critério da utilidade, assevera Haddad Jabur: “Não basta ser verdadeira e necessária, a informação deve revestir-se de conteúdo que consulte a fruição de interesse que merece satisfação. Publicar que fulano, ator conhecido, foi passar uma semana em retiro de dieta alimentar não apresenta conteúdo útil. Só atende ao gosto da indiscrição. Veicular que beltrana terminou seu *affaire* com sicrano, após longos anos de felicidade, também não traduz a utilidade que da informação se espera, mas revela, sem reboço de dúvida, o sabor pela bisbilhotice e espírito vão e sovina de alguns. Chancelar a utilidade social da notícia numa e noutra hipótese é consagrar a devassa da privacidade de cada um dos protagonistas. Publicar fotos de pessoas em locais de descanso ou em trajes sumários, sem razão lícita alguma – ainda mais difícil de se enxergar nesta segunda hipótese -, também não sintoniza a utilidade genuína da notícia, capaz de justificar, em acréscimo aos demais pressupostos, sua divulgação”. (*Liberdade de Pensamento e Direito à vida privada*, p. 344).

²⁸² Cf. JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*, p. 335.

Segundo ainda Têmis Limberger, apenas o interesse público justifica a incursão na esfera privada de outrem, especificando que esse interesse não pode ser encontrado na mera curiosidade alheia, devendo ser localizado, precisamente na “relevância comunitária” dos fatos tratados.²⁸³

Embora se fale em critérios como necessidade, utilidade, relevância comunitária e ausência de interesses meramente econômicos, para fins de fixação daquilo que estaria dentro do âmbito do interesse público, a verdade é que, em nível nacional, não há disposição normativa que regule com parâmetros fixos que a informação veiculada deve estar incutida no interesse público.

Assim, em regra, as notícias nacionais são livremente veiculadas pelos meios de comunicação, até que o ofendido por seu conteúdo se insurge contra a matéria divulgada. Nesse caso, faz-se comum o insurgente alegar o interesse estritamente privado dos fatos, cabendo-lhe, em todo o caso, pelas regras padrão em termos cognitivos, conduzir a juízo provas que coadunem com sua alegação de não influência da informação divulgada no seio comunal.

No plano real, essa falta de abalçamento legal específico, agravada com a fulminação da Lei de Imprensa, finda por deixar alvedrio do magistrado a aferição entre o que é ou não de interesse público e, ainda, se esse critério, haja vista a inexistência de prescrição legal específica, deve ser realmente considerado na ponderação acerca dos valores postos em conflito.

De toda sorte, há de se registrar que implica esse critério na abordagem que maior eficácia defere aos direitos da privacidade, sem contudo excluir o direito informativo, mas sim coadunando-o com o seu fim maior. Trata-se, pois, de um legítimo critério de ponderação, vasado na justa perspectiva da proporcionalidade informativa do sopesamento entre valores constitucionalmente protegidos.

²⁸³ Cf. LIMBERGER, Têmis. *O direito à informática na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 136.

Há, como especificado por Gustavo Binenbojm ao cotejar essa atividade judicante marcada pelo arbítrio do juiz, uma complexa fluidez conceitual:

A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação da liberdade de expressão, e não na sua limitação em prol do interesse contraposto, constituíram, desde o surgimento dos primeiros casos envolvendo a Primeira Emenda, os dilemas teóricos mais candentes da quase totalidade dos debates travados na Suprema Corte acerca do tema.²⁸⁴

Nada obstante, essa mesma fluidez não deixa de ser imanente ao sistema principiológico que autoriza e torna necessária a ponderação, não sendo sua presença justificativa para uma postura omissiva na indispensável atividade exegética de busca e catalogação dos critérios que separam aquilo que é público do que é estritamente privado.

Dentro desse âmbito catalogatório, aliado aos já enunciados critérios gerais de necessidade, utilidade, relevância comunitária e ausência de interesse meramente econômico na notícia, pode-se ainda enunciar dois outros critérios, estes merecedores de consideração particularizada, capazes de servir de norte à ponderação de bens na identificação do que, efetivamente, integra a álea do interesse público.

São eles: I) a divulgação de assuntos ligados à atuação dos órgãos públicos; e II) a divulgação de temáticas relacionadas a pessoas públicas, adiante consideradas.

a) Interesse público decorrente da divulgação relacionada com a atuação de órgãos públicos

As alterações sociais são muito dinâmicas. Algo que é valorado hoje como positivo pode, em pouco tempo, receber conotação negativa. A agilidade de mutação dos costumes e práticas da sociedade desguarnece de sentido a

²⁸⁴ *Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres*, p. 244.

intenção de formular um diploma legislativo apto a regular, em tese, todas as circunstâncias compreendidas no âmbito da liberdade de imprensa.

A jurisprudência, portanto, quando acionada, possui uma responsabilidade imprescindível e indelegável, devendo atender aos anseios populares de acordo com os parâmetros que norteiam, individualmente, cada comunidade.

A origem das liberdades públicas, como já foi expresso nessa obra, decorre justamente das grandes revoluções setecentistas, notadamente as revoluções francesa e americana. Nelas, o que se combatia era o julgo onipotente das coroas, respectivamente, francesa e inglesa.

A livre manifestação da imprensa foi essencial para os processos de democratização e fiscalização do poder público em todos os momentos em que ocorreram os levantes pela autenticidade do domínio estatal. Nos momentos históricos citados, imprescindíveis aos seus respectivos sucessos foram as palavras inflamadas de grandes autores como Rousseau, Montesquieu, Sieyès, e, um pouco após, Benjamim Constant. Esses renomados escritores e panfletistas inspiraram fortemente os clássicos da literatura nacional, como Machado de Assis e José de Alencar, por exemplo.

Leia-se o que escreveu Bonavides²⁸⁵ sobre esse processo de tomada de consciência política impulsionada pela literatura de ação:

A imprensa foi também força participante no processo de emancipação do domínio português durante as lutas da Independência e da consolidação do Primeiro Reinado. Em Londres circulou o Correio Braziliense, a primeira gazeta nacional, desatada dos vínculos coloniais. Iguamente expressiva nos primeiros momentos da nacionalidade veio a ser a função patriótica da Sentinela da Praia Grande, com o jornalismo político dos Andradas, significativamente em favor da legitimidade constituinte, contra a qual, numa demissão de seu idealismo liberal, se volveu truculento o primeiro Imperador. A Sentinela, positivando a crítica independente, representou, em verdade, uma tomada de consciência em favor da livre circulação das idéias. José Bonifácio, a primeira vítima do poder pessoal que a dinastia de Bragança trasladara às nossas instituições, encarnou com aquele jornalismo uma resistência legítima aos que buscavam oprimir a imprensa.

²⁸⁵ *A Constituição Aberta*, p. 54.

Em tempos mais recentes, a imprensa também foi um fator real de poder no ciclo de redemocratização vivido pelo Brasil nos anos 80. O fim do regime militar, a manifestação pela volta às eleições democráticas e os demais movimentos populares também foram fortemente aguerridos pela ação da imprensa. O *impeachment* do presidente Fernando Collor de Mello foi talvez o movimento nacional que sofreu maior influência midiática. Esses e outros casos, nada esporádicos, mas constantes, denotam a força da imprensa nas modificações sociais pátrias.

Diante do breve relato histórico, percebe-se como é estritamente necessária a atuação dos mais diversos meios de comunicação na fiscalização dos órgãos públicos. Nos EUA, como já foi dito anteriormente, a liberdade de imprensa é tão densa que, para o órgão de comunicação ser condenado ao imputar conduta falsa a funcionário público, deve ser provada a ocultação da verdade e o propósito malicioso do ente comunicativo.

O papel político da imprensa será sempre muito importante para a democracia. A denúncia das ações que abalem os princípios constitucionais é fundamental ao cidadão, que precisa ser informado das virtudes e dos desvios havidos no âmbito público, a fim de integrar-se de forma efetiva ao processo democrático, assenhorando-se, com um voto mais consciente e eficaz, de sua própria soberania.

A dilatação das possibilidades de atuação da imprensa deve ser resguardada, conferindo-lhe maior margem de discricionariedade nas denúncias exaradas quando se tem em perspectiva a tratativa da coisa pública. Não se defende aqui a livre acusação de condutas indignas ao puro arbítrio da máquina jornalística, mas sim, uma possibilidade de acusação que instigue a investigação, pois as provas evidentes de conduta ilícita somente serão apreendidas com a devida perícia.

Não de menos, resta evidente que a obtenção de provas realmente cabais acerca do cometimento dos ilícitos que envolvem a tratativa da coisa pública se constitui em tarefa deveras árdua, muitas vezes impraticável inclusive junto à cognição jurisdicional, que é exauriente.

Tal exigência, no âmbito dos órgãos públicos, decerto solaparia o exercício de uma função investigativa e difusora vertida ao interesse público, impondo o falecimento, ainda no nascedouro, de muitas questões que merecem a especial atenção popular, bem como das autoridades. Isto, certamente, autoriza um abrandamento dos critérios de aferição da verdade no âmbito de atuação do poder público, conferindo-se maior margem de atuação informativa nesse meio de especial interesse comunitário.

As acusações proferidas, ainda que não antecipadamente vertidas à uma precisa investigação devem ser protegidas, quando relacionadas à tratativa dos bens públicos. Isso porque o que se tutela, no caso específico, não é a dignidade do indivíduo singular, mas a instituição pública posta sob análise.

Conforme ainda Guilherme Döring Cunha Pereira, as áreas privilegiadas de informações que envolvem o poder público se consubstanciam em áreas onde se presume que a divulgação de ofensas, acusações, agravos (enquanto fatos em si) são de interesse público, desde que esteja em análise informações sobre o poder público que são obtidas do próprio poder público ou em espaços de sua atuação, em seu âmbito de atividades.

É que se trata de uma tendência significativamente forte, inclusive no direito comparado, a de se tratar notícias acerca do poder público conferindo-se maior peso à atuação da imprensa enquanto instrumento de consolidação da participação democrática, inclusive pela transparência que há de reinar em meio ao serviço público.²⁸⁶

A respeito, especifica-se:

Pôr a nu a realidade do poder público, torná-lo transparente para toda a nação, facilitando a tomada de decisão e a escolha que os cidadãos não de fazer periodicamente nas urnas; criticar as instituições, sobretudo naquelas hipóteses em que há violação dos princípios e valores fundamentais da nação, eis aí uma função bifronte que mereceria não apenas ser proclamada, mas igualmente tornada factível, mediante a introdução de novas regras no campo do direito da comunicação. A imprensa, guardiã da democracia, precisaria estar

²⁸⁶ Cf. PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação*, p. 195.

amparada por prerrogativas adequadas para o bom exercício dessa função de especial relevância.²⁸⁷

Trata-se este de um critério objetivo e material de identificação do que nominamos, acima, de interesse público a justificar uma maior margem de intromissão do exercício da liberdade de informação em relação aos direitos de personalidade sob análise.

b) Interesse público decorrente da divulgação relacionada com personalidade pública

Um outro desdobramento ainda da faceta social da liberdade informativa projeta para o centro da ponderação de conflitos o titular do direito à privacidade, sendo de fundamental importância para o dimensionamento dos direitos a maior ou menor publicidade inerente à vida daquele que teve sua esfera de personalidade alcançada por determinada notícia.

Trata-se, igualmente e pelo imbricamento das questões tratadas, de um critério subjetivo ou pessoal de identificação daquilo que resta vertido ao interesse público, vindo a auxiliar na aplicação desse conceito jurídico evidentemente indeterminado.

Primeiramente, saber se a pessoa em que se centra a notícia é pública ou não é importante como critério de ponderação, estabelecendo-se no meio jurídico em geral a aceitação de que as pessoas públicas têm sua esfera de privacidade normalmente reduzida

Há também, tanto em nível nacional, quanto em nível de direito comparado, uma tendência geral no sentido da aceitação dessa regra ponderativa de conflitos.

A esse respeito, experiência do direito americano, conforme lembra Guilherme D. Cunha Pereira, remete ao substancial *hard case* conhecido pelo

²⁸⁷ _____, p. 196.

desígnio de *New York Times Co v. Sullivan*, que se trata de um caso datado de 1964, que alterou de forma ampla a concepção americana acerca da temática da liberdade de imprensa.

O referido caso, além de lançar a tratativa da liberdade de expressão e de imprensa no âmbito da discussão sobre a primeira emenda norte-americana (de 1791), que possui natureza constitucional, fundamental, estabeleceu um novo critério referencial para fixação da culpa dos meios de comunicação em seu atuar noticiário: a circunstância de que a notícia, ainda que difamante e não necessariamente verdadeira, tivesse como objeto homens públicos no exercício de atividades públicas.

Restou, no referido caso, estabelecido o padrão do *actual malice*, fixando-se critérios rígidos para obtenção de reparação em casos tais. A cotejo:

Esse padrão, muito menos exigente para a imprensa, é o padrão da *actual malice*. A Suprema Corte definiu que homens públicos só poderiam obter indenização por difamação em matérias que tratassem da sua conduta pública, se conseguissem provar, com suficiente clareza (*convincing clarity*) que as afirmações foram feitas com *actual malice*, isto em com “conhecimento da sua falsidade” (*knowledge of falsity*) ou com notório desprezo ou desconsideração pela sua veracidade ou falsidade. (“*reckless disregard*” for whether or not it is false). Na prática, um padrão que protege ao mesmo tempo o jornalismo investigativo de qualidade e o jornalismo negligente).

(...)

Assim, pela primeira vez na longa história dos EUA, como afirma o autor, “concedeu-se proteção constitucional a certas notícias falsas de difamatórias, desde que não maliciosamente dadas”.²⁸⁸

Presupõe-se, aí, que o homem público deve ser forte o bastante para suportar as críticas, alusões e atenções às quais o seu agir público o submete.

De toda sorte, a afirmação segundo a qual a publicidade inerente ao sujeito da notícia lhe subtrai em grande escala a esfera protetional da privacidade, pesando significativamente quanto ao sopesamento dos valores fundamentais postos em análise, depende de uma precisa identificação daquilo que se tem como público.

²⁸⁸ *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*, p. 197/199

Se, por um lado, é certo que o indivíduo que titulariza a gestão de uma parcela da administração pública e tem seu agir alvejado quando desse mesmo exercício está claramente alcançado pela regra de publicidade, por outro norte, há de se considerar que o elemento público não está presente apenas na esfera de atuação de tais pessoas.

Álvares Rodrigues Júnior, indica três circunstâncias em que a condição das pessoas (enquanto figuras públicas) deve ser analisada como critério central para o solucionamento de conflitos principiológicos fundamentais, quais sejam: a) as pessoas que exercem uma atividade pública e se beneficiam dessa notoriedade; b) as pessoas sujeitas a processo judicial, em face do princípio da publicidade que vigora nesse domínio; e, c) os titulares de cargos públicos.²⁸⁹

Nesse primeiro escalão das figuras claramente públicas encontram-se os artistas, os desportistas e todas as demais pessoas de especial notoriedade e que, particularmente, se beneficiam da atenção midiática para sua autopromoção. Em casos tais, a exposição voluntariamente promovida pela parte interessada legitima o surgimento de um interesse lícito do público quanto à obtenção de notícias/informações.

Logicamente, não se pode, igualmente, tolerar o excesso de se ver excluída em totalidade a privacidade de tais indivíduos, de sorte que, fora do âmbito do consentimento da exposição, do âmbito dos fatos expostos pelo titular do direito não se pode falar em prevalência do direito de informar, sujeitando-se a mídia às conseqüências de sua violação.²⁹⁰

Um caso emblemático é o do conhecido jogador Edmundo. Pela sua capacidade de fazer gols e também de gerar atritos em campo, fez ele fama no Palmeiras com o epíteto de “animal”. Envolvido em um acidente automobilístico, a revista *Veja* noticiou o fato, dando-lhe destaque na capa de uma de suas edições, chamando-o pelo mesmo epíteto. Inconformado pelo tratamento dispensado pelo uso desse adjetivo, resolveu processar a Editora Abril. O STJ indeferiu o pleito indenizatório, por entender que a imagem

²⁸⁹ *Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação: Limites e Formas de Controle*, p. 103.

exposta já havia resultado em positivas vantagens, inclusive patrimoniais, no decorrer da carreira do atleta, com a contra-partida, contudo, da abertura de caminho para a negativa exposição, dado o caráter polissêmico da expressão “animal”. Logo, no caso, não se tem acréscimo negativo à matéria, mas, sim, a simples transposição de qualificação já antes criada, consentida e usufruída, posta à receptividade e ao debate da opinião pública.²⁹¹

Outro nível individual que merece consideração na esfera da publicidade corresponde às pessoas envolvidas em inquéritos policiais ou processos judiciais, para os quais vale, destarte, o princípio da publicidade.

²⁹¹ “EMENTA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATO ILÍCITO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INOCORRÊNCIA. LEI 5.250/67 (LEI DE IMPRENSA). ABSOLVIÇÃO CRIMINAL COM REFLEXOS CIVIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PUBLICAÇÃO DE REPORTAGEM EM REVISTA DE GRANDE CIRCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DANO EXTRAPATRIMONIAL NA ESPÉCIE. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. FATO PÚBLICO E NOTÓRIO. UTILIZAÇÃO DE EPÍTETO (ANIMAL). POLISSÊMICO. POSSIBILIDADE. VALORAÇÃO DE PROVAS. SÚMULA 7. NÃO INCIDÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. PROVIMENTO.

I. No caso em exame, não se trata de reexame de prova, isto é, de motivos de conhecimento dos fatos em que se funda o reconhecimento de dano moral e uso da imagem, visto que os fatos são absolutamente certos, mas sim de valoração jurídica.

II. A imagem exposta já havia resultado, evidentemente, em positivas vantagens, inclusive patrimoniais, no decorrer da carreira do atleta, com a contra-partida, contudo, da abertura de caminho para a negativa exposição, dado o caráter polissêmico da expressão. Logo, no caso, não se tem acréscimo negativo à matéria, mas, sim, a simples transposição de qualificação já antes criada, consentida e usufruída, posta à receptividade e ao debate da opinião pública. Em verdade, a imagem estampada, subsumiu-se no geral caráter visivelmente informativo e educativo da matéria a respeito de acidentes de veículos, ainda que desagradando ao Autor e a quem mais negativamente lembrado.

III. No caso concreto, declarada pela justiça penal a não caracterização dos crimes considerados contra a honra, inexistirá o ilícito civil correspondente, salvo se a absolvição decorrer de insuficiência de provas.

IV. Nos termos dos dispositivos legais invocados pelo Autor, responde por danos morais e à imagem quem cause dano. No entanto, não houve, no caso, dano causado ao autor, mas tecnicamente, simples incômodo ou desconforto pela exposição do lado negativo da figura pública. Portanto, não há o que indenizar ao autor.

V. Recurso Especial provido, julgando-se improcedente a ação, nos exatos termos, inclusive quanto à sucumbência da sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sidnei Beneti, divergindo do voto do Sr. Ministro Relator, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Vasco Della Giustina e Paulo Furtado, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar provimento ao recurso especial para julgar improcedente a ação, vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda. Designado Relator o Sr. Ministro Sidnei Beneti. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

(BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª. T. REsp nº. 1.021.688-RJ. Rel. Min. Sidnei Beneti. Brasília-DF, 23 de junho de 2009. Publicação: DJ de 18.08.2009)

Nesse caso, lembra Álvaro Rodrigues Júnior que “a transcrição fiel dos atos praticados pelas autoridades não configura ilícito penal ou civil”.²⁹²

Nesta seara, entretanto, há de prevalecer a especial incidência do critério da veracidade, sendo de responsabilidade da mídia transmitir as informações de forma fidedigna, tratando-as, quanto suspeitas, como meras suspeitas. Infelizmente, o que se tem vivenciado, em nível nacional, é um ambiência de forte sensacionalismo, onde há clara e prévia condenação dos acusados, utilizando-se a imprensa de seu poder para dar ênfase aos fatos da forma que melhor sirva ao seus interesses econômicos, o que é claramente reprovável e nem de longe se insere dentro dos permissivos e critérios aqui abordados.

Por sua vez, quando se trata da consideração de pessoas que exerçam cargos públicos, cabe a análise procedida acima, onde se considera que as pessoas públicas devem ser menos suscetíveis aos ataques e críticas, o que, logicamente, não significa dizer que não sejam titulares de uma esfera de privacidade protegida constitucionalmente.

Essa maior exposição implica sim em um maior dever de tolerância à crítica, mas desde que seja ela realizada dentro dos limites do razoável, do interesse público, geral, não se justificando a aceitação de ataques que tem por fundamento o mero interesse de atingir a honra e a imagem individual, com finalidades exclusivamente econômicas.

A esse respeito, assevera Claudio Luiz Bueno de Godoy:

Mais ainda, e de outra parte, igualmente não se concebe que direitos de personalidade, mesmo de pessoas públicas e notórias, possam ser afrontadas para fins exclusivamente comerciais. E pelo simples fato de que, afinal, nessas hipóteses desvirtua-se qualquer interesse jornalístico para dar lugar ao interesse publicitário, o que não se justifica. Não há, enfim, nesses casos, interesse público que permita a vulneração de direito de personalidade, mesmo daquelas pessoas públicas e notórias. Isso inclusive quando o fatonoriciado seja verdadeiro.²⁹³

²⁹² *Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação: Limites e Formas de Controle*, p. 105.

²⁹³ *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade*. 2 edição. São Paulo: 2008, p. 72.

No caso específico dos homens de governo, administradores da coisa pública, nos diz Guilherme D. Cunha Pereira que até as “afirmações falsas devem estar protegidas em alguma medida, quando a publicação diz respeito à atuação de homens de governo...”, mesmo se tratando de meias verdades ou equívocos, acrescentando, como já posto, que “homem público deve ser forte o suficiente para arrostar críticas”.²⁹⁴

Verdade é que acalorados debates doutrinário-jurisprudenciais são travados quando se trata de tentar compreender qual o alcance dos limites da liberdade de imprensa quanto às pessoas que gozam de certa notoriedade pública.

Numa interpretação literal dos diplomas legais, v.g., Código Civil e Constituição Federal, ver-se-á que não há diferença no tratamento dispensado aos sujeitos de direito quanto à restrição da invasão de privacidade. Para ambos os monumentos jurídicos, a intimidade, a honra e a vida privada são indevassáveis, seja o sujeito portador de notoriedade pública ou não.

Contudo, é impossível não utilizar o bom senso a fim de se perceber a dilatação maior na invasão da privacidade individual quando a pessoa noticiada possui ampla notoriedade pública. Conforme assinala Caio Mário:

Embora os direitos da personalidade sejam absolutos, a proteção da intimidade é relativa, na dependência da profissão, da atividade ou da posição social ou política. A defesa contra as imissões é inversamente proporcional à projeção da pessoa ou do seu prestígio.²⁹⁵

O campo de privacidade conferido às pessoas públicas, portanto, é reduzido. Em contraponto às pessoas anônimas, tais personalidades devem suportar o ônus de terem sua vida constantemente discutida nos mais diversos meios midiáticos. Contudo, como já dito, tal restrição não deve ser tamanha a ponto de suplantarem quaisquer direitos relativos à intimidade e personalidade daqueles sujeitos.

²⁹⁴ *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*, p. 199.

²⁹⁵ *Instituições de direito civil: Introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil*. Volume.1 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 259

O âmago essencial da personalidade humana deve ser preservado, inclusive quando o objeto noticiado foi uma personalidade pública. Isso porque, ao ser negada a intimidade, a honra e a vida privada de certa pessoa apenas pelo fato de seu clamor popular, estar-se-ia ferindo direitos fundamentais inalienáveis que constituem o cerne da dignidade humana.²⁹⁶

5.3.3 Licitude do meio empregado na obtenção da informação;

O ordenamento jurídico tem como uma de suas peculiaridades consistir numa completude harmônica. A proporcionalidade entre os princípios e as regras jurídicas deve estabelecer-se de modo que uma disposição normativa não fira outra. Em vista disso, seria impensável que fossem admitidos meios ilícitos na obtenção das informações jornalísticas.

O Poder Judiciário repudia as formas de obtenção ilícita de informações. Mesmo nos processos judiciais, a captação de provas antijurídicas fulmina a veracidade do conteúdo probatório exarado por tais evidências. Essa determinação encontra guarida na interpretação da Suprema Corte dos EUA, que consagrou a “teoria dos frutos da árvore envenenada” (*The fruit of the poisonous tree*).

No jornalismo contemporâneo, fortemente influenciado pela revolução das tecnologias telemáticas, a velocidade dos ciclos de comunicação geralmente supera a capacidade humana de monitorar todos os fatos que acontecem simultaneamente. Ademais, há eventos que, por caracterizarem

²⁹⁶ Em comentários sobre a proteção dos direitos da personalidade de pessoas públicas, assim fala o professor Luis Martius Holanda Bezerra Júnior: “Forçoso, pois, considerar que o direito à privacidade e à preservação da imagem, mormente nos momentos de intimidade, não podem ser negados ou suprimidos em razão da notoriedade do seu titular, que, por mais exposto ou conhecido do grande público, deve ter preservado um núcleo essencial de intimidade, que não pode ser devassado em nome de um direito ilimitado ou absoluto de informação, que, por vezes, traveste mero interesse econômico e sensacionalista, que não justifica, sob qualquer hipótese, o sacrifício de um direito da personalidade, fazendo eclodir, noutra vértice, a proteção expressamente prevista no Código Civil em vigor (artigo 21) e na própria Magna Carta que a ele empresta conformidade”. (BEZERRA JÚNIOR, Luis Martius Holanda. *Considerações sobre os direitos da personalidade e a liberdade de informar*. Net, Teresina, 30 ago. 2008. Jus Navigandi, ano 12, n. 1886. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11668>>. Acesso em: 10 fev. 2009).

elementos ímpares, podem ser analisados em detalhes por um número reduzido de pessoas.

Para que o direito de informação das pessoas possa ser efetivado, nesses casos, o jornalista vale-se de fontes extras. Juarez Bahia, dissertando acerca dos métodos de apuração informacional utilizados pelos jornalistas, assim assevera:

A apuração da notícia pode ser feita pela observação direta: pela simples coleta (via telefônica, mediante testemunho); pelo levantamento das circunstâncias, indícios e outros elementos; pela investigação (que é uma forma especializada de observação direta); pelo despistamento (com emprego de formas indiscretas ou incomuns que, contudo, não contrariam a ética profissional); pela comprovação (método usual entre os que recolhem certas informações confidenciais ou reservadas que para serem publicadas exigem uma prévia confirmação de alguma fonte envolvida no assunto); pela análise (quando a notícia deve passar por um processo crítico ou por uma confrontação de dados relativos que permitam uma perspectiva do acontecimento" (...) "Nenhum desses tipos de apuração é mais importante que o da observação pessoal, direta, que envolve física e mentalmente o repórter com os fatos no momento e no local em que ocorrem. É o modo mais eficiente de cobrir um assunto porque identifica o repórter com a ação, seus efeitos, seus participantes e as reações que possam gerar de imediato.²⁹⁷

Como se observa, até mesmo por impossibilidade física, não é possível ao jornalista ser onipresente e cobrir todos os fatos pessoalmente. Portanto, é importante ao jornalista o estabelecimento de contatos profissionais que o auxiliem na tomada de informações. A Constituição, a fim de desembaraçar o labor jornalístico, assegura o sigilo da fonte profissional, respeitados, por óbvio, os direitos de terceiros.

A fonte, apesar de ter a atribuição do sigilo, deve pautar-se, na busca de informações, pelos meios admitidos em direito. Haveria forte contradição se ao jornalista fosse negado o uso de práticas ilícitas no coletar dos dados para sua profissão, mas pudesse utilizar-se de terceiros para a prática de atividades defesas.

Luís Roberto Barroso, arrematando sobre o tema, explica:

Licitude do meio empregado na obtenção da informação. O conhecimento acerca do fato que se pretende divulgar tem de ter sido

²⁹⁷ *Jornal, História e Técnica – História da imprensa brasileira* 1. São Paulo: Ática, 1990, p. 41.

obtido por meios admitidos pelo direito. A Constituição, da mesma forma que veda a utilização, em juízo, de provas obtidas por meios ilícitos, também interdita a divulgação de notícias às quais se teve acesso mediante cometimento de um crime. Se a fonte da notícia fez, e.g., uma interceptação telefônica clandestina, invadiu domicílio, violou o segredo de justiça de um processo de família ou obteve uma informação mediante tortura ou grave ameaça, sua divulgação não será legítima. Note-se ainda que a circunstância de a informação estar disponível em arquivos públicos ou poder ser obtida por meios regulares e lícitos torna-a a pública e, portanto, presume-se que a divulgação desse tipo de informação não afeta a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem dos envolvidos.²⁹⁸

Nosso sistema jurisdicional encontra-se, destarte, impregnado de precedentes que reconhecem a importância da licitude da prova enquanto elemento necessário ao resguardo da privacidade constitucionalmente albergada, dentre outros preceitos constitucionais igualmente importantes, indicando ser este um importante critério de ponderação quando se encontra o exegeta diante de uma situação em que há conflito entre a liberdade de expressão e informação e os direitos ligados à privacidade.

Há, é bem verdade, uma verdadeira tutela jurídico-constitucional do Estado de Direito, na imposição de fontes informativas lícitas. Mas há também nisto, consoante prelecionam nossas cortes forte proteção à privacidade (em sentido *latu*) considerada em face de seus conflitos com os direitos de imprensa.

Vale citar-se, *in casu*, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Medida Cautelar n. 2.702-7, proposta perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro pelo então governador estadual Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira, visando impedir que conversas telefônicas suas, pessoais, que foram interceptadas fossem divulgadas por vários meios de comunicação (Info-globo, editora dos Jornais O Globo e Extra). Alegou o então governador e candidato a presidente da república ter sido vitimado pela violação de sua privacidade, do sigilo de suas comunicações, bem como pela prática de crime de interceptação telefônica não autorizada.²⁹⁹

²⁹⁸ *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucional Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*, in Revista de Direito Privado, n. 18, p. 132, abril-junho de 2004.

²⁹⁹ Todas as informações desse caso foram colhidas da seguinte fonte: BENTES, Hilda Helena Soares; VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; GOMES, Maria Paulina.

O caso, julgado pelo Pleno do STF em data de 18 de setembro de 2002, teve a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, contando com defesa da Infoglobo no sentido de que, por se tratar de homem público, sofreria natural redução da esfera de proteção de sua intimidade e vida privada, além de se alegar a presença de censura inaceitável quanto ao exercício da liberdade de informação e expressão.

Nada obstante os argumentos da empresa jornalística, o STF manteve a liminar da Corte Estadual que proibiu a divulgação das notícias, inadmitindo a prova ilícita (interceptação telefônica não autorizada), ainda que a pretexto de divulgação de assunto de interesse público e mesmo a pretexto da liberdade informativa. Segundo o Ministro relator, aliás, a questão aí, além de passar pela perspectiva de colisão entre o direito à intimidade e o direito à informação, possui o agravante de incidir em uma proibição constitucional (escuta telefônica ilegal).

Uma outra circunstância em que também se praticou a ponderação de valores tomando-se como norte central a questão da licitude dos meios empregados, das provas obtidas, resta vertida à decisão proferida pelo STF nos autos da Ação Penal n. 307-3-DF, julgada pelo Pleno da Corte em 04 de março de 2004 e apresentando como acusados os ex-Presidente Fernando Collor de Mello e Paulo Cesar Farias (dentre outras pessoas), os quais, na oportunidade, eram acusados dos crimes de corrupção passiva e falsidade ideológica.³⁰⁰

No aspecto que importa à presente quadra foi analisada a possibilidade de utilização das provas obtidas por meio de gravações ilícitas (não autorizadas por um dos interlocutores e, portanto, obtidas com pretensa violação ao contraditório e à privacidade alheia) e igualmente a viabilidade das provas obtidas a partir de dados de computador apreendido por autoridade administrativa com violação domiciliar, por incompetência para determinar a medida.

Direito à intimidade à vida privada: laboratório de Análise de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, p. 152 e ss.

³⁰⁰ Cf. BENTES, Hilda Helena Soares; VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; GOMES, Maria Paulina. *Direito à intimidade à vida privada: laboratório de Análise de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, p. 187 e ss.

A Corte reconheceu a impossibilidade de utilização das provas obtidas por meios não lícitos, passando a analisar a questão apenas a partir das provas obtidas regularmente.

Utilizando-se claramente da ponderação, o STF chegou à conclusão de que nosso sistema não comporta a aceitação de provas ilícitas, em observância ao Estado Democrático de Direito, devendo o interesse na informação ceder espaço ao processo justo, condizente com o respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Tais posições, de pronto, denotam a importância do critério da licitude informativa para fins de ponderação de conflitos entre a liberdade de expressão e informação e os direitos da privacidade.

5.3.4 Natureza da manifestação divulgada

O assunto a ser veiculado pelas mídias de comunicação incita sempre algum tipo de sentimento ou juízo de valor no receptor. O ser humano é um animal racional, logo, natural que julgue, de acordo com seus parâmetros psicossociais, aquilo que lhe é posto.

A discussão entabulada na temática da natureza factícia refere-se ao teor das notícias divulgadas, indagando-se, a partir desse mote, se deve haver um “liberalismo” informacional, ou há a necessidade do estabelecimento de um “filtro” que selecione às matérias passíveis de serem disseminadas sem que isso cause danos aos populares.

Como já posto alhures, recentemente, no julgamento da ADPF n. 130, o Supremo Tribunal Federal indicou expressamente que *“não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas”*.³⁰¹

³⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF nº. 130-7. Relator Ministro Carlos Ayres de Brito. Brasília – DF, 30 de abril de 2009. Publicação: 06/11/2009, no DJe nº. 208.

De fato, em aplicação da teoria externa explicitada por Alexy³⁰² em relação aos direitos fundamentais, e por ele defendida, os direitos fundamentais são concebidos inicialmente em completude, sem restrições, sendo estas *a posteriori*, ditadas conforme os mandamentos da convivência dos inúmeros valores fundamentais constitucionalmente protegidos, conforme os critérios de ponderação adequados para cada caso.

É por isto, aliás, que se diz ser a liberdade de expressão e informação concebida, *a priori*, sem reservas, mas não ilimitadamente. A razão dessa amplitude ou plenitude (na perspectiva constitucional) não é arbitrária: tem a ver com as posições negativas e positivas que o preceito impõe, seja no âmbito de sua eficácia vertical, seja no aplicativo de sua eficácia horizontal.

A acepção negativa de que se fala, se opera por meio de um “*não-fazer*” estatal, impedindo-se a censura sobre as manifestações culturais, literárias, populares etc, configurando-se aí a liberdade para que o indivíduo exprima sua personalidade sem represálias ou recortes qualitativos.³⁰³

Numa abordagem positiva, tem-se a proteção à liberdade de expressão por meio da exigência de que o Estado providencia as circunstâncias necessárias ao livre exercício desse direito. Ou, nas palavras de Samantha Ribeiro Meyer-Pflug: “O Estado deve incentivar o debate público democrático, conferindo condições para que os indivíduos possam participar dele, precipuamente, por meio do investimento na educação pública”.³⁰⁴

O incentivo ao pluralismo, com a imposição do respeito às minorias, assim como o limite à formação de oligopólios comunicativos, evitando entregar os meios de comunicação nas mãos exclusivas de poucos, também é dever do estado, dentre outros deveres que surgem da acepção positiva da liberdade ora tratada.

Entretanto, essa abertura plural e democrática apresenta inconvenientes de dificultosa solução dentro da temática da ponderação principiológica dos direitos fundamentais.

³⁰² *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 90 e ss.

³⁰³ Cf. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*, p. 74.

³⁰⁴ *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*, p. 76/77.

Esse liberalismo assemelha-se ao próprio liberalismo econômico, no qual a regra preponderante é justamente a falta de quaisquer mecanismos de freios e obstáculos ao livre-cambismo comercial. Analogamente a este, o liberalismo informacional apregoa a falta de censura sobre os conteúdos a serem divulgados em meios midiáticos, podendo o editor informativo ou artístico-cultural divulgar matérias, publicar livros ou expressões ideárias de quaisquer sortes, inclusive professando doutrinas tidas como desonrosas, ilícitas ou de questionável aceitação no âmbito social, político, econômico e ético das ambiências nacional e internacional.

Em face da liberdade geral, a abertura de conteúdo, mormente em um mundo plural e difuso como é o atual, se constitui em cláusula de liberdade com possibilidades infinitas de concretização.

Com a adoção deste critério de forma absoluta, seria permitido ao editor jornalístico, por exemplo, publicar matérias que incitem ao racismo, acentuando o preconceito de raça ou cor daqueles que já são propensos a essa moléstia social. Poder-se-ia dizer que apenas as pessoas que já haviam aderido ao racismo iriam se sentir atraídas pelo conteúdo textual, mas isso não é completamente afirmável. Ao revés, indivíduos de compreensão limítrofe ou mesmo vitimados pela incapacidade governamental de garantir à população nacional uma educação digna, poderiam ser facilmente manipulados por argumentos perfídicos.

Nesse sentido, Guilherme Döring Cunha Pereira³⁰⁵ elenca dois motivos para que a adoção da livre circulação de idéias, independente da natureza moral que elas contenham, seja desimpedida: primeiro, porque a exposição teórica, enquanto apenas no campo das idéias, não causa real nocividade à comunidade; ou, em segundo motivo, porque é crível que a verdade e o bom senso prevalecem no embate entre teses conflitantes.

Tais teses pecam pela inocência que carregam em seu bojo. O apelo publicitário que cerca os materiais publicados (e, por tal, postos à venda) de regra, é feito de maneira a manipular a percepção de seu receptor, portanto,

³⁰⁵ *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 261.

é natural que a informação divulgada pela imprensa consiga modificar o pensamento de quem as lê. A partir do momento que o leitor ou ouvinte modifica seu parâmetro de avaliação devido alguma mensagem exarada por meio de comunicação, sua vontade se modifica e, progressivamente, todos os seus conceitos sobre o determinado assunto serão também alterados.

Se a mídia é popularmente taxada de “quarto poder”, qual seria a autenticidade desta força caso ela não tivesse a propriedade para alterar o pensamento do cidadão comum sobre algum assunto social?

É exatamente a partir dessa complexa perspectiva, determinada pelo caleidoscópico anteparo social em que vivemos na atualidade, que surge a discussão em torno da temática divulgada, percebendo-se, de pronto, que a natureza da manifestação divulgada, seja por qual meio informático for, é de suma importância na efetivação da ponderação de valores fundamentais em conflito.

Questões como o racismo, a discriminação, o preconceito e a pornografia, por exemplo, encabeçam a lista central dessa discussão, sendo imperioso diante delas se pensar se, realmente, não pode haver uma restrição qualitativa – de conteúdo – em relação ao que é publicado, noticiado, divulgado e, em geral, do que serve de objeto de expressão e informação em nosso meio.

Pela importância e alcance de certos temas, os fatos que a ele se relacionam devem sim ser objeto de ponderação para adequação do exercício libertário dos direitos de imprensa à justiça democrática e lícita ditada por nossa Lei Superior. Nesse sentido, “a expressão de idéias sofre algumas restrições, pois há de respeitar outros valores albergados pela ordem constitucional vigente”.³⁰⁶

Foi com base nesse ideário que o Supremo Tribunal Federal já fixou a limitação da liberdade de expressão em situações de apologia ao nazismo e incitação ao anti-semitismo. Trata-se do já multicitado caso do Ministério Público do Rio Grande do Sul contra o cidadão Siegfried Ellwanger, autor de

³⁰⁶ *Liberdade de Expressão e Discurso do ódio*, p. 83.

escritos nesse sentido. A Corte Constitucional negou *habeas corpus* interposto com o propósito de trancar a ação penal.³⁰⁷

³⁰⁷ Para conhecimento dos termos do ementário da decisão, transcreve-se, literalmente: EMENTA: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à

Nesse íterim, assevera Samantha Ribeiro Meyer-Pflug que muitos países opõem sérias restrições legais, inclusive em nível de criminalização, ao chamado discurso do ódio, correspondente este à expressão de ódio ou desprezo a um determinado grupo social, seja por fatores étnicos, religiosos, sexuais e demais condicionantes similares. Parte-se, aí, de uma idéia geral de tolerância, que corresponderia à aceitação de idéias, ainda que contrárias, desde que possam conviver pacificamente.³⁰⁸

Nada obstante, bem se alerta para o fato, próprio da condição humana, de que esse discurso não é de fácil configuração, posto muitas vezes apresentar-se implicitamente, apresentando-se a defesa do ódio e da discriminação através de “mensagens subliminares”.³⁰⁹

Nesse ponto colisivo, o que se há de buscar é garantir a aplicação da noção de tolerância dentro do exercício da liberdade expressional, sem contudo permitir-se que essa mesma liberdade, para além do mero amor ao debate e ao direito de dissentir, acabem por violar os preceitos imanentes à dignidade humana.

A questão, ainda que se partindo desse preceito central, não é de fácil solução. No Brasil, inclusive como se infere dos vários preceitos legais que criminalizam a discriminação, especialmente aquelas decorrentes do racismo e da orientação sexual (estas, até o momento) exclusivamente estaduais e

livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada."

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC nº. 82424/RS. Rel. Min. Maurício Correia. Brasília/DF, 17 de setembro de 2003. Publicação: DJU 19-03-2004).

³⁰⁸ *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*, p. 98/99.

³⁰⁹ Cf. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*, p. 99.

municipais, a prática e a incitação ao racismo e à discriminação em geral oferecem norte evidente à limitação do direito informativo.

Trata-se de uma abordagem mais restritiva que aquela do direito americano, que prioriza o direito à expressão, protegendo os discursos ainda que discriminatórios, “a menos que causem um risco de ‘perigo claro e iminente’ para um interesse superior do Estado (*compelling interest*), para o cometimento de uma ação ilegal”.³¹⁰

Em tal âmbito um discurso odioso ou agressivo, embora não há proteção à violência na sistemática anglo-americana, só encontra rebate na abertura para a outra vertente da moeda, que corresponde à livre manifestação das idéias que lhe são contrárias.

Nacionalmente, há uma tendência geral ao deferimento de uma liberdade expressiva em menor escala que a americana, importante em muito para a definição dos limites da tolerância, em termos de liberdade expressiva, a natureza do fato ou das idéias divulgadas, se possuem eles ou não conteúdo considerado lícito por nosso sistema normativo.

Alguns assuntos, se publicados, merecerão, de fato, a imposição da sanção penal, mas estes devem configurar uma lista mínima sem a qual não há o necessário resguardo da ordem pública.

A tolerância deve ser o eixo utilizado na promulgação de idéias no meio informacional. A reprimenda mais utilizada atualmente é a indenizatória, portanto, os assuntos veiculados serão reprováveis somente se atentarem contra a honra e a moral individual ou pública. Nesse último caso, o titular da responsável pela reparação civil será o Ministério Público, *parquet* responsável pela defesa dos interesses transindividuais e coletivos.

³¹⁰ Cf. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*, p. 99.

5.3.5 Local do fato

O poder da mídia sobre o imaginário popular é densamente alicerçado. Não causam mais espanto notícias, fotos e demais informes extraídos diretamente da casa ou da propriedade particular de qualquer cidadão. Porém, esse onipotente controle exercido pelos meios de comunicação não deve ser valorado ao extremo de invadir a seara íntima dos indivíduos, inclusive alvejando as barreiras que separam o espaço público do foro particular de cada pessoa.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. XI, diz que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”

A inviolabilidade do asilo familiar está consagrada na Carta Magna, o que impossibilita ao jornalista adentrar diretamente no âmago familiar de uma pessoa apenas para coletar dados midiáticos. A Constituição entende que, ao formular essa vedação, confere eficácia aos ditames da liberdade e inviolabilidade, bloqueando o convívio íntimo das agressões provenientes de repórteres que lucram com o espaço íntimo alheio, os chamados *paparazzi*. Observe-se o que fala José Afonso da Silva a respeito da inviolabilidade domiciliar:

Aqui cumpre lembrar que, ao estatuir que “a casa é asilo inviolável do indivíduo”, a Constituição está reconhecendo que o homem tem direito fundamental a um lugar em que, só ou com sua família, gozará de uma esfera jurídica privada e íntima, que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana. Aí o domicílio, com sua carga de valores sagrados que lhe dava a religiosidade romana. Aí também o direito fundamental da privacidade, da intimidade, que esse asilo inviolável protege. O recesso do lar é, assim, o ambiente que resguarda a privacidade, a intimidade e a vida privada. A casa como asilo inviolável comporta o direito de vida doméstica livre de intromissão estranha - o que caracteriza a liberdade das relações familiares (a liberdade de viver junto sob o mesmo teto), as relações entre pais e seus filhos, as relações entre os dois sexos (a intimidade sexual). Tem-se perguntado se está compreendida também a liberdade de relações homossexuais. Não temos dúvida em responder que sim. No recesso da casa, por certo que esta também é uma esfera íntima, um segredo da vida privada, que está protegido pelo direito à intimidade.³¹¹

³¹¹ *Comentário contextual à Constituição*. p. 103.

Em contrapartida, no ambiente público, cenário social relevante para todos os conviveres, caso não queiram ser noticiados nos mais diversos meios de comunicação, os indivíduos devem proceder de acordo com os padrões estabelecidos socialmente.

No espaço público, todos os cidadãos estão sujeitos a serem fotografados, noticiados, arguidos e ovacionados. Portanto, as atitudes tomadas nessa área estão predispostas a serem exibidas ao público comum.

Coaduna com tal idéia a explicitação de Guilherme Döring Cunha Pereira, para quem *“tampouco resta dúvida quanto à possibilidade de divulgação sem consentimento, da imagem de pessoas envolvidas em algum evento público”*, acrescentando, entretanto, a limitação privatística de que o indivíduo seja exposto em um contexto acessório, dentro de uma abordagem geral, sem *“ênfase na sua individualidade”*.³¹²

A verdade é que não há, em nosso sistema jurídico, qualquer aporte normativo que venha a especificar o alcance da limitação do direito à imagem em decorrência do caráter público do local em que situado o titular do direito de privacidade, o que torna a questão também discutível e impassível de ser analisada senão caso a caso e a partir de uma reunião dos vários critérios sob aponte.

A jurisprudência brasileira tem rejeitado pretensões indenizatórias quando a situação questionada refere-se ao uso indevido da imagem, quando essa imagem foi colhida em ambiente público. Para exemplificação, pode ser trazido à baila o caso da Sr^a. Maria Aparecida de Almeida Padilha, que foi fotografada fazendo *topless* numa praia em Santa Catarina, e teve a sua foto publicada pelo jornal Zero Hora. Sentindo-se ultrajada pela publicação, promoveu demanda buscando reparação financeira pelo suposto dano moral. Em decisão turmária, a indenização foi negada, tendo o relator do processo

³¹² *Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação*, p. 119.

afirmado que, “quem quer preservar sua honra e sua intimidade não expõe os seios para deleite da multidão”.³¹³

Na leitura do STJ para este caso, “a própria recorrente optou por revelar sua intimidade, ao expor o peito desnudo em local público de grande movimento, inexistindo qualquer conteúdo pernicioso na veiculação”. O jornal teria se limitado a “registrar sobriamente o evento sem sequer citar o nome da autora.”

Lembra-se, quanto a isto, que o direito anglo-americano legitima, sem maiores questionamentos, a exibição de qualquer imagem obtida em locais públicos, mesmo com apelo à individualidade de determinada pessoa, só limitando a exibição à observância dos critérios de decoro e respeito à honra e à privacidade. No direito europeu, contrariamente, a regra geral é a de que o consentimento prévio do titular da imagem deve ser obtido, não decorrendo qualquer eficácia legitimadora da natureza pública do espaço em que foi capturada e tampouco importante seu interesse público.

Já no caso do Brasil, se nos parece acertada a posição de Guilherme Döring Cunha Pereira, para quem:

A proibição do uso de imagens obtidas em espaços públicos, quando há interesse informativo, ainda que acanhado, introduziria no nosso país uma desnecessária limitação à liberdade de informação, incomparável com a índole social de nossa gente. A proibição fica até compreensível, se se considera que os países que a adotam têm praxes sociais muito mais individualistas, o que também estimula

³¹³ A ementa restou assim fixada:

“EMENTA: DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. TOPLESS PRATICADO EM CENÁRIO PÚBLICO. Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem.

Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada.

Recurso especial não conhecido.”

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. (data do julgamento). (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Plenário. REsp nº. 595.600-SC (2003/0177033-2). Rel. Min. César Asfor Rocha. Brasília-DF, 18 de março de 2004. Publicação: DJ de 18.08.2006, p. 19; Ement. Vol. 2243-01, p. 128)

certa suscetibilidade. Não nos parece aconselhável adotá-la entre nós.³¹⁴

Para as pessoas que gozam de renome social, a propensão ao escrutínio de seus gestos e ações é dobrado. A imprensa tende a projetar informações preferencialmente de pessoas que se inserem nessa categoria social. Diante disso, a diligência tomada por estas pessoas, quando em local público, deve ser responsável para com as consequências que porventura acarretem seu comportamento.

Em traço oposto, a casa é um foro íntimo inviolável, sendo, inclusive, a irrupção de seu espaço passível de ressarcimento. Portanto, é insusceptível a violação do domicílio para a coleta de informações, visto que deve resguardar-se o âmago pessoal.

5.3.6 Preferência por sanções a *posteriori* que não envolvam a proibição prévia da divulgação

Há informações levadas ao grande público que podem resultar num embaraço ou mesmo malefício para certas pessoas. Geralmente, tais situações são originadas pela negligência da entidade jornalística que, ao editar determinada matéria, não averigua a veracidade daquilo que formula.

Bens pessoais e comuns de inestimável valor podem ser afrontados pela exposição promovida indevidamente por parte de algum periódico. A sanção respectiva poderá ser de duas vertentes: a inibitória e a ressarcitória, esta última a *posteriori*.

A sanção inibitória, ou prévia, revela-se quando, ainda não divulgada a notícia, é possível ao suposto ofendido pleitear uma ordem jurisdicional tendente a coibir a publicação da informação litigiosa.

Em outro viés, a sanção posterior refere-se às punições que ocorram após a divulgação do fato injurioso. Tal sanção pode ser civil ou penal, de

³¹⁴ *Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação*, p. 122.

acordo com os bens jurídicos ofendidos, com a ressalva de que a tutela criminal deve ser utilizada apenas em último caso.

A Constituição garante o direito de retificação, retratação ou resposta, independente da indenização civil, aos ofendidos por mensagens jornalísticas. A honra abalada pode ser recobrada por essas ações. Dificuldade maior se impõe quando a violação é feita à intimidade pessoal. Esse é um bem jurídico tão íntimo e privado que, ao ser violado, a simples reparação pecuniária, independente de outras medidas cabíveis, não trará de volta o *status quo ante*.

No confronto entre os dois tipos de reparação, vê-se uma divergência nos núcleos que elas visam tutelar. A sanção inibitória visa à defesa mais eficaz do ofendido, visto que o órgão de mídia será impedido de realizar a divulgação da matéria que produziu. Em confronto, a sanção reparatória, apesar de condenar o agente comunicativo a reparar pecuniariamente o lesado, conservará a liberdade do periódico de continuar publicando suas matérias.

A ilação produzida pelo confronto destes dois tipos de reparação leva a perceber que, para que haja uma efetiva defesa da liberdade de imprensa e livre exercício da comunicação, as sanções posteriores devem ser preferencialmente utilizadas pelo magistrado.

Caso algum meio de comunicação sofra sanção judicial previamente à publicação de determinada matéria, a liberdade pública de comunicação sofrerá retaliação. Dessa forma, será vedada a oportunidade do órgão de provar a veracidade daquilo que quis informar e, em agravo, o direito público de acesso à informação que os indivíduos detêm será afligido.

Portanto, para que a imprensa possa trabalhar seriamente e com destemor, deve-se dar preferência à aplicação das sanções posteriores, pecuniárias ou não, mas que manterão intacta a possibilidade do órgão jornalístico de veicular qualquer notícia que entender verídica e conveniente.

Nada obstante, essa prevalência nem é absoluta, nem exclui os outros aspectos de ponderação, devendo ser, explicitamente, analisada caso a

caso. Aliás, inclusive a partir dos condicionamentos acima expostos, é preciso ter-se em mente que a liberdade informativa acontece dentro do âmbito social, sendo por ela açambarcada prerrogativas que têm consonância com a realidade nacional.

Ou seja, a postura assumida diante do aspecto qualitativo das informações em jogo deve ser analisada a partir da realidade brasileira e do que, no meio pátrio, se considera justo, razoável, proporcional e coadunante com a dignidade humana e o princípio democrático que servem de base a todo o sistema jurídico estabelecido.

Já se disse anteriormente que a liberdade de imprensa concebida em nível anglo-americano se mostra bem mais ampla em relação àquela que se tem concebido e aplicado no âmbito nacional, inclusive sendo a Suprema Corte Americana infensa à aceitação extrema do exercício da liberdade de expressão, levando a limites máximos a prevalência da tutela reparatória, especialmente em circunstâncias em face das quais o judiciário brasileiro se mostra menos tolerante, como sói acontecer nas manifestações ou discursos de ódio.

Na jurisprudência dos EUA (USA), a prevalência é da liberdade de expressão, mesmo para os discursos de preconceito e discriminação, considerando-se que o combate a estes também deve se dar no plano da liberdade, segundo notícia Samantha Ribeiro Meyer-Pflug:

No caso *Amrahms vs. United States* fica claro: “O bem maior desejado é melhor alcançado por um comércio livre de idéias”, ou seja, a comprovação de ser aceita dentro desse competitivo *marketplace of ideas*.

Defende-se a garantia ampla da liberdade de expressão, que pode em certas circunstâncias ser excessiva, como nos casos de um discurso que desagrade determinado grupo. Todavia, esse discurso do ódio deve ser contestado, combatido com outro discurso igualmente forte e coerente e naoc om armas jurídicas, ou seja, com a aplicação de regras jurídicas que limitem o exercício da liberdade da expressão.

A expressão odiosa ou agressiva utilizada em um discurso deve ser respondida, contestada por outro discurso (mais liberdade de expressão) que neutralize ou a refute. Só se deve restringir a liberdade de expressão, no caso do discurso do ódio, se o seu conteúdo demonstrar um dano claro, atual e iminente. Há que, necessariamente, se distinguir entre fatos, ações e opiniões. Todavia,

frise-se que a Primeira Emenda da Constituição americana não protege a violência.³¹⁵

De fato, o caso *Brandenburg versus Ohio* é um dos exemplos dessa abordagem. Nessa situação, um cidadão americano, em comício realizado pela Ku klux Klan, em uma fazenda distante de Ohio, expressou idéias racistas, discriminatórias em relação aos negros, tendo seu direito à manifestação protegido por ordem da Suprema Corte americana sob argumentação de que se estaria diante de uma manifestação isolada, não representante de perigo real (“imminente e manifesto”) justificador de uma restrição à liberdade de expressão. Na posição da Corte:

As garantias constitucionais da liberdade de expressão e de imprensa não permitem ao Estado proibir ou banir a defesa do uso da força ou da violência da lei, exceto quando essa defesa é dirigida a incitar ou produzir uma ação ilícita iminente e é provável que incite ou produza essa ação”.³¹⁶

Essa especial consideração se nos parece ser decorrente do alcance de um estágio social, político e econômico diverso daquele vivenciado pela nação brasileira, que ainda engatinha na busca pela concretização de meios seguros (com educação digna e plena, especialmente) de propalação das idéias, seja qual for o seu teor.

Enquanto não vivenciarmos no contexto nacional estágio símile, somado à compatibilidade dos costumes, não se pode simplesmente importar preceitos e suas respectivas abordagens, especialmente se sua dilargação na ambiência comunicativa apresentar perigo à dignidade humana e ao pleno desenvolvimento de uma democracia pluralista e justa, livre de inferências capazes de incitar a ilicitude e o ódio, o que, logicamente, não impede a aplicação do elemento de ponderação aos casos em que se mostre ele adequado.

5.4 A SOLUÇÃO JURISDICIONAL EM CASOS DE CONFLITOS

³¹⁵ *Liberdade de expressão e discurso do ódio*, p. 144.

³¹⁶ _____, p. 141.

A ponderação entre os valores ou interesses a promover e os atentados (lesão ou perigo) a infringir os direitos à personalidade, consiste mesmo em uma técnica de decisão cabente ao intérprete revestido da autoridade imbuída constitucionalmente.

A resolução do conflito há de passar por um juízo de valor prévio (inibitório) ou reparatório (ressarcitório) sob o crivo da jurisdição.

5.4.1 Tutela inibitória

A tutela inibitória, em seu limiar objetivo, visa a prevenção de algum dano que está por ocorrer. É uma prestação projetada para o futuro, em oposição à ressarcitória, que visa reparar um dano já ocorrido. Pode a tutela inibitória ser utilizada contra prática que está para ocorrer, que continua ocorrendo ou para evitar a repetição de conduta danosa.

Seu fundamento constitucional está alocado no capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, art. 5º, XXXV, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Em seu aspecto processual, a sentença proveniente da ação inibitória condenará o réu a uma conduta de fazer ou não fazer, dependendo do gênero da ação praticada por ele: ação ou omissão. Essa condenação deve ser imposta sob pena de multa, o que encontra guarida nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC.

O fundamento social deste instituto consubstancia-se na necessidade que algumas pessoas possuem de vetarem a publicação ou divulgação de conteúdo que faça apologia negativa à sua pessoa. Para alguns, o ressarcimento pecuniário não é tão importante quanto a certeza de não ver aquele material ofensor publicado.

Exultando a diferença que essencialmente distingue a tutela inibitória da ressarcitória, Luiz Guilherme Marinoni demonstra a melhor serventia da primeira quando a pretensão processual visa garantir a integridade do direito

de per se, isto é, quer garantir a incolumidade do bem jurídico protegido. Nessa visão:

A tutela ressarcitória confere ao autor – de lado os casos de reparação do dano na forma específica – um direito de crédito equivalente ao valor do dano sofrido, admitindo a substituição do direito originário por uma soma em dinheiro, ao passo que a inibitória tem por escopo garantir a integridade do direito em si.³¹⁷

Fundamenta Guilherme Marinoni o uso da tutela inibitória como a prevenção contra a prática de um ilícito. Por ele, tem-se que:

Não há razão para não admitir que alguém tenha a sua vontade constrangida quando está pronto para praticar um ilícito. Aliás, privilegiar a liberdade, em tais casos, é o mesmo que dizer que todos têm direito a praticar ilícitos e danos, sendo impossível evitá-los, mas apenas reprimi-los. Ora, ante a consciência de que os novos direitos têm, em regra, conteúdo não patrimonial ou prevalentemente não patrimonial, fica fácil perceber a necessidade de concluir que é viável a inibitória para inibir a prática (e não apenas a repetição ou a continuação) do ilícito. Uma conclusão no sentido contrário, aliás, implicaria a aceitação da possibilidade de expropriação desses direitos, o que faria surgir a lógica do “poluidor-pagador”, por exemplo.³¹⁸

No campo da legislação infraconstitucional, relacionada com os direitos da personalidade, os artigos 12 e 20 do Código Civil contêm previsão expressa para a tutela inibitória, *in verbis*:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Nesta temática da proteção ao direito da personalidade vislumbra-se guarida legal à concessão de medida preventiva inibitória. A atuação do

³¹⁷ Tutela específica: (arts. 461, CPC e 84, CDC), p. 82.

³¹⁸ _____, p. 85.

magistrado não caracterizaria censura, mas uma estrita legalidade. O juiz, ao coibir a exibição de alguma matéria publicística, não estará exercendo a clássica censura característica da Administração, mas fortalecendo e concretizando o direito fundamental individual de proteção à honra, intimidade, moral e vida privada. Oduvaldo Donnini bem sintetiza esse pensamento, ao dizer que: "... sempre que invocado, pode e deve o Poder Judiciário coibir atos de qualquer natureza que violem o princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo que, para isso, haja restrição à liberdade de imprensa"³¹⁹.

Comentando também a diferença entre a censura e a atividade judicante que obstrui a divulgação de fatos atentatórios a honradez e dignidade humana, Ênio Zuliani alude que:

Censura é a restrição indevida da consciência cívica, que, pela sua extraordinária capacidade de interação, verdadeiro espetáculo de evolução humana, é irrestringível. Cancelar o que é ilícito, no entanto, não ofende o valor relevante da liberdade de pensamento e de comunicação; pelo contrário, consagra a sua eficácia³²⁰.

Quando se refere a restrição da liberdade de imprensa, os modos de execução da tutela inibitória são vários. O impedimento da circulação de livros e periódicos, suspensão da exibição de novelas, seriados ou filmes, impedimento de divulgação de certos anúncios publicitários, supressão de determinados trechos de documentários ou mesmo informes publicitários e até mesmo a apreensão de material físico que contenha vídeo, áudio ou jornais com informações danosas a direitos alheios são exemplos corriqueiros de uso dessa tutela específica.

O direito às informações públicas, por óbvio, não pode ser atacado por este instrumento jurídico. Sabe-se que, quando a proteção pública exigir o devassamento de esfera individual alheia, a tutela inibitória não poderá ser aplicada, como no caso de poderem ser divulgadas as condutas de um criminoso trancafiado em cela pública, desde que resguardado um mínimo íntimo possível. Todavia, nas situações em que as paixões doentias ressoem mais alto que o bom senso, como no caso de fãs que invadem a esfera privada

³¹⁹ *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação á luz do novo código civil*, p. 50.

³²⁰ In: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Comentários à Lei de Imprensa: Lei 5.250, de 09.02.1967*, p. 54.

de atores e atrizes renomados, a suspensão ou vedação da publicidade de informações particulares devem ser asseguradas, pois o indivíduo ofendido não merece sofrer a vicissitude proveniente da conduta antijurídica de outrem.

Não se pretende, aqui, cercear a liberdade de imprensa, mas impedir a afronta que a liberdade de imprensa desmedida pode causar. Rememore-se, então, as sábias palavras de Darcy Arruda Miranda, quando este diz que:

“a liberdade de manifestação e informação encontra o seu limite na fronteira do abuso. Este consiste no excesso culposos ou doloso daquela liberdade. Tudo quanto exceder ao direito de informar, manifestar-se, criticar-se, narrar, comentar, descrever, deriva para o abuso e incursiona a esfera de abrangência da licença. Podemos dizer que o limite da liberdade é o limite do direito. O respeito à lei não difere, em dimensão, do respeito à dignidade humana. Desde que qualquer delas venha a sofrer lesão, a fêrula da sanção penal surge implacável.”³²¹

De maneira lógica, a idéia posta em foco não defende que a atividade jurisdicional funcione como censora da atividade informativa, de imprensa. Não se trata de lhe atribuir a tarefa de impedir publicações ou a exibição de matérias ou programações ao mero sabor de seu sentimento pessoal ou ideológico, de forma que não se possa justificar. A tônica da atuação judiciária deve ser a segurança, a observância dos critérios inerentes à ponderação, praticando-se de forma razoável, proporcional e justa o que hoje se tem como uma tendência geral da prestação jurisdicional, que é a prática da atividade capaz de prevenir a ocorrência dos danos, esses de difícil reparação, especialmente quando voltados à mácula da individualidade de cada um, ou até mesmo irreparáveis.³²²

A possibilidade aclarada de fixação dessa noção prévia, no entanto, apresenta sérias e complexas conseqüências no âmbito da atividade jurisdicional, sendo que com ela já teve a oportunidade de se deparar, inclusive acalouradamente, a nossa Corte Constitucional.

³²¹ *Comentários à Lei de Imprensa*, p. 87.

³²² Cf. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade*, p. 101.

Já foi explanado no item a este anterior sobre o critério de preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação, possibilitando-se o exercício pleno da liberdade de expressão e informação nos casos que envolvam conflito entre os direitos de imprensa e os direitos da privacidade. Agora, analisar-se de que forma isto se opera em nível de realidade demanda um aprofundamento maior de considerações e idéias.

Já se disse também que a jurisprudência americana leva essa preferência ao limite máximo, permitindo inclusive a manifestação de pensamentos e posições discriminatórias e preconceituosas, a exemplo das manifestações de racismo. E, nesse mote, a tese anglo-americana funda-se na perspectiva de que a mesma liberdade que permite a divulgação do “discurso do ódio” também permite que tenha ele sua devida resposta, o que foi detidamente explanado alhures.

No Brasil, aliás, não há propensão a se admitir o “discurso do ódio”, como já posto, e nem se considera que esta seja uma opção válida em nível de uma sociedade que ainda não ostenta a maturidade educacional necessária à exclusão voluntária desse tipo de discurso. Aliás, tampouco o direito à liberdade de expressão, em nosso sistema, parece coadunar com a prática de ilicitudes, havendo inclusive criminalização, permitida constitucionalmente, desse tipo de comportamento.

Assim, quanto a esse tipo de evento em particular, parece claro que as medidas preventivas não podem ser qualificadas como censura. Outras situações, todavia, uma vez havidas, ao menos *a priori*, dentro do campo da licitude, não se mostram tão claras.

À baila, para consideração das implicações da matéria, podemos trazer, em repetição, decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº. 24.832-7 – DF323, de relatoria do Ministro Cezar Peluso. Mencionado

³²³ EMENTA: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. Depoimento. Indiciado. Sessão pública. Transmissão e gravação. Admissibilidade. Inexistência aparente de dano à honra e à imagem. Liminar concedida. Referendo negado. Votos vencidos. Não aparentam caracterizar abuso de exposição da imagem pessoal na mídia, a transmissão e a gravação de sessão em que se toma depoimento de indiciado, em Comissão Parlamentar de Inquérito. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MS nº.24832. Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília-DF, 18 de março de 2004. Publicação: DJ de 18.08.2006, p. 19; Ement. Vol. 2243-01, p. 128.

mandamus teve como autor o Sr. Law Kin Chong e como impetrado o Sr. Presidente da Câmara dos Deputados. Em mote central, tendo sido o Sr. Chong intimado pela famosa “CPI da Pirataria” para prestar depoimento perante a câmara legislativa, ressentiu-se ele da violação de seus direitos à imagem e à honra, alegando que estes seriam violados a partir da extremada exposição televisiva que se pretendia fazer da sessão em que seria ele (e foi) interrogado.

Em exercício de seu poder cautelar e visando proteger o impetrante de quaisquer violações ao seu direito de imagem, especialmente tendo em vista as várias acusações que contra ele dirigira a imprensa escrita e televisiva (dando ensejo, inclusive, à instauração da CPI), o Ministro Cezar Peluso, na condição de relator, deferiu liminar proibindo que o interrogatório do Sr. Chong fosse televisionado, embora mantendo incólume o direito de acompanhamento (pela imprensa) do ato público (sessão parlamentar).

Instada a Casa Legislativa a cumprir a medida, noticiou o impetrante nos autos que fora ela desconsiderada, por terem os parlamentares, em análise do julgado, compreendido que a opção pelo televisionamento ou não da sessão constituiria questão *interna corporis*, impassível, portanto, de controle jurisdicional.

Referida notícia provocou, de imediato, séria medida por parte do Min. Peluso, que, dada a gravidade da temática, submeteu a medida liminar a referendo pelo plenário da Corte, do que resultou importante discussão jurídica acerca da ponderação como mecanismo de solucionamento de conflitos entre direitos fundamentais, bem como acerca da prevalência dos critérios *a priori* ou *a posteriori* de solucionamento desses mesmos conflitos.

Empós chegaram os Srs. Ministros a uma decisão, por maioria, quanto à possibilidade do referendo solicitado pelo relator, passou o Relator (Min. Cezar Peluso) a defender a correção e a autoridade de sua decisão liminar, fundando-a na defesa da imagem e da honra individual do impetrante,

com destaque para o dever jurisdicional de promover a defesa preventiva de tais direitos constitucionalmente protegidos, no que destacou especialmente a evidente exposição decorrente do caso tratado (com sérias acusações desferidas contra o impetrante), assim como o exacerbo dessa exposição danosa que resultaria do televisionamento da sessão interrogatória.

A idéia posta pelo relator, nesse sentido, foi a de que não se trataria de questão *interna corporis*, porquanto vertida a conflito de direitos fundamentais, além do que não se teria na medida liminar exarada um exercício de censura, mas tão somente de consideração da regra assente de que não há direitos fundamentais absolutos.

Nas palavras iniciais da relatoria:

Seria truísmo, Sr. Presidente, dizer que o direito à publicidade, assim como qualquer direito, inclusive o direito à vida, não é absoluto. Não há direitos absolutos no ordenamento e na ordem jurídica, e sua restrição não pode, portanto, configurar ultraje a direito à informação, muito menos censura prévia. Estamos pura e simplesmente, Sr. Presidente, diante de um caso clássico de colisão aparente de direitos, que se resolve na delimitação dos âmbitos materiais de eficácia, diante da particularidade da hipótese.

E, pergunto, finalmente, Sr. Presidente, pedindo escusas pela minha insistência em coisas tão óbvias, se seria lícito, num quadro em que há grave risco de ofensa irreparável à honra objetiva e à imagem do impetrante, por parte da mídia, imaginar-se que fosse permitido à TV da Câmara transmitir o mesmo depoimento com os mesmos riscos, sob o fundamento de que se trata de um órgão do Poder Legislativo.³²⁴

Sucedo que, divergindo da relatoria, o Ministro Carlos Britto, iniciando o debate acerca dos critérios a serem observados para admissão de controle *a priori* dos atos de imprensa, asseverou que “não se pode, com receio do abuso, proibir o uso”, o que argüiu diante da perspectiva de que a liminar fora deferida inicialmente para prevenir o abuso de exposição midiática do impetrante, mediante receio de sua imagem “pudesse sofrer execração”, isso nas próprias palavras divergentes do referido Ministro, para quem “a exposição televisiva da imagem de quem quer que seja não é, por si só, um atentado a essa imagem”.³²⁵

³²⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MS nº.24832, p. 157.

³²⁵ _____, p. 162/165.

A defesa do Ministro Carlos Britto é também no sentido de que a violação dos direitos da privacidade previstos no art. 5º não pode ser “aferida simplesmente *a priori*”, o que assevera ao explicitar que as acusações desferidas pela imprensa e justificadoras da medida liminar buscada não poderiam ser tidas como titularizadas pela CPI.³²⁶

Diante de tal posicionamento, passa o Relator a questionar, de forma coerente, a função da medida preventiva, asseverando a existência, para o caso em comento, de efetivo e claro risco de dano à imagem do impetrante. Bem especificando a importância da medida acautelatória e, uma vez confrontado por vários de seus pares, procede o Ministro Peluso a inúmeras indagações que se encontram na base da discussão aqui aventada. Diz ele:

Se V. Exa. estivesse diante de antecedentes que justificassem esse receio. V. Exa. acha que seria razoável a prevenção do dano? Se houvesse fatos antecedentes que justificassem o receio, diante dos quais haveria um risco muito grande de ter sua honra e a imagem violadas, V. Exa. a admitiria?

(...)

V. Exa. me perdoe. Vamos deixar acontecer para dizer: ah, então, agora vamos proteger. Proteger o quê?³²⁷

De fato, a medida acautelatória, seja em que procedimento venha a desenrolar-se, assume, por sua própria natureza aspecto preventivo. Nada obstante, tamanha é a complexidade das situações que envolvem ponderação de bens na sistemática dos conflitos entre privacidade e imprensa que o Supremo Tribunal Federal, na situação posta, por maioria, fixou entendimento pela clara excepcionalidade desse tipo de medida.

Isto se prende ao norte indicado especialmente pelos ministros Carlos Ayres de Britto, Marco Aurélio e Carlos Velloso, no sentido de que o controle da atividade de imprensa não se pode dar *a priori*, presumindo-se ou supondo-se a ocorrência de lesões aos direitos de personalidade, notadamente àqueles que aqui tratamos como inerentes à privacidade (intimidade, honra, imagem e vida privada).

³²⁶ _____, p. 168

³²⁷ _____, p. 165 e 168, respectivamente.

A idéia transmitida pela decisão em questão confere forte prevalência ao critério de averiguação *a posteriori* dos atos de imprensa, evitando-se coibir o uso para efeito de prevenir os abusos (este é que é aferível apenas *a posteriori*). Acerca disto, aliás, asseverou o Min. Carlos Velloso:

Ministro, no antigo Tribunal Federal de Recursos, discutíamos essas questões. Na época, infelizmente, era permitida a censura prévia. Quantas vezes, naquele Tribunal, que tive a honra de integrar, sustentei o que ora estou sustentando. Resolvem-se os excessos *a posteriori*. Precisamos de uma legislação realmente severa até para tornar realidade a possibilidade de serem coibidos esses excessos.

328

A postura da Corte Constitucional deixa entrever a pertinência de vários dos preceitos ponderatórios indicados no presente trabalho no item anterior a este, dentre os quais, vale destacar: a) a prevalência do interesse público, b) a natureza do fato analisado (claramente vertido ao exercício da democracia e, portanto, afeto à titularidade comunitária), c) a localidade de sua ocorrência (*in casu*, em uma CPI, onde os atos, a rigor, são públicos), d) a excepcionalidade da medida restritiva (aqui obstada pela presunção não aceita da violação de direitos da privacidade).

Isto além da preferência por sanções *a posteriori* que não envolvam a proibição prévia da divulgação, lançando-se as medidas de interdição a um segundo plano na tratativa jurisdicional dos conflitos entre os direitos da privacidade e os direitos da imprensa.

Isto provoca o desenvolvimento de valores que caminham em sentido contrário às noções de efetividade jurisdicional hoje alimentadas por nossos mais renomados aplicadores do direito, em todos os âmbitos do conhecimento jurídico, o que só vem a evidenciar as inúmeras peculiaridades que o assunto engloba.

Há, é claro, várias justificativas particularizadas para o emprego dessa prevalência. Aliás, são essas justificativas específicas algo idêntico ao que já se lançou neste trabalho como fontes justificadoras de vários dos

328 _____, p. 191.

critérios de ponderação sugeridos alhures (como veracidade, utilidade, necessidade, interesse público etc). Em tal particular, tem-se a ênfase decisória à função social da imprensa no âmbito da democracia, bem como a necessária co-relação da situação objeto de exegese com os critérios sociais reinantes no meio contemporâneo.

Sobre o especial momento midiático em que vive a sociedade hodierna, especifica o Min. Carlos Ayres de Brito:

Estamos vivendo uma idade “mídia”, por paráfrase com a idade média. Nessa idade “mídia” é natural que tudo venha a lume, porque é próprio da democracia que todos se tomem dessa santa curiosidade pelas coisas do poder, pelas coisas que dizem respeito a toda coletividade. A democracia é um regime de informação por excelência e, por isso mesmo, prima pela excelência da informação. É claro que a informação televisada fanha essa tonalidade de excelência, de transparência. No caso, entendo que não existe direito líquido e certo do impetrante de ver sua imagem subtraída do televisoramento direto.

³²⁹

Nisto, é seguido o Min. Carlos Ayres de Brito pelo voto do Ministro Marco Aurélio, que destaca o papel democrático da imprensa e sua função social:

A única forma de o cidadão acompanhar – eis o papel insuplantável da imprensa – o que vem sendo feito, em prol de uma mudança de cultura, é mediante a informação. Por isso, a informação é um direito subjetivo político do cidadão. E não podemos, Presidente, muito menos a partir de simples presunção, não podemos, *a priori*, implementar uma censura e obstaculizar a própria informação. Diria que vivemos novos ares e não devemos ter a mínima saudade do período anterior a 1988. Digo que a época é de luz e não de treva. Senhor Presidente, torno a frisar que, entre o interesse individual e o coletivo, homenageio o interesse coletivo. E o interesse coletivo reside na informação do que ocorra. Não consigo conceber que se verifique, no âmbito do Parlamento, algo que possa ser isolado e afastado do conhecimento do povo, pouco importando o veículo de comunicação.³³⁰

Em todo caso, por seu caráter emblemático, a decisão em apreço parece fixar de forma segura vários dos critérios centrais eleitos pela Corte Constitucional Pátria para resolução dos conflitos entre os direitos de imprensa e os direitos da privacidade, elegendo-se, com isto e igualmente, uma postura rígida e criteriosa na análise das medidas acautelatórias dos direitos da

³²⁹

_____, p. 169.

³³⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MS nº.24832, p. 180 e 183, respectivamente.

privacidade, privilegiando, tanto quanto possível, uma prévia e plena liberdade de imprensa.

Logicamente, essa solução ponderada pelo Supremo Tribunal Federal, por maioria de seus membros, não exclui a indagação do Ministro Cezar Peluso, quando assevera: “Mas, Ministro, de que serve a inviolabilidade constitucional, se a tese é de que o direito pode ser violado e, depois, vamos ver como fica a indenização?”³³¹

Nesta mesma tônica da impossibilidade de exercício de qualquer tipo de controle sobre a imprensa, sob pena de caracterização de controle prévio e de censura prévia das liberdades de expressão e de informação, voltou o Supremo Tribunal Federal a se pronunciar quando do notório julgamento sobre a não-exigibilidade do diploma de jornalista.³³²

³³¹ _____, fls. 191.

³³² “[...] DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR COMO EXIGÊNCIA PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. RESTRIÇÃO INCONSTITUCIONAL ÀS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. As liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral. Precedente do STF: ADPF nº 130, Rel. Min. Carlos Britto. A ordem constitucional apenas admite a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que sejam elas estabelecidas para proteger, efetivar e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas. Fora desse quadro, há patente inconstitucionalidade da lei. A exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo - o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação - não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1º, da Constituição. 7. PROFISSÃO DE JORNALISTA. ACESSO E EXERCÍCIO. CONTROLE ESTATAL VEDADO PELA ORDEM CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL QUANTO À CRIAÇÃO DE ORDENS OU CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. No campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. O art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e o art. 220, não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista. Qualquer tipo de controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, inciso IX, da Constituição. A impossibilidade do estabelecimento de controles estatais sobre a profissão jornalística leva à conclusão de que não pode o Estado criar uma ordem ou um conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão. O exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação. [...]”.

(BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. RE 511961/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília/DF, 17/06/2009. Publicação DJe-213 - 13-11-2009)

Ao visto das noções postas, essa é a regra: consideram-se os excessos *a posteriori*, exceto quando as circunstâncias evidenciam sua inevitável e certa ocorrência.

Esclarecido isto, “vamos ver como fica a indenização...”.

5.4.2 Tutela ressarcitória

A reparação *a posteriori* é aquela incapaz de impedir diretamente os efeitos lesivos causados pela conduta difamante do órgão jornalístico, mas empreende procedimentos a fim de tentar resolver a situação injurídica criada. Para o ofendido, não constitui a solução mais satisfatória para sua querela, haja vista não possuir o condão de restituir a normalidade dos fatos, porém, seu resultado material visa acalantar os malefícios suportados pelo injuriado.

As formas de reparação do dano dividem-se em duas: pecuniária e não-pecuniária. A primeira delas abrange a indenização em dinheiro, devida em virtude de falta patrimonial ou extrapatrimonial cometida pelo órgão veiculador da notícia falaciosa, conhecida como dano moral, enquanto a outra consiste nas faculdades dispensadas à vítima de contemplar a reparação moral pela ofensa, especificamente com a publicação da retratação do ofensor, o direito de resposta do ofendido e a publicação da sentença condenatória.

A retratação do ofensor consiste no simples ato de deste desdizer aquela informação inverídica outrora veiculada. Essa nova afirmação redundará na perda de fidedignidade da publicação anterior. Atente-se que, conforme assevera Cezar Bitencourt, “não se confunde com negação do fato, pois retratação pressupõe o reconhecimento de uma afirmação confessadamente errada, inverídica”³³³.

O direito de resposta representa a consagração da própria liberdade de imprensa, pois o ofendido recebe a oportunidade de, na mesma proporção do agravo (art. 5º, V), ter acesso aos meios de comunicação para defender-se das falsas informações contra si aduzidas.

³³³ Código Penal comentado, p. 528.

Em sua contestação, o ofendido poderá retificar a informação e, simultaneamente, replicar as acusações exaradas. Essas duas vertentes podem ser separadas em doutrina, entretanto, na prática, é comum que o contestante execute as duas faculdades num mesmo ato.

Alguns doutrinadores e boa parte da jurisprudência vêm entendendo que o direito de resposta poderá ser concedido pelo Judiciário caso a informação ofensiva veiculada seja aleivosa. Essa interpretação, para outra parte da doutrina, fere o dispositivo legal que garante o direito de resposta, pois este, em sua textualidade literal, necessita apenas que seja proporcional ao agravo.

Outra questão atinente ao direito de resposta é a sua independência com o ressarcimento civil. Apesar de julgamento consolidado no STJ³³⁴ que impede a garantia do direito de resposta caso o ofendido ajuíze ação de reparabilidade por dano moral, com a declaração de inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, diploma que servia de arcabouço jurídico para aquele entendimento, é natural o retorno da autonomia entre a reparação pecuniária e a faculdade de contestação. Luiz Manoel Gomes Junior confirma essa tese:

A Constituição Federal prevê a existência de dois direitos distintos: a) direito de resposta e; b) indenização civil. Tanto é verdade que foi utilizado o vocábulo “além” numa inequívoca demonstração de que se almejou assegurar o exercício dos dois direitos, simultaneamente ou não, inexistindo relação de prejudicialidade de um perante o outro. (...) Dessa forma, o direito de resposta bem como o de obter uma indenização são autônomos, inexistindo qualquer relação de subordinação ou mesmo de prejudicialidade entre ambos.³³⁵

Nesse plano da reparação é bom realçar a experiência com a imprensa. A natureza valorativa adquirida pela imprensa deu-lhe a legitimidade suficiente para ser a principal referência mediadora das interações sociais do espaço público, mas também transformou-a num poderoso canal de poder, de manipulação e de constituição da realidade.

³³⁴ BRASIL. STJ. 5ª T. Resp. 471.715/SP. Rel. Min. Felix Fischer. Publicação: DJ de 28.10.2003.

³³⁵ In: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Comentários à Lei de Imprensa : Lei 5.250, de 09.02.1967*, p. 354.

Não são mais episódicos os exageros por parte da imprensa na busca da informação-espetáculo: o filho de Paulo Maluf, Flávio, tendo a sua prisão preventiva decretada, achou por bem marcar um encontro para entregar-se à Polícia Federal. O Delegado, na sua ânsia de promoção pessoal, levou “a tiracolo” para o heliporto de um grande edifício de São Paulo, uma equipe de cinegrafistas da Rede Globo comandada pelo jornalista César Tralli.

E o exemplo não fica só neste: nenhuma das operações de nomes emblemáticos da Polícia Federal é feita sem um grande aparato midiático, compreendendo o acompanhamento de dezenas de jornalistas. Nos casos que possam ter forte repercussão social, estabeleceu-se uma prática da investigação ser precedida de uma entrevista coletiva à imprensa pelos Promotores Públicos encarregados. Assim se deu com a Operação chamada “Impacto”, para averiguar corrupção na Câmara Municipal de Natal. Os Promotores esmiúçam, para uma imprensa ávida, o que ainda vai ser objeto da investigação, detalhando o *modus operandi* e facilitando o esvaziamento e a destruição dos meios de prova.

Nas investigações criminais, as gravações e as interceptações telefônicas também não têm mais o seu conteúdo revelado apenas para os atores processuais. Tornou-se corriqueira a divulgação dos trechos mais chocantes para os telejornais, entrecortados, fragmentados para impactar a opinião pública.

Por isso, o abuso há de repercutir severamente em indenização contra o jornalista ou o órgão de imprensa infrator.

A liberdade de imprensa é uma garantia vital à democracia, cujo controle pelo Poder Judiciário é sempre delicado. Controle - preventivo ou repressivo - deve haver, uma vez que não há direitos absolutos e a própria Constituição Federal assegura que não será excluída de apreciação pelo Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a outros direitos.

Tal controle, no entanto, deve atender a critérios de proporcionalidade, ou seja, só se deve restringir a liberdade de imprensa se

seu exercício colidir com algum direito de maior envergadura, no caso concreto.

É recente um julgado do Superior Tribunal de Justiça³³⁶ envolvendo a senadora Rosalba Ciarlini, virtual candidata ao governo deste Estado, condenando uma empresa emissora de rádio por abuso no exercício do direito-dever de comunicação, com especial destaque para a circunstância de que as pessoas públicas, ainda que mais suscetíveis a críticas que as demais, também possuem a sua honra constitucionalmente protegida.

A proteção ao direito da personalidade, e aí, os seus elementos (honra, intimidade, vida privada) constitui-se o *substractum* mesmo da pessoa, e não seria lógico que o direito não protegesse bem moral tão elevado quanto esse.

³³⁶ O teor do acórdão em referência é o seguinte:

“RECURSO ESPECIAL RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÕES OFENSIVAS RELATIVAS A PREFEITA MUNICIPAL VEICULADAS EM RÁDIO LOCAL. ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR. INDENIZAÇÃO DEVIDA. CONDENAÇÃO EM VALOR INFERIOR AO PRETENDIDO PELA AUTORA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. É incontroverso o fato de a recorrente ter programas de rádio em que imputou à recorrida, então prefeita municipal, atos cuja reprovabilidade é manifesta, quais sejam: furar poços em propriedades de fazendeiros ricos em troca de votos e utilizar-se de propaganda mentirosa. Ademais, a afirmação de que o Município possui Prefeita eleita pelo povo, mas quem governa é o marido, mostra-se ultrajante, além de patentear preconceito em relação a administradoras do sexo feminino.

2. As pessoas públicas, malgrado mais suscetíveis a críticas, não perdem o direito à honra. Alguns aspectos da vida particular de pessoas notórias podem ser noticiados. No entanto, o limite para a informação é o da honra da pessoa. Com efeito, as notícias que têm como objeto pessoas de notoriedade não podem refletir críticas indiscriminadas e levianas, pois existe uma esfera íntima do indivíduo, como pessoa humana, que não pode ser ultrapassada.

3. Por outro lado, não prospera o argumento de que inexistia o *animus* de ofender a vítima. O exame das declarações difundidas nos programas de rádio revela evidente a vontade consciente de atingir a honra da ora recorrida, mediante imputação de atos tipificados como crime, como corrupção passiva, ou de atos que simplesmente a desmoralizam perante a sociedade. Com efeito, estando evidente o abuso do direito de informar, a indenização por danos morais é medida que se impõe.

4. Não é o só fato de a autora ter pleiteado indenização em valor superior ao deferido nas instâncias ordinárias que caracteriza sucumbência recíproca, uma vez que o valor da indenização deduzido na inicial é meramente estimativo.

5. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fernando Gonçalves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.”

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial n. 706769/RN. Relator Min. Luiz Felipe Salomão. Brasília-DF, 14 de abril de 2009. Publicação: DJe de 27.04.2009).

A reparabilidade do dano moral, hoje perfeitamente regulada pelo direito positivo pátrio, foi erigida a berço constitucional pelo constituinte de 1988, consoante se extrai do art. 5º, incisos V e X, da Lex Mater.

Assim preceituando, "a Constituição assume a tese da indenizabilidade do dano moral", como nos lembra JOSÉ AFONSO DA SILVA, para quem:

a Constituição foi explícita em assegurar ao lesado direito à indenização por dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas – em suma, do direito à privacidade.³³⁷

A Carta Magna prevê a liberdade de informação e de pensamento, porém a restringe quando tende a cometer abusos. A liberdade de informação e de pensamento não comporta o abuso, repellido por nosso sistema jurídico, incorrendo os infratores nas sanções penais e civis aplicáveis ao caso concreto, estas últimas transformadas em ressarcimento através de pecúnia, independentemente de ter o ofendido sofrido prejuízo material, bastando que temia sofrido danos morais, como se deu no caso vertente.

O abuso, como já mencionado, guardada nenhuma encontra no direito pátrio, quer no positivo, quer naquele elaborado na diuturnidade das construções jurisprudenciais e doutrinárias, como assim nos demonstra Darcy Arruda Miranda, em seu magistério:

A livre manifestação das opiniões, assegurada em princípio constitucional e defluente de imperativo da consciência moderna impõe-se, pois, restringida a bem da convivência pacífica dos cidadãos. A ninguém é permitido, sob o pretexto de manifestar o seu pensamento, ofender os bons costumes, quebrantar a harmonia social ou política da nação ou expor a desluzes a vida moral de seus semelhantes.

A imprensa é livre para a divulgação de informações, fatos, notícias, crônicas, críticas etc., não para divulgar ofensas, deturpar a verdade, pregar a sedição, fazer a apologia de crimes e servir de veículo a fins extorsionários.

A sua sementeira é da ordem, da cultura, do bem estar social, enfim, a daquilo que seja verdadeiramente útil à coletividade.³³⁸

³³⁷ *Comentário contextual à Constituição*, p. 102.

³³⁸ *Comentários à Lei de Imprensa*. Tomo I, p. 70/71

O dano, classifica-se como lesão de interesse. O direito não se insurge contra toda e qualquer lesão de interesse, mas somente contra a que, de acordo com a ordem jurídica, deva ser evitada ou reparada isto é contra o dano antijurídico.

Concreta é a definição de dano apresentada por Fischer, que o considera em duas acepções : a) a vulgar, de prejuízo que alguém sofre na sua alma, no seu corpo ou nos seus bens, sem indagação de quem seja o autor da lesão de que resulta; b) a jurídica, que, embora partindo da mesma concepção fundamental, é delimitada pela sua condição de pena ou de dever de indenizar, e vem a ser o prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em consequência da violação destes por fato alheio, conforme citado por Aguiar Dias em sua obra.³³⁹

Inclusive, muitos comentadores se enganam ao definir o dano como sendo a lesão. É necessário que se tenha em mente que o dano é apenas e tão somente o efeito dela.

Nesse sentido, Wilson Melo da Silva³⁴⁰, em sua obra sobre o dano moral, considera, por um lado, como o patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que seja suscetível de valor econômico, e o patrimônio ideal, contrapondo-se àquele, constituído pelo que não se pode avaliar economicamente.

O Professor Carlos Alberto Bittar³⁴¹ define os danos morais como lesões sofridas pelas pessoas físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. Diz, ainda, o culto civil isto que danos morais são aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas.

Já Aguiar Dias prefere definir o dano moral sustentando que quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, diz-se que

³³⁹ *Da Responsabilidade Civil*, p. 97.

³⁴⁰ *O dano moral e sua reparação*, p. 112.

³⁴¹ *Reparação Civil por Danos Morais*, p. 13.

se está em presença do dano moral. Segundo ele, a distinção não decorre do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua reparação sobre o lesado. Chega-se, então, à seguinte conclusão: tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material.

A reparabilidade do dano moral decorre em função da dor, do espanto, da emoção, da vergonha, da injúria física ou moral, em geral, de uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado.

Com relação à natureza jurídica do dano moral, encontra-se hoje superado o seu caráter de pena privada, prevalecendo o entendimento de que a reparação do dano consiste na tentativa de restituição do prejudicado à situação anterior. Sabe-se, porém, que em muitos casos não é possível, através de uma quantia em dinheiro, trazer a vítima de volta ao estado anterior à lesão. Contudo, tem se entendido que a quantia recebida pela vítima a título de danos morais visa a compensar o dano causado, tornando a vida do lesado mais prazerosa, através dos reflexos decorrentes do conforto material.

Nos casos de violação do direito à personalidade, a sua infração é ressarcível independentemente da provada da dor, como na situação da diminuição de prestígio ou reputação, que independe do sofrimento experimentado pela vítima. Mister se faz trazer à baila as lições do grande mestre Miguel Reale³⁴², que ao se pronunciar sobre essa matéria, disse o seguinte:

Pode-se distinguir claramente entre o dano moral objetivo (aquele que atinge a dimensão moral da pessoa no meio social em que vive, envolvendo o de sua imagem) e o dano moral subjetivo, que se correlaciona com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis, porque ligados a valores de seu ser subjetivo que o ato ilícito veio penosamente subverter, exigindo inequívoca reparação.

³⁴² REALE, Miguel, *O Dano moral no Direito Brasileiro*. In: Temas de Direito Positivo. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 23.

É inegável que o dano não configura necessariamente um padecimento interno daquele que o sofreu, mas lhe atinge valores imateriais, tendo como exemplo a imagem da pessoa (física ou jurídica) perante a opinião pública, uma ofensa à honra externa.

Ademais, é possível que os elementos objetivo e subjetivo encontrem-se conjugados, ou melhor, ambos podem coexistir. Para tanto, basta que uma ofensa atinja a imagem de uma pessoa perante as demais e também importe numa agressão à sua dignidade e decoro pessoais.

Nessa esteira de raciocínio, chama-se dano moral puro o dano extrapatrimonial subjetivo, quando desacompanhado de um dano patrimonial. O dano extrapatrimonial, subjetivo ou objetivo, será puro sempre que se apresentar desacompanhado de qualquer lesão de índole econômica. Chega-se, assim, à seguinte conclusão: se o dano moral atingir interesses não econômicos que não criam repercussão na esfera íntima do lesado, estamos diante do dano moral objetivo; já o subjetivo se dará quando houver um sofrimento físico ou psíquico.

Referidos danos encontram amplo campo de debates dentro da temática inerente à liberdade de imprensa, que apresenta incontáveis possibilidades de colisão em relação aos direitos da privacidade.

De toda sorte, não se pode perder de vista que direito à manifestação do pensamento e da informação, assim como qualquer outro direito, termina onde se inicia o direito alheio, qual seja, o de receber a notícia na sua integral veracidade, e, principalmente, o de não ter sua honra por ela violada.

Nada obstante, uma vez engendrada essa violação, que há de partir de um inadequado exercício da liberdade de informação constitucionalmente prevista, resta ao ofendido o direito de ser ressarcido quanto aos danos que o vitimaram, ficando sob o encargo da jurisprudência a definição dos critérios inerentes a difícil tarefa de arbitramento do valor devido à parte lesada.

Nesse sentido, lembra Humberto Theodoro Júnior que:

Cabe, assim, ao prudente arbítrio dos juizes e à força criativa da doutrina e jurisprudência a instituição de critérios e parâmetros que haverão de presidir às indenizações por dano moral, a fim de evitar que o ressarcimento, na espécie, não se torne expressão de puro arbítrio, já que tal se transformaria numa quebra total de princípios básicos do Estado Democrático de Direito, como, por exemplo, o princípio da legalidade e o princípio da isonomia.³⁴³

Quanto à punição do culpado, a condenação não pode deixar de considerar as condições econômicas e sociais dele, bem como a gravidade da falta cometida, segundo um critério subjetivo. Quanto ao ressarcimento, deve corresponder a um equivalente que a quantia em dinheiro proporciona à vítima na proporção da lesão sofrida.

Assim, nunca poderá o juiz arbitrar a indenização do dano moral tomando como base tão somente o patrimônio do devedor. Sendo a dor moral insuscetível de uma equivalência com qualquer padrão financeiro, há uma universal recomendação, nos ensinamentos dos doutos e nos arestos dos Tribunais, no sentido de que "o montante da indenização será fixado eqüitativamente pelo Tribunal" (Código Civil Português, art. 496, inc. 3). Por isso, ao juiz compete estabelecer critérios para uma equilibrada fixação do *quantum* reparatório.

A reparação, na espécie, atenderá sempre a superiores preceitos de equidade. Exigir-se-á, invariavelmente, uma estimação prudente e eqüitativa.

Em suma: a correta estimação da indenização jamais poderá ser feita levando em conta apenas o potencial econômico da pessoa demandada. É imperioso cotejar-se também a repercussão do ressarcimento sobre a situação social e patrimonial da pessoa ofendida, para que lhe seja proporcionada satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento sem causa.

A sentença, para não deixar praticamente impune o agente do dano moral, haverá de ser suficientemente expressiva para compensar a vítima pelo sofrimento, tristeza ou vexame sofrido, e penalizar o causador do dano, levando em conta ainda a intensidade da culpa e a capacidade econômica dos

³⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Responsabilidade civil - danos morais e patrimoniais - acidente no trabalho - ato de preposto*. Revista dos Tribunais. v. 731, set. 1996, p. 91-104.

ofensores, isto, porém, sem chegar ao extremo de caracterizar um enriquecimento sem causa.

Para cumprir a tarefa de um árbitro prudente e eqüitativo, na difícil missão de dar reparação ao dano moral, sem cair na pura arbitrariedade, adverte a boa doutrina que ao fixar o valor da indenização, não procederá o juiz como um fantasiador, mas como um homem de responsabilidade e experiência, examinando as circunstâncias particulares do caso e decidindo com fundamento e moderação.

Se, à falta de critérios objetivos da lei, o Juiz tem de se valer da prudência para atender, em cada caso, às suas peculiaridades, assim como à repercussão econômica da indenização pelo dano moral, o certo é que o valor da condenação, como princípio geral, não deve ser nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequeno que se tome inexpressivo.³⁴⁴

³⁴⁴ O Superior Tribunal de Justiça tem procurado em seus julgados estabelecer critérios de fixação nas indenizações, sopesando as circunstâncias do caso concreto. Veja-se esses exemplos:

“Ementa: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. PUBLICAÇÃO EM REVISTA SEMANAL DE CIRCULAÇÃO NACIONAL DE INFORMAÇÃO QUE ATINGE A IMAGEM DE EMPRESA COMERCIAL. DANO AFERIDO NA ORIGEM A PARTIR DOS ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS CARREADOS NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. SÚMULA 07/STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO. VALOR EXORBITANTE. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE.

(...)

3. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

4. Estando assentada pelas instâncias de cognição a existência do dano à imagem da empresa ora recorrida, oriundo do ato praticado pela ora recorrente, revela-se indiferente ter ou não a Corte de origem fundamentado a indenizabilidade pela ofensa no dispositivo legal mais apropriado para tanto, máxime porque inarredável a aplicação à hipótese do art. 159 do Código Civil de 1916.

(...)

6. Todavia, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

7. In casu, o Tribunal de Origem condenou a ré ao pagamento de “720 dias-multa, calculado o dia-multa à base de dez vezes o valor do salário mínimo vigente no mês de dezembro de 1995 devidamente corrigido até a data do efetivo pagamento” (fl.421), o que considerando os critérios utilizados por este STJ, ainda se revela extremamente excessivo.

8. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades deste caso, os princípios jurisprudenciais desta eg. Corte Superior na fixação do quantum indenizatório a título de danos morais, rejeita-se o critério adotado pelo eg. Tribunal de Origem por analogia ao Direito Penal e se fixa o valor do dano moral na quantia de R\$ 46.000,00- (quarenta e seis mil reais), corrigidos

monetariamente a partir desta decisão, acrescido dos juros legais nos termos da Súmula 54 deste Superior Tribunal de Justiça.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª T. REsp n. 334827/SP. Relator Min. Honildo Amaral. Brasília – DF, 03 de novembro de 2009. Publicação: DJe 16/11/2009).

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE. DENGUE HEMORRÁGICA. CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO PELO TRIBUNAL A QUO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR IRRISÓRIO. CONFIGURADO.

1. Os danos morais na sua expressão econômica devem assegurar a justa reparação e a um só tempo vedar o enriquecimento sem causa do autor, mercê de considerar a capacidade econômica do réu, por isso que se impõe seja arbitrado pelo juiz de forma que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade.

2. A modificação do quantum arbitrado a título de danos morais, em sede de recurso especial é excepcional e admitida na hipótese de fixação em valor irrisório ou abusivo. Precedentes do STJ: REsp 860099/RJ, DJ 27.02.2008; AgRg no Ag 836.516/RJ, DJ 02.08.2007 e REsp 960.259/RJ, DJ 20.09.2007.

3. In casu, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro considerando a responsabilidade subjetiva e demonstrado o nexo de causalidade entre a omissão do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro no combate à epidemia de dengue e a ocorrência do evento morte, em razão de estar a vítima acometida por dengue hemorrágica e, o dano moral advindo da mencionada omissão do agente estatal, fixou o pagamento de indenização, a título de danos morais, no valor equivalente a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com correção monetária a contar da decisão e juros de mora desde o evento fatal, nos moldes delineados no acórdão às fls. 360/362.

4. A análise das especificidades do caso concreto e dos parâmetros adotados por esta Corte, no exame de hipóteses análogas, conduz à conclusão de que o valor arbitrado a título de indenização por danos morais, R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), revela-se irrisório, ante a evidente desproporcionalidade entre o quantum indenizatório e a lesão suportada pelo autor, em razão da morte de sua filha e considerada a omissão do Estado, consoante assentado pelo Tribunal local: “Com efeito, na época em que a filha do recorrente veio a óbito a imprensa escrita e falada noticiou epidemia de dengue no Município do Rio de Janeiro e outros adjacentes. Contra o fato, a municipalidade alega ter procedido a eficiente programa de combate. (...)”

5. Consectariamente, a constatação de irrisoriedade do *quantum* indenizatório impõe a sua majoração de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, razão pela qual a indenização a título de danos morais deve ser majorada para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Precedentes do STJ: REsp 1021992/RN, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 13/10/2008; REsp 976059/SP, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 23/06/2009; AgRg no REsp 932561/RS, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 25/11/2008

6. Recurso Especial provido para majorar o valor da indenização, a título de danos morais, para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial para majorar o valor da indenização, a título de danos morais, para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.”

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª T. REsp n. 1133257/RJ. Relator (a): Ministro Luiz Fux. Data do Julgamento: 27/10/2009. Data da Publicação/Fonte: DJe 02/02/2010).

A premissa fundamental na valoração do dano no Superior Tribunal de Justiça tem sido as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

Em todo o caso, quando se trata do estabelecimento dos critérios inerentes à fixação da reparação moral, há de se ter em vista os aspectos inerente à realidade que impõe a atividade jurisdicional.

Especificamente quanto aos danos morais decorrentes da violação dos direitos da privacidade pelo exercício imoderado, abusivo ou indevido da liberdade de imprensa, os critérios a serem observados na fixação do *quantum* reparatório são os mesmos já assentados para os casos de responsabilidade civil em geral.

Nada obstante, relacionados a esses elementos de consenso, surgem outras questões capazes de condicionar a análise do julgador no momento de decidir, não se podendo perder de vista, dentre outras questões: a) o fato de que, no âmbito do conflito entre os direitos da personalidade e os direitos de imprensa, o entrelaçamento de interesses é qualificado por especial proteção constitucional, o que imprime maior gravidade aos danos operados; b) a circunstância de ter sido a informação ou notícia manipulada ou deturpada em prol do fim econômico exclusivo de se obter audiência, o que, agrava a reprovabilidade da conduta midiática.

Exemplo da consideração desses elementos particularizados para os casos de abuso no exercício do direito-dever de informar é a decisão exarada pelo STJ em processo movido por integrantes de uma determinada comunidade naturista em desfavor da TV SBT CANAL 4 DE SÃO PAULO S/A e TV SBT CANAL 5 DE PORTO ALEGRE LTDA., por força de danos decorrentes de exibição não autorizada e deturpada de matéria editada junto à comunidade naturista "Colina do Sol".

Esse julgado deriva de reportagem feita no Programa do Ratinho, em que além das imagens, o apresentador proferiu comentários desairosos na hora da exibição. A condenação inicial em danos morais importou em um mil salários mínimos, tendo sido reduzida no STJ para a quantia de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). A censura ao comportamento das emissoras e do apresentador é evidente no voto do Min. César Asfor Rocha, condutor do julgado:

No caso dos autos, houve abuso e desrespeito na veiculação das imagens dos autores, membros da comunidade naturista, pelo SBT no Programa do Ratinho, inclusive, em descumprimento de cláusula contratual expressa, de forma deliberada, conforme soberanamente delinearão as instâncias ordinárias.

Por outro lado, a atitude da recorrente há que ser reprimida com rigor, não só pela gravidade da situação concreta, como pela necessidade de se coibir novas condutas semelhantes. Há que se dar o caráter punitivo adequado para que não se concretize a vantagem dos altos índices de audiência sobre os riscos advindos da violação dos direitos constitucionalmente garantidos, honra e dignidade.

Todavia, a despeito de tudo isso, tenho que o montante fixado pelo Tribunal de origem, 1.000 salários mínimos, parece-me excessivo, fugindo em muito dos parâmetros desta Corte.

Diante disso, pelas peculiaridades da espécie, reduzo o valor da reparação moral para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), para cada um dos demandantes, corrigido a partir desta data.³⁴⁵

Outro julgado ainda do STJ evidencia a ocorrência de danos morais quando se divulga matéria sem que haja interesse público na informação. Tratava-se de um caso de crime contra os costumes (abuso sexual), em que a vítima sequer ofereceu queixa, presumindo-se que não quer ver exposta a sua dor.

Para a Corte Superior de Justiça, a vítima de crime contra o costume tem o direito de não perpetuar seu sofrimento.³⁴⁶

³⁴⁵ BRASIL. STJ. REsp n. 838550/RS. 4ª T. REsp 2006/0104432-8. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, 13 de fevereiro de 2007. Publicação: DJ de 21/05/2007, p. 589; REVJMG, vol. 180, p. 479.

³⁴⁶ “Ementa: CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PRESCRIÇÃO. PRAZO REDUZIDO. CONTAGEM QUE SE INICIA COM A VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL. CAUSA DANO MORAL QUEM DIVULGA DE NOME COMPLETO DA VÍTIMA DE CRIME SEXUAL. QUANTUM RAZOÁVEL.

(...)

- A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade.

Sob tal viés, é dado ao julgador a tarefa fundamental de colocar em realce e sob “lupa” hermenêutica de altíssima precisão, os bens jurídicos colocados em apreciação.

É certo que a solução e adequação desses bens e valores princípios em colisão é a edição de uma nova lei de regulação da liberdade de imprensa. A judicialização como forma de resolução do conflito *inter* princípios não é a resposta mais adequada, posto que ensejaria a repetição de demandas em série, com resultados dispersos e diversos, mantendo conseqüentemente a indefinição vigente sobre essas liberdades comunicativas. A via congressual seria a mais apropriada.

5.5 A LIBERDADE DE IMPRENSA PODE E DEVE SER LIMITADA. A IMPERIOSIDADE DE UMA NORMA INFRACONSTITUCIONAL REGULADORA.

Desde que o alemão Gutemberg inventou a imprensa, os jornais invadiram o contexto social e são considerados um dos mais eficazes instrumentos para formação de consciência no seio comum. Mesmo com o advento de novas tecnologias telecomunicativas, como rádio, televisão, internet, dentre outros meios, o jornal impresso nunca perdeu seu espaço como elemento marcante no itinerário popular.

- A vítima de crime contra o costume tem o direito de não perpetuar seu sofrimento. Se opta por não oferecer a queixa e tampouco a representação que a lei lhe faculta, evidentemente não há interesse social na apuração dos fatos e tampouco na exposição pública de seu nome. Se o crime contra o costume se encontra sujeito à ação penal pública, se a vítima ofereceu a queixa ou a representação, não por isso deixará de passar pelos constrangimentos da apuração dos fatos, do sofrer contínuo. Não se pode presumir tampouco que, por tais motivos, se torne conveniente a exposição pública de seu sofrer, para além dos autos do inquérito ou do processo criminal.

- Não há qualquer interesse público no conhecimento da identidade da vítima do crime de estupro, havendo aí abuso da liberdade de informação.

- A modificação do quantum fixado a título de compensação por danos morais só deve ser feita em recurso especial quando aquele seja irrisório ou exagerado.

- Não mais prevalece, a partir da Constituição em vigor, a indenização tarifada, prevista na Lei de Imprensa, devida por dano moral, por publicação considerada ofensiva à honra e à dignidade das pessoas. Precedentes. Recurso Especial não conhecido.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Ari Pargendler votaram com a Sra. Ministra Relatora.”

(BRASIL. STJ. 3ª T. REsp n. 896635/MT. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 26 de fevereiro de 2008. Publicação: DJe de 10/03/2008).

Apura-se, então, que todos os meios de comunicação são protegidos pela Carta Magna, embora travem relações complexas com o destinatário dessa comunicação (jornal - leitor / emissora de TV-expectador / emissora de rádio – ouvinte ...), a merecer especial cuidado. É dever do Estado Brasileiro zelar pelo funcionamento e integridade dos diversos meios de comunicação do país.

Não deve ser negligenciado o fato de haver uma contraprestação pressuposta no dever de proteção dos meios de comunicação. Ela consiste fundamentalmente no dever que estes meios informativos possuem de informar notícias verídicas, sérias e destituídas de quaisquer tipos de sensacionalismo.

No entanto, excessos são cometidos. E aí fica a discussão: pode haver limites à liberdade de imprensa?

Nesse vate, lembrando que posto supra, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou pela limitação da liberdade de expressão, referendando ação penal proposta pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra o cidadão Siegfried Ellwanger, autor de escritos fazendo apologia do nazismo e estimulando o anti-semitismo, negando habeas corpus interposto com o propósito de trancar a ação penal.

A liberdade de imprensa é um poder que deve ser exercido com critério, com lealdade e boa-fé. Não pode ser espargido como se não houvesse limites, posto à disposição de maus intencionados, de maliciosos lesionantes dos direitos alheios, aptos a causarem danos gravíssimos e irreparáveis à personalidade dos seus desafetos escolhidos a cinzel.

Nessa toada, contrariamente do pensamento de alguns, o artigo 220 – e parágrafos - da CF não excluiu a possibilidade de serem introduzidas limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo explicitamente que o exercício dessas liberdades haveria de se fazer mediante a conformação com outros direitos fundamentais, dentre eles aqueles categorizados como direitos da personalidade.

É que, nenhum direito constitucional, por mais fundamental que ele seja, pode ser considerado absoluto. Nenhum direito fundamental pode ser

desenvolvido de modo lesivo a outros direitos de igual hierarquia. Não há supremacia, *a priori*, de um direito sobre o outro quando ambos foram qualificados como fundamentais.

O que a Constituição Brasileira quis garantir, ao tratar da liberdade de imprensa, tem o mesmo sentido finalístico da liberdade assegurada pela Constituição Portuguesa de 1976. Sobre o que seja essa liberdade, descreve Guilherme da Fonseca³⁴⁷, Juiz-Conselheiro do Tribunal Constitucional Português, no artigo “A Liberdade de Expressão e Informação – Jurisdição Criminal, Para Quê?”:

Está em questão naturalmente a liberdade do titular dos órgãos de comunicação social na condução deles, que constitui elemento da liberdade de imprensa no seu sentido originário; liberdade da imprensa enquanto liberdade de gestão do jornal contra restrições externas, a começar pelas do Estado. De facto, a liberdade de imprensa compreende implicitamente a liberdade de determinação do conteúdo do jornal (liberdade editorial, autonomia editorial). Em princípio, o titular de um órgão de comunicação goza de total liberdade quanto à selecção do que há de publicar ou não publicar, sem ingerências do Estado ou de terceiros. Não pode ser impedido de publicar o que quiser (liberdade positiva, proibição de censura ou matérias vedadas), nem lhe pode ser imposta a publicação de material não desejado (liberdade negativa). Nas palavras de Rivero, a soberania dos titulares dos órgãos de comunicação social “exclui por um lado que se lhes possa negar o direito de difundir determinadas e por outro lado que se lhes possa impor a obrigação de publicar textos que eles não tenham escolhido.

É preciso, portanto, impor limites aos meios de comunicação social. Adverte o jurista português quanto aos riscos da atuação desses veículos de informação. Diz ele que os “*mass media*” asseguram eco universal à opinião pública, e de certo modo a dirigem e controlam. Principalmente quando o fato tem repercussão criminal, os efeitos são mais deletérios ainda: “acusado ou nem isso, quem a comunicação social condene, condenado fica. Quando a absolvição chega, já não é notícia”.

A imprensa emite pré-juízos que são verdadeiros condicionantes na ação humana e no conglomerado coletivo chamado de opinião pública; parcela

³⁴⁷ A Liberdade de Expressão e Informação – Jurisdição Criminal, Para Quê?. p. 257/264.

hoje desconcentrada, deslocalizada e multipolarizada do poder que outrora fora tradicionalmente concentrado na titularidade do Estado.

Não se trata de diabolizar a Comunicação Social, culpando-a dos males da sociedade contemporânea. Os *media* têm uma função informativa essencial numa democracia e a eles se deve a denúncia de situações políticas, sociais e econômicas graves, com implicações de cariz criminal que mais das vezes levam os poderosos ao banco dos réus.

A imprensa, com seu verniz democrático, tem revelado desmandos e depurada a nefasta prática política brasileira, ajudando a constituir uma opinião pública vigilante e exigente da moral coletiva dos nossos políticos.

Por meio de reportagens investigativas e denunciativas, tem contribuído para a enucleação popular de um ideal de cidadania política e eleitoral condizentes com uma democracia participativa.

Certo é que, não raro, a imprensa também se torna vítima de orquestrações ou conspirações para silenciá-la. Nesse propósito da lembrança circunstancial, é válida a citação do problema enfrentado pela Folha de São Paulo em relação à perseguição da Igreja Universal do Reino de Deus, antes narrado.

Esse fato não é inusitado quando se olha o panorama internacional. A tentativa de censura por meio de múltiplas ações indenizatórias não é novidade nos Estados Unidos. No processo “The New York Times x Sullivan”, a Suprema Corte americana deliberou essencialmente sobre o alcance das 1ª e 14ª Emendas, no que se tornou o **leading case** das liberdades de expressão e de imprensa. Mas está apontada, com ênfase, pelo Relator, o Juiz Brennan, como “prova dramática” da ameaça à liberdade de imprensa e estratégia punitivo e inibidor da liberdade de manifestação, a diversidade de indenizações requeridas judicialmente pelos servidores aliados do comissário Sullivan, ele mesmo contemplado com uma indenização de 500 mil dólares, dos cinco milhões e seiscentos mil já requeridos judicialmente, pelo mesmo fato, contra o *Times*. Todos os processos foram soterrados pelo alcance maior da decisão.

Noutro ângulo, os meios de comunicação social devem especial respeito aos direitos pessoais, como sejam, nomeadamente, o direito ao bom nome e à reputação, à privacidade, à imagem, à reserva da intimidade da vida privada e familiar, consagrados no artigo 5º da Constituição Federal, num quadro de proteção mais vasta da dignidade da pessoa humana proclamada no artigo 1º também da Constituição Federal, suportando as conseqüências advenientes em caso de afronta, desde logo o direito a uma indenização devida às pessoas vitimadas pelos danos sofridos (cfr. Inciso X, do artigo 5º, da CF).

A interpretação unitária das regras constitucionais evidencia, destarte, que tal limitação é inerente ao recorte da própria esfera normativa da garantia da liberdade de imprensa, no sentido de que esta só pode ser exercida em sintonia com a Constituição e, portanto, só existe como direito, quando não ofende os valores da intimidade e da incolumidade moral. Como bem salientado pelo Ministro Cezar Peluzo³⁴⁸, toda atividade exercida em nome da liberdade de expressão, mas com ofensa à honra e à reputação alheia, não é tolerada pela Constituição Federal, porque se põe fora do domínio da proteção normativo-constitucional desse bem jurídico, ou, numa dicção menos congestionada, não faz parte dos comportamentos facultados pelo direito fundamental correlato. Trata-se de um comportamento ilícito, não do exercício de um direito!

Em síntese, por força de expressa e específica limitação imanente ao seu perfil normativo, segundo o diagrama que lhe traça a Constituição, a liberdade de imprensa não abrange poder jurídico de violentar o direito fundamental à honra, à boa fama e à intimidade das pessoas. É da sua condição de um dos direitos fundamentais mais complexos, dotado de múltiplas direções e dimensões, dentre as quais a que interessa ao caso: implicar direitos à informação, mas não à informação qualquer, senão à informação veraz e não privativa (fato da privatividade), só enquanto tal inocente à dignidade alheia.

Dado curioso, nesse sentido, é que a grande maioria dos textos constitucionais, desde as primeiras declarações de direitos, proclamam

³⁴⁸ No acórdão já citado em outro trecho desta dissertação: RECURSO EXTRAORDINÁRIO 447.584-7- RIO DE JANEIRO.

expressamente a liberdade de imprensa como um valor quase absoluto, não passível de restrições por parte do governo ou mesmo do parlamento, por meio da lei. Assim ocorreu com a citada Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 (art. 12) e com outros textos constitucionais originados dos processos de emancipação das colônias britânicas da América (New Hampshire, art. XII; Carolina do Sul, art. XLIII; Delaware, art. 1º, seco 5; Pennsylvania, art. XII; Maryland, art. XXXVIII; Georgia, art. IV, seco 3; Massachusetts, art. XVI), que influenciaram decisivamente na redação final da 1ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América de 1791.

No Brasil, apesar de as primeiras Constituições preverem expressamente a possibilidade da lei restritiva da liberdade de imprensa (Constituição de 1824, art. 179, IV; Constituição de 1891, art. 72, §12; Constituição de 1934, art. 113, 9; Constituição de 1937, art. 122, 15; Constituição de 1946, art. 141, § 5º; Constituição de 1967/69, art. 153, § 8º), a Constituição de 1988 adotou disposição (art. 220) que muito se assemelha ao modelo liberal clássico de garantia da liberdade de imprensa: "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" .

A positivação nos textos constitucionais da liberdade de imprensa como valor imune a restrições de todo tipo não impediu, porém, a delimitação legislativa e jurisprudencial a respeito de seu efetivo conteúdo. A análise da história nos revela que, no processo contínuo de afirmação, positivação e concretização da liberdade de imprensa, os Tribunais cumpriram papel decisivo na interpretação e aplicação desses textos constitucionais. A história de progressiva efetivação do valor da liberdade de imprensa se confunde com a própria história de definição jurisprudencial de seus limites pelas Cortes Constitucionais. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito encontra-se na jurisprudência constitucional a respeito da definição dos limites à própria liberdade de imprensa.

No debate permanente entre a liberdade absoluta e a liberdade restrita, a jurisprudência das Cortes produziu duas vertentes ou duas concepções sobre o significado ou o conteúdo da liberdade de imprensa.

Nos Estados Unidos da América, formaram-se duas tradições ou dois modelos de interpretação da 1ª Emenda: a primeira, uma concepção liberal, enfatiza o bom funcionamento do "mercado das idéias" e remonta ao voto dissidente de Oliver W. Holmes no famoso caso *Abrams*; a segunda, uma concepção cívica ou republicana, ressalta a importância da deliberação pública e democrática e tem origem, além dos fundamentos lançados por James Madison, no voto de Louis D. Brandeis no caso *Whitney v. California*, culminando no famoso caso *New York Times Co. v. Sullivan*.

Decidiu a Suprema Corte, no caso *Sullivan*, que, para a efetiva garantia das liberdades de expressão e de imprensa, não se poderia exigir dos comunicadores em geral a prova da verdade das informações críticas aos comportamentos de funcionários públicos. O requisito da verdade como condição obrigatória de legitimidade das críticas às condutas públicas seria equiparável à censura, pois praticamente silenciaria quem pretendesse exercer a liberdade de informação. Mesmo nas hipóteses em que se pudesse ter certeza da veracidade das informações, a dúvida poderia persistir sobre a possibilidade de prova dessa verdade perante um Tribunal. Tal sistema suprimiria a vitalidade e a diversidade do debate público e democrático e, dessa forma, não seria compatível com as liberdades de expressão e de informação protegidas pela 1ª Emenda.

A decisão cita expressamente o pensamento de Madison, no sentido de que o direito de criticar e discutir as condutas públicas constitui um princípio fundamental da forma democrática e republicana de governo na América. Trata-se de um modelo que incorpora a ideia cívica e republicana de soberania popular simbolizada pelo "*We the people*".

Entre concepções liberais, individuais ou subjetivas, por um lado, e outras concepções cívicas, republicanas, democráticas ou objetivas, por outro, o aparente paradoxo das liberdades de expressão, de informação e de imprensa tem sido enfrentado pelas Cortes Constitucionais com base em um

postulado que hoje faz transparecer quase uma obviedade: as restrições legislativas são permitidas e até exigidas constitucionalmente quando têm o propósito de proteger, garantir e efetivar tais liberdades.

Se, nos Estados Unidos, é possível identificar essas duas tradições ou dois modelos de interpretação da liberdade de imprensa, na Alemanha, a jurisprudência do Tribunal Constitucional interpreta as liberdades de expressão e de imprensa protegidas pelo art. 52 da *Grundgesetz* de duas formas: como um direito subjetivo fundamental e como uma instituição ou garantia institucional.

O famoso caso Lüth (BverfGE 7, 198, 1958) é, antes de um marco na definição do significado da liberdade de expressão na democracia. Em Lüth o TFC alemão reconhece a dupla dimensão, subjetiva (individual) e objetiva (institucional), dos direitos fundamentais.

O certo é que a dimensão objetiva ou institucional é elemento imprescindível de compreensão do significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito. Não se pode negar que a liberdade de imprensa, além de uma pretensão subjetiva, revela um caráter institucional que a torna uma verdadeira garantia institucional.

O papel das garantias institucionais no ordenamento constitucional não é desconhecido. Como é sabido, a Constituição outorga, não raras vezes, garantia a determinados institutos, isto é, a um complexo coordenado de normas, tais como a propriedade, a herança, o casamento etc. Outras vezes, clássicos direitos de liberdade dependem, para sua realização, de intervenção do legislador.

Entre nós, Ingo Sarlet³⁴⁹ assinala como autênticas garantias institucionais no catálogo da nossa Constituição a garantia da propriedade (art. 5º, XXII), o direito de herança (art. 5º, XXX), o Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII), a língua nacional portuguesa (art. 13), os partidos políticos e sua autonomia (art. 17, caput, e §1º). Também fora do rol dos direitos e garantias fundamentais (Título 11) podem ser localizadas garantias institucionais, tais

³⁴⁹ *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 182

como a garantia de um sistema de seguridade social (art. 194), da família (art. 226), bem como da autonomia das universidades (art. 207), apenas para mencionar os exemplos mais típicos. Ressalte-se que alguns desses institutos podem até mesmo ser considerados garantias institucionais fundamentais, em face da abertura material propiciada pelo art. 5º, § 2º, da Constituição.

Nesses casos, a atuação do legislador revela-se indispensável para a própria concretização do direito. Pode-se ter aqui um autêntico dever constitucional de legislar (*Verfassungsauftrag*), que obriga o legislador a expedir atos normativos conformadores e concretizadores de alguns direitos.

Nesse pulsar, defendeu o Ministro Gilmar Mendes ao votar na ADPF-130-7/DF, que outra não poderia ser a conclusão senão a de que o caráter institucional da liberdade de imprensa não apenas permite, como também exige a intervenção legislativa com o intuito de dar conformação e, assim, conferir efetividade à garantia institucional.

A lei de imprensa constitui, nesse sentido, uma exigência constitucional em razão da face objetiva ou institucional da liberdade de imprensa. É dever do legislador equacionar, nos termos exigidos pela constituição, as dimensões da liberdade de imprensa e os demais valores fundamentais carentes de proteção.

E é fato que o artigo 220 da Constituição Federal instituiu uma reserva legal. O constituinte de 1988 de nenhuma maneira concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo.

Por isso, manifesta-se o Ministro Gilmar Mendes³⁵⁰ pela conformação legislativa regulando a liberdade de imprensa, aduzindo que,

Ao contrário do disposto em alguns dos mais modernos textos constitucionais (Constituição portuguesa de 1976, art. 18º, n. 3, e Constituição espanhola de 1978, art. 53, n. 1) e do estabelecido nos textos constitucionais que a antecederam (Constituição brasileira de 1934, art. 113, 9; Constituição brasileira de 1946, art. 141, § 5º; Constituição brasileira de 1967-69, art. 153, § 8º), a Constituição de 1988 não contemplou, diretamente, na disposição que garante a

³⁵⁰ Ac. ADPF 130-7/ DF. Ementário nº 2381, DJe 208, publicação em 06/11/2009, pgs. 225/226.

liberdade de expressão, a possibilidade de intervenção do legislador com o objetivo de fixar alguns parâmetros para o exercício da liberdade de informação.

Não parece correta, todavia, essa leitura rasa do texto constitucional, pelo menos se se considera que a liberdade de informação mereceu disciplina destacada no capítulo dedicado à comunicação social (arts. 220-224 da CF/88).

Particularmente elucidativas revelam-se as disposições constantes do art. 220 da Constituição:

"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 conterà 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.

§ 3º. Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente".

Pode-se afirmar, pois, que ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de imprensa haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada (CF, art. 5º, X), deixa entrever mesmo a legitimidade de intervenção legislativa com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito.

A própria formulação do texto constitucional "Nenhuma lei conterà dispositivo ..., observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV" parece explicitar que o constituinte não pretendeu instituir aqui um domínio inexpugnável à intervenção legislativa. Ao revés, essa formulação indica ser inadmissível, tão somente, a disciplina legal que crie embaraços à liberdade de

informação. A própria disciplina do direito de resposta, prevista expressamente no texto constitucional, exige inequívoca regulação legislativa.

É fácil ver, assim, que o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades há de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição.

Mais expressiva, ainda, parece ser, no que tange à liberdade de informação jornalística, a cláusula contida no art. 220, § 1º, segundo a qual "nenhuma lei conterà 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.

Que a matéria não é estranha a uma disciplina legislativa é o próprio texto que o afirma explicitamente, ao conferir à lei federal a regulação das diversões e dos espetáculos públicos (natureza, faixas etárias a que se não recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada), o estabelecimento de mecanismos de defesa contra programas e programações de rádio e de televisão que, v. g., sejam contrários a valores éticos e sociais da pessoa e da família (CF, arts. 220, § 2º, e 221, IV).

Essas colocações não de servir, pelo menos, para demonstrar que o tema não pode ser tratado da maneira simplista ou até mesmo simplória como vem sendo apresentado, até por alguns juristas.

E nesse fim, ressalta o Ministro Gilmar Mendes no julgamento da multicitada ADPF 130-7, que a ordem constitucional de 1988 abre espaço para uma nova lei de imprensa:

Faço essas análises, buscando lições do direito comparado, para concluir que a ordem constitucional de 1988 abre espaço para uma lei de imprensa instituída para proteger outros princípios constitucionais, especialmente os direitos à honra e à privacidade, enfim, à dignidade humana, assim como para proteção da própria atividade jornalística e de comunicação em geral.

Ressalte-se, neste ponto, que é extremamente falacioso o argumento, não raras vezes utilizado, de que, em países de democracia desenvolvida, não há leis de imprensa ou de regulação da atividade de imprensa.

Em breve pesquisa sobre o assunto no direito comparado se encontra a presença das leis de imprensa nos diversos ordenamentos jurídicos.

Na Espanha, o principal marco jurídico no que diz respeito à imprensa encontra-se na Constituição do país, em seu artigo 20. Esse artigo prevê expressamente a proibição de censura prévia e reconhece amplamente a liberdade de expressão, chamando atenção para as limitações advindas dos direitos à honra, à intimidade, à imagem e à proteção da infância e juventude. A Constituição da Espanha também proíbe o sequestro de publicações, gravações e outros meios de informação, a não ser em virtude de decisão judicial.

Atualmente, uma série de leis e decretos regulam a atividade da imprensa na Espanha. Destas, podemos destacar a Ley Orgánica 2/1984, que regula o direito de retificação (resposta), e a Ley Orgánica 2/1997, a qual regula a cláusula de consciência dos profissionais da informação, para que sejam garantidos a independência e o bom desempenho das atividades desses profissionais.

Ademais, há na Espanha um grande número de normas jurídicas técnicas relacionadas às telecomunicações, à radiodifusão e à televisão. Destas, podemos destacar a Lei 11/1998, conhecida como Lei Geral das Telecomunicações, e a Lei 10/2005, com medidas de promoção da televisão digital terrestre, de liberalização das televisões a cabo e de fomento ao pluralismo.

Em Portugal, a Constituição Portuguesa de 1976 voltou a consagrar a liberdade de expressão e informação e a liberdade de imprensa em seus

artigos 37 e 38³⁵¹, ao assegurar o fim da censura e a independência dos órgãos de comunicação social.

A Lei de Imprensa, por sua vez, foi editada em 13 de janeiro de 1999, vindo a sofrer alterações em 2003, por meio da Lei 18/2003. A lei traz a definição de imprensa, bem como delimita suas distintas classificações. Ao tratar da questão dos limites à liberdade de imprensa, o artigo 3º dispõe que: "A liberdade de imprensa tem como únicos limites os que decorrem da

³⁵¹ Artigo 37º

(Liberdade de expressão e informação)

- “1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.
2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.
3. As infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei.
4. A todas as pessoas, singulares ou colectivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de rectificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos.”

Artigo

38º

(Liberdade de imprensa e meios de comunicação social)

“1. É garantida a liberdade de imprensa.

2. A liberdade de imprensa implica:

- a) A liberdade de expressão e criação dos jornalistas e colaboradores, bem como a intervenção dos primeiros na orientação editorial dos respectivos órgãos de comunicação social, salvo quando tiverem natureza doutrinária ou confessional;
- b) O direito dos jornalistas, nos termos da lei, ao acesso às fontes de informação e à protecção da independência e do sigilo profissionais, bem como o direito de elegerem conselhos de redacção;
- c) O direito de fundação de jornais e de quaisquer outras publicações, independentemente de autorização administrativa, caução ou habilitação prévias.

3. A lei assegura, com carácter genérico, a divulgação da titularidade e dos meios de financiamento dos órgãos de comunicação social.

4. O Estado assegura a liberdade e a independência dos órgãos de comunicação social perante o poder político e o poder económico, impondo o princípio da especialidade das empresas titulares de órgãos de informação geral, tratando-as e apoiando-as de forma não discriminatória e impedindo a sua concentração, designadamente através de participações múltiplas ou cruzadas.

5. O Estado assegura a existência e o funcionamento de um serviço público de rádio e de televisão.

6. A estrutura e o funcionamento dos meios de comunicação social do sector público devem salvaguardar a sua independência perante o Governo, a Administração e os demais poderes públicos, bem como assegurar a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião.

7. As estações emissoras de radiodifusão e de radiotelevisão só podem funcionar mediante licença, a conferir por concurso público, nos termos da lei.”

Constituição e da lei, de forma a salvaguardar o rigor e a objectividade da informação, a garantir os direitos ao bom nome, à reserva da intimidade da vida privada, à imagem e à palavra dos cidadãos e a defender o interesse público e a ordem democrática".

A Lei de Imprensa portuguesa ainda trata de alguns crimes, como o atentado à liberdade de expressão (artigo 33º), e dos requisitos das publicações (artigo 15º), da transparência da propriedade referente às empresas jornalísticas (artigo 16º), do estatuto editorial (artigo 172) e da organização das empresas jornalísticas (Capítulo IV).

No México, a Constituição dos Estados Unidos Mexicanos trata, em seus artigos 6º e 7º dos parâmetros que regem a imprensa do México. Lá, existe a *ley sobre delitos de imprenta*, de 12 de abril de 1917, que expõe os conceitos de ataque à vida privada, à moral, à ordem e à paz pública e indica as penas para aqueles que cometerem tais ofensas. Dessa forma, quaisquer manifestações que possam atingir a reputação e a honra de um determinado cidadão, que façam apologia ao crime e que ofendam a privacidade são vedadas e, por tal motivo, representam limites à liberdade de imprensa.

Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, estabelece, em seu artigo 11, que a livre comunicação de pensamentos e opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem: todos os cidadãos podem, portanto, falar, escrever e imprimir livremente.

A Lei sobre a liberdade de imprensa francesa data de 1881 (*Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*). Já em seu artigo 5º assegura o direito de publicação de revista ou jornal sem necessidade de permissão ou depósito, sendo necessário apenas o registro do responsável pela publicação perante o procurador da república (art. 7º). Não obstante, essa mesma lei limita a liberdade de expressão em diversas situações: para proteção da intimidade da família (art. 39), do menor (art. 39, *bis*), da imagem de pessoas que foram vítimas de violência (art. 39, *quinquies*). Admite-se a aplicação de punição ex officio pela Administração quando houver calúnia ou difamação contra uma pessoa ou grupo de pessoas em razão da sua origem ou de pertencer a uma etnia, nação, raça ou religião, ou devido a sexo, orientação sexual ou

deficiência (art. 6º). De igual modo, não são tolerados o racismo, a apologia à guerra, a desonra da memória dos veteranos e vítimas de guerra, que lutaram em favor da França (art. 48-1, 48-2 e 48-3). O artigo 48, parágrafo 7º, da referida Lei admite a instauração de processo em razão da simples divulgação pela imprensa de imagem de pessoa usando algemas.

No Chile, a Lei 19.733, promulgada em 18.5.2001, regulamenta a liberdade de imprensa, garantindo a liberdade de opinião e de informação sem censura prévia como um direito fundamental (art. 1º). É vedada a perseguição ou discriminação por causa de divergência de pontos de vista, havendo o dever de prestar contas sobre crimes e abusos cometidos. Seu artigo 3º garante o pluralismo do sistema de informações, que deverá favorecer a expressão da diversidade social, cultural, política e regional do país.

É garantido a qualquer pessoa natural ou jurídica que tiver sido ofendida injustamente por algum meio de comunicação o direito de difusão gratuita de retificação ou esclarecimento gratuito (art. 16).

É cediço, portanto, que num Estado Democrático de Direito, a proteção da liberdade de imprensa também leva em conta a proteção contra a própria imprensa.

A Constituição brasileira assegura as liberdades de expressão e de informação sem permitir violações à honra, à intimidade, à dignidade humana. A ordem constitucional não apenas garante à imprensa um amplo espaço de liberdade de atuação; ela também protege o indivíduo em face do poder social da imprensa.

Na verdade, no caso brasileiro, o compromisso maior da Carta de 88 não é com a manutenção do *status quo*, mas com a mudança em direção à construção de uma sociedade mais justa, livre e igualitária. Isto se percebe facilmente, por exemplo, na leitura dos objetivos fundamentais da República, enunciados no art. 3º do texto magno, que devem servir de guia na interpretação dos demais preceitos da Constituição. O constituinte partiu da inquestionável premissa empírica – infelizmente inalterada desde 1988 – de que a estrutura social brasileira é injusta e opressiva em relação aos pobres e

integrantes de grupos desfavorecidos, e decidiu que este estado de coisas deveria ser energeticamente combatido pelo Estado. Este claro compromisso com a transformação social tem de ser levado em consideração na interpretação e aplicação dos preceitos da Lei Maior, e também, como não poderia deixar de ser, na exegese da liberdade de expressão.

A liberdade de imprensa deve ser amplamente protegida, sem prejuízo da existência de sanções constitucionalmente adequadas para as violações especialmente claras e graves dos direitos de personalidade. Até mesmo na doutrina constitucionalista norte-americana, que tem defendido caráter absoluto das liberdades de expressão e de imprensa, visando à manutenção e exaltação da democracia, não prevalece sempre a tese absolutista de enaltecer o direito à livre expressão em detrimento aos direitos de personalidade, tal como o direito à honra. “Às vezes, devemos reduzir as vozes de alguns para podermos ouvir as vozes de outros”.³⁵²

Não é à toa que constitucionalistas vêm adotando a teoria mencionada por Jónatas Machado, afirmando que os direitos de personalidade configuram limites constitucionalmente imanentes das liberdades de comunicação, sendo a inversa também verdadeira.

Assim, à espera de uma lei de conformação do exercício desses direitos fundamentais com a Constituição Federal, o judiciário será sempre fustigado a um esforço interpretativo de compatibilização ou de harmonização entre o direito à imprensa livre e os direitos da personalidade.

Uma nova lei de imprensa, defendem os sensatos, trará garantia e segurança jurídica para conter os excessos; fara garantir o exercício das liberdades, e contribuirá para a manutenção da democracia e do respeito à dignidade humana.

³⁵²A *Ironia da Liberdade de Expressão O Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*, p. 49.

O problema é de ser dirimido por via legislativa. Contudo, os interesses multifacetados remeterão a edição de uma lei sobre o assunto para as calendas gregas. A explicação está em Maquiavel³⁵³, n´O Príncipe:

Não há coisa mais difícil, nem de êxito mais duvidoso, nem mais perigosa, do que o estabelecimento de novas leis. O novo legislador terá por inimigos todos aqueles a quem as leis antigas beneficiavam, e terá tímidos defensores nos que forem beneficiados pelo novo estado das coisas. Essa fraqueza nasce parte do medo dos adversários, parte da incredulidade dos homens, que não acreditam na verdade das coisas novas senão depois de uma firme experiência.

Um óbice à elaboração de uma nova lei de imprensa se encontra no próprio Supremo Tribunal Federal. Lá, é patente a visão na maioria dos Ministros de que a liberdade de imprensa, subtipo da liberdade de expressão, constitui-se um direito absoluto, avassalador, insuscetível de restrição ou limitação, principalmente quando se tratar de informação jornalística. Para dar anteparo a essa visão de totalitarismo e de irrestringibilidade na forma dessa liberdade, arrimam-se os seus defensores na cláusula fundante contida no artigo 220, §1º, da Constituição Federal, segundo a qual “nenhuma lei conterà 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.”

Ora, decididamente a Constituição impõe limitações à liberdade de imprensa, principalmente quando a informação comprometer a ordem, os bons costumes, a moral, os direitos fundamentais, a dignidade humana e os direitos de personalidade alheios. Em direito, vale a máxima “*neminem laedere*”, ou seja, a ninguém ofender.

A não separação pelo constituinte brasileiro do que seja liberdade de expressão da liberdade de imprensa, terminou por deixar difusa a especialidade e o tratamento com que são levados em conta nos julgamentos o direito de opinião e crítica com o poder da divulgação da notícia, ainda que

353. Fonte consultada em 24/04/2008: [HTTP: culturabrasil.org/oprincipe.htm](http://culturabrasil.org/oprincipe.htm)

desprovida de seus elementos nucleares (realidade, interesse público, ética, contraditório etc).

Nesse quadro de insegurança e caos, uma nova lei de imprensa alcança foros de obrigatoriedade e indispensabilidade.

CONCLUSÃO

Após uma pesquisa temática de amplas perspectivas (porém não exaustiva), e em face da natureza panorâmica desta abordagem, pode se inferir concretamente que:

- a) a denominação direitos fundamentais propõe-se a significar o universo dos direitos subjetivos que têm assento na Constituição e em leis ou tratados internacionais, divergentes de garantias - que são meras figurações de proteção daqueles;
- b) a Constituição e os tratados internacionais agrupam direitos e garantias fundamentais voltados para a plenificação do cidadão, tanto no âmbito de sua individualidade como no plano coletivo;
- c) os direitos fundamentais são, a princípio indisponíveis, podendo excepcionalmente haver renúncia diante apenas da natureza e especificidade do bem protegido frente aos demais interesses em conflito;
- d) pode haver choque entre direitos fundamentais recíprocos e bens jurídicos constitucionalmente tutelados, constituindo tal fenômeno o que a doutrina denomina tecnicamente de colisão de direitos fundamentais;
- e) os direitos à liberdade de imprensa e à privacidade estão categorizados como direitos fundamentais. Não raro, são comuns - e até inevitáveis! - tensões entre a liberdade de imprensa e de informação, de um lado, e os direitos da personalidade constitucionalmente protegidos, de outro, gerando situações conflituosas;
- f) entre os direitos fundamentais não se pode falar de hierarquia de direitos, senão de equilíbrio, já que tanto a honra, a

privacidade, a liberdade de imprensa, opinião e de informação se encontram no mesmo nível de direitos humanos e fundamentais protegidos pela Constituição;

- g) na colisão entre a liberdade de imprensa e o direito à privacidade, deve ser utilizada a técnica da ponderação de bens para sua solução. A vantagem de sua aplicação está no fato de que a ponderação de bens constitui um método racional, uma vez que podem ser fundamentados os enunciados que estabelecem as condições de preferência referidas na ponderação, de acordo com a valoração dos bens envolvidos.
- h) o direito à liberdade imprensa tem relevante função social no Estado Democrático de Direito, sendo necessário, no entanto, delimitar a forma e a amplitude do exercício desse direito, para que não venha ele a desnaturalizar o direito à privacidade inato a todo ser humano;
- i) estando os direitos fundamentais de liberdade de imprensa e da personalidade potencialmente conflitantes, pelo menos em teoria, em igual hierarquia constitucional, o primeiro não pode, em princípio, atentar contra o segundo, devendo procurar-se, no caso concreto, a harmonização ou concordância prática dos interesses em jogo, de forma a atribuir a cada um deles a máxima eficácia possível.
- j) avançando, sucessivamente, dos valores menores para os valores maiores da Constituição, o intérprete vai revelando o caráter sistêmico ou orgânico dela própria, de tipo contudístico. Alcançado o topo da pirâmide axiológica – não hierárquica, ressalte-se – da Constituição, o intérprete vai encontrar o valor dos valores, o valor-síntese, o valor-continente por excelência, uma idéia central de Direito;
- k) como de óbvia sabença, é sob o influxo de critérios axiológicos ou valorativos que a interpretação contextual vê a

realidade de cada norma da Constituição. E assim enxergando, mantém a unidade material dessa mesma Constituição. Quando há conflito de direitos fundamentais, e portanto também conflito de princípios, não se pode exigir do intérprete exegético uma solução direta, extraída do direito positivo, impondo a adoção de uma proporcionalidade axiológica, sendo a única forma de se garantir a manutenção de ambos os princípios, ou um sacrifício equânime de um deles, de molde a consolidar o Estado Democrático de Direito;

- l) a tópica constitucional auxilia no processo de concretização da Constituição, traduzindo-se objetivamente no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. Densificar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional.
- m) diante do conflito de princípios, quando em tese mais de uma pauta de valoração for ou parecer aplicável à mesma situação de fato, ao invés de se sentir obrigado a escolher este ou aquele princípio - com exclusão de todos os demais que, *prima facie*, também poderiam ser utilizados como norma de decisão -, o intérprete-aplicador fará uma ponderação entre os *standard* concorrentes, optando, afinal, por aquele que, nas circunstâncias, e segundo a sua prudente avaliação, deva ter um peso relativamente maior. Portanto, somente é possível notar a supremacia de um direito sobre o outro mediante a análise do caso concreto, em que as próprias peculiaridades do caso nortearam a decisão;
- n) a completa abstração normativa para o exercício da liberdade de imprensa; a falta de regulação das formas do exercício desse direito fundamental, diante dos direitos da personalidade, certamente conduzirá o Poder Judiciário a tomar decisões assimétricas, fundadas no comportamento ou formação ideológica do julgador, sendo necessária a conformação

legislativa em nome do garantismo jurídico para o efetivo exercício desse direito;

- o) a ponderação é a melhor técnica de equalização dos direitos em conflito, enquanto não se define os limites e o controle da liberdade de expressão. Conclui-se assim que ponderar significa valorar as dimensões fáticas do caso submetido a exame, estabelecendo um critério de hierarquia axiológica (ou deontológica) entre as normas constitucionais, incluindo-se aí, obviamente, os princípios.
- p) fato é que inúmeras são as dificuldades relacionadas à identificação do âmbito restringível ou limitável dos direitos fundamentais, como o são a liberdade de imprensa e o direito à privacidade, não sendo excludente, todavia, o disciplinamento legislativo, de molde a conformar o exercício desses direitos com as garantias do Texto Constitucional;
- q) numa perspectiva de contribuição para a indicação de uma forma de resolução dos interesses juridicamente colocados, do ponto de vista da colidência dos princípios, indicou-se, neste trabalho, novos critérios de ponderação a serem operados e manuseados para dar prevalência ao fim mandamental unitário da Constituição Federal; e,
- r) a idéia de justiça está indelevelmente ligada à busca de equilíbrio. O balanço de interesses conflitantes a que o Direito é chamado a compor captura o esforço último do jurista, de tal forma que passam à condição de questões jurídicas essenciais as tarefas de conciliar pretensões entrechocantes e inconciliáveis, o que envolve necessariamente a opção pela saída mais justa e/ou acertada, além da opção por uma solução que amenize os riscos de disputas perenes. Enfrentar esses desafios constitui tarefa que se associa à concepção do que seja o trabalho do jurista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. *Nós o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALEXANDRINO, José Alberto de Melo. *Estatuto Constitucional da Actividade de Televisão*. Coimbra: Coimbra, 1998.

ALEXY, Robert. *Teoria de La Argumentación Jurídica. La Teoria Del Discurso Racional como Teoria de La Fundamentación Jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Costa. *A Liberdade de Imprensa e a Inviolabilidade Pessoal. Uma Perspectiva Jurídico-Criminal*. Lisboa: Almedina, 1996.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 4 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

AQUINO, Santo Tomás de. *A trindade*. Trad. Augustino Belmonte. São Paulo: Paulus, 1994.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *O conteúdo do direito à própria imagem*. In: Revista do Advogado. São Paulo: AASP, 2003, p. 120.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.

BAHIA, Juez. *Jornal, História e Técnica – História da Imprensa Brasileira 1*. São Paulo: Ática, 1990.

BALA, Darlei Gonçalves. *Os limites do direito de informação frente aos direitos da personalidade*. Jus Navigandi. Net, Rio de Janeiro, jan. 2007. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9477>>. Acesso em 06.12.2008.

BALTHAZAR, Ubaldo Cesar e, PALMEIRA, Marcos Rogério (orgs.). *Temas de Direito Tributário*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social*. Revista de Direito Público, Ano XIV, vol. 57/58, janeiro/junho, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira*. 2 ed.. Rio de Janeiro: F. Briguet e Cia., 1924.

BARBOSA, Rui. *A Imprensa e o Dever da Verdade*. São Paulo: Papagaio, 2004.

BARBOSA, Álvaro Antonio do Cabo. *Direito à própria imagem: Aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989

BARCELLOS, Ana Paula. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília – DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988*. In: _____. *Temas de Direito Constitucional*, 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, v. 18, abril-junho de 2004.

_____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. Volume 2. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BELLO FILHO, Ney de Barros. *Sistema Constitucional Aberto: Teoria do Conhecimento e Interpretação e do Espaço Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BENTES, Hilda Helena Soares; VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; GOMES, Maria Paulino. *Direito à intimidade e à vida privada*. Curitiba: Juruá, 2008.

BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional: Fundamentos Teóricos*. vol. 1. São Paulo: Manole, 2005.

BEZERRA JÚNIOR, Luis Martius Holanda. *Considerações sobre os direitos da personalidade e a liberdade de informar*. Net, Teresina, 30 ago. 2008. Jus Navigandi, ano 12, n. 1886. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11668>>. Acesso em: 10 fev. 2009

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*, São Paulo: Editora Renovar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

_____. *Os Direitos da Personalidade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____. *Reparação Civil por Danos Morais; Tendências Atuais*. Revista de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 74.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10 ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed., Brasília : Universidade de Brasília, 1995.

_____. *Teoria Geral da Política*. Trad. Daniela Beccacia Versiani. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2000

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BRITO, Carlos Ayres de. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Editora Saraiva

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Direito Constitucional*. Lisboa: Almedina, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *A Constituição da República Portuguesa anotada*. Vol. I. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COOLEY, Tomas. *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. Tradução de Alcides Cruz. São Paulo: RT, 1982.

COSTA ANDRADE, Manuel. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

CORWIN, Edward S. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986.

CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Processo Constitucional e a efetivação dos Direitos Fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional: estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CUNHA, Alexandre Sanches. *Todas as Constituições Brasileiras*. Campinas: Bookseller, 2001.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. *Cancelamento do visto de Larry Rohter: ato de soberania ou de autoritarismo?*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 344, 16 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5337>>. Acesso em: 16 abr. 2010

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad. JARDIM, Adriano Vera e CAEIRO, Antonio Miguel.. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Código Civil Anotado*, 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha A. Stevenson. *Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1998.

DOMINGO, Tomás de. *Conflictos ente Derechos Fundamentales? Um Análisis desde las Relaciones entre los Derechos a la Libre Expresión e Información y los Derechos al Honor y la Intimidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, Coleção Cuadernos y Debates, n. 116.

DONNINI, Oduvaldo. DONNINI, Rogério Ferraz. *Imprensa Livre, Dano Moral, Dano à Imagem, e sua Quantificação à Luz do Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2002.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Comentários à Constituição de 1946*. 3 ed., Max Limonad, 1958.

_____. *Direito Constitucional Tributário e "Due Process of Law"*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.

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

DURVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo. Editora Saraiva. 1988

DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo : Martins Fontes, 2002, p. 38/39.

ESCOVAR, Maira. *Quem questiona o Quarto Poder?* Net, São Paulo, jul. 2007. Portal Imprensa. Disponível em:<<http://portalimprensa.uol.com.br/colunistas/colunas/2007/07/16/imprensa6.shtml>>. Acesso em 16 de abril de 2010

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Sérgio Antônio Fabris Editor, Brasília, 1996.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Conceito de Sistema no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

FISS, Owen M. *A Ironia da Liberdade de Expressão O Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

FLORENCIO, Gilbert Ronald Lopes. *Direitos da Personalidade*. Leme: LED, 2005.

FONSECA, Guilherme da. A Liberdade de Expressão e Informação – Jurisdição Criminal, para quê?. In: Almeida Filho, Agassiz de; CRUZ, Danielle da Rocha (Coords.) *Estado de Direito e Direitos Fundamentais – Homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*. São Paulo: Forense, 2005.

FRANCO, Afonso Arinos Melo. *Pela liberdade de imprensa*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1957.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. Volume 1. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980

FREITAS, Juarez. *O interprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegeze constitucional*. GRAU, Eros Roberto; SANTIAGO FILHO, Willis Guerra (Coords.). *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. 6 Ed. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 140.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os Direitos da Personalidade*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. In: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Comentários à Lei de Imprensa: Lei 5.250, de 09.02.1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 2 edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1998.

_____. *Despesa pública – Conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública*. Revista Trimestral de Direito Público, nº 2. São Paulo: Malheiros, 1993.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Responsabilidade civil - danos morais e patrimoniais - acidente no trabalho - ato de preposto*. Revista dos Tribunais. v. 731, set. 1996

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

JESUS, Evangelista de. *Direito Penal: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio*. 2º Volume. 22 edição, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

JORGE, Fernando. *Cale a boca, jornalista! O ódio e a fúria dos mandões contra a imprensa brasileira*. 5 ed. rev. e aum., São Paulo : Novo Século, 2008.

JÚNIOR, José Cretella. *Curso de Direito Romano*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4 ed. Martins Fontes, São Paulo, 1995.

KUSHNIR, Beatriz. *Cães de guarda: jornalistas e censores, do AI-5 à Constituição de 1988*. São Paulo: Boitempo, 2004.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 575.

_____. *Tractado de Derecho Civil Alemán*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1980.

LIMBERGER, Têmis. *O direito à informática na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

LUCA, Tânia Regina de; MARTINS, Ana Luiza. *História da Imprensa no Brasil*. São Paulo: Editora Contexto, 2008.

MACHADO, Jonatas E. M. *Liberdade de Expressão, Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica: (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES NETO, Floriano P. de Azevedo. *O Conflito entre Princípios Constitucionais: Breves Pautas para sua Solução*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, Ano 3, n.º 10, janeiro/março, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARX, Karl Heinrich. *A Liberdade de Imprensa*. Trad. de Cláudia Schiling e José Fonseca, Porto Alegre : L. & PM, 1980.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora RT, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade* 2. ed.. São Paulo: Celso Bastos Editora, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Jurídica, 2000.

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

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MILL, John Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. Trad. Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Editora Escala, 2006.

MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à Lei de Imprensa*. Tomos I e II. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTESQUIEU, Charles de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. SP: Max Limonad, 1998.

NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coords). *O Novo Código Civil e a Interpretação conforme a Constituição*. In: *O Novo Código Civil: Homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2005.

NOBRE, Freitas. *Comentários à Lei de Imprensa, Lei da Informação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

NOBRE JR. Edilson Pereira. *Direitos Fundamentais e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: 2004.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística*. São Paulo: FTD, 1997.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os direitos da personalidade. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 532. São Paulo: RT, 1980.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil; v.1 Introdução ao Direito Civil, Teoria Geral do Direito Civil*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito Público Brasileiro*. Rio de Janeiro: J. Villeneuve e c., 1857, 2ª. parte, nº 543.

PONTES, Kassius Dinis da Silva. et. alli. *O Raciocínio Jurídico na Filosofia Contemporânea: Tópica e Retórica no Pensamento de Theodor Viehweg e Chaïm Perelman*. São Paulo: Carthago Editorial, 2002.

POUND, Roscoe. *Liberdades e Garantias Constitucionais*. São Paulo: Ibrasa, 1976.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *O Dano moral no Direito Brasileiro*. In: Temas de Direito Positivo. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992

RODRIGUES JÚNIOR, Álvaro. *Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação: Limites e Formas de Controle*. 1ª ed. (ano 2008), 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Ricardo Rodrigues da Gama. São Paulo: Russel, 2006.

SAMPAIO NETO, Agenor de Souza Santos; ANDRADE, Carlos Frederico Guerra; RUSH, Erica. *Os Hard Cases no Direito Aplicado: Uma Perspectiva sob a Ótica do Discurso Jurídico*. XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Anais. Salvador: 2008.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Celso Bastos Editor, São Paulo: 1999.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Constituição e Mídia no Brasil*. São Paulo: MP, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação, algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais, e Direito Privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição*. Revista da Ajuris 66, 1996.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Fabris, 2003.

_____. *A Constituição Concretizada: Construindo Pontes entre o público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. *Liberdade de Expressão, Pluralismo e o papel promocional do Estado*. Net, Salvador – BA, ago. 2007. Disponível em: < www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESS_O_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO>. Acesso em 19 de julho de 2009

SEGADO, Francisco Fernández. *El Sistema Constitucional Español*. Madrid: Dyckinson, 1992.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à Intimidade*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade de Normas Constitucionais*. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003;

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

SOUTO, Cláudio. *A Explicação Sociológica: uma Introdução à Sociologia*. São Paulo: EPU, 1985.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SHWABE, Jürgen. Trad. Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Casto e Viviane Galdes Ferreira. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Brasileiro Concretizado*. São Paulo: Editora Método, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002,

TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In Temas de Direito Civil. São Paulo: Forense, 2001

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

TRIPICCIONE, Alberto. *La Comparazione Giuridica*, Padova: Cedam, 1961.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, reimp., 1987.

VIEIRA, Sonia Aguiar do Amaral. *Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

ZULIANI, Enio Santarelli. Questões da Lei de Imprensa e os Direitos da Personalidade. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo: Editora IOB, Ano VIII, nº 48, p. 34-73, julho-Agosto/2007.

ZULIANI, Ênio Santarelli. In: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Comentários à Lei de Imprensa: Lei nº 5.250, de 09.02.1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

_____. *Questões da Lei de Imprensa e os Direitos da Personalidade*. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil. São Paulo: Editora IOB, Ano VIII, nº 48, p. 34-73, julho-Agosto/2007

JURISPRUDÊNCIAS

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

BRASIL. STF. 2ª T. RE n. 158.215-RS. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília – DF. Publicação: DJU de 07 de maio de 1996 e RTJ 164/757-758

BRASIL. STF. 2ª T. RE n. 161.243/DF. Rel. Min. Carlos Velloso. Brasília – DF, 28 de outubro de 1990. Publicação: DJU de 19 de dezembro de 1997

BRASIL. STF. 2ª T. RE n. 201.819. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília – DF, 11 de outubro de 2005. Publicação: DJU de 27-10-06. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/html>. Acesso em: 22 de agosto de 2009

BRASIL. STF. MS n. 23.452. Rel. Min. Celso de Mello, Brasília-DF, 16 de setembro de 1999. Publicação: DJU de 12.05.2000

BRASIL. STF. 2ª T. RE n. 447.584/RJ. Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília-DF, 28 de novembro de 2006. Publicação: DJU de 16-03-2007.

BRASIL. STF. Tribunal Pleno. MS nº. 24832/DF. Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília/DF, 18 de março de 2004. Publicação: DJU de 18.08.2006

BRASIL. STF. Tribunal Pleno. HC nº. 82424/RS. Rel. Min. Maurício Correia. Brasília/DF, 17 de setembro de 2003. Publicação: DJU 19-03-2004.

BRASIL. STF. Tribunal Pleno. ADPF nº 855-2. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília –DF. Publicação: DJU de 01.10.93.

BRASIL. STF. Tribunal Pleno. HC nº 76060-SC. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília – DF. Publicação: DJU de 15.05.98.

BRASIL. STF. Tribunal Pleno. ADPF nº. 130-7. Relator Ministro Carlos Ayres de Brito. Brasília – DF, 30 de abril de 2009. Publicação: DJe nº. 208, de 06/11/2009.

BRASIL. STF. Tribunal Pleno. Pet. 3.486/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília-DF, 22 de agosto de 2005. Publicação: Informativo STF 398/2005, DJ de 29/08/2005

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Inq. 2036-2. Rel. Min. Carlos Ayres de Britto. Brasília – DF, 23 de junho de 2004. Publicação: DJ de 22.10.2004.

BRASIL. STF. Plenário. MC n. 130-7. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Brasília – DF, 27 de fevereiro de 2008. Publicação: DJe de 07/11/2008.

BRASIL. STF. Tribunal Pleno. HC n. 82.424/RS. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília – DF, 17 de setembro de 2003. Publicação: DJ 19/03/2004

BRASIL. STF. 2ª Turma. RE 447584/RJ. Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília-DF, em 28 de novembro de 2006. Publicação em 16/03/2007

BRASIL. STF. Tribunal Pleno. Inq. 2390. Rel. Min. Carmem Lúcia. Brasília – DF, 15 de outubro de 2007. Publicação: DJe-152, de 30/11/2007

BRASIL. STF. 2ª Turma. RHC n. 61.993-RS. Relator Min. Francisco Rezek. Brasília – DF, 26 de outubro de 1984. Publicação: RTJ 113/88 e DJU de 14/02/1984.

BRASIL. STF. Tribunal Pleno. HC nº 71.373/RS, Brasília – DF, 10 de novembro de 1994. Publicação: DJU de 22/11/1996. D

BRASIL. STF. Plenário. ADI n. 855-2. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília – DF, 06 de março de 2008. Publicação: DJe de 27.03.2009

BRASIL. STF. Tribunal Pleno. Rcl 2040 QO/DF. Rel. Min. Néri da Silveira. Brasília – DF, 21 de fevereiro de 2009. Publicação: DJ de 27/06/2003

BRASIL. STF. Plenário. RE 511961/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília/DF, 17/06/2009. Publicação: DJe-213 - 13-11-2009

BRASIL. STF. Plenário. MS nº. 24832. Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília-DF, 18 de março de 2004. Publicação: DJ de 18.08.2006, p. 19.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

BRASIL. STJ. 5ª T. Resp. 471.715/SP. Rel. Min. Felix Fischer. Publicação: DJ de 28.10.2003.

BRASIL. STJ. 3ª Turma. REsp 984803/ES. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília – DF, 26 de maio de 2009. Publicação: DJe de 19.08.2009, RT vol. 889, p. 223

BRASIL. STJ. 1ª Seção. HC n. 35445. Rel. Min. Peçanha Martins. Brasília – DF, 13 de maio de 2004. Publicação: 18 de maio de 2004.

BRASIL. STJ. Plenário. REsp nº. 595.600-SC (2003/0177033-2). Rel. Min. César Asfor Rocha. Brasília-DF, 18 de março de 2004. Publicação: DJ de 18.08.2006.

BRASIL. STJ. Recurso Especial nº 471.715-SP. Rel. Min. Felix Fischer. Publicação: DJU de 28.10.2003.

BRASIL. STJ. 1ª Seção. HC n. 35445. Rel. Min. Peçanha Martins. Brasília – DF. Brasília – DF, 13 de maio de 2004. Publicação: 18 de maio de 2004.

BRASIL. STJ. 4ª T. REsp n. 334827/SP. Rel. Min. Honildo Amaral. Brasília – DF, 03 de novembro de 2009. Publicação: DJe 16/11/2009.

BRASIL. STJ. 1ª T. REsp n. 1133257/RJ. Relator (a): Ministro Luiz Fux. Brasília – DF, 27 de outubro de 2009. Publicação: DJe 02/02/2010.

BRASIL. STJ. REsp n. 838550/RS. 4ª T. REsp n. 2006/0104432-8. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, 13 de fevereiro de 2007. Publicação: DJ de 21/05/2007, p. 589; REVJMG, vol. 180, p. 479

OUTRAS CORTES NACIONAIS

BRASIL. TJRJ. 13ª Câmara Cível, Ap. Cív. n. 18327/2000. Rel. Des. Gilberto Fernandes. Rio de Janeiro, 19 de março de 2003. Publicação do acórdão em 21 de agosto de 2003

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 1996.001.00760. Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho. Rio de Janeiro, 23 de abril de 1996. Publicação: Ementário nº 15/1996, Revista de Direito do TJRJ, vol. 28, p. 221.