

RESUMO

O objeto deste trabalho é o tema da Liberdade de Informação Jornalística assegurada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, posta em confronto com a competência do Poder Judiciário para, em sede de tutela inibitória, liminarmente, cercear a divulgação pelos Meios de Comunicação Social, da notícia de interesse público, envolvendo personalidades públicas, sob o fundamento de violação e possibilidade de grave lesão de difícil reparação a direitos fundamentais da personalidade: intimidade, vida privada, honra e imagem da(s) pessoa(s). Tem como pano de fundo as diversas lutas travadas pela humanidade desde a Idade Média à atualidade, para ter reconhecido como direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos pelo Estado, a liberdade de manifestação do pensamento, de expressão e criação artística e cultural, a liberdade de imprensa ou liberdade de informação jornalística como prefere a atual Constituição brasileira; o instituto da censura, proscrito pela Inglaterra em 1695 e pelo Bill of Rights do Estado da Virginia (1776), que declarou a liberdade de imprensa como um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos, no que foi seguido por tantas Constituições escritas após a segunda grande guerra, e vedada pela Constituição brasileira de 1988; os institutos da restrição à liberdade de informação jornalística pela Constituição e mediante reserva legal; o direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário e a tutela inibitória proibindo a divulgação da notícia. Analisa-se a liberdade de informação jornalística, em sentido estrito, da informação de notícia de interesse público, como um direito fundamental de dimensões: subjetiva – garantidor do direito de acesso à informação com o resguardo do sigilo da fonte –, e institucional – por assegurar a formação da opinião pública independente e plural para o bom funcionamento do regime democrático.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Liberdade de Imprensa. Liberdade de Informação Jornalística. Censura. Tutela Inibitória.

ABSTRACT

The focus of this study is Freedom of Journalistic Information guaranteed by Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, face to the competence of the Judiciary Power to give preliminary injunction, in thirst of inhibitory tutelage in order to restrict the disclosure through the Media of public interest news that involve public personalities, based upon the violation and possibility of serious damage of difficult reparation to the fundamental rights of the personality: intimacy, privacy, honor and image (s) of person (s). The background is a whole series of struggles waged by mankind since the Middle Ages to the present, to have recognized as fundamental and constitutionally guaranteed by the state the freedom of expression of thought, expression, and artistic and cultural creation, the freedom of the press or freedom of journalistic information as it is in the current Brazilian Constitution; the institute of censorship, outlawed by England in 1695 and by the Bill of Rights of the State of Virginia (1776), the last declaring the freedom of the press as a major bastion of freedom, there will never be restricted, except by despotic governments, in which was followed by so many Constitutions written after World War II, and forbidden by the Constitution of 1988; the institutes of the restriction on freedom of journalistic information by the Constitution and by legal reserve; the fundamental right of access to the Judiciary Power, and the inhibitory guardianship prohibiting the dissemination of news. the freedom of press is analyzed in the strict sense, information from news of public interest, as a fundamental right of the following dimensions: subjective - the guarantor's right of access to information with protection for the secrecy of the source - and institutional - for granting the formation of independent public opinion and plural for the proper functioning of the democratic regime.

Key-words: Fundamental Rights. Freedom of Press. Freedom of Journalistic Information. Censorship. Inhibitory Guardianship.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I - DIREITOS HUMANOS, GARANTIAS FUNDAMENTAIS E DIREITOS PERSONALÍSSIMOS	14
1.1 DIREITOS HUMANOS - UMA QUESTÃO DE DIMENSÃO: CIVIS, SOCIAIS, DIFUSOS.	14
1.1.1 Ingleses: das liberdades medievais coletivas à liberdade individual.....	15
1.1.2 Os norte-americanos: suas lutas por independência e liberdade.....	17
1.1.3 A Revolução Francesa: a derrocada do antigo regime e os direitos do homem	19
1.1.4 Os embates promovidos na perspectiva dos direitos sociais	22
1.1.5 A luta pela solidariedade: os direitos difusos.....	32
1.1.6 Direitos humanos, direitos fundamentais, uma questão de dimensão	34
1.2 DIREITOS INDIVIDUAIS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	36
1.3. ENTRAM EM CENA OS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	44
1.3.1 Os direitos da personalidade	44
1.3.2 Direitos da personalidade no cenário jurídico nacional.....	51
CAPÍTULO II - LIBERDADE DE EXPRESSÃO E EXPRESSÃO DE LIBERDADE	55
2.1 AS LIBERDADES: A LIBERDADE INDIVIDUAL E AS LIBERDADES PÚBLICAS.....	55
2.2 UMA BREVE TRAJETÓRIA DA LIBERDADE DE IMPRENSA E DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA	60
2.3 AS FONTES HISTÓRICAS DO DIREITO DE INFORMAÇÃO NO BRASIL.....	76
2.4 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E DE RISCO	79
2.5 O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO SOBRE OS FATOS DE INTERESSE PÚBLICO.....	82
2.6 A FUNÇÃO SOCIAL DA NOTÍCIA	88
CAPÍTULO III - O DIREITO À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE.....	91
3.1 INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM	91

3.2 A TUTELA CONSTITUCIONAL RELATIVA À VIOLAÇÃO AOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS. OS DEVERES FUNDAMENTAIS.....	100
3.3 A TUTELA CIVIL INIBITÓRIA POR AMEAÇA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	107
3.4 O CASO DAS PERSONALIDADES PÚBLICAS.....	111
CAPÍTULO IV - O PODER JUDICIÁRIO E A CENSURA À INFORMAÇÃO.....	117
4.1 IMPEDIMENTO DE DISPOSITIVO LEGAL QUE EMBARACE A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA	117
4.2 É PROIBIDO PROIBIR: A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL À CENSURA	131
CONCLUSÃO.....	138
REFERÊNCIAS.....	149

INTRODUÇÃO

O fato de o Poder Judiciário, frequentemente, proibir uma Empresa de Comunicação Social de divulgar notícias, envolvendo personalidades públicas, tem causado espécie à sociedade e consubstanciou-se como motivação para pesquisa. Para um leigo esse ato da autoridade estatal pode ser interpretado como uma forma de proteção entre iguais, mas na literatura jurídica defende-se que a decisão do Poder Judiciário é ato judicial, não se travestindo, portanto, da roupagem de censura, mas sim de limite ou restrição à liberdade de informação jornalística quando posta em confronto com direitos da personalidade.

Diante desta dicotomia de entendimentos objetivou-se perquirir no texto constitucional brasileiro, de 1988, se a liberdade de informação jornalística, enquanto comunicação de fatos sociais, de interesse público, isto é, a informação social da notícia propriamente dita, quando judicialmente posta em confronto com a *possibilidade* de interferência e violação a direitos da personalidade, deve ser considerada uma premissa menor, para, assim, ceder lugar à garantia da inviolabilidade dos direitos fundamentais da personalidade. Quer dizer, se o Poder Judiciário pode proibir a divulgação de informação jornalística, liminarmente, em sede de tutela inibitória, sob o argumento de ponderação em virtude de colisão de direitos fundamentais: liberdade de informação *versus* direitos da personalidade; ou se, de fato, a decisão judicial se caracteriza como verdadeira “censura judicial à notícia”.

Vive-se a “Era da Informação”. A cada dia surgem neologismos como “navegar”, “twitar”, “blogar”, “orkutar” etc., cuja finalidade primordial é a comunicação. Comunicação como forma de expressão pela manifestação do pensamento, criação, opinião, mesmo crítica e a informação. O mundo está globalizado através da comunicação, porque se comunicar é da condição humana.

O surgimento da imprensa difundiu e ampliou a expressão de pensamento. A Inglaterra, país que censurou a liberdade de opinião pelo *Licensing Act* (1662), proibindo a impressão de qualquer livro que não estivesse devidamente licenciado ou registrado, inscreveu-se, nos anais da História como país pioneiro na implantação da liberdade de imprensa, ao abolir o *Licensing Act*, em 1695.

Embora o *Bill of Rights* do Estado da Virginia (1776), declarasse no artigo 14 que a “liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e não pode ser restringida

jamais, a não ser por governos despóticos”, os Estados Unidos da América só asseguraram a liberdade de imprensa em 1791, com a Primeira Emenda. A liberdade de imprensa reconhecida pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, tornou-se letra morta, uma vez que competia à lei a determinação dos casos abusivos dessa liberdade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, aprovada pela Organização das Nações Unidas – ONU, proclama no seu artigo 19: *Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.*

Constituições elaboradas após a Segunda Guerra Mundial, como a da Itália (1947) e da Alemanha (1949) instituíram o Estado de Direito Democrático, consagrando a liberdade de expressão e comunicação sem nenhuma forma de censura. Por esta razão, a liberdade de informação, uma das modalidades da comunicação, é considerada como baluarte dos verdadeiros Estados Democráticos, por meio de uma imprensa livre.

O Estado verdadeiramente democrático deve assegurar a livre informação sob uma dimensão participativa e pluralista, com o objetivo de aperfeiçoar a democracia, fundada não só na liberdade, mas no princípio da igualdade e da dignidade, bem como no direito de personalidade, seja sob a ótica da informação voltada ao desenvolvimento da personalidade humana, através do conhecimento, seja sob o enfoque de direito fundamental à proteção jurídica temporalmente adequada.

Afinada com este contexto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de forma inovadora, inscreve a Comunicação Social, no Título da Ordem Social (Título VIII, Capítulo V, artigos 220 a 224), prescrevendo que: *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* (artigo 220). Indo além, inscreve em parágrafo destacado, a “informação jornalística”, nos termos: *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* (art. 220, § 1º). Proíbe toda e qualquer censura de natureza, política, ideológica e artística (§ 2º) além de garantir que: *A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade* (§ 6º).

A sociedade brasileira tem assegurada a liberdade de manifestação do pensamento – em que todos pretendem dizer o que querem e do modo que querem, desde que não anonimamente; bem como, a garantia estatal do direito de acesso à informação, do direito de receber dos órgãos públicos informações de interesse público ou geral – como direitos de livre pesquisa –, o direito de divulgar as informações obtidas, e o direito da coletividade de ser informada das realidades fáticas, independentemente de subsunção aos órgãos estatais, como forma de se impedir a censura. Resumidamente, são os direitos sociais de se informar, de informar e de ser informado.

Entretanto, se por um lado, a liberdade de informação jornalística é sustentáculo da democracia, sobretudo, pela segurança de uma imprensa livre, sem censura ou restrição, como parece assegurar a Lei Magna brasileira, de 1988, por outro, a própria Constituição prescreve que esta liberdade encontra limites no que ela dispõe.

Por outra face, o Direito, enquanto norma jurídica, conjunto de normas-princípios e normas-regras, é posto ou constituído em um ordenamento, não apenas para conformar a organização estatal e estabelecer seus deveres, mas também para reger e facilitar a convivência social. Se o “direito de cada um termina onde começa o direito alheio”, na convivência social podem surgir situações em que o exercício do direito por uma parte, pode ferir determinado direito alheio. Por esta razão é que se fala em “dever jurídico”, cabendo a cada um, no exercício do seu direito, não prejudicar o do outro. Em caso de inobservância deste princípio, em que a atitude desregrada de um provoque lesão ao direito de outro, o Direito responde com os institutos da responsabilidade civil e da responsabilidade criminal.

Um dos aspectos em que esta colisão de direitos tem se mostrado crucial é justamente quanto ao exercício do direito constitucional “à plena liberdade de informação jornalística”, que tem sido frequentemente cerceado pelo Poder Judiciário, atendendo a reclamos individualizados, na maioria das vezes, de personalidades públicas, sob a alegação de que a divulgação da notícia poderá causar lesão grave ou de difícil reparação à “intimidade, vida privada, honra e imagem da(s) pessoa(s)”, ou seja, violação aos assim denominados direitos fundamentais da personalidade.

A censura, alhures e aqui, foi o instrumento comumente utilizado pelo Estado para impedir a manifestação do pensamento e a veiculação de informações através da imprensa. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência nacional são unânimes em afirmar que a Lei Magna brasileira afasta, proíbe a instituição de censura pelo legislador ordinário e pela administração pública. Concebem a proscrição da censura, pelo texto constitucional, como um selo distintivo

da sociedade democrática. Entretanto, via de regra, entendem que o Poder Judiciário tem competência constitucional para proibir ou impedir a publicação de informação veiculada por qualquer meio de comunicação social.

Para responder aos objetivos propostos no trabalho ora a introduzir-se, foi considerada a liberdade de informação jornalística levada a efeito pelos meios de Comunicação Social, empresarial, em seu sentido estrito, da informação de notícia de interesse público, consistente em um direito fundamental de dimensões: subjetiva (garantia do direito de acesso à informação e resguardo do sigilo da fonte), e institucional (por assegurar a formação da opinião pública independente e plural para o bom funcionamento do regime democrático).

Trata-se assim, de pesquisa descritiva, cujas fontes serão de natureza doutrinária e legislação, prioritariamente constitucional. Considerando os objetivos serão analisados os entendimentos de doutrinadores nacionais sobre os seguintes conceitos: liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de informação jornalística (liberdade de imprensa), princípio da proibição da censura, função social da notícia, personalidade pública, tutela civil inibitória e os direitos fundamentais de personalidade, como a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. A investigação será subsidiada por uma análise, ainda que perfunctória, dos dispositivos constitucionais sobre a liberdade de informação jornalística, costumeiramente denominada de liberdade de imprensa, dos ordenamentos jurídicos, português, italiano e alemão, e como as doutrinas desses países vêm lidando com este assunto.

Ao longo da realização do trabalho muitos foram os obstáculos enfrentados. Primeiro em virtude da escassa literatura nacional, especificamente sobre este assunto. Segundo porque ainda se pode constatar, claramente, um receio por parte da doutrina, principalmente interna, de aceitar a plenitude da liberdade de informação jornalística sob a alegação de concentração excessiva de poder em mãos dos Meios de Comunicação e pelos argumentos de que tamanha liberdade pode conduzir à *possibilidade* de violação a direitos da personalidade.

O trabalho se divide em quatro capítulos, sendo que no primeiro se faz uma breve retrospectiva histórica sobre os Direitos Humanos, em sua dimensão *civil* (das liberdades medievais coletivas à liberdade individual dos ingleses; das lutas por independência e liberdade dos norte-americanos; da derrocada do antigo regime aos direitos do homem, dos franceses), *social* (os embates promovidos na perspectiva dos direitos sociais), e dos *direitos difusos* (a luta pela solidariedade); a arrancada para a instituição das Garantias Fundamentais (dos direitos individuais às garantias fundamentais); e os Direitos

personalíssimos, pela entrada em cena dos direitos da personalidade e sua recepção no cenário jurídico nacional.

No segundo capítulo traça-se um paralelo entre a Liberdade de Expressão e o seu reconhecimento como expressão de liberdade nos Estados democráticos; a compreensão dos modernos sobre a liberdade individual e as liberdades públicas; a trajetória da liberdade de imprensa à liberdade de informação jornalística; as fontes históricas do direito de informação no Brasil e a atual sociedade da informação; o direito constitucional de acesso à informação sobre os fatos de interesse público e a função social da notícia.

Versa o terceiro capítulo sobre o direito à vida privada e à intimidade – intimidade, vida privada, honra e imagem como direitos fundamentais de personalidade; a tutela constitucional pela violação a estes direitos personalíssimos e os deveres fundamentais; a tutela civil inibitória por ameaça aos direitos da personalidade; e o caso das personalidades públicas.

No quarto capítulo, perquire-se a competência constitucional do Poder Judiciário para censurar ou proibir a informação jornalística. Para tanto, faz-se necessário uma brevíssima incursão no sistema de normas, regras e princípios, no contexto da força normativa da Constituição, visando detectar a existência de tensão ou conflitos, especialmente entre os princípios constitucionais do interesse público à informação, da proibição de restrição legal à liberdade de informação jornalística, da vedação da censura e os também constitucionalmente garantidos direitos fundamentais da personalidade: intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. Por se tratar de um capítulo cujo fundamento se assenta na hermenêutica jurídica, em muitas passagens são feitas transcrições literais para um melhor entendimento do assunto, quer pela ótica da doutrina brasileira quanto pela da estrangeira.

Por outro lado, nesse momento, foi finalizado um texto que, não obstante tenha retomado concepções e categorias jurídicas já conhecidas, adentrou à seara daqueles denominados “novos direitos” sempre tendo em vista a oportunização da análise histórico-dogmática e constitucional essencial à revitalização e (re)construção dos institutos jurídicos, numa concepção aberta de Direito.

CAPÍTULO I

DIREITOS HUMANOS, GARANTIAS FUNDAMENTAIS E DIREITOS PERSONALÍSSIMOS

1.1 DIREITOS HUMANOS - UMA QUESTÃO DE DIMENSÃO: CIVIS, SOCIAIS, DIFUSOS.

Falar em Direitos Humanos é lembrar o registro histórico das diversas lutas¹ travadas entre governantes e governados; lutas estas quase sempre motivadas pela tríade poder, liberdade e propriedade.

O Poder, principalmente o monárquico, por longa data foi firmado na força ou na herança divina, apoiado no clero e nos altos funcionários para a sua manutenção, o que deu origem ao sistema de classes rígidas e hereditárias e à servidão pessoal.

Mas os atos arbitrários de monarcas, tolhendo as liberdades pessoais da própria aristocracia, condenando-os à morte, sem o julgamento de seus pares, expropriando suas propriedades e lhes impondo pesados tributos, desencadearam revoltas, visando conter e limitar o poder real². E assim, para estabelecer a concórdia entre governante e governados, pactos³ foram sendo firmados, guardando importância por outorgar aos súditos alguns direitos individuais. Entretanto, direitos tais que não se reconheciam igualmente a todos os homens em virtude da rígida estratificação social existente.

Por toda a Europa são encontrados registros de lutas e pactos da espécie. Mas é na Inglaterra que estas lutas se mostram significativas para a conquista de direitos que, em princípio, reconhecidos a um determinado estamento (*contratos de domínio*⁴), com o passar do tempo e as novas propostas iluministas, rompem as fronteiras da Ilha, se firmam no Novo

¹ “Todos os direitos da humanidade foram conquistados pela luta; seus princípios mais importantes tiveram de enfrentar os ataques daqueles que a eles se opunham”. IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Coleção a obra-prima de cada autor. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2005.

² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, apontando a importância primeira do pacto espanhol de Leon e Castela de 1188.

³ “convenções entre o monarca e os súditos concernentes ao modo de governo e às garantias dos direitos individuais. Seu fundamento é o acordo de vontades (ainda que os reis disfarcem sua transigência com a roupagem da outorga de direitos.”). FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, .p. 55.

Mundo e são consagrados pelas Declarações americanas como fundamento de um novo Estado (Estados Unidos da América). Retomados no continente europeu como ideal, na Revolução Francesa, são expostos como direitos naturais, inalienáveis, imprescritíveis e sagrados do homem – liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão –, na solene Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1789. Firmam-se como direitos fundamentais, pelo constitucionalismo inaugurado no século XVIII, sob a forma de direitos civis e políticos e se universalizam, em 1948, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

1.1.1 Ingleses: das liberdades medievais coletivas à liberdade individual

A Inglaterra foi pioneira no estabelecimento de limites à violência do poder monárquico contra as pessoas dos súditos, sendo por isto seus pactos considerados marcantes e significativos para a sedimentação dos direitos individuais que seriam consagrados, posteriormente:

(a) a Magna Charta – Em 1215, o Rei João sem Terra, o Papa e os Barões firmaram um Pacto designado por *Magna Charta Libertatum*, que se tornou definitivo em 1225, no qual se resguardava os direitos feudais da igreja e dos barões⁵. Embora considerado como um documento reconhecedor de direitos relativos à propriedade, à tributação autorizada e às liberdades da nobreza⁶, sua importância é reconhecida em virtude da interpretação que posteriormente foi sendo atribuída ao elenco dos direitos nela consignados e que, paulatinamente, foram sendo consagrados como princípios gerais. De reconhecida importância foram as disposições do artigo 39⁷: *Nenhum homem livre será detido nem preso, nem despojado de seus direitos nem de seus bens, nem declarado fora da lei, nem exilado, nem prejudicada a sua posição de qualquer outra forma; tampouco procederemos com força contra ele, nem mandaremos que outrem o faça, a não ser por um julgamento legal de seus pares e pela lei do país.*

⁵ *Ibidem*, p 383.

⁶ “Só eram livres os barões e depois os proprietários dos condados e os burgueses representados na Câmara dos Comuns, mas já não a grande massa dos vilões”. *Idem*.

⁷ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 153.

(b) a Petição de Direitos – *Petition of Rights*, de 1628, pela qual o Parlamento inglês – integrado por aristocratas e clérigos, bem como por representantes da baixa aristocracia e da burguesia urbana⁸ –, que não aceitava o absolutismo, protestava contra as prisões arbitrárias, o uso da lei marcial em tempos de paz, a ocupação de casas particulares por soldados e o lançamento de tributos sem a devida aprovação, limitando, assim, o poder real.

(c) a Declaração de Direitos – *Bill of Rights*, de 1689, firmada após a Revolução Gloriosa⁹, de 1688, que limitava os poderes reais pela ideia de representação e soberania parlamentar¹⁰, em que, rei, comuns e lordes formavam uma “espécie de soberania colegial”, restando superada a realeza de direito divino e instituída a monarquia constitucional. Significou a afirmação definitiva da supremacia burguesa e aristocrática da representação nacional sobre o arbítrio real¹¹. Suas conquistas: (i) a instituição do *habeas corpus*; (ii) a aprovação da maioria dos parlamentares para tomada de decisões importantes, como convocar o exército, instituir impostos, suspender leis; (iii) os ingleses deixavam de ser apenas súditos do rei, passando a ser cidadãos, com direitos e deveres. Segundo Canotilho¹²:

A soberania do parlamento exprimirá também a ideia de que o ‘poder supremo’ deveria exercer-se através da forma de lei do parlamento. Esta ideia estará na gênese de um princípio básico do constitucionalismo: *the rule of law*.

A derrubada do absolutismo na Inglaterra se embasou no contributo das ideias do inglês John Locke¹³ (1632-1704). Locke, intelectual iluminista – combatente ferrenho do poder absolutista que fora defendido por Hobbes (1588-1679)¹⁴ – dizia que todos os homens, ao nascer, tinham os mesmos direitos: direito à vida, à liberdade e à propriedade. Para garantir

⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 245.

⁹ Revolução pacífica que substituiu o rei Jaime II, Stuart por sua filha Maria e seu marido Guilherme III de Orange, que assumiram juntos o trono. Chamada gloriosa porque conquistou todas as reivindicações parlamentares, sem derramamento de sangue. Enciclopédia Barsa, 1983, v. 1, p. 474.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 56.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. “Segundo averba H.P. Schneider, in REP n° 7 (1979), p. 10, foi o confronto entre o Parlamento e a Coroa inglesa que ensejou o surgimento das primeiras garantias jurídico-políticas perante o arbítrio da autoridade, a expropriação e o desterro”.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 56.

¹³ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o Governo**. Tradução. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹⁴ “O Estado, para Thomas Hobbes, assemelha-se a gigantesco homem artificial, o Leviatã, do qual o poder absoluto é a alma. Como toda comunidade oscila entre dois perigos, a anarquia e o despotismo, e como esse é preferível àquela, o monarca pode ser um déspota”. Enciclopédia Barsa. 1983, v. 9, p. 98. Conforme REBELO, Maria da Glória Carvalho. **A Responsabilidade Civil pela Informação Transmitida pela Televisão**. Lisboa: Lex, 1998, p. 27: “Em sua obra Leviathan (1651), alega serem os humanos egoístas por natureza. Com essa natureza tenderiam a guerrear entre si, todos contra todos (“Bellum omnia omnes”). Assim, para não se exterminarem seria necessário um Contrato Social que estabeleça a paz, a qual levará os homens a abdicarem da guerra contra outros homens. Mas, egoístas que são, necessitam de um soberano (Leviathan) que puna aqueles que não obedecem ao contrato social”.

esses seus direitos naturais, os homens haviam criado governos. Se esses governos, contudo, não respeitassem a vida, a liberdade e a propriedade, as pessoas teriam o direito de se revoltar contra eles. A sociedade civil firmou-se nestas ideias para a defesa de seus direitos naturais e para organizar o Estado de acordo com sua razão e vontade.

1.1.2 Os norte-americanos: suas lutas por independência e liberdade

Fatos significativos, também, na caminhada da humanidade rumo ao estabelecimento dos direitos humanos, foram o cerceamento da liberdade religiosa e os problemas políticos que dividiam a Inglaterra, a partir de 1607, estimulando a emigração para a América do Norte, onde foram fundadas Colônias (13). Em princípio, defendiam-se ali, os interesses britânicos, mas, no aspecto organizacional, as Colônias eram regidas pelas regras dispostas nas *Fundamental Orders of Connecticut* (1639), incorporadas na Carta outorgada por Carlos II, em 1662.

Em meados do século XVIII, as relações entre a Coroa e as Treze Colônias – que já não eram harmônicas desde o episódio do *Stamp Act*¹⁵ (1765) – se deterioraram, quando o Parlamento Inglês impôs aos norte-americanos, leis que estes consideraram “Intoleráveis”¹⁶ (como a restrição de liberdade dos colonos e instituição de impostos). Em reação a elas, foi convocado o Primeiro Congresso Continental da Filadélfia (05/09/1774), peticionando-se ao Rei e ao Parlamento a revogação de tais leis. O Parlamento inglês repeliu a petição e a situação se agravou, levando os colonos da Virgínia a firmarem a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, em 12/06/1776.

Em virtude do distanciamento com o poder real, os colonos americanos afirmaram na Declaração, direitos que, preambularmente, pertenceriam a eles e às suas posteridades, como base e fundamento do governo. Por isso se diz que foram direitos destinados a um povo certo, e direitos individuais concretos.

No entender de Silva¹⁷, enquanto “os textos ingleses apenas tiveram por finalidade limitar o poder do rei, proteger o indivíduo contra a arbitrariedade do rei e firmar a supremacia do Parlamento”, com a Declaração de Direitos da Virgínia tem início a limitação do “poder estatal como

¹⁵ “Imposto do selo instituído pela Coroa britânica incidente sobre jornais, documentos diversos e outros itens”. BARROSO, Luis Roberto, op. cit., p. 15.

¹⁶ Tornaram-se comuns gritos como: “não aos impostos sem representação” ou “impostos sem representação é tirania”.

¹⁷ SILVA, Jose Afonso da, op. cit., p. 153-154.

tal”, já que inspirada “na crença na existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem”, por isso, consubstanciando “as bases dos direitos do homem”, tais como: “(1) todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes; [...] (11) a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade; [...]”. Esta Declaração é considerada o berço do constitucionalismo americano, pois marca “a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais”¹⁸.

Mesmo assim, os interesses entre a Metrópole e as Colônias seguiam divergentes. A Coroa britânica passou a desrespeitar a liberdade e a autonomia econômica que já haviam sido reconhecidas aos colonos. Insatisfeitas e pretendendo a independência, as Treze Colônias se organizaram para formar um novo Estado a ser governado pelo seu próprio povo, assegurando-lhes as liberdades que já exercitavam. A guerra foi declarada, tornando-se conhecida como Revolução Americana.

A Independência foi declarada pelos membros do Segundo Congresso Continental Americano, em 04 de julho de 1776, sendo assinado o notável documento redigido, principalmente, por Thomas Jefferson – “que lhe incorporou ao texto sua filosofia, essencialmente iluminista”¹⁹ –, designado Declaração de Independência Americana, consignando os princípios de igualdade, liberdade e felicidade, pois preceituava que “todos os homens foram criados iguais e dotados pelo Criador de direitos inalienáveis, à vida, à liberdade e à busca de felicidade”²⁰. Esta Declaração é considerada como inauguradora da prática da ‘democracia constitucional’.

Entretanto, em virtude da grande divergência de interesses entre as Colônias, o povo americano só teve a sua Constituição, em 1787²¹, que não tratou dos direitos individuais. Tal ausência é explicada pela peculiaridade do constitucionalismo americano que atribuía à Constituição Federal a qualidade de documento destinado a organizar e repartir o exercício do poder político, já que os direitos individuais estavam resguardados nas constituições dos seis Estados americanos²². Representando as tendências existentes nos Estados Unidos àquele tempo, contém aspectos democráticos e aristocráticos que se equilibram e assenta a

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 50.

¹⁹ Enciclopédia Barsa. V. I, 1983, p. 164.

²⁰ BARROSO, Luis Roberto, op. cit., p. 16-18.

²¹ “Mas muitos conflitos de interesses se instalaram entre as ex-colônias, ainda como Estados distintos, sendo que em 17 de setembro de 1787 foi aprovada a Convenção Constitucional, ratificada pela maioria dos Estados, em junho de 1788”. BARROSO, Luis Roberto, op. cit., p. 16-18.

²² Na Pensilvânia, em Maryland e na Carolina do Norte, em 1776; em Vermont, em 1777; em Massachusetts, em 1780; e, finalmente, em New Hampshire em 1783. MORANGE, Jean. *Direitos Humanos e Liberdades Públicas*, 2004, p. 7, apud DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade**, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 84.

legitimidade do poder, no consentimento do povo, abrigada na cláusula preambular *We the people of the United States*²³.

A Declaração de Direitos, *Bill of Rights*, só foi aprovada em 1789 e ratificada em 1791, com as primeiras dez emendas, consagrando direitos que, como dito, constavam das constituições dos diversos Estados, dentre os quais as “liberdades de expressão, de imprensa, religião, reunião pacífica e os direitos ao devido processo legal e a um julgamento justo”²⁴. Positivados na Constituição, os direitos naturais do homem ganham status de direitos fundamentais constitucionais, com supremacia normativa, “sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos”²⁵.

Neste contexto, como afirma Canotilho²⁶ “a constituição não é um contrato entre governantes e governados, mas um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo a fim de se criar e constituir um ‘governo’ vinculado à lei”. Desta característica de lei superior, resulta que é nula qualquer lei de nível inferior que se contraponha aos preceitos constitucionais. O Poder Judiciário é erigido como fiscalizador da constitucionalidade das leis, pela *judicial review*, defensor da Constituição e guardião dos direitos e liberdades assegurados.

1.1.3 A Revolução Francesa: a derrocada do antigo regime e os direitos do homem

Na Europa continental, a ideia de que um governo centralizado tenderia a fortalecer o desenvolvimento do comércio, provocou o fortalecimento da monarquia nacional, com a consequente formação do Estado absolutista.

A França, Estado em que o feudalismo foi predominante, no século XVIII, ainda era rigorosamente estratificada e se encontrava socialmente dividida em Estados Gerais: 1º Estado (representado pela nobreza: o cidadão – *aquele que titulariza os interesses públicos*); 2º Estado (representado pelo clero); e o 3º Estado, correspondendo a 97 % (noventa e sete por cento) da população (composto pelos representantes do povo: o burguês – *quem cuida de seus próprios interesses privados*; e a plebe).

²³ “Contra esta ‘onipotência do legislador’, a constituição era ou devia ser inspirada por princípios diferentes dos da ancient constitution. Ela devia garantir os cidadãos, em jeito de lei superior, contra as leis do legislador parlamentar soberano”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 58.

²⁴ BARROSO, Luis Roberto, op. cit., p. 18.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 50.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 59.

Por outro lado, a França, naquela época, já podia ser considerada um centro irradiador de ideias e ideais propostos nas doutrinas jusnaturalistas²⁷ e iluministas²⁸ de autores como Locke²⁹, Rousseau³⁰, Kant³¹ e Montesquieu³², que, além de denunciarem os privilégios da nobreza e do clero, afirmavam a existência de um direito anterior à formação do Estado, “constituído por princípios normativos da conduta social que se impõem como necessária consequência da natureza humana”³³, tese que se tornou conhecida por “concepção contratualista da sociedade”.

Ocorre que, em 1789, a França atravessava uma das piores crises econômica e financeira. As propostas para enfrentamento da crise colocaram os representantes do 3º Estado contra os representantes do 1º e do 2º Estados. A nova burguesia (3º Estado) – prejudicada economicamente pelo entrave intervencionista do Estado de Polícia, convocada para pagar as contas da ineficiência estatal e desejosa de conquistar o poder político – passou a defender a organização e limitação jurídicas do Poder Monárquico, com vistas à proteção dos direitos dos cidadãos e para instituir uma Constituição.

Sem acordo, os deputados do terceiro Estado declararam-se em Assembléia Nacional Constituinte e em 4 de agosto de 1789, aboliram a servidão, o dízimo e os privilégios, pondo

²⁷ “O termo ‘jusnaturalismo’ identifica uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um direito natural. Sua ideia básica consiste no reconhecimento de que há na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal”. BARROSO, Luis Roberto, op. cit., p. 235.

²⁸ “Iluminismo designa a revolução intelectual que se operou na Europa, especialmente na França, no século XVIII. O movimento representou o ápice das transformações iniciadas no século XIV, com o Renascimento. O antropocentrismo e o individualismo renascentistas, ao incentivarem a investigação científica, levaram à gradativa separação entre o campo da fé (religião) e o da razão (ciência), determinando profundas transformações no modo de pensar e de agir do homem. Para os iluministas, somente através da razão o homem poderia alcançar o conhecimento, a convivência harmoniosa em sociedade, a liberdade individual e a felicidade. Ao propor a reorganização da sociedade com uma política centrada no homem, sobretudo no sentido de lhe garantir a liberdade, a filosofia iluminista defendia a causa burguesa contra o Antigo Regime.”. BARROSO, Luis Roberto, op. cit., p. 236.

²⁹ Conforme CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op cit., p.384: “[...] Locke, na senda da escola de Salamanca, a partir da mesma ideia de contrato, reage contra o processo de absolutização, acompanhado de uma máquina burocrática centralizadora, na qual a nobreza continuava a deter posições privilegiadas, mas da qual a burguesia se sentia marginalizada”.

³⁰ Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). O Contrato Social, publicado em 1762: sustenta “que o poder soberano pertence diretamente ao povo; não existe nem pode existir nenhum tipo de lei fundamental obrigatória para o corpo do povo, nem sequer o contrato social”. Segundo MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 186.

³¹ Immanuel Kant (1724-1804).. “Na Alemanha (Prússia) Kant (1724-1804) defendia que todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade e limitado apenas pela liberdade do outro”. In SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 47.

³² Charles de Secondat Montesquieu (1689-1755), jurista francês, não só apontou os problemas da sociedade em que vivia como apresentou as soluções para resolvê-los. Em O espírito das leis, propôs a divisão do governo em três poderes: Executivo (para administrar o país e executar as leis), Legislativo (para elaborar e aprovar as leis) e Judiciário (para fiscalizar o cumprimento das leis e julgar os conflitos).

³³ REBELO, Maria da Glória Carvalho, op. cit., p. 27.

fim ao que restava do feudalismo, na França, por meio de uma revolução social das massas, sustentando os valores da liberdade, da igualdade e da fraternidade.

Rompida a ordem vigente (*ancien régime*), os franceses precisavam afirmar as bases do novo regime político, de uma nova ordem social. Se a associação política tem por objetivo conservar os direitos naturais, a sociedade deve ter uma constituição que assegure e garanta estes direitos, bem como, determine a separação de poderes. Precisavam, pois, de uma constituição que, simultaneamente, garantisse direitos – protegendo a autonomia, liberdade e segurança do Cidadão – e conformasse o poder político, subordinando os poderes do Estado, à Lei, “dando forma, constituindo e conformando a organização política”³⁴.

Uma lei superior, elaborada por um poder supremo e originário, o poder constituinte pertencente à Nação – diferente do modelo americano, concentrado no ‘povo’ – a qual detém o princípio de toda soberania, pois, nenhum corpo, nenhum individuo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

E como representantes do povo francês a Assembléia Nacional Constituinte, em 27 de agosto de 1789, firmou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, votada em 02 de outubro de 1789. Declaração esta que propôs instituir direitos do homem, ou seja, de todos os homens do universo³⁵ e do cidadão, sendo direitos naturais, inalienáveis, imprescritíveis e sagrados, como: (a) a liberdade; (b) a igualdade em direitos; (c) a propriedade; (d) a segurança; (e) a resistência à opressão.

E assim, os Direitos Humanos³⁶ são formulados, tendo como finalidade: a proteção da sociedade contra as intromissões do poder político e salvaguarda da liberdade individual e social³⁷. Os mesmos fundamentos do direito natural defendidos por filósofos iluministas como

³⁴ “Nos principais teóricos do constitucionalismo (Montesquieu, Rousseau, Locke) as estruturas sociais tinham, de resto, significativa expressão nas próprias tecnologias organizativas do poder desenhadas na constituição. Neste sentido se compreende a expressão – Constituição da República – para exprimir a ideia de que a constituição se refere não apenas ao Estado, mas à própria comunidade política, ou seja, à res publica”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 88.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 562: “O teor da universalidade da Declaração recebeu, aliás, essa justificativa lapidar de Boutmy: ‘Foi para ensinar ao mundo que os franceses escreveram; foi para o proveito e comodidade de seus concidadãos que os americanos redigiram suas Declarações’”.

³⁶ “A expressão ‘direitos naturais’ foi substituída pelo termo ‘direitos do homem’, após a publicação da obra de Tomas Paine”. Segundo SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 47. De acordo com a Enciclopédia Barsa, V. 11, p. 501-502, tem-se: “Tomas Paine Jornalista e panfletário inglês da Revolução Americana. Emigrou para a América em 1774 e tomou parte ativa na propaganda da independência, escrevendo panfletos que tiveram extraordinária repercussão. A Revolução Francesa inspirou-lhe *The Rights of Man* (1791-1792; Os direitos do homem) resposta ao livro de Edmund Burke *Reflections on the Revolution in France*, contra a Revolução Francesa”.

³⁷ “Na realidade, a consagração constitucional dos direitos e liberdades dos cidadãos não representa apenas a defesa do indivíduo isolado perante o Estado. Essa consagração, no fundo, significa também a defesa da

Locke, Rousseau e Montesquieu que se debruçaram sobre os problemas vivenciados pelos menos favorecidos, de seus tempos, desbravando o campo dos direitos do homem.

A Constituição francesa de 1791 transportou da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, os princípios de igualdade, legalidade, garantia do direito à propriedade e das liberdades individuais e os enunciou como “direitos naturais e civis”³⁸ que Lhe competia garantir. Por isto, o termo “direitos civis” passou ao domínio comum.

No curso do século XIX, tendo por paradigma o constitucionalismo francês, as Constituições do Ocidente, inclusive a brasileira de 1824³⁹, instituíram direitos civis – tendo por base, a liberdade, a segurança individual e a propriedade – que passaram a ter o caráter de norma jurídica positivada, ainda que de conteúdo geral e de princípio⁴⁰.

Como os direitos civis e políticos foram os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, inaugurando o catálogo dos direitos fundamentais, passaram a ser designados por direitos de primeira geração. Para Bonavides são direitos que “já se consolidaram em sua projeção da universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda a extensão”⁴¹.

Mas no transcurso do Estado de Direito Liberal que se instalou após a substituição do Estado Absolutista, estes direitos se mostraram de caráter meramente formal, seguindo-se, novas lutas e reivindicações.

1.1.4 Os embates promovidos na perspectiva dos direitos sociais⁴²

Já no decorrer do século XIX o Estado liberal e o modo de produção capitalista

sociedade no seu conjunto, perante o Estado, a defesa, afinal, de um determinado modelo de sociedade e de uma determinada ideia de Estado”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 273 a 299.

³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 394.

³⁹ Constituição do Império do Brasil, de 1824: Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 14 de abril de 2010.

⁴⁰ Biscaretti di Ruffia. *Diritto Costituzionale*, Nápolis, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, p. 695 e 696. Apud SILVA, José Afonso, op. cit., p. 167.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 563.

⁴² “Os direitos de segunda geração são chamados de direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados”. MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martins. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 234.

demonstram incapacidade em atender às múltiplas exigências existenciais da pessoa humana, especialmente em razão das desigualdades sociais e econômicas decorrentes e os anseios de igualdade entre os membros do corpo social.

A Revolução Industrial, cada vez mais intensa, deslocou grande massa da população ruralista para as cidades, onde não havia nem habitação nem trabalho para todos. Formou-se o proletariado urbano e a instalação da miséria excessiva⁴³.

Na Inglaterra, revoltas provocaram a destruição de máquinas que eram consideradas tirânicas. E o movimento cartista (1836 a 1850) – exigindo sufrágio universal, eleições anuais, voto secreto e elegibilidade para os não proprietários – conduziu ao fortalecimento dos sindicatos, suscitando um movimento de piedade em relação à classe operária e exigindo que o Estado viesse em defesa da pessoa humana, contra o poder econômico.

Na França, a burguesia estabelecida no poder, à base do regime parlamentar, se mostrou incapaz de atender aos reclamos do operariado, já sob a influência do socialismo⁴⁴. Em 1848, a França estava às voltas com diversos movimentos de reivindicações sociais, liberais e nacionalistas que vão alterar as bases do seu regime parlamentar⁴⁵. Aos problemas sociais institucionais, ligados à instalação da grande burguesia no poder, junta-se o reformismo socialista de Fourier⁴⁶, Proudhon⁴⁷ e o socialismo revolucionário de Marx⁴⁸ e Engels⁴⁹ (Manifesto Comunista, 1848), exigindo nova constituição.

A Constituição francesa de 1848, de vigência efêmera, embora considerado um texto ambíguo, no qual as liberdades formalmente reconhecidas dependeriam de disciplina legislativa, é apontada por Suanzes⁵⁰ como a que “traçou o primeiro esboço do que viria a ser

⁴³ Descrita por Engels em A Condição das Classes Trabalhadoras na Inglaterra (1845). *In* Enciclopédia Barsa. V. 14. 1983, p. 322.

⁴⁴ A revolta dos tecelões de seda de Lyon (1831), esmagada com derramamento de sangue, significa o início do socialismo revolucionário na França. Seu teórico foi Louis Blanc, autor de L'Organisation du travail. *In* Enciclopédia Barsa. V. 14. 1983, p. 322.

⁴⁵ Restauração do Império com Napoleão III (1852-1870).

⁴⁶ Charles Fourier (1772-1837). O novo mundo industrial e societário (1829) de acerba crítica à sociedade industrial. *In* Enciclopédia Barsa. V. 1. 1983, p. 226.

⁴⁷ Pierre-Joseph Proudhon (1809-1865). De la capacité politique des classes ouvrières (1865). Preconizava a coletivização da propriedade privada e seu emprego em benefício geral. *In* Enciclopédia Barsa. V. 1. 1983, p. 455.

⁴⁸ Karl Marx (1818-1883) filósofo alemão fundador do ‘materialismo histórico’ e o ‘materialismo dialético’ e juntamente com Engels elaborou a doutrina do comunismo científico. Principal obra, O Capital (1867). *In* Enciclopédia Barsa. V. 1. 1983, p. 355. Marx defendia que a solução das questões sociais se daria atacando a raiz econômica do problema que consistia na alienação dos indivíduos em relação aos meios de produção e ao produto do seu trabalho.

⁴⁹ Friedrich Engels (1820-1895). Filósofo socialista alemão. Autor dentre outras obras de A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. *In* Enciclopédia Barsa. V. 1. 1983, p.192.

⁵⁰ SUANZES, Joaquin Varela. Textos básicos de la historia constitucional comparada, 1998a, p. 29. Apud DANTAS, Miguel Calmon, op. cit., p. 194.

mais tarde, o Estado Social”, pois estabeleceu “o fomento e desenvolvimento do trabalho e da educação primária gratuita e a profissionalização”; “igualdade de direitos entre patrões e empregados”; “assistência social aos menores abandonados, aos doentes e aos idosos desamparados pela família, sem condições de prover o próprio sustento” (art. 13). Entretanto, na França, os direitos sociais só foram retomados com a instauração do Estado Social, pela Constituição de 1946.

A partir de 1850, os Estados Unidos da América instituíram mudanças na lei, baseados na ideia de que as oportunidades econômicas devem ser iguais para todos e de que é dever essencial do governo garantir aos cidadãos um padrão mínimo de vida. Por isto foram adotados programas de assistência social, garantias de preços mínimos aos produtores agrícolas e instituída a legislação antitruste.

Na Europa, no final do século XIX, apesar dos problemas sociais que distanciavam camponeses e operários das classes mais abastadas e da crescente instabilidade política e militar a economia estava em franca expansão, provocando a necessidade de dominação de novos mercados consumidores, conduzindo ao imperialismo econômico e ao colonialismo. “A Europa é o banco do mundo e a Inglaterra o maior credor mundial”⁵¹. Na França, Napoleão III, em 1868, permitiu a liberdade de imprensa e de reunião e Inglaterra e Alemanha⁵², por legislação infraconstitucional, reconheceram alguns direitos sociais.

Mas ao alvorecer do século XX, a rica Europa estava dividida em dois blocos: a *Tríplice Aliança*, criada desde 1882, sob a inspiração de Bismarck, formada pela Alemanha, Áustria e Itália e a *Tríplice Entente*, constituída por Inglaterra, França e Rússia (1907). Esta divisão acelerou a corrida armamentista que, juntamente com a efervescência nacionalista desencadearam a Primeira Guerra Mundial (1914 a 1918).

A Primeira guerra mudou a face da Europa, não apenas nas questões fronteiriças⁵³, mas, sobretudo humanísticas e a crise econômica que se seguiu atingiu vencidos e vencedores, fazendo surgir, já na ótica governamental, a necessidade de se reconhecer direitos sociais.

A Rússia, que entrara na guerra como membro da *tríplice entente*, sofreu graves consequências. No início do século XX, sua população era predominantemente

⁵¹ In Enciclopédia Barsa. V. 7. 1983, p. 237.

⁵² BISMARCK defendeu a atenuação das desigualdades sociais através da criação de um sistema de proteção social.

⁵³ MACMILLAN, Margareth. **Paz em Paris em 1919**. A Conferência de Paris e seu Mister de Encerrar a Grande Guerra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

camponesa⁵⁴ (cerca de 70 %). Mesmo assim, alguns centros urbanos apresentavam desenvolvimento industrial e capitalista, cuja questão social já era aflitiva desde o final do século XIX, quando entre 1896-1897, em virtude dos baixos salários e desemprego, o operariado deflagrara vários movimentos grevistas. Entre 1899 e 1903 o país atravessou uma forte depressão econômica, agravando-se ainda mais a questão social do operariado com o crescimento do desemprego. O movimento estudantil aliou-se ao movimento operário em oposição ao regime autocrático. De 1905 a 1907 o povo russo⁵⁵ vivenciou mais uma grande revolução operária, quando foram instituídos os conselhos operários, mas a revolução fracassou.

Em fevereiro de 1917 a crise alcançou o seu apogeu com a revolta da população, em Petrogrado (ex São Petesburgo) pela falta de alimentos, contra a autocracia e a participação na guerra⁵⁶. A burguesia que comandava a Duma⁵⁷, além de não ter força política para articular o movimento, limitou-se a criticar o governo⁵⁸. Com a abdicação do czar, em 15 de março, foi formado o primeiro governo provisório, instalando-se uma república burguesa controlada pelo Partido Constitucional Democrata, que representava os liberais moderados. Mas as insurreições continuavam por toda a Rússia. O governo prometeu convocar uma Assembleia Constituinte como forma de resposta às reivindicações populares. Em abril, o líder

⁵⁴ Em fevereiro de 1861 Alexandre II suprimiu (Reforma) a servidão na Rússia, mas não pôs em questão a grande propriedade fundiária, ao contrário, facilitou a sua expansão, tendo os senhores se apoderado de terras de camponeses. “Forçada quer pela dinâmica do desenvolvimento econômico da Rússia, quer pela crescente resistência dos movimentos camponeses, essa reforma inscreve-se no processo pelo qual o czarismo tende para uma forma de monarquia burguesa. Desde a sua instauração, a reforma teve seus limites denunciados pelos democratas revolucionários russos; mais tarde, Lênin caracterizá-la-ia como a primeira operação de violência anticamponesa patrocinada pelo capitalismo emergente na agricultura”. In LÊNIN, Vladimir Ilitch. O Desenvolvimento do Capitalismo na Rússia. O Processo de Formação do Mercado Interno para a Grande Indústria. Tradução de José Paulo Netto e revisão de Paulo Bezerra, com base no original russo. São Paulo: Nova Cultura. V. 1, 1988. (Série os Economistas).

⁵⁵ O estopim da revolução foi o fuzilamento em 9 de janeiro de 1905, da massa operária que se concentrava pacificamente diante do Palácio de Inverno. A partir daí, sucedem-se amplas mobilizações proletárias e camponesas: no verão, os operários de Ivanovo-Voznessensk criam o primeiro soviets, em junho subleva-se a tripulação do encouraçado Potemkin e em outubro eclode a greve geral nacional. A 17 de outubro, o czar é obrigado a publicar um manifesto, prometendo a promulgação de uma constituição, contemplando a liberdade de expressão, de reunião, etc. a promessa não foi cumprida. Em dezembro explodiu a revolução pelas armas: somente empregando a artilharia o governo controlou Moscou. Em 1906, mais de um milhão de operários participaram de greves, e, no primeiro semestre, a rebelião camponesa atingiu mais da metade dos distritos do país. Contra as massas, o governo passou a empregar o método das expedições punitivas, que realizaram verdadeiras carnificinas. O fracasso da revolução, porém, não impediu a grande influência que ela exerceu tanto na preparação político-revolucionária das massas (Lênin caracterizou os anos de 1905/1907 como um “ensaio geral” para o levante de 1917), quanto ao estímulo a outras movimentações populares, especialmente na Ásia (Turquia, Pérsia e China). In LÊNIN, V.I, op. cit., p. 9 (N.T. nº 1).

⁵⁶ Despreparada para a guerra (I Grande Guerra), na qual entrou ao lado da entente contra a Alemanha e a Áustria-Hungria, a Rússia viu-se em situação de dependência com relação aos seus aliados para o equipamento do seu exército. In Enciclopédia Barsa, v. 13, 1983, p. 329.

⁵⁷ Duma: Assembléia nacional russa, criada por Nicolau II, em 1906. Enciclopédia Barsa, 1983, v. I, p. 182.

⁵⁸ Os militares, à frente da multidão, investiram contra o Palácio de Inverno e os componentes da Duma se aliaram aos revoltosos.

bolchevique (maioria) Lênin, voltou à Rússia lançando as *Teses de Abril*, um programa político em que se propunha a formação de uma República de soviets, a nacionalização dos bancos e a saída imediata da guerra. Por outro lado, os mencheviques (minoría), defendiam a industrialização e a permanência na guerra até a vitória.

Em outubro de 1917 os burgueses foram afastados do poder, enquanto os bolchevistas, comandados por Lênin, pouco a pouco assumiam a direção de importantes sindicatos industriais, influenciando nos comitês. As principais reivindicações dos trabalhadores eram, jornada de oito horas e o controle operário das fábricas. A 24 de outubro, um destacamento governamental armado fechou o jornal do partido bolchevista, *O Caminho Operário*, mas o comitê central comunista designou um destacamento de guardas vermelhos⁵⁹ para a redação do jornal, que voltou a circular. Na madrugada de 26, o Palácio de Inverno foi tomado de assalto.

Lênin foi eleito pelo II Congresso o presidente do Conselho de Comissários do Povo. Em janeiro de 1918 o Conselho aprovou a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, que foi publicada no Pravda (nº 2), em 17/01/1918 e ratificada pelo III Congresso dos Sovietes em 25/01/1918, sendo mais tarde, incluída na Constituição da República Socialista Federativa Soviética da Rússia (RSFSR).

Há quem garanta que a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado significou para o século XX o mesmo que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) representou para o século XVIII. Talvez, se possa compará-las enquanto momento de ruptura com uma ordem constituída, mas guardadas as devidas proporções e seus momentos. A Revolução Russa rompeu com a ordem vigente e implantou o socialismo⁶⁰, mas a Declaração não instituiu direitos individuais⁶¹.

Dispunha o artigo 1º, do Capítulo II: “Visando precipuamente a suprimir toda exploração do homem pelo homem, a abolir completamente a divisão da sociedade em classes, a esmagar implacavelmente todos os exploradores, a instalar a organização socialista da sociedade e a fazer triunfar o socialismo em todos os países, o III Congresso Pan-Russo dos Sovietes dos Deputados Operários, Soldados e Camponeses decide o seguinte”: 1)

⁵⁹ A Guarda Vermelha, organizada em outubro de 1917, era comandada pelo líder revolucionário Leon Trotski.

⁶⁰ BARROSO, Luis Roberto, op. cit., p. 65, nota 68: “Outro fator que impulsionou a redefinição do Estado ocidental foi a implantação, na União Soviética, do primeiro Estado de base filosófica marxista e modelo econômico socialista. Até quase a última década do século, esse modelo alternativo se irradiou por um terço da humanidade, cooptando corações e mentes nos dois hemisférios e dando lugar a uma disputa de espionagem, propaganda e busca de influência conhecida como Guerra Fria. O colapso do mundo socialista, a partir do final da década de 80, levou ao maior descompromisso social das economias capitalistas”.

⁶¹ A planificação da economia, o centralismo e autoritarismo político na Rússia entraram em colapso a partir de 1980, levando à derrocada do sistema.

Socialização do solo: toda propriedade pertence ao Estado. Nacionalização de gado e empresas agrícolas; 2) Nacionalização das fábricas, das usinas, das minas, dos caminhos de ferro e de outros meios de produção e de transporte para com a finalidade de assegurar o poder dos trabalhadores sobre os exploradores; 3) Nacionalização dos bancos como uma das condições de libertação das massas operárias do jugo do capital; 4) [...].

E no período entre guerras, vai se modelando o Estado Social ou Estado de Direito Social, entendido como primeiro ciclo do constitucionalismo social, quando se instalou uma crise de consciência liberal, fazendo surgir a ideia de “liberdades concretas”. Aquela liberdade, reconhecida perante o Estado⁶², passa a ser vista como liberdade meramente formal, não significando a sua efetividade, sendo por isso necessário liberdade por intermédio do Estado. Urgia reestruturar o modelo de Estado mínimo, liberal, formando uma nova organização cujo fim devia ser, não somente perseguir o progresso econômico⁶³, mas também para distribuir a justiça social. Reivindicava-se um Estado provedor, participativo, garantidor de direitos econômicos, sociais e culturais⁶⁴, identificados, abreviadamente, como *direitos sociais*, destinados a suprimir ou pelo menos reduzir as desigualdades econômicas e sociais e melhorar o bem-estar das pessoas.

Os direitos sociais, inicialmente positivados na Constituição mexicana de 1917, e na da Alemanha⁶⁵, de 1919, (WEIMAR), não lograram efetividade. Ao contrário do que já se operava com as liberdades, os direitos sociais estavam condicionados à *interpositio legislatoris*⁶⁶, sendo o seu caráter jurídico usualmente rejeitado, notadamente quando veiculados ou enunciados por normas programáticas que por preverem prestações estavam condicionadas à lei, sendo livre o legislador para instituí-las ou não.

Também em 1919 foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT), baseada no princípio de que a paz universal para ser permanente deve buscar a justiça social e sob os seguintes argumentos (i) humanitários: condições injustas, difíceis e degradantes de muitos trabalhadores; (ii) políticos: risco de conflitos sociais ameaçando a paz, e (iii) econômicos: o país que não adotasse condições humanísticas de trabalho ficaria excluído das relações

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 55.

⁶³ NOVAIS, Jorge Reis, op. cit., p. 31.

⁶⁴ Incorporado pela Constituição da República Portuguesa de 1976, Título III – Direitos e deveres económicos, sociais e culturais.

⁶⁵ “As dores da crise se fizeram mais agudas na Alemanha, entre os seus juristas, cuja obra de compreensão das realidades emergentes se condensou num texto rude e imperfeito, embora assombrosamente precursor, de que resultariam diretrizes básicas e indeclináveis para o moderno constitucionalismo social.”. BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 233.

⁶⁶ O Parlamento detinha a livre disposição dos direitos fundamentais, em razão de sua supremacia.

econômicas internacionais.

Outro fato significativo para o reconhecimento dos direitos sociais ocorreu nos Estados Unidos com a crise de 1929, caracterizada pelo colapso da Bolsa de Nova Iorque. A grande depressão econômica que se seguiu e se alastrou até à Europa demonstrou que o Estado liberal não atendia às novas exigências e anseios da sociedade, sendo necessária a formatação de um novo modelo de Estado para frear os abusos do poder econômico e evitar a exclusão social.

Consideradas as ideias postas pelo inglês John Maynard Keynes, o Estado passou a ter atuação mais ativa, distanciando-se de sua posição anterior, liberal, e assumindo-se como Estado Social, preocupando-se não só com a liberdade, mas também com o bem estar do cidadão, positivando direitos sociais e econômicos para proteger o mais fraco, do mais forte, nas relações sociais. Instalou-se o *Welfare State* ou Estado do bem-estar social, sustentado pelo *New Deal*⁶⁷, do presidente Roosevelt.

E em 1941, o presidente americano Franklin Roosevelt enunciou a chamada Doutrina das Quatro Liberdades: de palavra e expressão, de culto, de não passar necessidade e de não sentir medo. Em 1944 ele chegou a propor à consciência jurídica norte-americana a adoção de um Segundo *Bill of Rights*, constituído por um catálogo de direitos sociais.

Em virtude da Segunda Guerra Mundial, quando os direitos do homem foram desprezados e desrespeitados, provocando grave crise social, muitos dos Estados envolvidos no conflito, visando à recuperação, se deram novas constituições, como ocorreu com a Itália (1947) e Alemanha (1949) que se organizaram como Estado de Direito Social. E a proposta de reconstrução das economias nacionais do pós-guerra forneceu um terreno favorável ao florescimento do Estado social e dos direitos sociais.

A formação do Estado Social ocorreu, em momentos distintos, na Europa e Estados Unidos, mas o seu significado foi comum. O homem passou a ser visto em sua individualidade social e não somente o homem proprietário. A participação política se alargou (democracia) e os direitos de liberdade para serem assegurados teriam que garantir a cada um, o mínimo de bem-estar econômico para permitir uma vida digna⁶⁸, fundando-se, pois, as novas exigências, na prevalência da dignidade da pessoa humana.

⁶⁷ Política 'de bem-estar público' adotada em 1933 pelo presidente Franklin D. Roosevelt, dos EUA, e que muito contribuiu para superar a crise em que se debatia o país. *In* Enciclopédia Barsa, vol 1, 1983, p. 393.

⁶⁸ BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 227.

No plano internacional surgiram novas declarações de direitos, alargando-se os direitos fundamentais, destacando-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem⁶⁹ (1948).

Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Organização das Nações Unidas, em 10/12/1948, tem-se, reconhecido internacionalmente, que todos os homens, pelo simples fato de o serem, têm direitos inerentes que derivam da sua própria natureza e dignidade, os quais se fundamentam nos conceitos de igualdade e liberdade. Reconhecendo direitos sociais indispensáveis à dignidade humana e para o desenvolvimento da personalidade, afirma o artigo 22: *Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; tem direito a obter a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de acordo com a organização e os recursos de cada país*⁷⁰.

A importância da Declaração Universal é destacada por Bobbio⁷¹:

Pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução na atual Declaração Universal dos Direitos do Homem [...]. Esta Declaração representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade. Os jusnaturalistas teriam falado de *consensus omnium gentium ou humani generis*.

Mesmo contendo direitos que terão de ser expressamente reconhecidos nos ordenamentos jurídicos estatais e internacionais, sua importância reside no fato de afirmar o homem em sua dimensão universal e que, individualmente considerado, detém direitos que devem ser internacionalmente reconhecidos.

Na Alemanha, logo após a derrota na Segunda Guerra Mundial, sopesadas a nefastas experiências da guerra que o Estado Social, instituído pela Constituição de 1919, não conseguira controlar, discutiu-se o afastamento da cláusula de Estado de Direito Social. E da simbiose entre o Estado de Direito Liberal e o Estado de Direito Social, acrescida da dimensão democrática, foi instituído o Estado Democrático de Direito, pela Lei Fundamental de Bonn (*Grundgesetz:GG*), promulgada em 23 de maio de 1949, enfocando a ideia de Estado

⁶⁹ Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil em 10 de dezembro de 1948. FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. **Liberdade de Expressão – Direito na Sociedade da Informação: Mídia, Globalização e Regulação**. São Paulo: Pillares, 2005. p. 319.

⁷⁰ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 179.

⁷¹ BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 35.

Constitucional, estruturalmente organizado com a repartição dos poderes, garantidor da participação política e dos direitos fundamentais centrados na dignidade da pessoa humana e objetivando o desenvolvimento da sua personalidade. “O constituinte alemão conscientemente deixou de prever direitos a prestações positivas do Estado, mas consagrou diversos elementos objetivos que abrem espaço para uma interpretação voltada à garantia de um patamar mínimo de igualdade fática”⁷².

A consagração internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais ocorreu tanto (i) pelo pacto assinado em Roma, em 04/11/1950, pelos quinze países membros do Conselho da Europa, a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, ampliado pelo protocolo assinado em Paris, em 1952; tais documentos se destacam dos congêneres por proporcionarem uma garantia coletiva ao indivíduo em face do Estado sob cuja jurisdição se encontra, graças a uma Comissão Européia de Direitos Humanos, com funções de conciliação e sindicância, e a uma Corte, cujos julgamentos passaram a ser supervisionados pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa; quanto (ii) pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, sociais e Culturais⁷³ de 1966, que conduz à ideia de justiça social, segurança social e sobretudo a vinculação social de direitos fundamentais, dispendo o artigo 3º. *Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais enumerados no presente Pacto.*

Em seguida, as Constituições ocidentais, como a de Portugal de 1976, da Espanha de 1978, deixam de ser, simplesmente, o estatuto do poder público para se converterem na “ordem jurídico fundamental da comunidade”⁷⁴. Projetam-se na ordem civil, disciplinando a economia e o mercado e consagrando “valores solidarísticos, além de direitos diretamente oponíveis aos atores privados, como os trabalhistas”⁷⁵. Temas ligados aos direitos humanos, como: respeito à integridade do indivíduo, direitos econômicos e sociais (direito à moradia, educação, saúde, previdência, etc) e liberdades políticas e civis (que incluem liberdade de imprensa, reunião, religião, liberdade de ir e vir dentro de seu país e no exterior), adquirem importância muito maior do que no passado, trazendo consequências jurídicas nas relações civis.

⁷² ALEXY, Robert. Citado por BARROSO, Luis Roberto, op. cit., p. 35: “à exceção do direito das mães à proteção e amparo da sociedade”.

⁷³ Adotado pela Resolução nº 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. In FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira, op. cit., p. 319.

⁷⁴ HESSE, Konrad. Citado por UBILLOS, Juan María Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), op. cit., p. 301 a 340.

⁷⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Neste contexto, as constituições dos Estados democráticos absorvem princípios fundamentais de direito privado⁷⁶, cuja ênfase está concentrada na pessoa humana e, inclusive, dispondo sobre a própria eficácia dos direitos fundamentais, autointitulando-os como de aplicabilidade imediata, tornando-os desta maneira, tão justiciáveis quanto os direitos fundamentais de primeira geração. Como diz Bonavides⁷⁷:

De tal sorte que os direitos fundamentais de segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma. Com efeito, ate então, em quase todos os sistemas jurídicos prevalecia a noção de que apenas os direitos da liberdade eram de aplicabilidade imediata, ao passo que os direitos sociais tinham aplicabilidade mediata, por via do legislador.

Deste modo, os direitos fundamentais sociais ganham uma dimensão objetiva: cabe aos poderes públicos respeitar e fazer respeitar “interesses públicos fundamentais”⁷⁸. Desta dimensão objetiva⁷⁹ deflui-se uma importante consequência jurídica: o reconhecimento da sua eficácia irradiante. Reconhece-se que os valores que “dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o judiciário”⁸⁰.

O Brasil também seguiu o mesmo exemplo. Em 1988, restabeleceu o regime democrático e pela Constituição da República Federativa se organiza como Estado Democrático de Direito, tendo como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), dentre seus objetivos, construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º,

⁷⁶ “O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 6.

⁷⁷ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 564-565.

⁷⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 273 a 299.

⁷⁹ “De acordo com a nova teorização dos direitos fundamentais, as prescrições desses direitos são também direito objetivo e isso levou, segundo Schmitt, à superação daquela distinção material entre as duas partes básicas da Constituição, em que os direitos fundamentais eram direitos públicos subjetivos ao passo que as disposições organizatórias constituíam unicamente direito objetivo”. Carl Schmitt, “Grundrechte und Grundpflichten”, in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, op. cit., p. 189. Apud BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 568.

⁸⁰ SARMENTO, Daniel, op. cit. p. 124. Em sentido contrário, defende Konrad Hesse: “Direitos sociais fundamentais, por exemplo, o direito ao trabalho ou direito à moradia adequada ou à seguridade social não se tornam efetivos pelo fato de que se respeitem e amparem, antes requerem de antemão e em qualquer caso mais do que em direitos fundamentais tradicionais, ações do Estado tendentes a realizar o programa contido neles. [...] Só a partir de normas do legislador podem nascer pretensões jurídicas bem determinadas e invocáveis perante os poderes públicos”. HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. (Organização – tradução) Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2009.

III), assegurando além dos direitos individuais e coletivos (art. 5º, incisos I a LXXVIII), os direitos sociais (arts. 6º a 11º) e os direitos políticos (arts. 14 a 16). Estabelece que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’ (art. 5º § 1º); que os ‘direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte; e que ‘os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, § 4º). A garantia consagrada na competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, para a guarda da Constituição e o controle de constitucionalidade das leis (art. 102, *caput*, III, ‘b’, § 2º e art.103, § 2º).

Daí se poder dizer que, assim como os direitos civis dominaram o século XIX, os direitos sociais, frutos das ideologias antiliberalistas, dominaram o século XX, nas Constituições dos Estados Democráticos instituídos após a Segunda Guerra, alargando o catálogo dos direitos fundamentais. Embora designados, singularmente, de direitos sociais, privilegiam os direitos sociais, econômicos e culturais, na busca de um equilíbrio, uma melhor igualdade material entre os membros do corpo social.

Refutada a igualdade somente perante a lei, como pretendido pela ideologia liberal, são conquistados, assim, os direitos sociais como direitos relativos ao princípio da igualdade, como proposto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, recebendo então, a designação de direitos de “segunda geração”

O homem indivíduo e o homem sujeito, ser social e coletivo têm seus direitos constitucionalmente catalogados pelas Entidades Estatais, politicamente organizadas, como direitos fundamentais, civis, políticos e sociais, mesmo quando não gozam de efetividade. Entretanto, outros fatos se fazem presentes no dia-a-dia, demonstrando outras peculiaridades e fazendo surgir novas reivindicações.

1.1.5 A luta pela solidariedade: os direitos difusos

Os dois choques do petróleo, na década de 1970, a globalização econômica, novos acordos entre países constituindo blocos econômicos, o fosso cada vez mais profundo entre

países desenvolvidos e outros subdesenvolvidos, a fome e a miséria, a ameaça à paz, ações terroristas, são fatos que vêm ocorrendo desde o final do século XX, suscitando discursos em defesa de novos direitos fundamentais.

E mais, o progresso tecnológico e científico dos últimos tempos tem produzido impactos não apenas nos meios de produção, comercialização e comunicação, mas introduzido mudanças, com consequências prejudiciais às relações sociais e jurídicas. Surgem novas ameaças à vida, à liberdade e à segurança das pessoas e para o planeta terra, em seus recursos naturais e ambientais. Fala-se, inclusive, no advento de uma “sociedade de riscos”⁸¹, tornando-se necessário não apenas partilhar a riqueza, como no Estado do Bem-Estar, mas, sobretudo, os riscos decorrentes do comportamento humano que se modificam. Para acompanhar a sociedade que se transforma, o direito se modifica.

As propostas são para o reconhecimento de direitos fundamentais, diferentes daqueles de liberdade e igualdade, direitos que têm por “primeiro destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”⁸² (sujeitos indeterminados ou indetermináveis, família, povo, nação, ligadas por circunstâncias de fato). Esta nova categoria de direitos fundamentais – no que pese a opinião de Bobbio⁸³, como sendo integrantes de uma “categoria excessivamente heterogênea e vaga” – passou a ser denominada de direitos de *fraternidade*, na esteira do brado revolucionário francês de 1789 ou direitos de solidariedade⁸⁴, caracterizando-se, por isso, como direito de *titularidade difusa*, e sendo designados por direitos de “terceira geração”.

Ensina Bonavides⁸⁵ que Vasak⁸⁶ já identificou cinco direitos da fraternidade: “o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”. Aduzindo, ainda, este autor, que o círculo pode “alargar-se, à medida que o processo universalista se for desenvolvendo”. São também inseridas neste catálogo, as garantias contra manipulações

⁸¹ BECK, Ulrich. Citado por SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 38.

⁸² BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 569.

⁸³ “Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata”. BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 25.

⁸⁴ Expressão utilizada por Etienne-R. Mbaya, formulador do chamado “direito ao desenvolvimento”. “O direito ao desenvolvimento diz respeito tanto a Estados como a indivíduos, segundo assevera o próprio Mbaya, o qual acrescenta que relativamente a indivíduos ele se traduz numa pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada”. Segundo BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 570.

⁸⁵ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 569.

⁸⁶ “Léçon Inaugurale”, sob o título Pour les Droits de l’Homme de la Troisième Génération; Les Droits de Solidarité, ministrada em 2 de julho de 1979, no Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, por Karel Vasak, Diretor da Divisão de Direitos do Homem e da Paz, da UNESCO. Apud BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 569.

genéticas, o direito a morrer com dignidade e o direito à mudança de sexo. Mas como ressalta Sarlet⁸⁷, estas reivindicações são facetas novas deduzidas do princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, já garantidos como direitos individuais, mas cujo reconhecimento é necessário, em virtude de mudanças operadas na atual sociedade.

Bonavides⁸⁸ já defende a existência de direitos fundamentais de quarta geração, apontando: o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”; e, com fundamento na Declaração das Nações Unidas “sobre a preparação das sociedades para viver em paz”, aprovada na 85ª sessão plenária da Assembléia-Geral de 15.12.1978 e na Declaração do Direito dos Povos à Paz, contida na Resolução 39, da ONU, de 12.11.1984, traslada o “direito à paz”⁸⁹, da terceira geração e o visualiza como direito de quinta geração, um direito fundamental de nova dimensão, firmando a pré-compreensão da paz, na era da legitimidade e da ética.

1.1.6 Direitos humanos, direitos fundamentais, uma questão de dimensão

Para designar os direitos fundamentais da pessoa humana, filósofos, sociólogos, juristas e legisladores utilizaram e continuam utilizando, indistintamente, os termos: “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”.

Embora os direitos fundamentais sejam direitos humanos, “no sentido de que seu titular sempre será o ser humano”⁹⁰, caminha a doutrina no entendimento de conotar, diferentemente, os termos, sendo assim: *direitos fundamentais* os direitos do ser humano “reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado”⁹¹; *direitos do homem* aqueles inerentes, por isso, naturais, “não, ou ainda não

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 57.

⁸⁸ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 571.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 579-593.

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 36. Jörg Neuner, apud SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2007, p. 36: “também sufragou esta linha de entendimento, ao advogar a distinção entre os direitos fundamentais, fundados no pacto constituinte e limitadores do poder das maiorias parlamentares, e os direitos humanos, compreendidos como direitos supra-estatais, com validade universal e vinculativos inclusive das maiorias constituintes”.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 35 e 38. “Na esteira de Pedro C. Villalon parece correto afirmar que os direitos fundamentais nascem e acabam com as Constituições, resultando, de tal sorte, da confluência entre os direitos naturais do homem, tais como reconhecidos e elaborados pela doutrina jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, e da própria ideia de Constituição”.

positivados”⁹²; e *direitos humanos* para referir-se àqueles “positivados na esfera do direito internacional”⁹³.

A substituição foi ocorrendo paulatinamente e hoje o termo “direitos fundamentais” tem conotação mais adequada ao Estado de Direito Democrático, no que foi recepcionado pela Constituição brasileira de 1988.

No tocante à expressão “geração” de direitos fundamentais, alguns doutrinadores contemporâneos passaram a apontar o equívoco da linguagem adotada, sugerindo, em substituição, o termo “dimensão”⁹⁴. Justifica-se pelo fato de que a palavra ‘geração’ denota a ideia de encerramento, linhagem, ascendência. Na verdade não é isto que ocorre com os direitos fundamentais. Os direitos individuais não se extinguiram quando surgiram os direitos sociais e nem estes foram afastados pelos direitos de solidariedade.

Já a palavra ‘dimensão’, significando “grandeza”, “importância”, melhor condiz com a interação e a interdependência entre os direitos fundamentais, que tutelam a pessoa humana, correspondendo cada tipologia a uma dessas dimensões⁹⁵, como reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais, em um processo cumulativo, de complementaridade e fortalecimento e não de substituição ao longo do tempo. Foi neste contexto que a Conferência de Viena, da ONU, de 1993, além de consagrar as características atribuídas pela Declaração de 1789, inalienáveis e imprescritíveis, acresceu-lhes a característica da indivisibilidade.

Concluindo, pode-se afirmar que os direitos fundamentais civis, sociais ou difusos, enquanto direitos humanos são, somente, uma questão de dimensão. E na esteira do pensamento de Bobbio⁹⁶:

[...] direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacificada dos conflitos.

E a democracia se faz com representatividade popular (direitos políticos), partidos políticos, poderes públicos independentes, mas, sobretudo, com uma Corte Suprema, tendo o dever precípua de guardar a Constituição, depositária, sobretudo, dos direitos e garantias

⁹² *Ibidem*, p. 36.

⁹³ *In. Ibidem*, p. 38.

⁹⁴ RIEDEL, Eibe. *In* EuGRZ, 1989, p. 11. Apud SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 53.

⁹⁵ DANTAS, Miguel Calmon, op. cit., p. 81, nota 60: Cabe registrar, contudo, que constitucionalistas de escol continuam a utilizar a expressão ‘gerações’, com a devida compreensão, como Paulo Bonavides (1997, p. 516-518) e José Adércio Leite Sampaio (2004, p. 25-263).

⁹⁶ BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 21.

fundamentais do corpo social de um Estado.

1.2 DIREITOS INDIVIDUAIS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O povo americano, em 1787 e a nação francesa, em 1791, cada um ao seu modo⁹⁷, compartilhando do mesmo substrato filosófico, econômico e político ideológico-liberal, do século XVIII, decidiram escrever suas Constituições, simbolizando as transformações da ordem estatal anteriormente vigente. Para os americanos, significando: a retomada dos direitos e das prerrogativas outrora reconhecidos e a fundação de um novo Estado; para os franceses, significando: a resistência à opressão do Estado Absolutista, buscando a transição de uma tradição política para a modernidade⁹⁸: uma ordem estatal organizada para, sobretudo, garantir os direitos naturais e civis do homem e do cidadão e estabelecer a separação de poderes.

Fundados no jusnaturalismo racionalista e no contratualismo, os franceses, em 1789, haviam *declarado* direitos individuais, naturais⁹⁹, já que provindos do homem enquanto ser no estado da natureza. Enquanto direitos naturais e imprescritíveis do homem que toda associação política era obrigada a ‘conservar’, não poderia o Estado voltar-se contra eles, traduzidos, assim, em postulados de abstenção dos governantes, como obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. Por esta ótica, tais direitos seriam efetivos desde que o Estado não interferisse nas liberdades pessoais.

Nesta mesma linha o Diploma francês de 1791 dispôs no Título Primeiro: “Disposições Fundamentais garantidas pela Constituição”, afirmando no artigo 3º: “A Constituição garante igualmente como direitos naturais e civis: [...], a liberdade de enviar, às autoridades constituídas, petições assinadas individualmente”; mas, relevando o princípio da separação dos poderes, declarava no capítulo V – do Poder Judiciário, do artigo 3º. “Os tribunais não podem intrometer-se no exercício do poder legislativo ou suspender a execução

⁹⁷ A Constituição americana de 1787, precedente à francesa, inicialmente não expressou nenhum direito fundamental. Assim, sob a ótica do artigo 16, da subsequente Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, seria inadequado o seu conceito material de constituição, a qual deveria agregar, à separação de poderes a previsão de direitos individuais. Foram as dez primeira emendas que, em 1791, acrescentaram o Bill of Rights àquele documento solene.

⁹⁸ MARTÍNEZ, Gregorio, **Curso de Derechos Fundamentales**, Teoría General, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 150, apud DANTAS, Miguel Calmon, op. cit., p. 83.

⁹⁹ Embora naturais, os americanos “lhes confere perspectiva mais concreta e contextual”. *Ibidem*, p. 105.

das leis nem intervir nas funções administrativas ou chamar para comparecer em juízo os administradores por razões (inerentes) às suas funções”¹⁰⁰.

Inaugurou-se, assim, o constitucionalismo moderno, embasado nos pressupostos das declarações de direitos que afirmavam direitos individuais, de caráter meramente declarativos e não constitutivos. Traduziam a noção de direitos absolutos garantidos pela Constituição, mas sem dispor de institutos jurídicos que lhes assegurassem a prevalência e proteção para sua devida aplicabilidade.

Nos Estados Unidos da América, a Suprema Corte, em 1803, inaugurou a jurisdição constitucional¹⁰¹, com o julgamento do caso *Marbury v. Madison*, partindo da incontestável argumentação esgrimida pelo Juiz John Marshall a respeito da supremacia da Constituição em face das leis em geral e da necessidade de garantir o texto constitucional por meio de um controle atribuído aos órgãos do Poder Judiciário (*judicial review of legislation*).

No Brasil, a Constituição de 1891, influenciada pela doutrina da *judicial review* norte-americana, previu o controle judicial e fiscalização *difusa-incidental* e *sucessiva* da constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público, facultando o recurso para o Supremo Tribunal Federal, “quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela” (art. 59, § 1º, alínea ‘a’)¹⁰².

O Constitucionalista Rui Barbosa (1849-1923), ao analisar a primeira Constituição Republicana, na linha afinada com o constitucionalismo liberal, cuidou de demonstrar que “uma coisa são *garantias constitucionais*, outra coisa os *direitos*, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança política ou judicial”¹⁰³, tendo identificado com precisão a existência de outras garantias¹⁰⁴ da lei maior, não vinculadas aos direitos individuais. E, reconhecendo a indiferença normativa na elucidação do sentido que têm as garantias constitucionais, declarou:

Verdade é que também não se encontrará, na Constituição, parte ou cláusula especial, que nos esclareça quanto ao alcance da locução ‘garantias constitucionais’. Mas a aceção é óbvia, desde que separemos no texto da lei fundamental, as disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos

¹⁰⁰ Arnaut, Luiz. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas – FAFICH, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Belo Horizonte. www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf. Acesso em: 2 abr. 2010.

¹⁰¹ Sistema difuso ou americano. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 898.

¹⁰² Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 2 abr. 2010.

¹⁰³ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 529.

¹⁰⁴ “A dualidade das câmaras, a colaboração do chefe de Estado na produção da leis, a responsabilidade dos funcionários, a organização da justiça, a eletividade das funções políticas, as imunidades parlamentares, as incompatibilidades eleitorais e os direitos autônômicos dos Estados”. BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 535.

direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*; estas, as *garantias*¹⁰⁵; ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito. Essa discriminação produz-se naturalmente, de um modo material, pela simples enunciação de cada cláusula no tit. II, sec. II¹⁰⁶.

E insurgindo-se contra a posição de juristas que tomavam as palavras direitos e garantias como sinônimas, assim se posicionou:

A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre *direitos e garantias*, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. *Direito* 'é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos'¹⁰⁷. *Garantia* ou *segurança* de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil¹⁰⁸.

Tendo definindo, *stricto sensu*, as garantias constitucionais como sendo “as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder”¹⁰⁹. Direitos que, segundo Bonavides “são os da personalidade, os direitos individuais clássicos”¹¹⁰. É assim que, paulatinamente, as garantias constitucionais vão se transformando em “uma espécie de escudo da personalidade contra os desvios do poder do Estado”¹¹¹, tornando-se objetivo de toda sociedade a concretização de tais garantias.

Durante o século XIX, as garantias, as declarações e os direitos, giraram em torno de dois pólos: o indivíduo e a liberdade, portando, por isso, as garantias constitucionais, um teor individualista, subjetivista, tendo levado a doutrina e a jurisprudência ao entendimento de que as garantias constitucionais eram as garantias individuais.

Ocorre que, na primeira metade do século XX, com o reconhecimento de direitos fundamentais sociais, pela Constituição de Weimar (1919), que não resultaram eficazes já que

¹⁰⁵ Segundo SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 170. “não são nítidas, porém, as linhas divisórias entre direitos e garantias (...). Nem é decisivo, em face da Constituição, afirmar que os direitos são declaratórios e as garantias assecuratórias, porque as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes se declaram os direitos usando forma assecuratória”. De acordo com este posicionamento, Tavares, André Ramos, op. cit., p. 790, aponta como paradigma o instituto da ação popular: CRFB/88, art. 5º: LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

¹⁰⁶ Rui Barbosa, ob. cit., p. 194, Apud BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 530.

¹⁰⁷ Littré, Grand Dictionnaire, v. II, p. 1.245.

¹⁰⁸ Rui Barbosa, A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal, 2ª ed., Rio de Janeiro, Flores & Mano (na obra não tinha o ano) p.193/194, , apud BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 528.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 529.

¹¹⁰ *Idem*.

¹¹¹ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 532.

faltavam salvaguardas jurídicas para combater as infrações, parte da doutrina alemã percebeu esta ausência e elaborou a teoria das garantias constitucionais¹¹², destacando, além do indivíduo e da liberdade, outra modalidade autônoma, denominada por Carl Schmitt¹¹³ de *garantias institucionais* ou de institutos:

que via na salvaguarda, por exemplo, do matrimônio, da família, da propriedade, ou também, da liberdade do ensino ou de investigação, ou da autonomia local, não direitos subjetivos, mas sim garantias constitucionais dessas instituições ou figuras jurídicas semelhantes¹¹⁴.

A defesa passa a ser de que a garantia institucional protege a essência da instituição. Ressalta Bonavides¹¹⁵ que a inclusão deste terceiro pólo, *instituição*, provocou a ruptura do modelo clássico – que entendia as garantias enquanto garantias individuais – dando mostras que o Estado liberal cedia lugar ao Estado social, onde a hegemonia é da sociedade/comunidade, convertendo-se, o conceito de garantias institucionais, numa das colunas do Estado social. No dizer do autor¹¹⁶:

O Estado social produziu porem vínculos entre as instituições e os novos direitos fundamentais mediante a renovação doutrinária, que fez semelhantes direitos gravitarem quase todos na órbita social. E a teoria das garantias institucionais não pôde desfazer-se dos laços que a prendem aos direitos fundamentais, sem embargo de todo o empenho havido em separar direitos e garantias.

Mas o impulso decisivo para esta formulação se deu com a Constituição alemã de 1949, ao instituir o Estado de Direito¹¹⁷, encerrando, antes de tudo, a noção de Estado Constitucional, baseando já o artigo 1º “no princípio supremo, absoluto e intangível da inviolabilidade da dignidade humana (art. 1.1 GG) e no reconhecimento dos direitos invioláveis e inalienáveis do homem (art. 1.2 GG)”¹¹⁸, o direito de todos ao livre desenvolvimento da sua personalidade,

¹¹² “A distinção mais em voga entre as duas modalidades de garantias pode também ser formulada nos seguintes termos: as garantias do instituto protegem instituições de direito privado; as garantias institucionais, instituições de direito público”. BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 634.

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 159: “Oportuna torna-se aqui a referência, inobstante exemplificativa, à doutrina das garantias institucionais desenvolvida com base nas lições de M. Wolf e C. Schmitt sob a égide da Constituição de Weimar de 1919, bem como da dimensão axiológica da Constituição, encontrada na obra de R. Smend *Constitución y derecho constitucional*, p. 37 e ss., no âmbito de sua “teoria da integração”. Para o autor, a função integrativa da Constituição apóia-se justamente nos valores essenciais de uma determinada comunidade, em cuja base situam-se os direitos fundamentais”.

¹¹⁴ HESSE, Konrad, op. cit., p. 36.

¹¹⁵ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 535.

¹¹⁶ *Ibidem.*, p. 543.

¹¹⁷ “Com isso, expressa um traço essencial do novo ordenamento democrático e do Estado de Direito: o significado constituinte dos direitos fundamentais para esse ordenamento após a época de menosprezo e graves violações dos direitos humanos pelo regime nacional-socialista”. HESSE, Konrad, op. cit., p. 30.

¹¹⁸ *Ibidem.*, p. 29.

desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral, tendo assegurado sua vigência jurídica ao dispor que os direitos fundamentais obrigam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 1.3 GG), como direito diretamente aplicável e submetendo sua observância a controles judiciais¹¹⁹.

Neste contexto, ao lado dos direitos fundamentais¹²⁰ que, além da tradicional dimensão subjetiva de proteção do cidadão contra abusos do poder estatal, surge, também, o poder da Corte se impor sobre todo o ordenamento jurídico vigente, o que dará aos direitos fundamentais, uma dimensão objetiva:

Ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente às intervenções injustificadas do Estado corresponde seu significado jurídico objetivo como preceitos negativos de competência. As competências legislativas, administrativas e judiciais encontram seu limite sempre nos direitos fundamentais; estes excluem da competência estatal o âmbito que protegem, e, nessa medida, vedam sua intervenção¹²¹.

O reconhecimento desta projeção objetiva dos direitos fundamentais, que não se refere ao direito positivado, dito direito objetivo, reverso da medalha da posição subjetiva, passou a significar que os dispositivos constitucionais que contemplam direitos subjetivos têm função autônoma, “que transcende esta perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos, e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais”¹²².

Na segunda metade do século XX, as Constituições de países como Portugal (1976), Espanha (1978), e suas organizações como Estado Democrático de Direito recrudescem o princípio da supremacia da Constituição, que passa a ser denominado “neoconstitucionalismo”¹²³, elegendo a supremacia do Poder Judiciário com o dever, não só de guardar a Constituição, mas garantir o direito fundamental de exercício do pluralismo

¹¹⁹ “Tudo isso, estabelecido no texto da Lei Fundamental, foi amplamente desenvolvido, elaborado e progressivamente desenvolvido pela jurisprudência, em particular pela emanada do Tribunal Constitucional”. HESSE, Konrad, op. cit., p. 29.

¹²⁰ “... considerados em conjunto, os direitos fundamentais da Lei Fundamental se circunscrevem basicamente aos clássicos direitos humanos e civis. Os constituintes de 1949 evitaram, conscientemente, incluir regras da vida econômica, social e cultural que transcendessem tais direitos, como se continham – ainda que só como programa não vinculante para o legislador, segundo a interpretação dominante – na Constituição do Reich de 1919”. HESSE, Konrad, op. cit., p. 30.

¹²¹ HESSE, Konrad, op. cit., p. 36.

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 160.

¹²³ “Termo cunhado na Itália, amplamente aproveitado na Espanha, e agora em voga no Brasil”, segundo Margarida Lacombe Camargo. Parte I – Marcos Político-Jurídicos e Princípios da Constituição Federal de 1988. O STF e a Interpretação da Constituição de 1988, 20 anos depois da Promulgada. In 20 anos da Constituição cidadã de 1988. RIBAS VIEIRA, José (org.). *20 Anos da Constituição Cidadã de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2008 p. 3.

democrático. Assegura-se a concretude aos direitos fundamentais mediante disposição de sua “aplicabilidade imediata”, “garantia de sua ampla eficácia” e “criação de tribunais especializados para julgar a inconstitucionalidade de lei ou ato da administração pública e revisar decisões que contrariem os dispositivos constitucionais”.

Contudo, não se pode perder de vista a lição de Hesse¹²⁴:

As formas de garantir os direitos fundamentais podem ser diferentes, embora exista conformidade em seu conteúdo e interpretação, como ocorre no âmbito reduzido das democracias ocidentais. Nelas as soluções oscilam desde regular uma enumeração minuciosa de direitos fundamentais na Constituição (como sucede na Alemanha), ou remeter-se a uma Declaração histórica de Direitos Humanos (como na França), até reconhecer vigência aos direitos fundamentais como garantias não escritas (assim ocorre essencialmente na Grã-Bretanha). Da mesma maneira, é diferente seu desenvolvimento concreto, na medida em que vinculam o legislador ou a fiscalização judicial para garantir sua observância.

No Brasil, a Constituição da República Federativa, de 1988, com suas posteriores Emendas, é rica na formulação de garantias, de ordem constitucional, institucional, inclusive, tendo aperfeiçoado o sistema judicial de controle da constitucionalidade das leis, mantendo e combinando os métodos “difuso-incidental” e “concentrado-principal” de jurisdição constitucional.

Bonavides refere-se a garantias constitucionais do direito objetivo e garantias constitucionais do direito subjetivo, para a proteção dos direitos fundamentais, na atual Constituição, afirmando que a garantia das garantias do direito objetivo: “vem a ser a Constituição mesma, a sua rigidez, o seu grau de legitimidade, o seu formalismo, a eficácia, a juridicidade e o alcance de suas cláusulas, a par de um efetivo controle de constitucionalidade”¹²⁵. Classificando-as em:

(A) garantias constitucionais “qualificadas”, raras ou de 1º grau – garantem a inalterabilidade do preceito tanto por via legislativa ordinária como por via constituinte derivada; são aquelas que circundam direitos, princípios e valores da Constituição, dentre as quais a denominada cláusula pétreia, que afasta do poder reformista do Estado, os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV)¹²⁶;

(B) garantias constitucionais “simples”: frequentes ou de 2º grau – recaem contra ação

¹²⁴ HESSE, Konrad, op. cit., p. 25-26.

¹²⁵ BONAVIDES, Paulo **Curso de Direito Constitucional**, 2009, p. 548.

¹²⁶ Art. 60, § 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.

do legislador ordinário, por isso não contêm a mesma eficácia das garantias de 1º grau já que não prevalecem contra o legislador constituinte que exerce o poder de emenda constitucional, ainda que nos limites da Constituição;

(C) garantias constitucionais de natureza processual¹²⁷:

(1) pelo método difuso-incidental – o controle da constitucionalidade dos atos e das omissões do poder público se dá em demanda judicial concreta, por qualquer juiz¹²⁸ ou tribunal, *incidenter tantum*, por meio de uma **ação subjetiva** ou peça de defesa ou de um recurso, pela parte que alega a inconstitucionalidade de uma lei ou ato que a outra pretende ver aplicada ao caso. Ostenta a natureza de questão *prejudicial*, ou seja, um antecedente lógico e uma *conditio sine qua non* da solução do conflito principal. Pode ser provocado e suscitado: (i) pelo autor, nas ações constitucionais de garantia, qualquer que seja o tipo de processo e procedimento (processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar), designadas pela doutrina de remédios constitucionais, em razão da celeridade e do rito sumário de seus procedimentos, que são especiais, como *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), mandado de segurança (art. 5º, LXIX), mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), mandado de injunção (art. 5º, LXXI), *habeas data* (art. 5º, LXXII), ação popular (art. 5º, LXXIII) e a ação civil pública (Lei nº 7.347/85); (ii) pelo réu, nos atos de resposta (contestação, reconvenção e exceção); (iii) nas ações incidentais de contra-ataque (embargos à execução, embargos de terceiros, etc.).

(2) pelo método concentrado-principal¹²⁹: (i) o Supremo Tribunal Federal é provocado, por meio de **ação direta objetiva**, que instaura um processo objetivo, para decidir sobre a antinomia entre uma norma infraconstitucional e uma norma constitucional, cujo confronto se faz de modo abstrato, a fim de assegurar a supremacia da Constituição, por meio das seguintes ações: (a) Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, por ação (art. 102, I, ‘a’), com previsão de efeito vinculante das decisões de mérito (art. 102, § 2º) ou omissão,

¹²⁷ Estudo fundado nos ensinamentos de Dirley da Cunha Júnior. Balanço crítico da jurisdição constitucional brasileira. In **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. Salvador, V. 1, 2009, p. 23-33.

¹²⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da, op. cit., p. 23, defende a propositura através de qualquer ação judicial comum dirigida a qualquer juiz ou tribunal., tese à qual também se adere.

¹²⁹ Merece apontamento a posição de Gilmar Ferreira Mendes sobre a ênfase atribuída pela Constituição, ao modelo concentrado: A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimidade para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, faz com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado.” Apud CUNHA JÚNIOR, Dirley da, op. cit., p. 25.

ampliada a legitimidade ativa para a propositura destas ações, com disciplina pela Lei nº 9.868/99; (b) Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC (art. 102, I, ‘a’), com previsão de efeito vinculante das decisões de mérito, também disciplinada pela Lei nº 9.868/99; (c) da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (art. 102, § 1º), com disciplina pela Lei 9.882/99¹³⁰; (d) Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva – ADI Interventiva. (ii) Quanto aos Estados são autorizados a instituir um sistema de controle concentrado de constitucionalidade de suas leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face de suas Constituições, por meio da ação direta de inconstitucionalidade, tanto por ação como por omissão, de competência exclusiva dos Tribunais de Justiça, vedando apenas a legitimidade para agir a um único órgão (art. 125, § 2º), bem como a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça, de competência exclusiva dos Tribunais de Justiça, também foi franqueada aos Estados, para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual (art. 35, IV, primeira parte).

(D) do ponto de vista formal, no sentir de Bonavides, destinadas “a assegurar, se possível, a eficácia do Estado social, assentado sobre as bases do Estado de direito”¹³¹, regra a Constituição, em seu artigo 5º, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”; e § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Deste modo, no Brasil, o sistema misto de jurisdição constitucional, enquanto garantias constitucionais, introduzido pela Constituição de 1988, revela uma grande capacidade de proteção dos direitos fundamentais seja na solução de casos concretos, ou mediante a fiscalização abstrata, princípio da antinomia entre uma norma infraconstitucional e uma norma constitucional.

Quanto às garantias institucionais ensina o referido Mestre que “no Brasil, as garantias institucionais se subsumem à larga esfera das garantias constitucionais”¹³².

¹³⁰ “A chamada ADPF incidental, prevista no art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.882/99, é uma ação direta que leva ao STF o exame de uma controvérsia concreta, ocorrente em sede difusa, acerca de lesão a preceito fundamental”. *Ibidem.*, p. 29.

¹³¹ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p.553.

¹³² BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 537.

1.3. ENTRAM EM CENA OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

1.3.1 Os direitos da personalidade

Durante o Estado de Direito Liberal os direitos individuais foram reconhecidos, mas não garantidos, pois garantias constitucionais e garantias individuais se confundiam, girando em torno do indivíduo e das liberdades. Os direitos fundamentais inerentes à pessoa eram direitos civis. A ofensa privada à integridade física ou moral da pessoa era dirimida no campo do direito penal (crimes contra a pessoa) e do direito civil, pela responsabilidade subjetiva na prática de ilícito.

No século XX, as Constituições do segundo pós-guerra (italiana de 1947 e alemã de 1949), motivadas pelo “personalismo e o solidarismo do tipo católico”¹³³, inscrevem o compromisso da ordem estatal político democrático com a valorização da pessoa humana, com expressões como “direitos invioláveis do homem”, “dignidade humana”, “direitos inderrogáveis de solidariedade”, “livre desenvolvimento da personalidade”.

Paulatinamente, doutrina e jurisprudência desses países vão construindo a supremacia e concretude dos direitos fundamentais (pela aplicabilidade imediata, sua ampla eficácia e controle jurisdicional revisional) em caso de ofensa a tais direitos por normas de direito privado. Firma-se a concepção de um “direito geral de personalidade”, como direito “à pessoa ser e à pessoa devir”¹³⁴, conduzindo, cada vez mais, ao entendimento de que os direitos fundamentais são direitos da personalidade e vice-versa. E assim, também nos demais países que vão se organizando como Estados Constitucionais vão entrando em cena os direitos de personalidade, enquanto direitos fundamentais.

Assenta Canotilho¹³⁵ que Portugal, pela LC 1/97 (art. 26º/1) autonomizou “um direito ao desenvolvimento da personalidade” que não se constitui apenas como uma ordem de direitos subjetivos, mas, sobretudo como uma ordem objetiva, justificando o reconhecimento de direitos fundamentais a pessoas coletivas e organizações, tornando visível, neste domínio, a separação entre direitos fundamentais e direitos de personalidade, já que, “Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais

¹³³ PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 35.

¹³⁴ CARVALHO, Orlando de. Teoria Geral da Relação Jurídica, Coimbra, 1970, p. 36 apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 396.

¹³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 396.

são direitos de personalidade”.

Resta, portanto, investigar como este processo ocorreu, para posteriormente analisar se, pela Constituição de 1988, o Brasil também se aliou a esta tendência.

Tem-se que a Revolução Francesa acabou por ‘individualizar’ o homem e na esteira do positivismo, o tornou ‘sujeito’ de direitos. Neste contexto, os estatutos jurídicos das pessoas, positivados em termos, permitiam reconhecer e atribuir-lhes capacidade jurídica, para o exercício da vida civil. Assim, o Código Civil Francês – Código Civil Napoleônico, de 1804 –, o instituto jurídico representante natural da Revolução, voltado para a proteção do patrimônio e das relações contratuais, portanto, de acentuado individualismo¹³⁶, conteve regras sobre a igualdade e capacidade jurídica (art. 8º) e a obrigatoriedade de reparação de quaisquer danos ocasionados culposamente a outrem (art. 1382º)¹³⁷, porém sem qualquer preocupação com a proteção à pessoa humana, em suas prerrogativas essenciais enquanto partícipe e membro da sociedade.

Em Portugal, na segunda metade do século (1867), na linha jusnaturalista e liberal, o Código Civil de SEABRA, igualou a personalidade à capacidade jurídica, ao dispor no artigo 1º. “Só o homem é susceptível de direitos e obrigações; nisto consiste a sua capacidade jurídica ou a sua personalidade”¹³⁸; consagrou direitos originários, nos termos do artigo 359º. “Dizem-se direitos originários os que resultam da própria natureza do homem, e que a lei civil reconhece, e protege como fonte e origem de todos os outros. Estes direitos são: 1º. O direito de existência; 2º. O direito de liberdade; 3º. O direito de associação; 4º. O direito de apropriação; 5º. O direito de defesa”¹³⁹; e como meio de tutela preceituou a reparação civil por ofensa aos direitos originários, estabelecendo indenização por prejuízos atinentes à personalidade física ou moral.

Como ressalta Capelo de Souza¹⁴⁰, o positivismo jurídico, no afã de consubstanciar o direito na vontade do Estado, através da máxima *ius est quod iussum est*, acabou por afirmar a

¹³⁶ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil. Português**. I. Parte Geral. Tomo IV. Coimbra, Almedina, 2005, p. 78: “a pessoa, enquanto individuo carece de bens que movimenta para sobreviver e se expandir”.

¹³⁷ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 70.

¹³⁸ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. , op. cit., p. 71. Nos projetos iniciais de SEABRA não existia no seu art. 1º a expressão “ou a sua personalidade” que foi acrescentada na sessão de 11 de março de 1860, após FEERRER NETO E PAIVA ter proposto o seguinte aditamento “e os homens como gozando de capacidade jurídica, ou sejam considerados individualmente ou coletivamente, chamam-se pessoas” e de terem tomado a palavra SEABRA, que por certo não concordou face a anterior polémica com Ferrer Neto e Paiva, e outros, “decidiu-se por maioria que conviria definir o que era “pessoa ou personalidade”, fazendo sentir que esta consiste na capacidade jurídica, e ficou encarregado o autor do projeto de modificar o artigo neste sentido”.

¹³⁹ CORDEIRO, António Menezes, op. cit., p. 124-125, nota 382.

¹⁴⁰ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. op. cit..

relevância tão só de determinados direitos especiais de personalidade (ao nome, à integridade física e à honra), baseados na ideia de que apenas esses constituiriam verdadeiros direitos subjetivos, por isso, admitidos pelo poder legislativo do Estado. Mas a tutela da personalidade restava adstrita ao aspecto criminal (calúnia, injúria, difamação).

É afirmação corrente na literatura jurídica que a teoria dos direitos da personalidade deveu-se à doutrina civilista alemã da segunda metade do século XIX, entre cujos doutrinadores despontou Gierke¹⁴¹, impondo-se à corrente negativista capitaneada por Savigny¹⁴² que negava a sua existência, sob o argumento da impossibilidade da existência de direito do homem sobre a sua própria pessoa, o que levaria à incongruência de ser o homem, a um só tempo, sujeito e objeto de direito e até mesmo a legitimar o suicídio.

Por isso, se diz que a denominação “direitos da personalidade” surgiu tardiamente na dogmática jurídica, sendo sufragada para limitar conotação genericamente compartilhada com outras designações recorrentes, como: direitos humanos, direitos fundamentais, liberdades públicas, direitos civis, direitos de estado ou direitos de pessoa, etc.

Ao alvorecer do século XX, o Código Civil Suíço, de 1907, contemplou a cláusula geral protetora da personalidade humana, “outorgando direito de ação a todo aquele que sofrer um atentado ilícito à sua personalidade” e definindo “atentado ilícito como sendo a agressão não justificada pelo consentimento da vítima, por um interesse público ou privado preponderante” (art. 28)¹⁴³.

O significado do termo ‘personalidade’ não guarda uniformidade entre os doutrinadores, aqui e alhures. Para Telles Jr, citado por Diniz¹⁴⁴, “a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa”. Segundo Gomes¹⁴⁵, “a personalidade é um

¹⁴¹ “Chamamos direitos de personalidade aos direitos que concedem ao seu sujeito um domínio sobre uma parte da sua própria esfera de personalidade. Com este nome, eles caracterizam-se como ‘direitos sobre a própria pessoa’, distinguindo-se com isso, através da referência à especialidade do seu objecto, de todos os outros direitos. Os direitos de personalidade distinguem-se, como direitos privados especiais, do direito geral da personalidade, que consiste na pretensão geral, conferida pela ordem jurídica de valer como pessoa. O direito de personalidade é um direito subjectivo e deve ser observado por todos”. Apud CORDEIRO, António Menezes, op. cit., p. 373.

¹⁴² Um dos expoentes da Escola Histórica do Direito. Obra: *Sistema Del Derecho Romano Atual*, v. 1º, p. 260. apud GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 134.

¹⁴³ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 48: “O art. 28, do Código Civil suíço, de acordo com a redação dada pela Lei Federal de 16 de dezembro de 1983, dispõe: ‘Celui qui subit une atteinte illicite à as personnalité peut agir en justice pour as protection contre toute personne qui y participe – Une atteinte est illicite, à moins qu’elle ne soit justifiée par le consentment de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi’”.

¹⁴⁴ TELLES JR., Goffredo. *Direito subjetivo – I*, In *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 28, p. 315. Apud DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. V. 1. Teoria Geral do Direito Civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 119.

¹⁴⁵ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Atualizada e Aumentada de Acordo com o Código Civil de

atributo jurídico”. Sustenta Morais¹⁴⁶: “a personalidade humana é *valor*, um valor unitário e tendencialmente sem limitações”. Gonçalves¹⁴⁷ sustenta que o conceito de personalidade advém da resposta à pergunta “quem é o homem?”, assim conceituando: “Personalidade é o conjunto das qualidades e relações que determinam a pessoa em si mesma e em função da participação na ordem do ser, de forma única e singular”.

O fato é que a pessoa porta um conjunto de qualidades (como ressalta Gonçalves) ou atributos que se materializam como bens, podendo ser de natureza física ou moral¹⁴⁸ e que, portanto, merecem a proteção do ordenamento jurídico, sob a denominação de direitos da personalidade: uma categoria que veio revelar o núcleo da dimensão existencial do Direito Civil – os quais são desenvolvidos e concretizados à vista do que é o ‘valor fonte’ do ordenamento, a *pessoa humana*, cuja dignidade vem reconhecida em sede constitucional¹⁴⁹.

Após a Segunda Guerra Mundial, países envolvidos no conflito como Itália e Alemanha se organizaram constitucionalmente como Estado de direito democrático, tendo como princípios fundamentais a valorização da ‘pessoa’, com primordial destaque para a sua ‘dignidade’ e a preocupação com o ‘desenvolvimento da sua personalidade’.

A Constituição italiana de 1947 elevou o ‘ideal personalístico’ a ‘princípio fundamental’ do sistema¹⁵⁰, dispondo em seu artigo 2º. *A República reconhece e assegura os direitos invioláveis do homem, quer como indivíduo, quer dentro dos agrupamentos sociais em que projeta a sua personalidade e exige o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social*¹⁵¹. Este reconhecimento delineou uma tripla importância¹⁵²:

(a) a garantia da inviolabilidade dos direitos do homem – correlação entre o valor da personalidade individual e a gama dos direitos invioláveis do homem: o instrumento e o critério com que se protege a personalidade é a garantia dos direitos fundamentais;

2002, por BRITO, Edvaldo; BRITO, Reginalda Paranhos de, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

¹⁴⁶ MORAIS, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 146.

¹⁴⁷ GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Direitos de Personalidade. Fundamentação Ontológica da Tutela**, Coimbra : Almedina, 2008, p. 64-68.

¹⁴⁸ Constituição da República Portuguesa, artigo 25º. Direito à integridade pessoal. 1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável Código Civil Português, artigo 70º. Tutela geral da personalidade. 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

¹⁴⁹ MARTINS COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p.71.

¹⁵⁰ SCALISI, Antonio. **Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità**. Milano, Giuffrè, 1990, p. 34.

¹⁵¹ “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.

¹⁵² Síntese do pensamento de SCALISI, Antonio, op. cit., 1990.

(b) a instituição do nexo entre pessoa e formação social – os direitos invioláveis são garantias não somente referentes ao homem ‘como indivíduo’, mas também na formação social, isto é, dentro dos grupos que se formam na realidade da vida social: como a família, as associações, as confissões religiosas etc.;

(c) explícita previsão de deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social – de um lado, a República está empenhada em proteger o valor da pessoa humana também dentro dos grupos, buscando-se evitar que o valor da pessoa seja sacrificado em função do grupo, na medida em que garante um harmônico desenvolvimento das relações sociais; por outro, conduzindo a que estes direitos são instrumentos de integração do homem com o homem, sendo que os direitos de solidariedade representam os “instrumentos necessários para criar as condições indispensáveis a um real e livre desenvolvimento da personalidade”¹⁵³.

O empenho internacional do pós-guerra firmou o pressuposto da necessidade da proteção jurídica aos direitos da personalidade, tutelando a pessoa em seus próprios valores, quer no âmbito da sua individualidade quanto no aspecto social. Assim: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em Bogotá em 1948, dispendo o artigo 5º. “Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos a sua honra, a sua reputação e a sua vida particular e familiar”; a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em Nova Iorque pela Organização das Nações Unidas, em dezembro de 1948, que conduziu à implementação e aceitação jurídica de um sistema de princípios fundamentais da conduta humana e, sobretudo, à partilha e ao reconhecimento de alguns valores por toda a humanidade, declara no artigo 12: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”; a Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 04.11.1950, que solidificou entre os países signatários os princípios outorgados pela Declaração Universal de 1948, expressa no artigo 8º. “Toda pessoa possui o direito ao respeito à sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência”.

Na Alemanha, a Lei Fundamental (Grundgesetz - GG)¹⁵⁴ de 1949, reconheceu a existência de invioláveis e inalienáveis direitos do homem, como fundamento de qualquer

¹⁵³ SCALISI, Antonio, op. cit., p. 38.

¹⁵⁴ “Art. 1º - 1. A dignidade da pessoa humana é sagrada. Todos os agentes da autoridade pública têm o dever absoluto de a respeitar e proteger. 2 . O povo alemão reconhece, pois, a existência de direitos do homem invioláveis e inalienáveis, como fundamento de toda a comunidade humana da paz e da justiça do mundo. 3.

comunidade humana, da paz, da justiça no Mundo, decorrentes da inviolável dignidade da pessoa humana e o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral, direitos que obrigam os poderes públicos e são dotados de eficácia, vez que diretamente aplicáveis.

Mas a teoria dos direitos da personalidade só ganhou relevo e destaque na segunda metade do século XX, pela jurisprudência dos tribunais alemães nos julgamentos de situações novas, decorrentes das relações do homem com o mundo, com seus semelhantes e consigo mesmo. Os avanços tecnológicos favoreceram a maior invasão da vida privada; as novas relações consumeristas motivaram e acirraram novos modos de publicidade; a garantia de acesso à justiça deu maior visibilidade ao direito; e tantos outros fatos do quotidiano do mundo contemporâneo foram dando mostras de que as normas vigentes no ordenamento jurídico precisavam ser entendidas de acordo com o novo modelo estatal e com os novos valores sobre a pessoa, propostos pela Constituição¹⁵⁵.

Acontece que na Alemanha, desde a introdução do Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) de 1900, a ressarcibilidade de dano não patrimonial só era admissível nos casos previstos em lei, conforme a prescrição do § 253: “Por causa de um dano não patrimonial, só pode exigir-se indenização em dinheiro nos casos determinados por lei”¹⁵⁶. Um desses casos é o do § 847, que estatui: “Em caso de lesão do corpo ou da saúde, assim como da liberdade, a vítima pode exigir também uma indenização equitativa em dinheiro do dano que não seja patrimonial”¹⁵⁷. Deste modo, a tutela civil da personalidade humana era moldada pelo uso moderno da *actio iniuriarum* romana, prevendo, o § 823/I, uma proteção material dos principais bens da personalidade humana, a vida, o corpo, a saúde e a liberdade, mas sem subjetivá-los na esfera jurídica do seu beneficiário. Por isto, a jurisprudência e a

(...)”. “Art. 2º - 1. Todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, nos limites dos direitos de outrem, da ordem constitucional e da ordem moral. 2. Todos têm direito à vida e a integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Só a lei pode restringir estes direitos”. SZANIAWSKI, Elimar, op. cit., p. 119.

¹⁵⁵ A possibilidade do recurso constitucional contra julgados de tribunais cíveis segundo o direito alemão. [...] essa especificidade reside no fato de a Constituição alemã facultar a cada pessoa, pela via de um assim chamado recurso constitucional, a invocação do Tribunal Constitucional Federal com a afirmação de ‘ter sido violado em um dos seus direitos fundamentais pelo poder público’ (artigo 93, incisos I a IV, da Lei Fundamental. Há consenso de que também os tribunais cíveis devem ser considerados ‘poder público’ nesse sentido, sendo, por conseguinte, possível recorrer ao Tribunal Constitucional Federal contra toda e qualquer sentença de tribunal cível de última instância, isto é, sobretudo do Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*). CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. *In* SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 228.

¹⁵⁶ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1999.

¹⁵⁷ *Idem*

doutrina negavam a existência de um direito geral de personalidade, admitindo, apenas, “direitos subjetivos de personalidade ao nome, à própria imagem e à autoria moral”¹⁵⁸.

Porém, as questões postas sob a ótica do Direito Privado foram sendo confrontadas com os direitos fundamentais dispostos na Lei Fundamental. Emblemática foi a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal, em 1958, no chamado “Caso Luth”¹⁵⁹, versando sobre a colisão entre o direito delitivo (da responsabilidade por atos ilícitos) e a liberdade de opinião: condenado pela Corte de Hamburgo por ato ilícito, ofensivo aos bons costumes, § 826¹⁶⁰, do Código Civil, o Sr. Luth apresentou recurso constitucional, tendo o Tribunal Constitucional Federal cassado a sentença do tribunal cível “pois esse teria, na aplicação do § 826 do BGB, violado o direito fundamental à liberdade de opinião do Sr. Luth, assegurado pelo artigo 5º, inciso I, da LF”¹⁶¹, nos termos:

[...] O conteúdo legal dos direitos fundamentais como normas objetivas é desenvolvido no direito privado através dos seus dispositivos diretamente aplicáveis sobre esta área do direito. Novos estatutos devem se conformar com o sistema de valores dos direitos fundamentais. O conteúdo das normas em vigor também deve ser harmonizado com esta ordem de valores. Este sistema infunde um conteúdo constitucional específico ao direito privado, orientando a sua interpretação¹⁶²

Diante desta nova realidade foi-se formando na jurisprudência “o princípio da interpretação conforme à Constituição”¹⁶³ – a ‘hierarquia das normas’ e a “supremacia dos direitos fundamentais” em relação ao direito privado – fundado na unidade do ordenamento jurídico: “em função dessa unidade, as leis emanadas sob a vigência da Lei Fundamental devem ser interpretadas em consonância com a Constituição, assim como o direito anterior ainda vigente deve ser adaptado à nova situação constitucional”¹⁶⁴. Neste percurso, passa a interpretação a ter significado decisivo para a “consolidação e preservação da força normativa da Constituição”¹⁶⁵.

¹⁵⁸ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A., op. cit., p. 133.

¹⁵⁹ Erich Luth, então presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo convocou os proprietários e frequentadores de salas de cinema para o boicote de um novo filme, argumentando que o diretor do mesmo rodara um filme anti-semita durante o período nacional-socialista. Conforme CANARIS, Claus-Wihelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 229-230.

¹⁶⁰ § 826: “Quem contrariando os bons costumes, causar danos a outrem ficará obrigado a indenizá-lo”. MORAES, Maria Celina B. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 109.

¹⁶¹ CANARIS, Claus-Wihelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 229-230.

¹⁶² KOMMERS, Donald P, apud SARMENTO, Daniel, op. cit., 113.

¹⁶³ HESSE, Konrad, op. cit., p. 118.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 119.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 135.

A partir de 1960, outros Estados foram se conformando como Estado Democrático de Direito, com o aprofundamento da solidariedade social e a introdução de novas concepções ético-sociais de Estado e sociedade solidária. A dignidade da pessoa humana, as liberdades fundamentais e a conseqüente proteção ao desenvolvimento da personalidade adquiriram foros de relevância jurídica com reflexos no Direito Privado, principalmente o Direito Civil que passou a ser interpretado numa dimensão social¹⁶⁶. Ou como propõe Costa¹⁶⁷ dá-se a ultrapassagem da incomunicabilidade entre a Constituição e o Código Civil, em virtude das prescrições sobre os ‘direitos da personalidade’.

A Constituição portuguesa de 2 de abril de 1976 e suas conseqüentes revisões, proclama Portugal como uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e numa sociedade livre e justa e assim preordena o sistema jurídico, “explicitando e constitucionalizando diversos direitos de personalidade e reforçando a tutela jurídica dos mesmos direitos”¹⁶⁸. Como prescrito no artigo 26º. “Outros direitos pessoais. 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

A Constituição espanhola de 31 de outubro de 1978 observa valores da ordem jurídica, liberdade, justiça, igualdade e pluralismo político, afirmando “a dignidade da pessoa e o livre desenvolvimento da personalidade”, como fundamentos da ordem política e da paz social. Expressa o art. 10.1: “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamento da ordem política e da paz social”¹⁶⁹.

1.3.2 Direitos da personalidade no cenário jurídico nacional

Nesta mesma esteira a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental da República (artigo 1º, III),

¹⁶⁶ “Essa socialização do direito privado não implica a sua ‘publicização’. Apenas se traduz em crescente eticização e número de normas imperativas reguladoras de relações entre particulares”. In VARELA, Antunes, op. cit., p. 218, nota 1, apud SILVA, João Calvão da, op. cit.

¹⁶⁷ COSTA, Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 63-87.

¹⁶⁸ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. , op. cit., p. 96.

¹⁶⁹ SZANIAWSKI, Elimar, op. cit., p. 119.

apontando dentre seus objetivos fundamentais estruturar a sociedade, para que seja livre, justa e solidária, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos.

Mas o constituinte brasileiro não seguiu o modelo adotado nas Constituições de Portugal, Espanha e Alemanha que instituíram “uma cláusula geral de tutela da personalidade”, optando por especializar, dentre os direitos fundamentais, os direitos de personalidade: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X).

No cenário jurídico brasileiro a Constituição e o Código Civil de 2002 tutelam distintos direitos da personalidade. Pelo Código a pessoa natural que nasce com vida adquire personalidade civil (art. 2º), passando a ser capaz de direitos e deveres nesta organização civil (art. 1º) e portador de direitos – intransmissíveis e irrenunciáveis, excetuadas as previsões legais e cujo exercício não pode sofrer limitação voluntária – denominados “direitos da personalidade” (art.11) e que são: o corpo (arts. 13 a 15 – integridade física), o nome (arts. 16 a 19 – prenome e sobrenome), a palavra, os escritos, a imagem (art. 20) e a vida privada (art.21). Garante-se o direito de exigir que cesse a ameaça ou a lesão a direito da personalidade e reclamar perdas e danos em caso de prejuízo (art. 12). Defendidos na esfera criminal, pela tipificação das condutas tipificadas pelo Código Penal: Calúnia (artigo 138¹⁷⁰), Difamação (art. 139¹⁷¹) e Injúria (art. 140¹⁷²).

Sob esse vértice, pode-se dizer que o homem, embora seja o centro do universo jurídico, só se realiza e só se desenvolve, enquanto pessoa, no convívio e interação no grupo social livre, justo e solidário e em relação ao qual, todos têm a atribuição de certas *responsabilidades sociais*¹⁷³. Recaindo a tutela da personalidade em manifestações especiais de projeções de bens que traduzem aspectos da pessoa humana seja na sua moldura física, intelectual, moral e de individualidade. É este conjunto que forma e constitui o objeto do direito da personalidade que é o patrimônio de qualquer¹⁷⁴ pessoa.

Este conjunto de bens é comumente desdobrado pela doutrina em dois grupos: os que compõem a personalidade física (vida, corpo, voz, imagem, cadáver) e aqueles que integram a

¹⁷⁰ Artigo 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime.

¹⁷¹ Artigo 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação.

¹⁷² Artigo 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro.

¹⁷³ MARTINS COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p.74.

¹⁷⁴ Artigo 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos de personalidade

personalidade moral ou espiritual¹⁷⁵ (a intimidade, o nome, a reputação etc.), dando margem à formação de duas correntes.

A primeira, denominada pluralista, defende a existência de diversos direitos de personalidade destinados a proteger os bens jurídicos especificados pelo legislador, como sendo os mais importantes para tutela da pessoa na vida privada. “Sendo múltiplas as exigências da personalidade humana, que recaem sobre distintos bens, é natural que as mesmas sejam tuteladas por direitos distintos”¹⁷⁶.

Enquanto que para a corrente monista existe um direito geral de personalidade, “de caráter abrangente, abrangendo a proteção de todos os bens jurídicos integrantes da personalidade humana, ainda que não indicados expressamente pelo legislador”¹⁷⁷.

Na doutrina brasileira os defensores da corrente monista, sustentam seus argumentos no princípio fundamental da ‘dignidade da pessoa humana’ e para “evidenciar o fato de que a proteção da pessoa nas suas relações privadas não se esgota na garantia de direitos subjetivos” preferem empregar a expressão “cláusula geral de tutela da pessoa humana”¹⁷⁸. Assenta Morais¹⁷⁹: Não há mais, de fato, que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, porque se está em presença, a partir do princípio constitucional da dignidade, de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Como todo direito está subordinado ao direito de outrem, “segundo a fórmula ‘spenceriana’ ou, substancialmente ‘kantiana’, de que o direito de qualquer pessoa vai até onde começa o direito de outrem”¹⁸⁰, já se reconhece que não há direitos absolutos.

A Constituição brasileira, após assegurar a inviolabilidade aos direitos da personalidade, artigo 5º, X, primeira parte, reconhecendo que a vida em sociedade é um constante entrelaçamento de relações, e deixando evidenciado que nem os direitos fundamentais são absolutos, podendo, inclusive, se contraporem, prevê, na parte final, o ressarcimento financeiro, a indenização, na ocorrência de lesão a estes direitos, da qual resulte o dano material ou dano moral.

175 MORAES, Walter. Direito da Personalidade. In LIMONGI FRANÇA, R. (coord) Enciclopédia Saraiva de Direito nº 26, 1997, pp. 28-45, apud SARMENTO, Daniel, op. cit., 2008, p. 97.

176 Conforme SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 98, “esta é a posição defendida, na doutrina italiana por DE CUPIS, Adriano, op. cit., p. 25 et seq.”.

177 SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 98.

178 SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 101: “neste quadro, alguns autores, como Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Leonardo de Andrade Mattioto.

179 MORAIS, Maria Celina Bodin de . O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang., Op. cit., p. 144.

180 REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27.ed São Paulo: Saraiva, 2005, p. 59.

Neste sentido destaca Cordeiro¹⁸¹ que a responsabilidade patrimonial constitui uma importante projeção da ideia básica do reconhecimento da personalidade humana e sua tutela, “que não tem sido considerada pela doutrina, a tal propósito”. Dela se deflui a importante dimensão da natureza humanista do atual Direito Civil, condicionando, de perto, muitas soluções de Direito privado.

É por meio da responsabilidade patrimonial que se permite responder à questão básica das consequências (civis) da inobservância ou descumprimento de garantia fundamental, assegurada no âmbito Constitucional (art. 5º, X) ou Civil (Código Civil de 2002, artigos 12º¹⁸²).

181 CORDEIRO, Antonio Menezes, op. Cit., p. 384.

182 Artigo 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

CAPÍTULO II

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E EXPRESSÃO DE LIBERDADE

2.1 AS LIBERDADES: A LIBERDADE INDIVIDUAL E AS LIBERDADES PÚBLICAS

Para melhor se compreender o significado do direito fundamental de liberdade faz-se mister uma rápida abordagem da sua “evolução histórica”, desde o prisma individualista – dicotomizando, liberdade individual e liberdades públicas – ao outro social, ou seja, sua dimensão durante o Estado de Direito Liberal e perante o Estado Democrático de Direito, quando o direito de liberdade passa a ser entendido como um dos mais altos valores assegurados.

A Liberdade configura-se como um dos tripés da Revolução Francesa de 1789. Isto porque, por um lado, significando o grito da massa faminta e servil contra o estatuto de servidão imposto pelas relações de vassalagem, por outro, o fundamento da classe burguesa adversária do poder absoluto e obrigada a pagar a conta da ineficiência da monarquia reinante que obstaculizava o exercício do livre comércio.

Com o sucesso da tomada do poder, a classe burguesa, enquanto representante do povo francês, reconhecendo que as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos são a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem procurou edificar uma nova ordem, declarando os direitos do *homem* e do *cidadão*¹⁸³.

Tais *Direitos do Homem* configuram-se como aqueles propostos pelos jusnaturalistas, que são inatos, pois pertencentes ao homem enquanto tal: o homem nasce e permanece livre, por isto é detentor de direitos naturais e imprescritíveis que lhe autorizam

¹⁸³ O terceiro Estado, também estratificado, era formado por uma camada heterogênea de interesses contrapostos: de um lado, a massa faminta (camponeses, artesãos, desempregados etc) que de certa maneira, reverenciava a monarquia, pois almejava, tão somente, emprego, comida, melhores condições de trabalho e moradia. Em suma, não desejava mais que senhores justos; por outro lado, a burguesia (banqueiros, comerciantes, profissionais liberais e proprietários) – que já se firmava como detentora do capital – ansiosa de expandir seus negócios, não aceitava o vigente sistema de produção corporativista, e almejando galgar o poder, via no absolutismo e em seu sistema estratificado, um obstáculo aos seus objetivos. Aparentemente unidos naquele momento fractal, após a mudança do Poder, o sistema de exploração da mão-de-obra continuou inalterado, com a diferença que os exploradores passaram a ser outros, a nova classe dominante.

a resistência à opressão.

Os *Direitos do Cidadão* são aqueles que protegem o homem como ser social, isto é, o indivíduo que vive em sociedade, pois a associação política tem por objetivo a conservação dos direitos como a liberdade, a propriedade e a segurança. Daí que idealizados como titulares de direitos naturais, os *indivíduos* transportam prerrogativas do *estado de natureza* para o *estado civil*.

Mas, neste contexto, qual o real significado da palavra ‘liberdade’? Hobbes a definira como sendo, “a ausência de todos os impedimentos à ação que não estejam contidos na natureza e na qualidade intrínseca do agente”¹⁸⁴. Locke vira na lei “o instrumento que assegura a liberdade”¹⁸⁵. Para Rousseau só é livre a vontade que obedece à lei, por isso, liberdade é a “obediência às leis que prescrevemos para nós”¹⁸⁶. Montesquieu via na obediência à prescrição legal o conceito de liberdade, que consistiria no “direito de fazer tudo o que as leis permitem, já que se um cidadão pudesse fazer tudo o que as leis proíbem, ele já não teria liberdade, pois os outros teriam igualmente este poder”¹⁸⁷. Kant¹⁸⁸ defendia que todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade e limitado apenas pela liberdade do outro.

De modo geral pode-se dizer que a liberdade era compreendida como a possibilidade de optar livremente entre todas as condutas que não fossem prescritas ou proscritas na lei.

A consagração da liberdade ocorre sob a forma de “direitos naturais e civis” na Constituição francesa de 1791¹⁸⁹, garantindo: a *liberdade* de ir, permanecer e partir sem ser impedido ou detido, senão em conformidade com a Constituição; a *liberdade* de falar, escrever, imprimir e publicar o pensamento, sem prévia submissão dos escritos a censura alguma ou inspeção; *liberdade* de exercer o culto religioso ao qual esteja ligado; a *liberdade* aos cidadãos de se reunirem pacificamente e sem armas, cumprindo as exigências das leis de policia; a *liberdade* de enviar, às autoridades constituídas, petições assinadas individualmente.

Na trajetória dos direitos fundamentais a palavra ‘liberdade’ passou a ter diversos sentidos e acepções. Tornou-se famoso o discurso proferido pelo constitucionalista Benjamin

¹⁸⁴ FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira, op. cit., p. 39.

¹⁸⁵ LOCKE, John. Two Treatises of Government, II, VI, 57. Apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 714: “A lei não é tanto a limitação, mas sim o guia de um agente livre e inteligente, no seu próprio interesse”.

¹⁸⁶ FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira, op. cit., p. 38.

¹⁸⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis. Apud FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira, op. cit., p. 38.

¹⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 47.

¹⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 394.

Constant, em 1891, no Ateneu de Paris¹⁹⁰, em que traçou a dualidade de sentidos para ‘liberdade’, distinguindo entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos quanto à concepção do poder político. Se a liberdade dos antigos consistia, segundo Aristóteles, na participação ativa nos negócios públicos, a liberdade dos modernos teria como escopo “*la sécurité des jouissances privées*”¹⁹¹. Segundo Benjamin Constant, citado por Dantas¹⁹², os homens de sua era mais aplaudem a ‘liberdade civil’, “não apenas porque a liberdade civil ganhou suas vantagens, em virtude da multiplicação das tomadas particulares de decisões, mas também porque a liberdade política perdeu as suas, devido ao tamanho das sociedades”.

Firmam-se, assim, os dois conceitos mais reconhecidos: a liberdade dos antigos, eminentemente política, de sentido democrático, associada à dimensão de *res pública* da própria comunidade; e a liberdade dos modernos – com restrição ao sentido de democracia, já que o sufrágio era censitário – visando à proteção da esfera individual e particular do cidadão. Deste modo consigna-se a separação entre a ‘sociedade civil’ e a ‘sociedade política’, “pois o binômio homem-cidadão assenta no pressuposto de que a sociedade civil separada da sociedade política e hostil a qualquer intervenção estadual, é por essência, apolítica”¹⁹³. Pelo postulado básico do liberalismo, distingue-se, o Estado – regido pelas normas de Direito público e destinado a conservar os direitos naturais e imprescritíveis do homem; e a Sociedade – regida pelas normas de direito privado. Assenta-se a separação entre Estado e Sociedade.

No constitucionalismo moderno francês as liberdades individuais são direitos civis. Mas diante da aceitação de conotações distintas entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos, assenta-se, no final do século XIX, a dicotomia entre direito individual e direito político, ou seja, na linha da teoria elaborada por G. Jellinek¹⁹⁴, dos *status* em que o indivíduo se encontra perante o Estado, em *status negativus* e *status activus*.

O *status negativus* ou *status libertatis* (liberdade que os poderes públicos não podem vulnerar, a não ser em casos e sob condições excepcionais, daí as designações *liberdades*

¹⁹⁰ FACCHINI NETO, Eugenio. Reflexões histórico-evolutiva sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org), op. cit., p. 20.

¹⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 393.

¹⁹² CONSTANT, Benjamin. Princípios de Política Aplicáveis a todos os Governos, 2007, p. 595-596. Apud DANTAS, Miguel Calmon, op. cit., p. 48.

¹⁹³ Conforme CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 393-394.

¹⁹⁴ FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e comunicação. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 93. Jellinek desenvolveu a teoria dos quatro status em que o indivíduo se encontra frente ao Estado: status passivus, status negativus, positivus e activus. O status passivus caracteriza-se pela posição de subordinação do indivíduo aos poderes públicos, e por isso, sujeito de deveres perante o Estado que tem competência para vincular o indivíduo, através de mandamentos e proibições legais.

autonomia e direitos negativos) é estabelecido em função da afirmação constante do valor da pessoa humana, sendo necessário que o Estado não se intrometa na autodeterminação do indivíduo. Dotado de personalidade, impõe-se que o homem goze de um espaço de liberdade de atuação, sem ingerências dos poderes públicos. No entendimento da escola liberal, para a manutenção do livre comércio e das liberdades individuais, os direitos naturais e imprescritíveis do homem merecem ser protegidos contra a Administração pública, “inimigo potencial” e capaz de ameaçar as liberdades conquistadas¹⁹⁵. “A relação entre os poderes legislativo e executivo subordinava-se aos princípios da *prevalência da lei e da reserva da lei*, sendo certo que esta deveria incluir, numa sociedade verdadeiramente liberal, as matérias relativas à liberdade e à propriedade dos cidadãos”¹⁹⁶. Os direitos fundamentais são, assim, entendidos como *direitos subjetivos públicos*, no sentido de que estes são criados pelo direito público como resultado da autolimitação do monarca. Por outra face, pelo *status activo*, o indivíduo tem competência para decidir sobre a formação da vontade estatal, correspondendo essa posição ao exercício dos direitos políticos, manifestados principalmente através do voto e direito aos cargos públicos.

Nesse contexto, a publicística francesa passou a designar por *direitos individuais* ou *liberdades individuais* ou ainda *liberdades fundamentais* os direitos civis sem os direitos políticos¹⁹⁷, defluindo-se que, as liberdades estariam ligadas ao *status negativus*, pois seria por meio delas que se protegeria a esfera do cidadão contra a intervenção do Estado. E designando o *status activus* pelas expressões, *direitos políticos*, *direitos do cidadão*, *liberdades de participação*.

Daí se afirmar que a palavra liberdade, conotando o direito de cada indivíduo é característica do Estado de Direito, em oposição ao Estado Policial e ao Estado Totalitário.

Na Constituição Brasileira de 1988, tem-se no artigo 5º, *caput* a garantia da inviolabilidade do direito à liberdade de brasileiros e estrangeiros residentes¹⁹⁸ no País, sendo, portanto, uma “norma universal”, no sentido de direito à liberdade pessoal, pois garante que

¹⁹⁵ Carecen de relevancia dentro de estas coordenadas, otras posibles dimensiones del conflicto entre libertad y poder. BILBAO UBILLOS, Juan Maria. In SARLET. Ingo Wolfgang (Org). 2006. p. 302.

¹⁹⁶ MACHADO, Jónatas E. M, op. cit., p. 82.

¹⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 395

¹⁹⁸ Mas, a liberdade da pessoa natural antes de ser um direito é, sobretudo, um estado do ser humano. Razão pela qual, tem de ser inviolável a liberdade de quantos se encontrem no território nacional e não apenas dos estrangeiros residentes, conclusão a que se chega pelo dispositivo inserto no inciso XV – Liberdade de locomoção: é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

“o indivíduo ‘a’ tem direito à liberdade [...] perante o estado e os outros indivíduos”¹⁹⁹. É o Estado assegurando o direito à liberdade física, à liberdade de movimentos, ou seja, o “direito de não ser detido ou aprisionado”²⁰⁰, ou de qualquer modo “fisicamente condicionado a um espaço, ou impedido de se movimentar”²⁰¹. Neste sentido, o conceito de liberdade, se liga aos direitos de defesa perante o Estado, constituindo um *Abwehrrecht*²⁰².

A liberdade da pessoa, enquanto *ser*, só pode ser cerceada quando a sua conduta rompe com o preestabelecido pela sociedade, no ordenamento jurídico. Agir ou deixar de agir, isto é, fazer ou não fazer alguma coisa é a manifestação ou não, da vontade livre do indivíduo. E a liberdade como reconhecimento da autonomia da vontade e de independência é bem definida por Bobbio²⁰³, embasado em Kant, como poder de legislar sobre si mesmo. Por esta razão, o direito à liberdade é o único direito transmitido ao homem pela natureza e não por uma autoridade constituída.

Por seu turno, as liberdades públicas, conforme o ensinamento de Canotilho²⁰⁴, seriam *Abwehrrechte* e costumam ser “caracterizadas como posições fundamentais subjectivas de natureza defensiva”, se identificando com “direitos a acções negativas”, cujo traço específico é a “*alternativa de comportamentos*, ou seja, a possibilidade de escolha de um comportamento”. São liberdades porque são frutos da atividade humana, e são públicas porque compete ao Estado protegê-las.

A CRFB/88 atesta em diversos incisos do artigo 5º, as liberdades fundamentais inerentes à pessoa humana, conduzindo ao entendimento de que são ‘liberdades públicas’: IV - Liberdade de manifestação do pensamento; VI - Liberdade de consciência e de crença; IX - Liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; XII -

¹⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1258.

²⁰⁰ CRFB/88, artigo 5º: LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado [...]; LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel; LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. Liberdade de locomoção: XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

²⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1258.

²⁰² *Idem*, p. 1259.

²⁰³ BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 52.

²⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1260: “A componente negativa das liberdades constitui também uma dimensão fundamental (ex: ter ou não ter religião, fazer ou não fazer parte de uma associação, escolher uma ou outra profissão)”.

Liberdade de comunicação e de dados; XIII - Liberdade de exercício profissional; XVI - Liberdade de reunião; XVII - Liberdade de associação para fins lícitos.

Na atualidade, em virtude da influência de fatores de ordem social, político, econômico e, sobretudo tecnológico, tem-se uma nova concepção de liberdade. Desde a instituição do Estado de Direito Social já se defendia que, para assegurar o direito de liberdade, é fundamental que se garanta, a cada um, o mínimo de bem-estar econômico, para se ter uma vida digna, o que se torna garantia constitucional no Estado Democrático de Direito.

Por isso, sustenta a grande maioria da doutrina nacional que os direitos fundamentais compõem-se das liberdades, tendo como fundamento os valores da liberdade individual, das liberdades públicas e da dignidade humana, sendo esta assegurada como princípio fundamental da República, e pelo reconhecimento de direitos sociais, assentados nos valores da igualdade entre todos e a solidariedade a ser exercitada pelo Estado e pela Sociedade.

2.2 UMA BREVE TRAJETÓRIA DA LIBERDADE DE IMPRENSA E DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA

A China já conhecia o processo de imprimir, utilizando blocos entalhados, desde o século IX²⁰⁵. Mas no Velho Continente, em princípio, os monges copistas reproduziam, manualmente (manuscritos – *manu scripti*), os textos sagrados, fazendo circular a mensagem religiosa. Em seguida, diante da necessidade de registro da contabilização dos impostos, das práticas comerciais, e de acontecimentos dignos de nota, dentre outras realidades, começaram a surgir pequenas oficinas que ofereciam, comercialmente, o trabalho de escrever à mão. Tem-se que os blocos entalhados foram transportados para a Europa, por Marco Pólo, sendo utilizados para imprimir figuras de santos, como a *Madona de Bruxelas* (c. 1418) e o *São Cristóvão* (1428).

A Europa do século XV passava por mudanças significativas, inclusive culturais, provocando uma procura maior por documentos escritos. Por volta de 1450, o alemão Johann

²⁰⁵ A arte de imprimir utilizando blocos entalhados é a forma clássica da imprensa chinesa. Entre 971 e 983, foi impresso o Tripitaka – a Bíblia budista. [...]. Durante a dinastia Sung (960-1279), a impressão em blocos esculpados atingiu seu ponto mais alto na China. Enciclopédia Britânica do Brasil, v. 9, 1983, p. 191.

Gutenberg²⁰⁶ inventou tipos móveis, suficientemente resistentes para uma impressão sistemática. Uma edição da Bíblia em latim, não datada, é comumente atribuída a ele e designada por *Bíblia de 42 linhas*, *Bíblia de Mazarin* ou *Bíblia de Gutenberg*. Tal evento foi de grande significação para toda a humanidade.

Esta breve menção histórica se faz necessária, na medida em que a invenção dos tipos móveis configura-se como verdadeira ‘revolução’ na distribuição e socialização do conhecimento, na divulgação das ideias, na aproximação dos mercados, na qualidade dos serviços e todas as consequências que tem provocado nos meios de comunicação, pelas inovações tecnológicas, que quase diariamente surgem neste setor da atividade humana.

A imprensa se expandiu pela Europa, rapidamente. A impressão gráfica facilitou a difusão acelerada das ideias. A Reforma Protestante²⁰⁷, como luta por liberdade religiosa, que se entrelaçou à luta por liberdade de consciência, de expressão e de imprensa, entabulou discussões acerca da existência e da conduta moral. Assim, contribuiu para a quebra da unidade político-religiosa²⁰⁸ da Cristandade, demonstrando “as virtualidades socialmente transformadoras da reflexão crítica e da expressão de concepções dissonantes”²⁰⁹. Os panfletos dos reformadores circulavam por toda a Europa, expressando inflamadas opiniões, ora políticas, ora religiosas, o que acabou por alimentar o surgimento de múltiplos focos de conflito entre as autoridades políticas e religiosas.

Correlacionando a intimidade entre a confrontação espiritual e intelectual e o desenvolvimento das tecnologias e estruturas da comunicação, assenta Machado²¹⁰:

Pela primeira vez os indivíduos estavam conscientes das potencialidades do pensamento livre e esclarecido; pela primeira vez os indivíduos tinham ao seu dispor poderosos meios de disseminação das suas ideias. A invenção da tipografia assume um lugar central na história dos meios de comunicação de massa, mas não só. Ao possibilitar a expressão de uma multiplicidade de ideias, ela iria dar um contributo decisivo para o desenvolvimento dos direitos fundamentais e do princípio

²⁰⁶ MALFATTI, Alexandre David. **O direito de informação no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Alfabeta Jurídico, 2003, p. 182: Johann Gutenberg concebeu um tipo original de fazer tipos, desenvolvendo um molde de aço para cada letra e uma prensa para a bandeja de tipos e uma superfície plana sobre a qual seriam comprimidos o pergaminho ou o papel.

²⁰⁷ Movimento religioso e político que, nos princípios do séc. XVI, quebrou a unidade católica, dividindo a Igreja em dois campos: o católico e o protestante. Para tentar corrigir essa situação, ocorreu a Contra-Reforma, movimento restaurador, cujos esforços foram concretizados no Concílio de Trento (1545-1563). Enciclopédia Barsa, v. 1, 1983, p. 468.

²⁰⁸ “A autoridade centralizada do Papa e do Imperador era questionada, ao mesmo tempo que se reforçava a identidade nacional”. MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de Expressão**. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. *Studia Iuridica* 65. Coimbra: Coimbra, 2002, p.23.

²⁰⁹ MACHADO, Jónatas E. M, op. cit., p. 49.

²¹⁰ *Idem*.

democrático. [...] As liberdades de comunicação florescem num contexto de concorrência publicística, tecnológica e econômica.

Desse modo, com a imprensa, a difusão da expressão do pensamento se populariza e amplia, pondo em causa o *status quo* teológico-político existente, da *ideologia dos intocáveis*²¹¹, contrária a qualquer discussão crítica, pois sustentando a ideia de verdade objetiva e que estabelecera o Tribunal do Santo Ofício²¹² para extirpar os inimigos do catolicismo, nos lugares ‘infectos’, e em 1559, instituíra a drástica medida restritiva da liberdade de imprensa com o Índice dos Livros Proibidos²¹³, formando, assim, uma *rede de censura*²¹⁴.

Por seu turno, na Inglaterra, o lapso temporal denominado pela historiografia como a *era elizabetana* (séc. XVI e parte do séc. XVII), foi de grande esplendor literário²¹⁵, principalmente na dramaturgia. Contudo, há que se apontar o fato de que no chamado *período puritano*²¹⁶ (entre 1625 a 1662), entre revoluções políticas e religiosas, os puritanos

²¹¹ Stephen Holmes, citado por MACHADO, Jónatas E. M. op. cit., p. 20.

²¹² Ou da Inquisição. Designação de um tribunal eclesiástico, instituído em 1233, pelo Papa Gregório IX e vigente até o começo dos tempos modernos, que julgava os hereges e as pessoas suspeitas de heterodoxia em relação ao catolicismo. Enciclopédia Barsa, v. 9, 1983, p. 297.

²¹³ Index Librorum Prohibitorum. Relação de livros cuja leitura é vedada aos fiéis, elaborado a partir de uma decisão tomada pela igreja. Enciclopédia Barsa, v. 1, 1983, p.285.

²¹⁴ Ressalta-se que a prática da censura era de muito efetuada na Europa. Em 1274, o monarca francês Felipe III obrigou os livreiros da capital do reino a submeterem todos os livros ao exame de uma comissão especial da Universidade de Paris, medida que além de visar impedir a circulação das obras teológica e politicamente inconvenientes, visava combater a falsificação e deturpação das obras clássicas. In MACHADO, Jónatas E. M. op. cit., p. 21.

²¹⁵ Elizabeth I (ou Isabel I), filha de Henrique VIII, a partir de 1558 assumiu o trono inglês: desenvolveu o comércio, a indústria e ampliou o poderio naval iniciado por seu pai, tornando a Inglaterra uma potência colonizadora do novo mundo. Incentivou o renascimento das artes, quando se destacaram: Thomas Morus (1478-1535). *A Utopia*: apologia de um reino ideal, sob regime comunista pacífico e tolerante. Edmund Spenser (c. 1522-1599). *The Faerie Queene*: obra considerada como de glorificação da Inglaterra e da língua inglesa. William Shakespeare (1564-1616), considerado o maior dramaturgo da língua inglesa. Enciclopédia Barsa, 1983, v. 13, p. 225-227.

²¹⁶ Henrique VIII, em 1534 rompeu com a Igreja Católica, criando a Igreja Anglicana, tornando-se seu chefe e assim unindo Igreja e Estado. Foi sucedido por seu filho Eduardo VI (1547 a 1553), que faleceu aos 16 anos de idade, subindo ao trono Maria I (1553 a 1558), filha de Henrique VIII, com Catarina de Aragão. Católica fervorosa tentou restabelecer o catolicismo como religião oficial depois do movimento protestante, restabelecendo o controle papal sobre a Igreja; tornou-se conhecida como a rainha “Sanguinária”, pela perseguição encetada contra os heréticos, o que lhe valeu grande impopularidade junto aos ingleses; seu reinado foi marcado por intenso fanatismo religioso. Um grupo de ingleses calvinistas (protestantes seguidores de João Calvino), contrários à política da rainha Maria I, pretendeu purificar a Igreja Anglicana dos resíduos do catolicismo, sendo por isso, denominados de **puritanos**. No reinado de Elizabeth I (1558-1603) o anglicanismo foi restabelecido, voltando os puritanos a reivindicar uma reforma radical, sob a alegação de que a Igreja inglesa ficara a meio caminho entre o catolicismo e o protestantismo: pleiteavam uma reforma “pura” de acordo com a Bíblia. Os adeptos do puritanismo, severamente reprimidos pela Coroa no interesse da uniformidade religiosa do império, procuraram refúgio nas colônias inglesas de além-mar, onde exerceriam função primordial na formação moral dos Estados Unidos. Em 1620 os Pais Peregrinos desembarcados do “Mayflower” fundaram a colônia de Plymouth, tornando-se Massachusetts um verdadeiro Estado puritano. Carlos I (1625 a 1649) foi derrotado e assassinado pelos puritanos, tendo Oliver Cromwell, um chefe puritano da revolução, instituído a república e assumido o governo, com o título de Lorde Protector (1653 a 1658). Os inúmeros conflitos religiosos provocados

ordenaram que o Parlamento determinasse o fechamento de todos os teatros e instituísse a *censura prévia* à impressão literária, o que ocorreu com a “Parliamentary Ordinance for Printing”. As representações eram tachadas de ‘imorais e atentatórias à religião’. A liberdade de expressão era considerada “um instrumento diabólico para a disseminação do erro, além de poder ser politicamente inconveniente”²¹⁷. Em consequência, a literatura tornou-se sombria. Somente nos anos de 1641 a 1642 a Inglaterra conviveu com um breve período de interrupção da censura.

O reconhecimento estatal inglês ao relevante direito da ‘liberdade de expressão’, contou com defesas aguerridas e destemidas de pessoas como John Milton, mas só começou a se firmar com o movimento humanista, defensor desta liberdade. Daí ser corrente localizar a origem da liberdade de expressão, na modernidade²¹⁸.

John Milton, mesmo considerado um puritano²¹⁹, produziu, em novembro de 1644, o grande discurso em favor da liberdade de imprensa, *Areopagítica* – um apelo ao Parlamento inglês, para a revogação da *censura prévia* instituída²²⁰ –, argumentando que, “a livre manifestação do pensamento conduz ao avanço do conhecimento e à descoberta da verdade”. Sendo suas renomadas palavras: “Dai-me a liberdade para saber, para falar e para discutir livremente, de acordo com a consciência, acima de todas as liberdades”²²¹. Recordar-se que o apelo não foi acolhido.

Destaca Machado²²² que John Milton comparou a censura ao homicídio, ao massacre e ao martírio, já que, dada sua extensão, é capaz de atingir a própria Razão, mais do que a existência individual:

Um argumento menos notado pela doutrina que John Milton avança [...], assenta na consideração dos livros como repositórios da experiência, da sabedoria e da vida humanas, pelo que o acto da censura deve ser visto, de acordo com a sua extensão, como um homicídio, um martírio ou mesmo um massacre, podendo atingir, mais do que a existência individual, a própria Razão.

pelos puritanos só começaram a ceder com o “ato de uniformidade”, elaborado pelo Parlamento, em 1662, colocando os puritanos fora da jurisdição da Igreja. Enciclopédia Barsa, 1983, v. 13, p. 225 a 227.

²¹⁷ MACHADO, Jónatas E. M op. cit., p. 41.

²¹⁸ Entendida como superação da construção teológica de toda a realidade que caracterizou o mundo medieval, a qual conferia um sentido metafísico unitário a todos os domínios da existência individual e colectiva e aos correspondentes espaços discursivos. MACHADO, Jónatas E. M, op. cit., p. 13.

²¹⁹ Secretário pessoal de Oliver Cromwell. In MACHADO, Jónatas E. M, op. cit., p. 24.

²²⁰ FORTUNA, Felipe. Apud FARIAS, Edilson Pereira de, op. cit., p. 59: “John Milton considerava a liberdade de expressão e comunicação como ‘the best treasure of a good old age’”.

²²¹ MILTON, John. *Areopagítica: discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra*, Rio de Janeiro: Topbooks, 1999, p. 169 Apud FARIAS, Edilson Pereira de, op. cit., p. 65.

²²² Obra citada, p. 25, nota 44.

No sentido de limitar a circulação das ideias, a censura velada foi instituída pelo Parlamento inglês, em 1662, com a edição do *Licensing Act*, pelo qual “proibia a impressão de qualquer livro que não estivesse licenciado ou registrado devidamente”²²³. Uma certa liberdade de expressão²²⁴ só foi reconhecida aos súditos ingleses, em 1688, com a Declaração de Direitos, *Bill of Rights*. Mas o que faz da Inglaterra o país pioneiro na liberdade de imprensa foi a decisão do Parlamento, em 1695, de não renovar o *Licensing Act*²²⁵.

Durante o século XVIII, na Europa, com a expansão da educação, os livros se difundem mais entre as diversas classes sociais; inicia-se a profissionalização do escritor. Na Inglaterra, surge o jornal literário *The Spectator* e *The Tatler*. Os homens das letras se reúnem nos *coffee houses*; Daniel Defoe “simboliza o misto de homem de letras e jornalista moderno que vive à custa do que escreve”²²⁶. Jonathan Swift, na obra *Gulliver’s Travels – As Viagens de Gulliver –*, satiriza violentamente a estupidez humana e as injustiças sociais.

Nos Estados Unidos a velha tradição inglesa da censura prévia foi motivo de acirrados combates por jornalistas como Samuel Adams do *Boston Gazette* e Thomas Paine do *Pensylvania Magazine* que pregavam o direito à liberdade de expressão a qual foi consagrada pelo *Bill of Rights* da Virgínia, em 1776. A Constituição de 1787 não contemplou esta liberdade, o que só ocorreu por meio da Primeira Emenda²²⁷, em 1791. A Constituição instituiu uma norma de competência negativa, limitadora da ação legislativa, ao estabelecer que o “Congresso não votará leis que cerceiem a liberdade de palavra ou de imprensa”.

Mas nos alvares do constitucionalismo americano a liberdade de expressão foi considerada pelos herdeiros da *Common Law* inglesa, como William Blackstone, apenas a “ausência de censura prévia”. Neste entendimento, segundo Machado, opiniões críticas sobre

²²³ GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet**. Direitos Autorais na Era Digital. Rio de Janeiro: Record, 1997: “Destá maneira, exercia-se sutilmente, também, uma forma de censura prévia, pois só eram licenciados aqueles livros que não ofendessem os interesses políticos, principalmente, dos licenciadores”.

²²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 49-50.

²²⁵ A supressão do sistema em 1695, deu lugar, alguns anos depois, à imposição de tributos que se repercutiam no preço de venda ao público dos jornais. Não admira, pois, [...] que muitos dos *philosophes*, indivíduos mais cultos e esclarecidos, desdenhassem a imprensa jornalística como *gênero menor enfeudado ao poder*, de conteúdo frequentemente medíocre, preferindo ver as suas ideias publicadas em livros ou brochuras editadas, em muitos casos, no estrangeiro. In AUBY-DUCOS-ADER, *Droit de L’information...*, cit., 24, apud MACHADO, Jónatas E. M, op. cit., p. 43, nota 115. O regime fiscal só foi extinto em 1855. MACHADO, Jónatas E. M, op. cit., p. 61, nota 199.

²²⁶ Enciclopédia Britânica do Brasil, 1983, vol 13, p. 241.

²²⁷ CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Liberdade de Informação e o Direito difuso à informação verdadeira**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22. Primeira Emenda: “Congresso não votará leis que disponham sobre o estabelecimento de uma religião ou sobre a proibição de qualquer outra, ou que cerceiem a liberdade de palavra ou de imprensa ou o direito do povo de se reunir pacificamente e de dirigir petições ao Governo para reparação de agravos”.

a atuação dos poderes públicos “que de alguma forma pusessem em causa a estima e a reputação dos governantes junto dos eleitores, seria passível de incriminação”²²⁸. De outra parte, os mais liberais, liderados por Thomas Jefferson, exigiam a aceitação da *exceptio veritatis*, traduzida na prova da verdade dos fatos alegados, “e a observância de regras de *due process*, com particular relevo para um tribunal de júri (*trial by jury of peers*)”²²⁹. Em 1798, o Congresso aprovou o *Sedition Act*²³⁰, pelo qual se desferiu um rude golpe aos liberais, ao se afirmar a supremacia do Congresso sobre os Estados federados, tornando ilegal “*escrever, imprimir, proferir ou publicar materiais com conteúdo falso, escandaloso e malicioso contra os órgãos legislativos ou executivos, com a intenção de os desrespeitar*”²³¹.

A eleição de Thomas Jefferson à Presidência do País, em 1800, significou a maior prova de autodeterminação de um povo, afirmando-se um novo momento para a liberdade de expressão. Contudo, o novo governo manteve a mesma maneira de reagir às críticas políticas, por meio de ações judiciais. Os sequenciados debates foram consolidando o entendimento de que “a autodeterminação democrática de um povo depende da existência e manutenção de uma esfera de discurso público livre e aberta”²³².

E é deste modo que os americanos vão consolidando o direito fundamental à liberdade de imprensa em toda a sua abrangência, passando a ser vista em sua concepção objetiva. Nestes termos como destaca Farias²³³:

A perspectiva objetiva sobre a liberdade de expressão e comunicação pode ser referida ao período inicial da própria consagração legal dessa liberdade, conquanto o individualismo exacerbado de correntes do liberalismo tenha buscado ofuscar o papel supra-individual desempenhado pela liberdade de expressão e comunicação na sociedade. Assim, cumpre evocar que James Madison – mentor da Primeira Emenda, que inscreveu a liberdade de expressão e comunicação como direito fundamental no texto da Constituição norte-americana – entendia que o principal escopo da liberdade de expressão e comunicação era servir de instrumento para a soberania popular construir e manter um autogoverno democrático, por exemplo, ao contribuir para informar os eleitores e garantir um racional debate-público.

Com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) a liberdade de

²²⁸ MACHADO, Jónatas E. M, op. cit., p 63.

²²⁹ *Ibidem*, p. 63-64. O autor desenvolve sobre a competência exclusiva atribuída aos Estados federados em matéria de liberdade de expressão e a aplicação judicial dos crimes decorrentes da Common Law os quais incluíam condutas expressivas consideradas subversivas.

²³⁰ Pano de fundo da luta pelo poder, entre federalistas (governantes), considerados mais conservadores e os anti-federalistas ou republicanos, vistos como mais progressistas.

²³¹ MACHADO, Jónatas E. M, op. cit., p 65.

²³² MACHADO, Jónatas E. M, op. cit., p. 67.

²³³ FARIAS, Edilson Pereira de. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. Teoria e Proteção Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 68.

comunicação foi reconhecida como um dos direitos mais preciosos do homem. Porém, liberdade limitada, pois ao estabelecer que caberia à lei determinar os casos abusivos, o consagrado ‘direito precioso’ acabou mutilado pelo poder do legislador ordinário. Prescrevia o artigo 11º. *A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: portanto, todo cidadão pode falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, porém, pelo abuso dessa liberdade nos casos determinados pela lei.*

Para franceses como Mirabeau²³⁴ e Condorcet²³⁵, mesmo limitada em termos, a liberdade de comunicação representava um instrumento assegurador do rompimento com o *status quo* absolutista. E a partir desse momento, ainda que de forma declaratória, tem-se o *direito individual* de, livremente, poder falar, escrever e imprimir, ou seja, poder expressar os pensamentos e as opiniões, pela imprensa. Constata-se, já, o papel fundamental reconhecido às tecnologias de comunicação na ingerência do poder político.

Entretanto, o nascente constitucionalismo francês foi pleno de inconsistências jurídico-políticas, em virtude das lutas que se seguiram à derrocada da monarquia absolutista, refletindo seriamente nos dispositivos sobre a liberdade de comunicação. Defendeu-se uma ampla liberdade de expressão individual, mas com restrições à liberdade de imprensa²³⁶. A Constituição de 1793, que não chegou a vigorar, inscreveu a liberdade de manifestação do pensamento e de opiniões, pela imprensa ou qualquer outro meio. Dispunha o artigo 7º²³⁷: *O direito de manifestar seu pensamento e suas opiniões, pela imprensa ou por qualquer outra via, o direito de se reunir pacificamente e o livre exercício dos cultos não podem ser proibidos.*

O poder revolucionário que assumiu o governo desenvolveu mecanismos jurídicos para a intervenção e controle da imprensa, por meio do regime de tributação pesada e de censura bastante repressiva àquela considerada opositora e com incentivos financeiros

²³⁴ Honoré Gabriel Riqueti. Conde de Mirabeau (1749-1791). Político e escritor francês. Figura de primeiro plano na Revolução Francesa. Um dos mais veementes oradores da Assembléia Constituinte de 1789. Destacou-se pela retórica convincente, tanto oral como escrita, sendo cognominado *l'orateur du peuple* (o orador do povo). Foi um dos defensores da transição para uma monarquia constitucional com poderes limitados por uma assembléia legislativa, tal qual o modelo britânico. Enciclopédia Barsa vol 13, p. 370.

²³⁵ Marie Jean-Antoine-Nicolas de Caritat (1743-1794). Marquês de Condorcet. Político francês. Aderiu com entusiasmo à Revolução Francesa., envolvendo-se profundamente na atividade política. Juntamente com Thomas Paine criou um projeto para a nova Constituição do governo republicano dos rebeldes, com quem ele lutava, principalmente, pelo sufrágio feminino. Seu projeto foi rejeitado a favor de um mais radical, de Maximilien de Robespierre. Por suas diversas críticas às posições mais radicais tomadas pelos revoltosos, como a sentença de morte dada a Luís XVI de França, Caritat começou a ser visto com desconfiança pelos jacobinos. Após uma série de mal entendidos, o pensador foi considerado traidor da revolução e um mandato de prisão foi expedido em seu nome. Enciclopédia Barsa, v. 13, p. 371.

²³⁶ MACHADO, Jónatas E. M, op. cit., p. 70.

²³⁷ FARIAS, Edilsom Pereira de, op. cit., p. 60.

para a imprensa considerada fiel. A defesa da monarquia, por qualquer meio, era punida com a pena de morte. Durante o Consulado e o Império a situação se agravou. Napoleão Bonaparte suprimiu a liberdade de expressão, pois no seu entender, “a garantia da liberdade de expressão significaria o afastamento rápido do poder”²³⁸. Por um decreto de 17 de janeiro de 1800 restabeleceu-se a regra da autorização prévia, que juntamente com outras medidas legislativas, contribuíram para a drástica redução do número de jornais em Paris. E se o artigo fosse considerado subversivo constituía motivação suficiente para interdição do jornal. O ápice do abuso se deu em 1810 com a edição de decretos, reintroduzindo a censura prévia, a nomeação dos diretores do jornal, pelo governo e a colocação, em cada jornal, de um censor permanente²³⁹. A Restauração, após a queda de Napoleão, preocupou-se com a recuperação da liberdade de expressão e de imprensa. A Constituição de abril de 1814 consagrou estas liberdades. Ocorre que a liberdade de expressão e de imprensa, na França, mesmo quando constitucionalmente afirmada, não portava a objetividade prevista pela Constituição americana, pois inexistia a ideia de aplicabilidade direta, resultando que, para serem exercidas, dependiam de regulamentação legal. E durante este período a liberdade de expressão passou por momentos ora restritivos (adoção de censura prévia, para os escritos com mais de 20 folhas, caução e imposto do selo, censura das caricaturas de conteúdo político), ora liberalizantes. A caução e o imposto do selo foram suprimidos durante a Segunda República que reforçou as garantias no caso de infrações e manteve condições à imprensa. No Segundo Império (de regime draconiano) são retomados os institutos de caução e de autorização prévia, com a instituição de processo disciplinar com sanções que variavam desde a advertência ao encerramento definitivo do jornal. Os fatos políticos importantes, além de fortemente limitados, eram comentados por comunicados do poder. Com a Lei de Imprensa de 11 de julho de 1868 teve início um processo liberalizante, como a redução da caução e instituição de uma reserva de juiz para a interdição e confisco de uma publicação, alcançando maior abertura com a Lei de Imprensa de 29 de julho de 1881, ainda em vigor, com algumas alterações.

Nos Estados Unidos da América o caráter industrial das empresas jornalísticas se firmara desde o fim do século XIX, com o desenvolvimento da publicidade, a forte presença nos assuntos políticos, as reportagens de sensação e a ênfase na informação.

Na Alemanha da primeira metade do século XIX, o dominante radicalismo político,

²³⁸ MACHADO, Jónatas E. M, op. cit., p. 71.

²³⁹ In AUBY, Ducos-Ader, *Droit de L'information...*, apud MACHADO, Jónatas E. M, op. cit., p. 71.

religioso, social e econômico, foi enfrentando pela imprensa, culminando na Revolução de Março de 1848, cujo objetivo era por termo ao absolutismo e estabelecer uma Alemanha unida e liberal. O governo pós-revolucionário autorizou todos os estados da federação germânica a “levantar a censura e introduzir a liberdade de imprensa”. A Lei de Imprensa de maio de 1874 estabeleceu a liberdade sem censura, autorização ou caução, o direito de retificação que é considerado como antecedente do atual direito de resposta, sendo estabelecido como princípio geral, a proibição a apreensão de materiais impressos²⁴⁰. Durante a República de Weimar entendia-se que a função da imprensa era servir à educação e integração da comunidade sobre os assuntos de relevo político.

A liberdade de expressão é um dos direitos que mais reflete a organização estatal e a sua época. Assim, durante os regimes socialistas, fascistas e comunistas os meios de comunicação foram totalmente manipulados e transformados em meros instrumentos para alcance de seus objetivos. Tem-se assim, um retrocesso na liberdade de expressão, à medida que inexistia qualquer esfera pública de discussão. A consequência foi o retrocesso do constitucionalismo liberal e da liberdade de expressão, pela força das armas, impondo o silêncio e calando as vozes à custa do derramamento de sangue e de prisões arbitrárias.

No regime soviético pós-revolucionário, a imprensa nacionalizada e monopolizada, funcionou a serviço da verdade (*pravda*) do partido comunista e para construção da sociedade socialista, da educação política e do recrutamento de aliados²⁴¹. Em 9 de Novembro de 1917, Lenin²⁴² editou um decreto, estabelecendo ampla liberdade de imprensa, a qual era meramente formal, pois prescrevendo a interdição de todos os jornais da oposição que foram colocados a serviço dos interesses dos operários e camponeses. E para exportar as ideias comunistas foi criada, em 1922, a Radio de Moscou, sendo que todas as mensagens divulgadas eram previamente publicadas no *Pravda*, do Comitê Central do Partido Comunista.

A Constituição da Alemanha (LF de 1949) inscreveu o Direito à liberdade de informação, no artigo 5º: 1. *Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente a sua opinião pela palavra, por escrito e pela imagem, bem como o direito de se informar, sem impedimentos, por meio de fontes acessíveis a todos. São garantidas a liberdade de imprensa*

²⁴⁰ MACHADO, Jónatas E. M, op. cit., p. 78.

²⁴¹ MACHADO, Jónatas E. M, op. cit., p. 91.

²⁴² LENIN (1870-1924). Líder da Revolução Russa de 1917. Enciclopédia Barsa, v. 1, 1983, p. 325.

*e a liberdade de informação por rádio, televisão e cinema. Não haverá censura*²⁴³.

Observa-se que o legislador englobou na liberdade de expressão, tanto o aspecto pessoal, particular, de emitir opinião, e de procurar a informação, ou seja, de se informar; bem como, no sentido mais abrangente, institucional, e com a força de garantia, a liberdade de imprensa, vista aqui, ainda nos moldes tradicionais, como as publicações produzidas por meio de impressão e a liberdade de informação, como sendo aquelas produzidas nos veículos de comunicação como o rádio, televisão e cinema.

A importância da imprensa livre foi afirmada e erigida por muitos escritores como um sagrado direito associado ao pleno exercício da cidadania. Considerada por Karl Marx²⁴⁴ como o “olhar onipotente do povo”, por Evaristo da Veiga²⁴⁵, “como um dos pilares para o surgimento da República brasileira” e por Rui Barbosa²⁴⁶ como “a vista da Nação”.

Marco de âmbito internacional se dá com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)²⁴⁷, de 1948, ao inscrever a liberdade de expressão e de informação, dentre o elenco dos direitos do homem. Embora proclamados como ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, tem a força de exigir o seu reconhecimento pelos

²⁴³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota, (Trad.). 2ª reimpressão da edição de julho/2003. Coimbra: Almedina, 2009, p. 142.

²⁴⁴ MARX, Karl. A liberdade de Imprensa. Apud SILVA, José Afonso da, op. cit. 2007, p. 246: “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 de sabedoria”.

²⁴⁵ VEIGA, Evaristo, escrevendo no jornal ‘A Aurora Fluminense’, citado por BONAVIDES, Paulo. A Constituição Aberta, 1996, p. 54-55, apud FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira, op. cit., p. 124: “Sem a imprensa, os governos da Regência não teriam, por sua vez, amparados a causa liberal contra as pressões reacionárias, vitoriosas, enfim, a partir da Lei de Interpretação do Ato Adicional. (...). Se a República nasceu em grande parte da propaganda veiculada por jornalistas de escol, não poderia ela, portanto, ter sido um período de menos glória para o jornalismo brasileiro. O movimento civilista contra Hermes, bem como a Reação Republicana de Nilo Peçanha e os dois 5 de julho e afinal a Revolução mesma, de 30, jamais teriam sido possíveis sem o concurso do periodismo político (...) Rui atuava no ânimo da tropa. Seus artigos circulavam nos Quartéis. Foram eles, segundo confessaram os autores do golpe de Estado de 15 de novembro de 1889, que desfizeram as últimas resistências de Deodoro à marcha militar do Campo de Santana, onde se decretou o fim do império”.

²⁴⁶ BARBOSA, Rui. A Imprensa e o dever da verdade. Prefácio de Freitas Nobre, 3.a edição revista e atualizada. Editora da Universidade de São Paulo, p. 24, apud FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira, op. cit., p. 125: “O poder não é um antro, é um tablado. A autoridade não é uma capa, mas um farol. A política não é uma maçonaria, e sim uma liça. Queiram ou não queiram, os que se consagraram à vida pública, até à sua vida particular deram paredes de vidro (...). Para a Nação não há segredos; na sua administração não se toleram escaninhos; nos procedimentos dos seus servidores não cabe mistério; e toda encoberta, sonegação ou reserva, em matérias de seus interesses importa, nos homens públicos, traição ou deslealdade aos mais altos deveres do funcionário para com o cargo, do cidadão para com o país”.

²⁴⁷ Proclamada em São Francisco, Califórnia, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 1948.

ordenamentos jurídicos estatais e internacionais²⁴⁸. Este Pacto tem o mérito de conceituar a liberdade de opinião e expressão, como sendo as ideias e as informações, e declarar que tais liberdades implicam o direito dos indivíduos de não serem molestados pela manifestação das ideias (opiniões) e o direito de sem fronteiras e por qualquer meio de expressão, procurar (se informar), receber (ser informado) e divulgar (informar) os fatos sociais. Podendo-se, a partir daqui, se falar de verdadeiro “direito de comunicação de fatos sociais”. Assim o art. 19º: *Todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e expressão, o que implica o direito de não ser molestado por suas opiniões e o de procurar, de receber e de divulgar, sem consideração de fronteiras, as informações e as idéias por quaisquer meios de expressão*²⁴⁹.

Com a Convenção Européia dos Direitos do Homem, outorgada em 4 de novembro de 1950, pelo Conselho da Europa, enfatizou-se o conteúdo da liberdade de expressão e afastou a censura, ao se afirmar que este direito compreende tanto a liberdade de opinião quanto a liberdade de informação consistente no recebimento e na transmissão de mensagens, sem ingerência de autoridade pública. Diz o nº 1 do art. 10: *Qualquer pessoa tem o direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou transmitir informações ou idéias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem consideração de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia*²⁵⁰.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, firmado em Nova Iorque, sob os auspícios da ONU, assenta a liberdade pessoal de receber e difundir informações e ideias. Artigo 19º.2: *Toda pessoa tem direito de receber e difundir informações e ideias de diversa índole, sem consideração de fronteiras, seja por via oral, escrita ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio da sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 deste artigo comporta deveres e responsabilidades especiais. Por conseguinte, pode estar sujeito a algumas restrições que deverão estar expressamente fixadas por lei e sejam necessárias para: a) assegurar o respeito aos direitos à reputação dos demais; b) a proteção*

²⁴⁸ A Assembléia Geral proclama: A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

²⁴⁹ VILLEY, Michel, op. cit., 178.

²⁵⁰ Constituição européia da comunicação. In RICKER, SCHIWY, apud MACHADO, Jónatas E. M, op. cit., p. 298.

*da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou moral públicas*²⁵¹.

A Declaração Americana sobre Direitos Humanos, conhecida por Pacto de São José da Costa Rica, de novembro de 1969, aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro e sancionada pelo Presidente da República, através do Decreto 678/92, de 09/11/1992²⁵², portanto, com força de lei ordinária, contempla a liberdade de pensamento e de expressão, no artigo 13. 1.:

Artigo 13.1 - Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: (a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; (b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. [...].

Pela Declaração Internacional de Chapultepec, firmada pelo Presidente da República Brasileira em conjunto com vários presidentes latino-americanos, em 1996, tem-se:

Não há pessoa nem sociedades livres sem liberdade de expressão e de imprensa. O exercício desta não é uma concessão das autoridades, é um direito inalienável do povo. Toda pessoa tem direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente ²⁵³.

No último quartel do século XX, os Estados europeus que ainda mantinham seus meios de comunicação sob controle, começam a discutir o caráter naturalmente público e de serviço público da atividade de comunicação. As novas conformações estatais como Estado de Direito democrático põem em cheque o velho e arraigado temor à liberdade de expressão como ameaça à formação da opinião pública. A grande transformação introduzida na sociedade pelos revolucionários meios de comunicação de massa passa a demandar a normatização constitucional destas estruturas organizacionais privadas, bem como, as notícias por elas veiculadas, sejam as de caráter informativo (factuais), como propagandista ou publicitária.

²⁵¹ REBELO, Maria da Gloria Carvalho, op. cit., p. 29.

²⁵² FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira, op. cit., p. 199.

²⁵³ DECLARAÇÃO INTERNACIONAL DE CHAPULTEPEC, firmada pelo Presidente da República Brasileira em conjunto com vários presidentes latino americanos, em 1996. Apud FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira, op. cit., p. 198.

A pós-revolucionária²⁵⁴ Constituição Portuguesa, de 1976, consagra *a liberdade de expressão e informação*, no Título II, Direitos, liberdades e garantias, do Capítulo, I Direitos, liberdades e garantias pessoais, assinalando o artigo 37º. 1²⁵⁵. *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.* Para Rebelo²⁵⁶ esta dualidade é resultante da conjugação dos princípios inerentes ao pluralismo político e à formação da opinião pública: (a) direitos subjetivos individuais – a liberdade de expressão; e (b) direitos objetivos de garantia institucional – liberdade de informação, enquanto direito de informar, de se informar e de ser informado, sem impedimentos nem discriminações. De outro lado, ao dispor sobre a liberdade de imprensa e meios de comunicação, em outro artigo, mesmo no título das liberdades pessoais²⁵⁷, a Constituição aponta para a diferenciação e o afastamento da informação produzida pelos meios de comunicação social, da liberdade de expressão e informação individual. Artigo 38º. 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 proteção 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.*

Na década de 1980, a União Européia se viu às voltas com questões sobre televisão a cabo e por satélite, tendo a Assembléia parlamentar do Conselho da Europa, em 1981, aprovado a recomendação nº 926, “sublinhando a necessidade de regulação, a nível europeu, dos problemas jurídicos relativos à televisão por cabo e por satélite”²⁵⁸. Sendo que em 15.05.1989,

²⁵⁴ Preâmbulo: A 25 de Abril de 1974, o Movimento das Forças Armadas, coroando a longa resistência do povo português e interpretando os seus sentimentos profundos, derrubou o regime fascista. [...] a Revolução restituiu aos Portugueses os direitos e liberdades fundamentais. No exercício destes direitos e liberdades, os legítimos representantes do povo reúnem-se para elaborar uma Constituição que corresponde às aspirações do país. Constituição da República Portuguesa e Lei do Tribunal Constitucional. CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, 2005, p. 9.

²⁵⁵ Texto alterado pela RC/82.

²⁵⁶ REBELO, Maria da Glória Carvalho, op. cit., p. 33.

²⁵⁷ Segundo Jónatas E. M. Machado, op. cit., p. 385: Isto se deve à sua íntima relação com a subjectividade individual, à experiência histórica de luta pela afirmação destas liberdades contra o Estado, às suas características normativas e estruturais, relativas ao elevado grau de determinabilidade e concretização no plano constitucional, e à sua natureza preponderantemente negativa e defensiva.

²⁵⁸ MACHADO, Jónatas E. M., op. cit., p. 299.

foi aprovada a “Convenção Europeia sobre a Televisão sem Fronteiras”²⁵⁹. A intervenção da União Europeia neste campo tem sido objeto de contestação, na defesa da preservação das identidades nacionais, mas tem sido justificada em virtude do relevante papel desempenhado pelos meios de comunicação no plano econômico, “quer enquanto actividade de prestação de serviços, quer enquanto mecanismos estruturais de autoprodução do sistema económico”²⁶⁰.

A Constituição brasileira de 1988, reconhecidamente abeberada na Constituição Portuguesa, de 1976, desta se distancia quando inscreve a liberdade de Comunicação Social (cap. V), no Título Da Ordem Social (VIII), assim separando, a comunicação social realizada através dos meios de comunicação social (art. 220), das liberdades individuais e coletivas – as denominadas liberdades públicas (i) de manifestação do pensamento (art. 5º IV), (ii) de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º IX), inscritas no Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

Em virtude de sua dimensão social, esta modalidade de comunicação está vinculada à estrutura empresarial, cuja propriedade restou estabelecida, de modo privativo, a dois seguimentos (art. 222): (i) empresas constituídas por brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos ou (ii) empresas constituídas por pessoas jurídicas organizadas sob as leis brasileiras e com sede no país. Em qualquer dos casos, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante destas empresas devem pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, a quem cabe a gestão das atividades e a responsabilidade pelo conteúdo da programação. Empresas que não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio (art. 220, § 5º).

Na ordem jurídica brasileira tem-se que pelos meios de comunicação social podem ser veiculadas pela fala, escrita, imagem ou impressão, as manifestações de pensamento (opiniões, ideias), a criação e a expressão (pela arte: charge, caricatura, imitação, a ilustração, a diagramação, a publicidade, a propaganda, novelas, etc.), e a informação (a divulgação ou difusão de fatos e acontecimentos de caráter público ou privado, ou como conceituado por Fernand Terrou²⁶¹, “o conjunto de condições e modalidades de difusão para o público (ou colocada à disposição do público) sob formas apropriadas, de notícias ou elementos de conhecimento, ideias ou opiniões”, podendo ser de interesse geral e particular, englobando, do

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 301-302.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 301-303.

²⁶¹ *In* Fernand Terrou, *L’ information*, citado por Freitas Nobre, Jose. *Comentários à Lei de Imprensa, lei da informação*, 2ed, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 7 e 8, apud SILVA, José Afonso, *op. cit.*, p. 245.

ponto de vista jurídico, o *direito de informar* e o *direito de ser informado*).

Por outro lado, a CRFB/88 (art.220, § 1º) inova ao dispor, especificamente, sobre a liberdade de informação jornalística veiculada por meio dos meios de comunicação social. Esta modalidade de informação em sentido estrito (que consiste na transmissão de notícias: relatos e comentários sobre fatos e acontecimentos de interesse público, transmitida por qualquer veículo²⁶² (imprensa, radiodifusão sonora, de sons e imagens) se constitui numa *liberdade plena*. E o exercício de um direito para ser pleno, não pode sofrer qualquer impedimento. Como que para não deixar margem a dúvidas, tratou o legislador Constituinte de impor uma norma negativa ao legislador infra constitucional, dispondo que ‘nenhuma lei conterà dispositivo que *possa* constituir embaraço’ ao exercício deste direito. Resta, portanto, indubitado que a informação jornalística veiculada nos meios de comunicação social, é um direito fundamental que deve ser dimensionado em sua estrutura objetiva.

Consagrando esta dimensão objetiva está o direito individual e coletivo de *acesso à informação*, como direito subjetivo público e o *resguardo do sigilo da fonte*, quando a informação for divulgada por profissional (art. 5º, XIV). Por esta razão tem-se que a liberdade de informação jornalística é agora um direito pertencente à sociedade. Nas sociedades democráticas, o correto funcionamento das instituições pode ser constatado por meio da liberdade de informação, mormente a liberdade de informação jornalística, representando “o fundamento de participação do cidadão na vida do País”²⁶³.

Tomando-se a notícia como objeto da liberdade de informação jornalística aflora uma indagação necessária quanto à sua significação. Para Duane Bradley²⁶⁴: “notícia é o relato honesto, imparcial e completo de fatos que interessam e afetam ao público”. Teria a Constituição brasileira de 1988 conotado a informação jornalística (notícia, mensagem factual) das adjectivações ‘honesto’, ‘imparcial’ e ‘completa’?

Tem sido objeto de discussão doutrinária a questão da veracidade da notícia, nas informações jornalísticas. A Constituição espanhola, diversamente de outras constituições europeias, refere-se à proteção ao direito de comunicar ou receber informação verídica: artigo

²⁶² SILVA, José Afonso, op. cit., p. 246-247. Segundo este autor a Constituição não chega a precisar o que se entende por veículos ou meios de comunicação social, que ela menciona no artigo 220, e §§ 1º e 5º.

²⁶³ PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 186.

²⁶⁴ Apud MIRANDA, Darcy Arruda. Comentários à lei de imprensa, 1994. v. I e II, p. 134, citado por FARIAS, Edilson Pereira de, op. cit., p. 83.

20²⁶⁵ - 1. São reconhecidos e protegidos os direitos: a) De expressar e difundir livremente o pensamento e as ideias e opiniões pela palavra, por escrito ou por qualquer outro meio de reprodução; [...]; d) De comunicar ou receber livremente informação verídica por qualquer meio de difusão. A lei regulará o direito à cláusula de consciência e de segredo profissional.

Na opinião de Carvalho, “A liberdade de expressão, quando galgada ao patamar de direito constitucional de livre imprensa, não pode deixar de ser autêntica, verdadeira, completa”²⁶⁶. Segundo o autor, ‘informação’ na acepção de “transmissão de acontecimentos, de fatos, a história presente”. E, citando Aguilera Fernandez, acrescenta: “a única diferença entre a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa é a exigência de verdade exigida para esta última”²⁶⁷ [sic].

O conceito de verdade tem ao longo dos tempos se apresentado como um dos problemas centrais da filosofia. Partindo do pressuposto de que ninguém é detentor da verdade, referiu Pirandello: “*para cada um sua verdade*”²⁶⁸. A verdade e a justiça se completam no julgamento da matéria de fato posta em juízo e na sua posterior subsunção ao direito. Mesmo em juízo tem-se que não existe um dever de dizer a verdade objetiva. Cada parte deve dizer a sua verdade. Daí porque ser o juiz o destinatário da prova dos fatos jurídicos, a quem cabe apreciá-la livremente, só estando obrigado a indicar na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento²⁶⁹. De há muito são consideradas ultrapassadas as palavras proféticas de Montesquieu ao considerar que o juiz era “*la bouche que prononce les paroles des lois*”. Também para Edmilson Farias²⁷⁰, os acontecimentos da vida social e de interesse geral, em virtude de suas concretudes e objetividades “são susceptíveis de prova de sua autenticidade ou contrafação da realidade”.

Tomando-se um fato noticiado ao vivo nos distintos meios de comunicação eletrônicos, radiodifusão sonora ou de sons e imagens (televisão e internet): a verdade subjacente à narrativa de um acontecimento transmitido pelo rádio dependerá e muito, da maneira como o emissor transmite a mensagem e mais ainda, da capacidade do receptor para decodificá-la (a mesma mensagem será entendida de modo diferente, por pessoas diferentes,

²⁶⁵ Conforme CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de, op. cit., p. 45.

²⁶⁶ CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de, op. cit., p. 91. “Os fatos acontecem, não são criados pela imaginação humana. Sendo a transmissão meramente de fatos, a informação deve cingir-se a eles, de forma verídica e autêntica”.

²⁶⁷ La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa a información, pg. 11. *Ibidem*, p. 93.

²⁶⁸ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ónus da prova no processo civil**, 3. ed., Coimbra: Almedina, 2006, p. 15. Luigi Pirandello (28 de junho de 1867 - 10 de dezembro de 1936), escritor italiano e Nobel de 1934.

²⁶⁹ Código de Processo Civil, artigo 131.

²⁷⁰ FARIAS, Edilson Pereira de, op. cit., p. 83.

cada um de acordo com suas elucubrações sobre o acontecimento); por certo, a verdade subjacente a um acontecimento transmitido ao vivo, pela televisão ou internet, será interpretada pelo telespectador ou internauta, de modo mais próximo da realidade, mesmo sem perder de vista que a mesma mensagem pode ser decodificada de maneira diversa, mas a força do visual se sobreleva à da imaginação.

E os fatos que compõem as notícias veiculadas na mídia impressa, ou relatados na mídia eletrônica estão jungidos à sua dimensão de exatidão? Tem-se que cabe, exclusivamente, à empresa de comunicação social o dever de seleção da notícia e arcar com as consequências de sua atividade, colhendo os glórias da credibilidade popular quando se pauta pela coerência, pela autenticidade da narrativa ou a indiferença da sociedade às suas informações falsas, sensacionalistas, o que fatalmente conduzirá ao seu fracasso.

A Constituição não obriga que os fatos publicados sejam honestos, completos, exatos e imparciais. Tanto é assim, que dentre os direitos fundamentais estão elencados: o *direito de resposta, proporcional ao agravo* (art. 5º, V), a responsabilidade civil *indenizatória* em caso de dano material ou moral se a publicação violar a *intimidade, a vida privada, a honra e a imagem* das pessoas (art. 5º, X).

Por esta razão, perfila-se à opinião de Cavalieri Filho²⁷¹:

Não é demais lembrar que são dois componentes da liberdade de informação jornalística: o direito de livre pesquisa e divulgação e o direito da coletividade de receber notícias que correspondam a uma realidade fática. Os órgãos de comunicação, é verdade, não estão obrigados a apurar, em todos os casos, a veracidade dos fatos antes de torná-los públicos. Se tal lhes for exigido, a coletividade ficaria privada do direito à informação, que deve ser contemporânea as ocorrências, sob pena de tornar-se caduca e desatualizada, perdendo a sua finalidade. Forçoso reconhecer, entretanto, que, por estar o direito da livre pesquisa e publicidade constitucionalmente condicionada à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, sempre que o primeiro extrapolar os seus limites, quer por sensacionalismo, quer por falta de cuidado, surgirá o dever de indenizar.

2.3 AS FONTES HISTÓRICAS DO DIREITO DE INFORMAÇÃO NO BRASIL

No Brasil Colônia, as tentativas de implantação de tipografias foram fortemente

²⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros. 2004, p. 123.

reprimidas por Portugal²⁷², objetivando impedir a circulação de opiniões contrárias aos interesses da Coroa²⁷³. Em consequência, a circulação de material impresso (livros, jornais ou panfletos) era restrito ao que vinha da Metrópole ou de outros países da Europa.

Com a chegada da família real, em 1808, Dom João VI determinou a instalação da Imprensa Régia, hoje Imprensa Nacional e a criação do primeiro jornal brasileiro: a *Gazeta*²⁷⁴ do Rio de Janeiro que começou a circular em 10 de setembro de 1808. Os fatos noticiados diziam respeito aos acontecimentos favoráveis à Família Real ou atos oficiais do governo, os avisos versavam sobre escravos fugidos e os anúncios sobre o cotidiano da nascente elite brasileira.

De Londres, o exilado Hipólito José da Costa lançou o Correio Brasiliense, cujo primeiro exemplar de 01 de junho de 1808, chegou ao Brasil em outubro, tendo causado repercussão nas classes mais esclarecidas o que levou à sua proibição e apreensão. Só tinham permissão para circular, a própria Gazeta e outras revistas impressas na Gráfica Oficial. As impressões eram submetidas a uma comissão formada por três pessoas, cujo ofício era fiscalizar a matéria e assim evitar manifestações contra a religião, o governo e os bons costumes. Era a censura instituída.

Pelo Decreto de 2 de março de 1821, Dom João VI, regulou a liberdade de imprensa, abolindo a censura, até que as Cortes Constituintes de Lisboa editassem uma nova Constituição. Decisão acolhida no Brasil pelo Decreto de 8 de junho de 1821, assinado pelo príncipe regente Dom Pedro, que fez publicar o aviso em 28 de agosto do mesmo ano, abolindo a censura nas provas tipográficas, mas proibindo o anonimato. A Constituição Portuguesa de 1822, que inaugurou a monarquia constitucional e firmou a União Real com o Reino do Brasil, prescreveu a liberdade de imprensa, no artigo 8º: “a livre comunicação é um dos mais preciosos direitos do homem”²⁷⁵.

²⁷² Desafiando a proibição da Coroa foi instalada uma tipografia em Pernambuco fechada pela Ordem Régia de 8 de junho de 1703 e outra no Rio de Janeiro fechada em 1747. In CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de, op. cit., p. 29.

²⁷³ Para o constitucionalista José Joaquim Lopes Praça, a história da liberdade de imprensa em Portugal se dividia em três períodos: a opressão, a luta e o triunfo. A primeira, marcada pela inquisição e uma eficaz rede de censura, com a criação do Tribunal da Real Mesa Censória, em 1768, vai até 1820. Conforme MACHADO, Jónatas E. M, op. cit., p. 99.

²⁷⁴ Mesmo nome do jornal francês *La Gazette* de 1631 que é considerado o protótipo dos jornais modernos. “Este jornal foi erigido com base num privilégio exclusivo concedido a Théophraste Renaudot pelo Cardeal Richelieu que se mostrou consciente do potencial da nova imprensa”. MACHADO, Jónatas E. M, op. cit., p. 50, nota 148.

²⁷⁵ A Constituição Portuguesa de 1822, a par da ênfase na livre comunicação de pensamentos, enquanto um dos mais preciosos direitos do homem, e na sua garantia independentemente de censura prévia, negou a liberdade de religião ao instituir a religião católica como ‘única religião da Nação Portuguesa’ e ressaltou a possibilidade de os Bispos censurarem as publicações atentatórias dos dogmas e da moral, devendo o Estado reprimir e punir

Proclamada a Independência, a Assembléia Constituinte enfrentou a questão, prescrevendo a liberdade de imprensa, mas nos moldes da Constituição Portuguesa de 1822, manteve a censura prévia aos assuntos religiosos a critério dos Bispos. Somente em 22 de novembro de 1823, o projeto de lei tratando da liberdade de imprensa, foi aprovado como Decreto, dispondo sobre a liberdade de imprensa, até nos assuntos religiosos, as matérias de cunho religioso, porém mantidas as punições aos abusos.

A Constituição Imperial de 1824 assegurou aos cidadãos brasileiros a inviolabilidade dos direitos civis e políticos, garantindo a liberdade de comunicação do pensamento por palavras, escritos e publicação pela imprensa, sem censura, respondendo cada um, na forma da lei, pelos abusos cometidos a este direito (art. 179, IV); pelo Decreto de 18 de março de 1831 foi regulamentado o processo dos crimes de imprensa; a Constituição Republicana de 1891 estabeleceu a liberdade de manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna sem dependência de censura, vedou o anonimato e manteve a responsabilidade, na forma da lei, pelos abusos praticados (art. 72, XII); com a Constituição de 1934 foi garantida a livre manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, assegurado o direito de resposta, a publicação de livros e periódicos independente de licença do Poder Público, foi vedado o anonimato e mantida a responsabilidade, na forma da lei, pela prática de abuso, e a intolerância à propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social (art. 113, IX); a Carta de 1937, embora reconhecendo a todo cidadão o direito de manifestação do pensamento, oralmente ou por escrito, impresso ou por imagens, nas condições e nos limites legais, estabeleceu inúmeras normas repressivas (art. 122, XV); no período de 1939 a 1945, a imprensa foi submetida a severa censura prévia, instrumentalizada pelo Decreto nº 1949, de 30/12/39; a Constituição de 1946 retomou a liberdade de imprensa nos moldes instituídos pela de 1934 (art. 141, V); a Constituição de 1967 impôs uma severa censura prévia, e limitou a liberdade de imprensa (art. 150, VIII), e foi promulgada a Lei nº 5.250/1967²⁷⁶; a regra foi

esses abusos à liberdade de imprensa. In MACHADO, Jónatas E. M, op. cit., p. 101-102.

²⁷⁶ ADPF 130-MC: Acórdão, DJ 06.11.2009. Republicação 25.02.2010. Decisão Monocrática da Liminar DECISÃO: Vistos, etc. CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEI Nº 5.250, DE 09 DE FEVEREIRO DE 1967 (LEI DE IMPRENSA). ATENDIMENTOS DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA MEDIDA LIMINAR. CAUTELAR DEFERIDA, AD REFERENDUM DO PLENÁRIO DO STF: Valho-me, pois, do § 3º do art. 5º da Lei nº 9.882/99 (Lei da ADPF) para, sem tardança, deferir parcialmente a liminar requestada para o efeito de determinar que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos e os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que versem sobre os seguintes dispositivos da Lei nº 5.250/67: 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) o § 2º do art. 2º; c) a íntegra dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 20, 21, 22, 23, 51 e 52; d) a parte final do art. 56 (o fraseado “...e sob pena de decadência deverá

mantida pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 153, § 8º); e a democrática Constituição de 1988, que dedica todo o Capítulo V, do Título VIII, à Comunicação Social, na qual se insere a liberdade de informação e com destaque a liberdade de informação jornalística, sendo nos dizeres de Ayres Britto “a mais nítida exaltação da liberdade de imprensa”²⁷⁷. A Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, regula, no Capítulo III, do Título III, o Registro de Jornais, Oficinas Impressoras, Empresas de Radiodifusão e Agências de Notícias, nos artigos 122 a 126. A Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997, regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*.

2.4 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E DE RISCO

Longe vai o tempo dos inflamados discursos individuais nas praças públicas. Longe vai o tempo dos recitais e saraus em que palpitantes discussões sobre governo e governante roubavam a cena no palco teatral do cotidiano da vida urbana. Longe vai o tempo das peças teatrais utilizadas como meios de expressar e satirizar os governantes e seus desmandos governamentais. Longe vai o tempo do Índice dos livros proibidos e longe também está o tempo da condenação à morte, na fogueira, na praça pública, como forma inibitória da manifestação do pensamento, da expressão das opiniões e, sobretudo da crítica às ações de governantes.

Fatos estes que foram os predecessores do fundamental direito ou liberdade de expressão individual reconhecido em 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. O modelo capitalista gestado após a Segunda Guerra Mundial, em que o novo padrão de acumulação de capital passou a se assentar na força de indústrias de base, de telecomunicações e informática, provocou o surgimento de novas tecnologias.

A partir da segunda metade do século XX, as novas circunstâncias tecnológicas vivenciadas pelas sociedades, conectando países numa frenética globalização de interesses (tanto os desenvolvidos quanto aqueles em via de desenvolvimento) e numa extensa rede de comunicações, têm exigido modificações nas estruturas conformadoras dos Estados. Pois a

ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa...”); e) os §§ 3º e 6º do art. 57; f) os §§ 1º e 2º do art. 60; g) a íntegra dos arts. 61, 62, 63, 64 e 65. Decisão que tomo ad referendum do Plenário deste STF, a teor do § 1º do art. 5º da Lei nº 9.882/99.

²⁷⁷ Carlos Ayres Britto, Ministro do STF, Relator na ADPF 130-MC.

Internet²⁷⁸, inicialmente utilizada em estratégias militares, hoje conecta praticamente todas as redes de computadores do mundo, produzindo inegáveis mudanças no conjunto da economia capitalista, tanto que se fala em “economia digital”, baseada nas transações virtuais e globalização da informação.

Ocorrem revoluções no campo das biotecnologias²⁷⁹, da comunicação de massa, da política, cultura, educação, comércio que, inegavelmente, têm modificado as relações sociais e jurídicas, com a produção de fatos novos, resultantes das novas relações interpessoais. Aponta-se o caso específico da cibercultura, em que a informação veicula em rede digital: quem não tem acesso a meios como celular e internet está em desvantagem. O crescimento do ciberespaço entre a juventude é um movimento internacional. Mesmo nos países onde a liberdade de imprensa é cerceada os fatos políticos e sociais trafegam pela rede digital, pois tem sempre alguém ansioso de comunicar e produzir informações na internet seja por via mensagem de textos ou de imagens.

Com o auxílio dos novos meios de comunicação, comumente designados ‘comunicação de massa’, a informação e o conhecimento têm se difundido com maior rapidez, provocando maior interação na sociedade com reflexos nas relações tanto locais quanto internacionais. E como já referido, fato que tem sido objeto de preocupações na Comunidade Européia em virtude da diversidade cultural daquele continente.

A comunicação sem fronteiras²⁸⁰ conduz à globalização, afastando a política tradicional de negócios, com o surgimento de outros agentes sociais e o aparecimento de novas realidades e demandas. São movimentos de todos os tipos, a maioria refletindo identidades específicas, com objetivos que vão do particular, como os movimentos de políticas afirmativas aos gerais, como dos ecologistas.

Neste novo contexto, surge a sociedade que os filósofos cunharam de “Sociedade da

²⁷⁸ BOLANO, Cesar R. S e CASTAÑEDA, Marcos V. A Economia Política da Internet e sua crise. In JAMBEIRO, Othon; BOLAÑO, César e BRITTOS, Valério (orgs.). **Comunicação, Informação e Cultura: dinâmicas globais e estruturas de poder**. Salvador: Edufba, 2004, p. 43: Surgida no período da Guerra Fria como uma rede que interligava núcleos de pesquisa de algumas universidades americanas a órgãos de inteligência militar e empresas que forneciam alta tecnologia de defesa ao Departamento de Estado do governo dos EUA, com o intuito, único até então, de disponibilizar comunicação permanente entre esses órgãos, a fim de manter a segurança nacional contra um possível confronto com a União Soviética”.

²⁷⁹ BOLAÑO, Cesar R. S. e CASTAÑEDA, Marcos V. A Economia Política da Internet e sua crise. In JAMBEIRO, Othon e outros, op. cit., p. 62. “O setor das biotecnologias é o melhor exemplo desse movimento atual, fortemente subsidiário da expansão das tecnologias da informação e da comunicação, explicitando o estágio avançado de socialização da produção atingido pelo capitalismo hoje e, portanto, a possibilidade objetiva de sua superação”.

²⁸⁰ Sem se esquecer dos países ainda considerados fechados tanto no aspecto econômico quanto no de comunicação.

Informação”²⁸¹ e os economistas de “Sociedade do Conhecimento”²⁸².

Entretanto, os avanços nas ciências e na técnica multiplicaram e generalizaram os riscos para a pessoa humana e para o planeta. Fala-se, inclusive, no advento de uma “sociedade de riscos”²⁸³, pois se tornou necessário não apenas partilhar a riqueza, como no Estado do Bem-Estar, mas também os riscos decorrentes do comportamento humano, que se exacerbam diante das inovações tecnológicas que surgem diariamente.

Segundo Canotilho²⁸⁴, embora se possa atribuir vários conceitos à palavra risco, ele vai sempre apontar para:

(1) os perigos (conhecidos e desconhecidos) gerados pela moderna tecnologia; (2) as ameaças de toda a civilização planetária (Beck); (3) as potencialidades do domínio tecnológico da natureza e da pessoa; (4) os desafios colocados às comunidades humanas no plano da *segurança e previsibilidade* perante eventuais catástrofes provocadas pela técnica e pela ciência.

Continuando, este autor assenta que “o conceito de **risco** parece cristalizar as experiências fundamentais das sociedades altamente industrializadas”²⁸⁵ ao lado de “categorias e conceitos jurídicos como contrato, direito subjectivo, indivíduo, capital, trabalho, classe, integração, racionalização”²⁸⁶.

Por isto, já que o mundo está vivenciando a abertura deste novo espaço de comunicação urge que o Estado e os grandes conglomerados empresariais se unam para explorar todas as potencialidades que este novo meio oferece, contribuindo para assegurar o bem-estar, a igualdade e o desenvolvimento de uma sociedade fraterna e pluralista, conforme idealizado pela Constituição brasileira, que pretende que as novas tecnologias, juntamente com a educação e a promoção de políticas públicas governamentais ou políticas de organizações privadas, possam ser utilizadas para a eliminação de desigualdades sociais, objetivando: a) *pleno desenvolvimento*

²⁸¹ JAMBEIRO, Othon. O Brasil na sociedade da informação: bases para um esquema de análise. In JAMBEIRO, Othon e outros, op. cit., p. 69. “São três os pilares que constituem a infra-estrutura da Sociedade da Informação, a saber: a Informática, na sua dimensão de produtora de softwares; a estrutura da Telemática, enquanto rede de telecomunicações computadorizada, interligada nacional e internacionalmente; e a indústria de equipamentos eletro-eletrônicos. LIMA, Maria de Fátima Monte. Educação e Novas Tecnologias. Direito de Todos! In *Idem*, p. 175-176.

²⁸² BATISTA, Wagner Braga. Educação a Distância e Modernização Regressiva. In *Ibidem*, p. 158: “A via da modernização tecnológica com desdobramentos sobre a nova sociedade do conhecimento apresenta-se como irreversível”.

²⁸³ BECK, Ulrich. Citado por SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 38.

²⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p.1354.

²⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1354. Com grifo no original.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 1354.

da pessoa; b) preparo da pessoa para o exercício da cidadania; c) qualificação da pessoa para o trabalho, como previsto no artigo 205, da CRFB, de 1988.

2.5 O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO SOBRE OS FATOS DE INTERESSE PÚBLICO

A liberdade de informação contemplada na Constituição brasileira no Capítulo da Comunicação Social (V do Título VIII), em termos genéricos, se compõe de três elementos básicos:

(a) direito de informar – que se desdobra no direito de obter a notícia (direito do profissional da Comunicação de ter acesso à informação, inclusive resguardando o sigilo da fonte (art. 5º, XIV)) e o pleno direito de informação jornalística (art. 220, § 1º), audiovisual e redacional, designada de liberdade de informação ativa;

(b) a expressão da opinião – consistente na informação como expressão da ideia formada sobre uma realidade fática, isto é, a combinação do substrato valorativo e até ideológico com a interpretação da realidade, que se dá, comumente, por meio de artigos;

(c) a liberdade de pensamento – que consiste na informação enquanto tradução das ideias e pensamentos próprios dos profissionais de jornalismo ou do grupo empresarial, não especificamente sobre um fato, mas sim sobre uma determinada situação que se passa na sociedade. É o que ocorre com os editoriais.

Canotilho e Moreira²⁸⁷ ensinam que o direito de informação integra três níveis: (a) direito de informar: liberdade de transmitir informações a outrem, de as difundir sem impedimentos; pode também consubstanciar-se no direito ao acesso a meios para informar; (b) direito de se informar: consiste na liberdade de recolha de informação; (c) direito a ser informado: é a versão positiva do direito de se informar, consistindo no direito a ser mantido informado.

²⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. Apud REBELO, Maria da Gloria Carvalho, op. cit., p. 35. Ressalta-se que a CRP/1976, no artigo 37º assenta o direito de todos de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.

A liberdade de informação, no seu sentido ativo, própria da profissão jornalística²⁸⁸, contém uma característica peculiar que é a liberdade de informar atrelada à transmissão de fatos noticiáveis, os quais podem ser submetidos ao contraste da veracidade, em juízo, sendo por isso, susceptíveis de prova. A informação pode ser obtida pelo profissional, diretamente, ou pode chegar ao seu conhecimento através de determinada fonte, cuja atitude, também está garantida pelo direito de informação e não pode ser restringida.

Observa-se, portanto, que a liberdade de informação ativa (salvaguarda a quem faz da procura e difusão da informação a sua profissão específica) deriva e se fundamenta no direito superior de cada membro do grupo social, saber o que acontece na organização estatal em que está inserido, ou seja, no direito de receber a informação (liberdade de informação passiva), pois só assim, através do conhecimento, pode formar suas próprias opiniões, sobre os assuntos de interesse geral, que irão convergir para a formação da ‘opinião pública’, da sociedade pluralista como previsto pela Constituição (no preâmbulo, art. 1º, V, art. 17, art. 170, art. 206, III, arts. 215 e 216, 220, § 5º.), conjugado com os ditames de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).

Assim preceitua o inciso XXXIII, do artigo 5º, da CRFB/88: *Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral [...], ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.*

Sobre a informação de interesse coletivo e geral diz Cretella Jr²⁸⁹:

Interesse Coletivo da Informação. A ‘expressão interesse coletivo’ é técnica e não se confunde com ‘interesse público’. [...] ‘ao lado do interesse próprio de cada indivíduo, por si mesmo considerado, surgem interesses que se referem a um grupo de indivíduos. A tais interesses se dá o nome de interesses coletivos. [...] O interesse coletivo não é, por si mesmo, público, concorrendo, para elevá-lo a tal grau a inclusão deste entre as finalidades estatais’.

Informação de Interesse geral. A expressão ‘interesse geral’ não é de terminologia técnica do direito público, sendo mais precisa a expressão ‘interesse público’, que é o próprio interesse público, geral, que o Estado coloca entre seus próprios interesses, assumindo-os e colocando-os sob regime jurídico de direito público, exorbitante e derogatório do direito comum.

A liberdade de informação, deste modo, se fundamenta nos princípios da publicidade e

²⁸⁸ Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), art. 302, § 1º: Entende-se como jornalista o trabalhador intelectual cuja função se estende desde a busca de informação até a redação de notícias e artigos e a organização, orientação e direção deste trabalho.

²⁸⁹ CRETELLA Júnior, José. **Comentários à Constituição de 1988**. V.I, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 419.

na eficácia da moralidade pública, que obrigam que os Poderes Públicos comuniquem, isto é, que publicizem as suas ações a fim de que a sociedade se inteire do funcionamento e gestão estatal. Daí se dizer que a notícia é de interesse público sempre que o assunto tenha repercussão na vida da coletividade, por isso, perdendo sua razão de ser quando exercitada em relação às condutas privadas carentes desse interesse, e cuja difusão e juízos públicos são desnecessários para a formação da opinião pública.

Neste contexto, bem diz Rebelo²⁹⁰ que o direito de receber informação é inerente a todo o cidadão, por ser potencial receptor desta liberdade, como sujeito passivo, sendo por isso, um direito que não pode ser limitado por ninguém, havendo, portanto, uma reivindicação plena de toda a sociedade, enquanto pressuposto básico da formação da opinião pública livre, “daí constituir um direito objectivo de garantia institucional”.

No mesmo sentido Canotilho²⁹¹:

Fala-se de uma **fundamentação objectiva** de uma norma consagradora de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a colectividade, para o interesse público, para a vida comunitária. É esta ‘fundamentação objetiva’ que se pretende salientar quando se assinala à ‘liberdade de expressão’ uma ‘função objectiva’ ‘um valor geral’, uma ‘dimensão objectiva’ para a vida comunitária (‘liberdade institucional’).

A informação, neste sentido, já que voltada para a formação da opinião pública, possibilitando o conhecimento dos cidadãos sobre os assuntos públicos, deve portar a tônica da veracidade ou verossimilhança, não tanto da certeza objetiva ou ‘verdadeira’ como propõe Carvalho²⁹², nos termos:

O componente social será o responsável pelo direito do informador de pesquisar e pelo dever de o Poder Público permitir ser pesquisado, pelo direito do público de receber informação, pelo direito desse público de seleccionar a informação que deseja receber e, talvez o mais importante, pelo direito do público à informação verdadeira.

Como a liberdade de informação, enquanto direito de transmitir fatos noticiáveis, se respalda na formação da opinião pública, faz-se mister traçar algumas notas sobre o significado de opinião pública, já que o seu conceito tradicional, de que os indivíduos “podem alcançar um consenso, formando uma opinião sobre os assuntos mais variados e complexos,

²⁹⁰ REBELO, Maria da Glória Carvalho, op. cit., p. 37.

²⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1256-1257.

²⁹² CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti, op. cit., p. 82.

foi abandonado contemporaneamente”²⁹³.

Quando da Primeira Guerra Mundial, os países beligerantes, cada um a seu modo, sentiram a necessidade de manipular psicologicamente as tropas e as populações, ou seja, pretenderam formar a opinião pública sobre as motivações para a guerra. Assim, em 1917, na Alemanha foi criado um departamento de política e informação, diretamente subordinado ao estado, cuja atividade consistia na elaboração de campanhas de propaganda, objetivando manter elevado o moral das tropas e para reforçar o sentimento cívico dos cidadãos. Na Inglaterra, em 1918, foi instituída uma comissão de propaganda. E na Rússia, a revolução de outubro e a afirmação do pensamento marxista-leninista, provocaram intensa atividade propagandística pela destruição do capitalismo em favor do proletariado. Propaganda, assim, é conceituada como “o conjunto de técnicas de acção individual utilizadas no sentido de promover a adesão a um dado sistema ideológico (político, social, ou econômico)”²⁹⁴.

Por volta de 1930, nos Estados Unidos da América, dada a multiplicação do número de agentes publicitários, anunciantes e propagandistas, exigiu-se a criação de órgãos que avaliassem seu impacto na opinião pública, surgindo os instrumentos de medição da voz popular. Em 1936, George H. Gallup (diretor do Instituto Americano de Opinião Pública) e Archibald Crossley realizaram, numa votação prévia, na tentativa de predizer os resultados das eleições nacionais. Em seguida, órgãos similares foram constituídos em outros países.

No Brasil, o mais conhecido órgão de medição de opinião pública é o Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE) que efetua pesquisas em vários campos, inclusive sondagens eleitorais, mas que firmou sua popularidade, sobretudo, pelas estimativas sobre os índices de audiência dos programas de rádio e televisão²⁹⁵.

No ordenamento jurídico brasileiro, o termo propaganda é utilizado como sinônimo do termo publicidade. Referem-se a propaganda comercial: a CRFB/88, art. 220, § 4º: *A propaganda comercial de[...]*; o Decreto-Lei 4112/1942, proíbe determinados profissionais a divulgação de anúncios com características de propaganda; Lei 4680/1965, art. 5º, define:

²⁹³ Enciclopédia Britânica do Brasil, 1983, v. 11, p. 423.

²⁹⁴ SUEIDIN, Samir. *As ligações perigosas na publicidade e propaganda: um estudo de caso*. Imprensa, São Paulo: Saraiva 1980, p. 9, apud CHAVES, Rui Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 178.

²⁹⁵ Enciclopédia Barsa v. 11, 1983, p. 423.

propaganda é qualquer forma remunerada de difusão de ideias, mercadorias, ou serviços por parte de um anunciante identificado; Lei 8078/90, art. 60: a imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva [...]; Código Civil/2002, artigo 18: sem autorização não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

No entendimento de que a liberdade de informação constitucionalmente consagrada visa, também, à garantia da formação da opinião pública, aponta-se o conceito de ‘opinião pública’, posto por Rebelo²⁹⁶, a saber:

1) Sendo o parecer ou a apreciação sobre uma determinada questão difundida de maneira colectiva, é em si mesma plural, i.e., compõe-se de opiniões diversas; 2) Os temas tratados pela opinião pública são de carácter público e afectam a coletividade; 3) A opinião pública é mutante e as questões sobre as quais se manifesta são controvertidas e têm de poder ser debatidas em condições de liberdade; 4) Embora o sujeito activo seja o indivíduo, traduz não apenas a soma das opiniões individuais privadas, mas sim a soma das opiniões dos grupos sociais, assumidas individualmente pelas pessoas que compõem o grupo; 5) A opinião pública reflecte a opinião dos governados e não da elite governante, se bem que possam coincidir. Não obstante a opinião pública não é espontânea, pois está mediatizada pelos governantes, grupos de pressão, líderes de opinião, etc, que por sua vez a configuram e a reflectem nos meios de comunicação social; 6) A opinião pública tem de ter a possibilidade e a perspectiva de ser eficaz e influente no poder político de um país (condição última de sua existência).

Fatos noticiáveis de interesse público: a publicidade é, segundo a CRFB/88, um dos princípios da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 37). Tem-se no § 1º que: *A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter carácter educativo, informativo ou de orientação social [...].*

O princípio da publicidade adere à administração pública em virtude de que as ações do Poder público devem ser revestidas da maior transparência. Como dito pela Constituição, todas as ações do Poder público, ressalvadas as de carácter sigiloso (art. 5º, XXXIII), devem ser publicizadas, com a finalidade de educar, *informar* ou orientar a sociedade. Portanto, todo o funcionamento dos órgãos públicos e ações praticadas pelos agentes públicos, no exercício da função pública, se traduzem em fatos de relevância pública. Bandeira de Mello²⁹⁷ conceitua “interesse público” como sendo: [...] o interesse resultante do conjunto de interesses que os

²⁹⁶ REBELO, Maria da G. Carvalho, op. cit., p. 33, nota 47.

²⁹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 26-27.

indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelos simples fato de o serem.

Desse modo, pode-se dizer que “fatos noticiáveis de interesse público” são todos aqueles produzidos pela administração pública e seus agentes a fim de que os administrados deles tomem conhecimento, permitindo a formação de um sentido crítico sobre os mesmos. Por isto, a legitimidade das intromissões na esfera privada dos agentes públicos decorre da vinculação direta e objetiva, destes, com o manejo da coisa pública (*res publica*), o que é pertencente ao povo.

Ainda além, até os fatos produzidos por qualquer cidadão na esfera pública (v.g. nas ruas, junto aos rios, nos parques públicos ou em monumentos) passam a ser de domínio público. Quem quer que aja de forma contrária aos preceitos legais, nos locais públicos ou de uso comum, estará produzindo fato noticiável, vez que a conduta viola as disposições do ordenamento jurídico, havendo sempre, na sociedade, aqueles que se interessarão por notícias da espécie. Pode-se dizer, são notícias que despertam o interesse do público.

Por outro lado, com as acuradas técnicas de publicidade, atualmente desenvolvidas, é impossível dizer que os agentes de comunicação social, mesmo no estrito âmbito jornalístico, se limitem exclusivamente a noticiar o fato. Resolvidos a despertar o interesse do público, elaboram a formulação da notícia com as mesmas técnicas utilizadas na publicidade, para assim despertar ou motivar a opinião das pessoas para os seus pontos de vista sobre o fato em foco.

Razão pela qual, a Constituição não estigmatiza a liberdade de informação com o atributo ou qualidade de ‘verdade’ e nem atrela a informação jornalística à transmissão de fatos de interesse público.

Deste modo, os fatos produzidos pela administração pública e seus agentes são, categoricamente, de interesse geral, o que dá à notícia a conotação de função social. A liberdade de informação como valor essencial do nosso ordenamento jurídico-constitucional, exige para o seu exercício a máxima plenitude, pois permite a livre exposição dos juízos de valor de cada um, nos termos que se impõem em uma sociedade democrática. Sem a consagração da liberdade de informação os valores máximos como desenvolvimento e justiça social, igualdade e pluralismo social, econômico e político não serão passíveis de se alcançar e concretizar.

2.6 A FUNÇÃO SOCIAL DA NOTÍCIA

No ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, a fundamental liberdade de expressão consiste no dever do Estado garantir a sua plena atividade, seja em sua estrutura de liberdade individual e na conotação macro, incluída a liberdade de informação jornalística para a satisfação da justiça social de acordo com as exigências de pluralismo da atual sociedade. O ponto de partida, por esta ótica, é a sociedade organizada onde a opinião pública constitui a sua garantia material, possibilitando a sua evolução e desenvolvimento crítico.

O sistema de comunicação social dos Estados Unidos da América, devido ao seu poder efetivo nos debates públicos e à habitualidade de procurar as notícias em todos os sistemas da organização social, é considerado um bom exemplo da função social da notícia. Um divisor de águas naquele país foi a Sentença do Supremo Tribunal no caso “*New York Times versus Sullivan*”, em 1964. A partir de 1970, o ‘direito de libelo’ passou a ser uma parte da *Law of Torts*, ou seja, um problema de responsabilidade civil por danos, sob três diferentes aspectos: “*intentional tort* – muito próxima da produção de responsabilidades penais, *negligence tort* – ausência de cuidado razoável e *strict liability tort*, em que o ânimo do sujeito não intervém”²⁹⁸.

A informação jornalística conota uma função social na medida em que dá ciência à comunidade da ocorrência de fatos de cunho político, social ou econômico que sejam relevantes, a fim de que possibilitem a todos o pleno exercício da cidadania mediante a participação efetiva no desenrolar da vida em coletividade. Neste contexto, até a crítica jornalística é permitida, pois se embasa na liberdade de expressão que por sua vez se amalgama à liberdade de informação; por outro lado, a crítica não pode ultrapassar os limites da narrativa do fato, ainda que emitindo um juízo de valor pessoal e que não pode se confundir com o ataque à pessoa natural ou jurídica.

Neste sentido, como assenta Cavalieri Filho²⁹⁹:

A crítica jornalística não se confunde com a ofensa; a primeira apresenta ânimo exclusivamente narrativo conclusivo dos acontecimentos em que se viu envolvida determinada pessoa, ao passo que a segunda descamba para o terreno do ataque pessoal. Não se nega ao jornalista, no regular exercício de sua profissão, o direito de divulgar fatos e até emitir juízo de valor sobre a conduta de alguém, com a finalidade de informar a coletividade. Daí a descer ao ataque pessoal, todavia, em busca do sensacionalismo, vai uma barreira que não pode ser ultrapassada, sob pena

²⁹⁸ REBELO, Maria da Glória Carvalho, op. cit., 13, p. 40.

²⁹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio, op. cit., p. 106.

de configurar o abuso de direito, e, conseqüentemente, o dano moral e até material.

Liberdade de informação e Democracia, na vigente ordem constitucional brasileira, no dizer de Ayres de Britto³⁰⁰, são irmãs siamesas:

Uma a dizer para a outra, solene e agradecidamente, ‘eu sou quem sou para serdes vós quem sois’ (verso colhido em Vicente Carvalho, no bojo do poema “Soneto da Mudança”). 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.

Não pode existir Estado Democrático de Direito sem a garantia fundamental da liberdade de expressão, em sua realidade sistêmica, no foco mais abrangente da liberdade de comunicação social. Pelo livre exercício desta atividade pode-se alcançar não apenas o desenvolvimento dos atores da vida social, seja no aspecto individual, como *receptor*³⁰¹, seja no institucional, pela perspectiva do *emissor*³⁰², pois, por meio deste círculo virtuoso, se terá receptor mais exigente e mais seletivo com as mensagens recebidas e em consequência, emissores mais comprometidos com a qualidade e veracidade das mensagens transmitidas.

Governos democráticos não controlam o conteúdo dos discursos escritos ou pela fala nos meios de comunicação social. Verdadeiras democracias são aquelas que respeitam, o que os romanos já haviam cunhado como *vox populi*, *vox dei* – voz do povo, voz de Deus – o assentimento de um povo pode ser o critério de verdade. Somente pela expressão de muitas vozes, opinando sobre um determinado acontecimento, se pode chegar a uma análise mais criteriosa daquela verdade.

Para Freitas Nobre, citado por Silva³⁰³, a função social da notícia está no fato de que ela “*constitui uma defesa contra todo excesso de poder e um forte controle sobre a atividade político-administrativa e sobre não poucas manifestações ou abusos de relevante importância para a coletividade*”.³⁰⁴

Dos debates livres e bem informados surgem as melhores políticas públicas que

300 Data de Julgamento Final Plenário. Data de Publicação da Decisão Final. Acórdão, DJ 06.11.2009. Republicação 25.02.2010. CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEI Nº 5.250, DE 09 DE FEVEREIRO DE 1967 (LEI DE IMPRENSA). ATENDIMENTOS DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA MEDIDA LIMINAR. CAUTELAR DEFERIDA, AD REFERENDUM DO PLENÁRIO DO STF. Carlos Ayres Britto. Relator.

301 O receptor ou destinatário aquele a quem a mensagem é dirigida. O receptor que decodifica o significado da mensagem e a utiliza ou a processa de acordo com seus interesses quanto à informação transmitida.

302 O emissor é quem transmite a outrem uma mensagem, codificando-a de acordo com suas necessidades interativas, finalidade e objetivos. O emissor pode não ser o responsável pela elaboração da mensagem ou discurso que transmite. Ocorre, ainda, muitas vezes, que o verdadeiro conhecedor do fato que se transmite não é o emissor, mas outra pessoa, assim designada de fonte.

303 FREITAS NOBRE, ob. cit., pp. 6-8, apud SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 247.

³⁰⁴ In Albino Greco, ob. cit., p. 53. Também Freitas Nobre, ob. cit., pp. 6-8.

refletem o contexto da sociedade pluralista. Asseguram os teóricos da democracia que quanto mais livres e difundidos forem os debates tanto menores serão as consequências negativas sobre o funcionamento do Estado. A liberdade de expressão serve como instrumento decisivo de controle da atividade governamental (legislativo, executivo, judiciário) e do próprio exercício do poder. Somente a liberdade de expressão, constitucionalmente assegurada é capaz de manter o verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Por isso não é demais afirmar que a ‘expressão de liberdade’ de um povo nasce e se assenta na ‘liberdade de expressão’ em suas múltiplas formas de comunicação, constitucionalmente asseguradas e garantidas.

CAPÍTULO III O DIREITO À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE

3.1 INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM

Como já analisado no Capítulo I, item 1.3, após a Segunda Grande Guerra o empenho internacional firmou o pressuposto da necessidade de proteção jurídica aos direitos da personalidade. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, firmada em Bogotá, em 1948, instituiu a proteção à honra, reputação, vida particular e familiar das pessoas³⁰⁵; pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de dezembro de 1948, restou assentada a proteção da lei contra *interferências* à vida privada, familiar, no lar e na correspondência das pessoas, e a *ataques* à sua honra e reputação³⁰⁶. A partir destas Declarações os países foram inserindo em suas Constituições, os direitos fundamentais de personalidade.

Enquanto durante os séculos XVI e XVII falava-se da integração de um direito geral de personalidade³⁰⁷, inclusive tendo surgido o conceito de *ius imaginis*, afirmando-se o direito sobre o próprio corpo³⁰⁸, no século XVIII, a doutrina do direito natural desenvolveu a ideia da tutela dos direitos individuais e a noção de dignidade da pessoa humana, assentando-se, no século XIX, o fracionamento do direito geral de personalidade³⁰⁹, reconhecendo-se como direitos subjetivos juridicamente tutelados, apenas aqueles expressamente tipificados na lei. Decorre, daí, a sedimentação dos direitos de personalidade como uma figura civil instituída na parte geral dos códigos O Código Civil alemão (BGB), de 1900, tipificou apenas o direito ao

³⁰⁵ Artigo 5º. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos a sua honra, a sua reputação e a sua vida particular e familiar.

³⁰⁶ Artigo 12. Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

³⁰⁷ “O renascimento e, principalmente, o humanismo, que vinha se impondo a partir do século XVI, alavancaram novas idéias, que já fermentavam desde o recrudescimento da Baixa Idade Média, conduziram os juristas da época à formulação do direito geral de personalidade, como um *ius in se ipsum*, surgindo as primeiras noções de direito subjetivo e a existência de um poder de vontade individual”. SZANIAWSKI, Elimar, op. cit., p. 38.

³⁰⁸ *Idem*: *dominus membrorum suorum nemo videtur*.

³⁰⁹ “No entanto, o direito alemão, austríaco e suíço, do século XIX, não sofreram influência imediata da nova ordem jurídica que surgira a partir da Revolução Francesa e das idéias iluministas, mantendo-se a tutela da personalidade do ser humano mediante aplicação do direito geral de personalidade”. *Ibidem*, p. 38; 45.

próprio nome (§ 12), “restringindo sua proteção às hipóteses de pretensões de omissão e de eliminação do nome”³¹⁰.

Como resultado, firmaram-se duas teorias, sustentando, de um lado: (a) um “direito geral de personalidade”³¹¹; e de outro (b) a existência de uma pluralidade de direitos da personalidade³¹² – designada concepção “atomística” – que se desdobra: (i) na atipicidade dos direitos da personalidade (considerando a existência de uma série aberta de direitos); ou (ii) tipicidade³¹³ (fechada).

Desse modo, dada a influência e força normativa dos Códigos Civis vigentes à época, que via de regra previam a ressarcibilidade por dano não patrimonial, somente mediante previsão legal³¹⁴, o dano aos direitos da personalidade, só encontrava guarida no campo do direito criminal (injúria, calúnia e difamação).

A Lei Fundamental de Bonn (1949) fez renascer no direito alemão o direito geral de personalidade, ao prescrever no artigo 1º, a intangibilidade da dignidade humana e no artigo 2º/1, o reconhecimento ao livre desenvolvimento da personalidade humana. E no artigo 1º/3, visando conter o legislador ordinário, estabeleceu a aplicabilidade direta das normas de direitos fundamentais.

Com a teoria da aplicabilidade direta das normas constitucionais, passou-se a reconhecer a sua preeminência, podendo, assim, a norma constitucional ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil, inexistindo normas ordinárias para disciplinar a *fattispecie* em consideração. Assenta-se, no dizer de Perlingieri³¹⁵, o reconhecimento da “norma constitucional como norma de comportamento”, firmando-se na jurisprudência “o princípio da interpretação conforme à Constituição”³¹⁶. A *interpretação*, ordenando as fontes na unidade do sistema, passa a ter significado decisivo para a “consolidação e preservação da força normativa da

³¹⁰ SZANIAWSKI, Elimar, op. cit., p. 38; 46. “A Lei de Proteção Artística, de 0.01.1907, em seus §§ 22 e ss., reconheceu a existência do direito à própria imagem”.

³¹¹ Constituição Italiana de 1947, art. 2. A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem quer como indivíduo, quer nas formações sociais onde desenvolve a sua personalidade e exige o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social.

³¹² “Sendo múltiplas as exigências da personalidade humana, que recaem sobre distintos bens, é natural que as mesmas sejam tuteladas por direitos distintos”. SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 98.

³¹³ PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 154. Direitos da personalidade seriam apenas os elencados no Código Civil, na Constituição e em leis especiais.

³¹⁴ Código Civil Alemão, artigo 253: “Danos imateriais. Por um dano não patrimonial somente pode ser exigida indenização pecuniária nos casos previstos em lei”. BARRETO, Wanderlei de Paula. In ALVIM, Arruda; ARRUDA, Thereza Alvim, op. cit., p. 110, nota 37.

³¹⁵ PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 12

³¹⁶ HESSE, Konrad, op. cit., p. 118.

Constituição”³¹⁷ e, lentamente, vai se consolidando, nos ordenamentos jurídicos uma opção pelo “*personalismo* (superação do individualismo) ao *patrimonialismo* (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, e do consumismo, depois, como valores)”³¹⁸. E a incomunicabilidade entre a Constituição e o Código Civil vai sendo superada em virtude das prescrições sobre os direitos da personalidade³¹⁹.

A Constituição Brasileira de 1988 não consagra uma “cláusula geral de direito da personalidade”, tendo optado por tipificar no rol dos direitos fundamentais, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X), como direitos da personalidade, constituindo, assim, no entendimento de boa parte da doutrina, um rol fechado de direitos.

Intimidade, vida privada, honra e imagem são, portanto, bens individualizados e inerentes ao patrimônio de cada pessoa, tanto no aspecto físico (corpo/imagem), como no aspecto moral (interior, psicológico, do sentimento) e se apresentam como direito *erga omnes* pelo fato de seu titular estar em constante relação com os demais membros do corpo social³²⁰ que têm o dever de respeitá-los; daí porque, a violação a qualquer destes direitos ser considerado ato ilícito passível de indenização em caso de dano material ou moral.

a) intimidade e vida privada: alguns autores afirmam que o direito à intimidade está abrangido pelo direito à privacidade, pois sempre que houver violação à intimidade de alguém, conseqüentemente, a sua privacidade será violada. No que pese a tipificação posta pela Constituição (intimidade e vida privada), entende-se, também, que tudo aquilo que se passa, que se exterioriza, no âmbito da vida privada de alguém é por essência de sua intimidade, pois o que merece a proteção legal é a não intromissão alheia na esfera destes interesses particulares. Só pode ser objeto de direito aquilo que se realiza: não existe proteção do pensamento ou do sentimento, mas sim a sua manifestação ou exteriorização. Outros, entretanto, defendem que são direitos autônomos e por isso não se confundem, afirmando-se que a intimidade é algo muito mais recôndito, é a expressão dos sentimentos mais íntimos e profundos do ser humano, ou até mais restritos de sua vida. Neste sentido Lotufo³²¹ considera que “o campo da intimidade é mais restrito que o da privacidade”.

³¹⁷ HESSE, Konrad, op. cit., p. 135.

³¹⁸ PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 33.

³¹⁹ Segundo Durig, citado por FARIAS, Edmilson Pereira de, op. cit., 2008, p. 118: os direitos da personalidade “constituem ‘o mais audaz e o melhor impulso do direito privado nos últimos anos’”.

³²⁰ “Il tema della riservatezza é collegato alla dinamica dei rapporti tra socialità e individualità”. TOMMASINI, Osservazioni..., op. cit., 1987, apud SCALISI, Antonio, op. cit., p. 185.

³²¹ LOTUFO, Renan. Código Civil Comentado, 2003, p. 82, apud BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de Personalidade e Autonomia Privada, 2007, p. 167.

Segundo Cunha Júnior³²²:

Em maio de 1967 celebrou-se em Estocolmo a ‘Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade’, quando o tema foi enfocado em sua plenitude. O documento de Estocolmo alinha cinco ofensas ao direito à intimidade: (1) penetração no retraimento da solidão da pessoa, incluindo-se no caso o espreitá-la pelo seguimento, pela espionagem ou pelo chamamento constante ao telefone; (2) gravação de conversas e tomadas de cenas fotográficas e cinematográficas das pessoas em seu círculo privado ou em circunstâncias íntimas ou penosas à sua moral; (3) audição de conversações privadas por interferências mecânicas de telefone, microfilmes dissimulados deliberadamente; (4) exploração de nome, identidade ou semelhança da pessoa sem seu consentimento, utilização de falsas declarações, revelação de fatos íntimos ou crítica da vida das pessoas; e (5) utilização em publicações, ou em outros meios de informação, de fotografia ou gravações obtidas sub-repticiamente nas formas precedentes.

Para Farias³²³ as fontes inspiradoras da distinção constitucional entre intimidade e vida privada são a teoria tedesca (não seria tudesco?) das esferas da intimidade e a *praxis* jurídica francesa, “que considera o direito à intimidade apenas como um aspecto mais restrito do direito à vida privada, denominado de *intimidade da vida privada* pela Lei francesa de 17.7.1970”. Também a Constituição Portuguesa de 1976, de modo diverso da brasileira, garante *a intimidade da vida privada*, nos termos: “A todos são reconhecidos os direitos [...] à reserva da intimidade da vida privada”³²⁴.

Segundo Machado, a doutrina constitucional de proteção à privacidade encontra-se intimamente ligada aos nomes dos norte-americanos Samuel Warren e Louis Brandeis que no artigo *The Right to Privacy* publicado na *Harvard Law Review*, em 15 de dezembro de 1890, se insurgiram “contra os excessos da chamada *Yellow Press*, sustentando a existência de um direito a ser deixado em paz”³²⁵. Farias³²⁶ acrescenta que nesse artigo, os autores concluem asseverando que: “limitado como qualquer direito necessariamente deve ser, ‘o direito à privacidade não proíbe qualquer publicação de matéria que seja de interesse público ou geral’”^{327/328}. A doutrina sempre relembra a decisão do Juiz americano Cooley, em 1873 que

³²² V. 1. Tese I. Salvador, 2009, p. 17 a 35.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 679.

³²³ FARIAS, Edmilsom Pereira de, op. cit., p. 131.

³²⁴ Constituição da República Portuguesa (CRP/1976). Artigo 26º. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.

³²⁵ MACHADO, Jónatas E. M, op. cit., p. 792.

³²⁶ FARIAS, Edmilsom Pereira de, op. cit., p. 125.

³²⁷ *Ibidem*, p. 124-125.

³²⁸ *Ibidem*, p. 128: “A primeira demanda, na qual o direito à intimidade é expressamente reconhecido, ocorreu em 1892, quando um juiz de Nova York, apreciando o caso *Schuyler v. Curtis* fez uso das ideias expostas por Warren e Brandeis no artigo publicado dois anos antes: *the right to privacy*. Nesse precedente, estabelece-se já

identificara a privacidade com o direito de ser deixado, em paz ou só: *right do be let alone*.

A partir de então, o direito à intimidade foi se consolidando na dogmática jurídica, como “*direito a uma área de acesso limitado, ou a uma zona pessoal, em nome de valores como a dignidade, a individualidade, a autonomia, a confiança e mesmo o bem estar físico e psicológico*”³²⁹.

Como assenta Machado³³⁰:

Daí que se entenda que o facto de determinadas informações sobre a vida privada dos cidadãos suscitarem o *interesse do público* em termos fácticos, não significa que a sua divulgação seja de *interesse público*, em termos normativos. Assim entendido, o direito à intimidade da vida privada não tem nada a ver com a questão da verdade ou da falsidade das imputações que sejam feitas, mas sim com o carácter privado e reservado das mesmas.

No direito alemão a doutrina densifica a ideia de privacidade com a conhecida teoria das *esferas de proteção*³³¹ que, distinguindo a *esfera da publicidade*, entre uma *esfera pessoal*, englobando as relações que o sujeito estabelece com o meio social envolvente (v.g. profissão, lazer etc), uma *esfera privada* relativa à trajetória do indivíduo ou à sua inserção em contextos de maior proximidade afetiva e relacional (v.g. fatos passados, família, convicções e práticas religiosas, círculos de amigos) e uma *esfera íntima* a que se subsumem os aspectos relativos ao mundo dos sentimentos, emoções, da existência biopsíquica, da sexualidade (v.g., oração, doença, hábitos íntimos ou de higiene, orientação sexual, comportamentos sexuais etc).

Silva³³², entendendo que o direito à privacidade abarca todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade consagradas pelo texto constitucional, cita o conceito de privacidade formulado por Pereira³³³, como “o conjunto de informação acerca do indivíduo que

uma importante distinção: a proteção da intimidade difere quando se trata de pessoas públicas e quando se trata de pessoas privadas”.

³²⁹ MACHADO, Jónatas E. M, op. cit., p. 793. (com grifo).

³³⁰ *Idem*

³³¹ *Idem*. Segundo FARIAS, Edmilson Pereira de, op. cit., p. 126-127: “Nesse sentido, Robert Alexy (Teoria de los derechos fundamentales, p. 34 e ss) alude que o Tribunal Constitucional Alemão elabora a teoria das esferas distinguindo-as em (1) esfera mais interna (“âmbito último intangível da liberdade humana”, “âmbito mais interno (íntimo)”, “esfera íntima intangível”, “âmbito núcleo absolutamente protegido da organização da vida privada”); (2) esfera privada ampla: englobando o âmbito privado à medida que não pertença à esfera mais interna; (3) esfera social: abrangendo tudo que não tem que ser incluído na esfera privada ampla”.

³³² SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 206.

³³³ PEREIRA, J. Matos, Direito de Informação, p. 15, apud SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 206.

ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem isso poder ser legalmente sujeito”. Para Bittar³³⁴:

São os diversos aspectos da vida pessoal, familiar ou profissional do indivíduo que ele não quer que sejam devassados, respeitando as confidências, dados pessoais, recordações, memórias, diários, relações familiares ou amorosas, afeições, costumes domésticos, atividades negociais, mantendo-os longe da curiosidade pública.

O direito à privacidade, desse modo, tem uma concepção negativa, aproximando-se da “ideia de segredo, de sigilo, de não-publicidade, de reserva, de direito de estar só, como se diz na doutrina americana, ou direito de estar tranquilo, expressão utilizada por Carbonnier, e de direito ao esquecimento”³³⁵. Nas palavras de Pontes de Miranda, “cada um tem o direito de se resguardar dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos”³³⁶.

Ou seja, é um direito fundamental de cunho negativo compreendido como *zona de exclusão*, dentro de um perímetro de reserva e discricção que nem os poderes públicos nem os particulares podem vulnerar, que visa tutelar a pessoa contra interferências de terceiros, na sua esfera individual, no grupo familiar, no domicílio, em sua comunicação interpessoal, como já afirmara a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A vida privada de alguém é constituída por todas suas atitudes (atos por ela produzidos) ou fatos sociais (em que ela é partícipe) os quais se formam e se desenvolvem à sua volta, desde a expressão de sentimentos (culturais, religiosos, amorosos, afetivos, etc.), ao desenrolar de sua vida quotidiana, toda ela protegida pela vasta gama de direitos fundamentais, invioláveis (art. 5º) como: a liberdade de consciência e de crença (VI), liberdade de convicção filosófica ou política (VIII), de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação (IX), o asilo domiciliar (XI), o sigilo da correspondência, de dados, das comunicações telegráficas, telefônicas (XII), o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (XIII), a liberdade de locomoção (XV), de reunião em locais abertos ao público (XVI), de associação (XVII) – desde que observadas as disposições legais inerentes a cada uma destas liberdades.

Cada pessoa, em virtude do bem maior da liberdade individualizada, constitucionalmente garantida, pode dispor³³⁷ deste direito fundamental, que é a própria

³³⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade, 2000, p. 103, apud BORGES, Roxana, op. cit., p. 165.

³³⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, op., cit., p. 163.

³³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 1956. v. 7, p. 124. Apud BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, op. cit., p. 163.

³³⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, op. cit., p. 112: “a expressão ‘disponibilidade’ e outras correlatas,

privacidade. Nos dias atuais, como uma característica própria da “sociedade da informação” ou da “sociedade de consumo”, tem sido uma constante, pessoas expõem, gratuitamente, nos meios de comunicação (televisão e internet, revistas etc.) e até por celular, fatos de suas vidas privadas, ora em relatos, ora em imagens, com objetivo puramente de exibição pública ou mesmo, comercialmente. Vigora nestes casos a autonomia privada sobre o direito da personalidade que na teoria de Pontes de Miranda³³⁸ se constitui como pré-excludente da ilicitude do ato, não se configurando a violação, vez que a devassa da privacidade ocorre pelo consentimento.

Se a vida privada de pessoas, anônimas, desperta o interesse do público o que dizer da vida privada das personalidades públicas. Intenso é o comércio cuja matéria é a vida privada das pessoas, sejam elas públicas ou anônimas, mediante a venda de fotografias, de gravações da própria voz, de correspondências, etc., e, sobretudo, de suas privacidades, porque a curiosidade do ser humano é voraz neste sentido³³⁹. Enquanto objeto de negócio jurídico, passível de avaliação econômica, passam, assim, a ter caráter patrimonial.

b) honra: o direito à honra, hodiernamente, encontra proteção, constitucional, civil, penal e em leis especiais. Mas por longa data, era protegido, apenas pelo Código Penal, tipificando os crimes de calúnia, injúria e difamação (arts. 138 a 140). Ainda hoje, fora destas hipóteses, criminais, a tutela da honra, em sua generalidade de integridade moral, é uma questão bastante delicada, porque o interesse que se busca preservar (honra e decoro) pode entrar em conflito com outros direitos, como, especificamente, com o direito de “informação jornalística”, que também encontra apoio na Constituição, assegurado como plena liberdade de exercício.

O conceito de honra já foi objeto de incansáveis estudos por parte de renomados doutrinadores e juristas que nela incluem a auto-estima, a consideração, o bom nome, a boa fama e a reputação que o indivíduo desfruta em sociedade. Deste modo, a honra é estudada em seu aspecto *subjetivo* (autoestima, amor-próprio, dignidade e a consciência do próprio valor moral e social que cada pessoa se atribui, ou seja, a sua reputação) e *objetivo*, a outra face deste direito que é o conceito que a sociedade faz do indivíduo (a dignidade da

como ‘poder de disposição’, não são necessariamente sinônimos de alienação ou transferência ou renúncia de direitos. Num sentido amplo, como utilizamos na maior parte desta pesquisa, a disponibilidade significa a liberdade jurídica de exercer certos direitos de personalidade de forma ativa ou positiva, não apenas na forma negativa, como tradicionalmente se pensou”.

³³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 1955, p. 125-126, apud BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, op. cit., p. 164.

³³⁹ Programas intitulados como Big Brother (Grande Irmão) só são produzidos porque desfrutam de audiência cativa aqui e alhures.

peessoa humana refletida na consideração dos outros)³⁴⁰. Como singelamente definido por Cupis³⁴¹ a honra é a “a dignidade pessoal reflectida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa”.

O direito à honra, tal qual os outros (demais) direitos da personalidade, não é absoluto, sendo que em caso de ataque ou violação admite-se a *exceptio veritatis*, “a exceção concernente à verdade ou à notoriedade do direito atribuído à pessoa ofendida”³⁴². Pelo Código Penal brasileiro, na calúnia (art. 138), salvo os casos excepcionados pelo § 3º, a exceção da verdade é permitida; na difamação (art.139) a regra é a sua inadmissibilidade, sendo aceita somente quando a ofensa se referir ao exercício de funções públicas; na injúria (art. 140), veda-se, em qualquer hipótese, a exceção da verdade.

c) a imagem: a consagração do direito à imagem como direito autônomo foi gradual. Os adeptos da teoria “restritiva” defendiam a proteção à imagem como direito autônomo, enquanto seus críticos sustentavam que a reprodução da imagem não é a mesma coisa que a criação de uma obra intelectual, artística ou científica. Atualmente, este consagrado direito de personalidade não mais se confunde com o direito autoral regulado na forma da Lei 9.610/98 (LDA).

O direito à imagem engloba a proteção tanto à imagem física quanto a imagem moral. É um direito que acompanha o seu titular, em vida ou após a morte. Imagem ou esfinge é a representação física de uma pessoa, através de fotos, filmes, vídeos, pinturas e outros meios que a reproduzam: o busto, partes do corpo, sinais físicos ou sonoros que possam identificá-la. Segundo Pontes de Miranda, “direito à imagem é direito de personalidade quando tem como conteúdo a reprodução das formas, ou da voz, ou dos gestos, *identificativamente*”³⁴³.

Moraes, citado por Barreto³⁴⁴ define a imagem como: “toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o direito”. Neste sentido, pode-se dizer que o direito à imagem engloba o conteúdo moral e material ou físico. Para Barreto, visto como direito objetivo, o direito à imagem visa permitir ao seu titular autorizar a “divulgação de sua imagem física, definindo as condições, as formas, os limites e o tempo em que poderá ser feita e de impedir a sua utilização, exigindo a sua cessação, em caso de

³⁴⁰ FARIAS, Edmilsom Pereira de, op. cit., 2008, p. 122.

³⁴¹ CUPIS, Adriano de. Op. cit., 1961, p. 112, apud FARIAS, Edmilsom Pereira, op. cit., 2008, p. 121.

³⁴² TOBEÑAS, José Castran. Los derechos de la personalidad, 1952, p. 51, apud FARIAS, Edmilsom Pereira, op. cit., 2008, p. 122.

³⁴³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 1955, p. 53, apud BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, op. cit. p. 157.

³⁴⁴ MORAES, Walter. Direito à própria imagem, in RT, v. 443, p. 64, apud BARRETO, Wanderlei de Paula. In ALVIM, Arruda; ARRUDA, Thereza Alvim, (coord.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**, parte geral, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

concretização da ofensa, cumuladamente com a indenização das perdas e danos sofridos”³⁴⁵.

Imagem, assim, tanto pode ser a reprodução física de uma pessoa (retratada, fotografada, desenhada, esculpada), designada *imagem retrato*, como pode também significar a *imagem atributo* que é a repercussão social da personalidade de cada indivíduo, isto é, a representação que outrem faz das qualidades de alguém.

Discute-se se a proteção do direito à imagem emana do direito à intimidade, sendo, por isso, por este absorvido. Para Barreto³⁴⁶, a solução pode ser encontrada, decompondo-se o direito à imagem em seus elementos – subjetivo e objetivo:

Assim, em toda usurpação da imagem, em qualquer forma de captação, utilização, exposição ou divulgação de imagem alheia, captada a imagem em público ou na intimidade, há violação ao direito da personalidade à imagem em seu aspecto predominantemente subjetivo, moral, na medida em que foi desrespeitado o direito de oposição da vítima à captação da sua imagem. Neste aspecto, o direito à imagem ostenta conteúdo de direito à intimidade. Se houver utilização econômica da imagem pelo usurpador, o direito lesado da vítima será (além do direito de personalidade à imagem) o seu direito equiparado ao de autor.

Aqueles que defendem a autonomia do direito à imagem asseguram que a tutela legal somente será plena e satisfatória na medida em que se reconhecer a independência desse direito e que, pode ocorrer ofensa à imagem sem que a honra da pessoa seja ofendida. Torres, citada por Barreto³⁴⁷ defensora da “autonomia do direito à imagem”, assim se posiciona:

O dano à imagem pode se caracterizar simplesmente através da publicação desautorizada do retrato de um indivíduo. A exposição não consentida é o ponto principal dessa violação. De maneira diversa se dá a violação do direito à honra. Há a necessidade de que tenha ocorrido um dano ao seu sentimento, àquela ideia que a pessoa e a sociedade fazem a respeito de um indivíduo.

No direito brasileiro é inegável a tutela do direito de personalidade (direito à imagem) como direito fundamental autônomo e de aplicabilidade imediata (CRFB/88, art. 5º, § 1º), cabendo a indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação.

³⁴⁵ BARRETO, Wanderlei de Paula. In ALVIM, Arruda; ARRUDA, Thereza Alvim, op. cit., p. 183.

³⁴⁶ BARRETO, Wanderlei de Paula. In ALVIM, Arruda; ARRUDA, Thereza Alvim, op. cit., p. 185.

³⁴⁷ TORRES, Patrícia de Almeida, Direito à própria imagem, São Paulo: LTr, 1998, p. 65, apud SILVEIRA, Vivian de Melo, O direito à própria imagem, suas violações e respectivas reparações, In RF, ano 96, v. 351, pp. 227-252, ago-set/2000 apud BARRETO, Wanderlei de Paula. In ALVIM, Arruda; ARRUDA, Thereza Alvim, op. cit., p. 189.

3.2 A TUTELA CONSTITUCIONAL RELATIVA À VIOLAÇÃO AOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS. OS DEVERES FUNDAMENTAIS

A atual Constituição brasileira institui no catálogo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (artigo 5º, Capítulo I, do Título II) normas com força sancionadora para o caso de violação aos direitos fundamentais. Assim o inciso V – *é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*; e 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*.

Estas tutelas constitucionais relativas à violação aos direitos de personalidade são comumente designadas pela doutrina³⁴⁸ como limites externos da liberdade de expressão e comunicação, embasados, quase sempre nas Constituições que fazem menção expressa à honra pessoal como limite a estas liberdades. Assim é o caso da Constituição Alemã, que prescreve no art. 5º: *Direito de livre expressão do pensamento. 2 – Esses direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal*; ou a Espanhola que dispõe no art. 20.4 – *Estas libertades tienen su limite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia*.

Segundo Farias³⁴⁹, antes do texto constitucional, a colisão entre o direito à honra e à liberdade de expressão e comunicação “era solucionada na esfera dos delitos contra a honra”, atualmente, “a mencionada colisão passa a ser resolvida também na perspectiva de colisão entre direitos fundamentais, dentro do marco do direito constitucional”³⁵⁰. Esta é a questão a ser enfrentada: a liberdade de comunicação deve ser sacrificada diante da hipótese de ataques a direitos da personalidade?

A Constituição de 1988, no artigo 5º, *caput*, garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Entretanto, nos termos dos incisos, não

³⁴⁸ FARIAS, Edilson Pereira de, op. cit., p. 141: É possível afirmar que aqueles direitos da personalidade estão consagrados também como limites à liberdade de expressão e comunicação. Nesse passo, a nossa Constituição Federal segue as Constituições Alemã e Espanhola, dentre outras.

³⁴⁹ FARIAS, Edilson Pereira de, op. cit., p. 142.

³⁵⁰ *Idem*, nota 393: Nesse sentido parece ser a opinião de Ignacio Berdugo Gomez de la Torre (op. cit.,p.13) ao asseverar que ‘en nuestro ordenamiento, hasta momentos bien recientes prácticamente la única vía que se posea para abordar este conflicto era el Derecho penal, y, en concreto, los delitos contra el honor. En este marco, nuestra jurisprudencia y doctrina tradicionalmente lo contemplan como um conflicto de ánimos, entre el ánimo de injuriar y el de informar o el de criticar, según los casos’.

estabelece nenhuma forma de se assegurar o bem maior da pessoa humana, que é a vida. Por meios transversos protege a vida, estabelecendo que: XLVII – *não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX*; mas, reconhecendo que pode haver violação a este bem supremo e por isso fundamental, dispõe: inciso XXXVIII – *é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; [...]; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida*. Dispõe, ainda, que constitui dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, com absoluta prioridade, o direito à vida, à criança e ao adolescente (art. 227), bem como aos idosos (art. 230). Quanto ao cerceamento da liberdade, inscreve no inciso LXI – *ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definidos em lei*; XLVI – *a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) a privação ou restrição da liberdade; [...]; LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*. No tocante à propriedade, declara: *é garantido o direito de propriedade (XXII)*; mas em seguida assenta que: *a propriedade atenderá a sua função social (XXIII)*; que *a lei estabelecerá o procedimento para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social (XXIV)*; e que *no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada a indenização ulterior em caso de dano (XXV)*; ou que *a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...] b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa (XLVI)*. Os Crimes contra a Pessoa são tipificados no Código Penal e o Código Civil de 2002, prescreve os direitos da personalidade³⁵¹.

Constata-se, assim, que a Constituição enfatiza a inviolabilidade dos direitos fundamentais, enquanto dever jurídico³⁵² obrigacional de toda a sociedade, e estabelece a responsabilidade para o caso de violação, traçando tutelas a tais interesses juridicamente protegidos, tanto de ordem criminal, quanto de ordem civil, indenizatória, por dano material

³⁵¹ O Código Penal, Parte Especial, Título I, tipifica os Crimes contra a Pessoa que estão subdivididos em “Crimes contra a Vida” (cap. I, arts. 121 a 137), “Crimes contra a Honra” (cap. V, arts. 138 a 145), “Crimes contra a liberdade Individual”: I – contra a liberdade pessoal (arts. 146 a 149), II – contra a inviolabilidade do domicílio (arts. 150), III – contra a inviolabilidade de correspondência (151 a 152), IV – contra a inviolabilidade do segredo (153 a 154). Enquanto o Código Civil, de 2002, dispõe sobre os direitos de personalidade, nos artigos 11 a 21, como direito ao corpo, ao nome (prenome e sobrenome), ao pseudônimo, aos escritos, à voz, à imagem e à vida privada.

³⁵² CAVALIERI FILHO, Sérgio, op. cit., p. 23: “Entende-se, assim, por *dever jurídico* a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social. Não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido à inteligência e à vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações”.

ou moral e o direito de resposta. Diz Silva³⁵³: “A inviolabilidade dos direitos assegurados impõe deveres a todos, mas especialmente às autoridades e detentores de poder”.

Dever jurídico obrigacional que não se confunde com os limites ou restrições aos direitos fundamentais que, conforme lição de Canotilho³⁵⁴, podem ser assim classificados: (i) restrição direta – quando a própria Constituição, de modo expresso, “procede a um primeiro recorte restritivo de um direito fundamental” (v.g. art. 5º, XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, *salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial* (sem grifo no original)); (ii) reserva de lei restritiva – a restrição é feita por lei mediante a autorização da Constituição (v.g. 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*³⁵⁵ (sem grifo)); (iii) restrição não expressamente autorizada³⁵⁶ – trata-se de restrição ao conteúdo juridicamente garantido de um direito sem qualquer autorização constitucional expressa (as estabelecidas implicitamente pela Constituição)^{357 358}.

Consagradas constitucionalmente as liberdades de manifestação do pensamento, de criação, de expressão, de informação (art. 220) e de informação jornalística (art. 220, § 1º³⁵⁹), também restam consagrados pela Constituição os meios de defesa para os casos de abuso do direito no exercício destas liberdades, com interferências ou ataques aos direitos da personalidade alheia. Nestes termos, como já mencionado, assenta, a Constituição os meios de

³⁵³ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 196.

³⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 450.

³⁵⁵ Lei nº 9.296/96 regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º, da CRFB/88.

³⁵⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições não expressamente autorizadas**, 2003, p. 569, apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 450.

³⁵⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Apud FARIAS, Edilsom Pereira de, op. cit., p. 86: “Para esse autor, a eventual falta de dispositivos constitucionais que autorizem a restrição pela lei pode ser colmatada com o recurso à Declaração Universal dos Direitos do Homem, que no seu art. 29 “permite que o legislador estabeleça limites aos direitos fundamentais para assegurar o reconhecimento ou o respeito dos valores aí enunciados: ‘direitos e liberdades de outrem’, ‘justas exigências da moral, da ordem pública e do bem estar geral numa sociedade democrática’”.

³⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 243: “Embora seja correto afirmar que a existência de deveres implícitos tem sido majoritariamente aceita, não há consenso fechado a respeito de quais seriam estes deveres implícitos. Da mesma forma, questiona-se a tese se a cada direito em espécie corresponde um dever fundamental, pelo menos de natureza implícita, o que importaria, em outras palavras, reconhecer uma relação de correspondência direta e absoluta entre direitos e deveres fundamentais. Em outras palavras, haveria sempre pelo menos tantos deveres fundamentais quanto direitos, sem prejuízo da existência de deveres autônomos.

³⁵⁹ CRFB/88, art. 220, § 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.

tutela por violação aos direitos personalíssimos, os quais não se confundem com as formas de restrições: diretas, por reserva de lei ou implícitas, e que são: (i) o direito de resposta proporcional ao agravo (art. 5º, V), e (ii) a indenização por dano material ou moral aos direitos fundamentais: intimidade, vida privada, honra e imagem.

O Direito de Resposta é conhecido do ordenamento jurídico brasileiro desde o Império³⁶⁰, mas ainda de pouca literatura jurídica brasileira. Segundo Ferrigolo³⁶¹ o direito de resposta é considerado “como uma garantia dos direitos da personalidade e como limite próprio da liberdade de imprensa, uma espécie de direito potestativo ou derivado, isto é, exercitado para corrigir ou retificar uma referência anterior”. Opinião com a qual não se comunga quando se atribui o caráter de norma limitadora, vez que a liberdade de manifestação do pensamento só encontra limitação constitucional direta quanto ao *anonimato* (art. 5º, IV), enquanto que o direito de resposta é um meio de defesa, que sequer pode ser considerado de ampla abrangência, já que a Constituição de 1988, embora garantindo a eficácia direta do direito de resposta, inovou, dispondo que a resposta tem de ser *proporcional* ao agravo³⁶² (art. 5º, V).

Ainda, o direito de resposta não está adstrito apenas a mensagens gravosas veiculadas através dos meios de comunicação social, mas até mesmo pela simples manifestação livre do pensamento (IV), de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (IX) que ponham em causa qualquer direito da personalidade de outrem. Tratando-se de uma norma aberta como no caso, e a inexistência de lei regulamentadora, caberá às Cortes Superiores decidir, inclusive, se o direito de resposta pode ser exercido incontinente ao se desencadear o agravo (atos de defesa, de desforço, legítima defesa ou exercício regular de direito), se via administrativa ou se só poderá ser exercitado via ordem judicial. Tudo leva a crer que, tratando-se de agravo verbal consumado na presença do ofendido, tem este o incontinente direito de resposta, que deve ser exercitado na medida indispensável (proporcional) para ilidir a ofensa perpetrada, podendo ser exigida, inclusive, a retificação da

³⁶⁰ FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira, op. cit., p. 153-154, nota 269. O Decreto de 18 de junho de 1822; Carta de Lei de 2 de outubro de 1823; Decreto de 23 de novembro de 1823 e Carta de Lei de 20 de setembro de 1830. Nota 270: No período republicano o direito de resposta foi normatizado pelo Decreto nº 4.269/1921, Lei nº 4.723/1923, Decreto nº 24.776/1934, Lei nº 2.083/1953 e a Lei nº 5.250/1967 (ADPF-130-7-DF: Ementa: [...] 12. Total procedência da ADPF para o efeito de declarar não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Data do julgamento 30 de abril de 2009. DJe, nº 208, divulgação 05/11/2009, publicação 06/11/2009, Ementário nº 2381-1).

³⁶¹ FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira, op. cit., p. 155.

³⁶² Código Civil/2002, artigo 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Artigo 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

informação³⁶³. Diversa se apresenta a situação quando a ofensa ocorrer por meios eletrônicos (de sons e imagens e internet) ou através da escrita (jornais, revistas, literatura etc).

A Constituição Portuguesa de 1976, no catálogo dos direitos, liberdades e garantias da comunicação, assegura o direito de *resposta e retificação*³⁶⁴ a todas as pessoas, singulares ou coletivas. “O direito de resposta é o objetivo de uma dispersão ou desconcentração da função informativa, a tendência para multiplicar e diversificar as fontes de comunicação de massa, numa palavra a garantia do pluralismo”³⁶⁵.

Segundo Moreira, citado por Ferrigolo³⁶⁶, pressuposto do direito de resposta na imprensa é o fato de:

Alguém ser mencionado ou referido num artigo ou comentário, e entender necessário dirigir-se aos leitores expondo o seu ponto de vista sobre o assunto. O direito de resposta decorre do simples fato de uma pessoa ser posta em causa, por via de atribuição de fatos ou por efeito de opiniões ou juízo de valor, seja de uma forma crítica ou elogiosa, quer haja ou não uma inexactidão.

No entendimento de Machado³⁶⁷ por este direito se pode reagir contra referências diretas ou indiretas que possam afetar a reputação e o bom nome, tanto de pessoas naturais quanto jurídicas. Sendo o direito de resposta mais indicado para fazer face a referências de fato ou de valor nos quais deva prevalecer a dimensão subjetiva de defesa do titular do direito, enquanto que a retificação se atrela ao valor objetivo da verdade dos fatos alegados “quer porque o erro causa prejuízo ao visado, quer porque pode repercutir-se negativamente na discussão de questões de interesse geral”.

Traçadas as distinções entre as normas constitucionais que tutelam a violação aos direitos personalíssimos e as normas limitadoras de direitos fundamentais, enfrenta-se o tema dos Deveres Fundamentais, Individuais e Coletivos como referido pela Constituição (Cap. I, do Título II).

³⁶³ Ressalte-se que a Constituição brasileira não prescreve o direito à retificação, como a Constituição Portuguesa o fez.

³⁶⁴ Artigo 37º. Liberdade de expressão e informação: 4. A todas as pessoas, singulares ou coletivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de rectificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos.

³⁶⁵ Roppo, 1983:468 in MOREIRA, Vital, **O Direito de resposta na comunicação social**. Coimbra, Coimbra, 1994, p. 28, apud FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira, op. cit., p. 151.

³⁶⁶ MOREIRA, Vital, op. cit., p. 44-45, apud FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira, op. cit., p. 152.

³⁶⁷ MACHADO, Jónatas E. M, op. cit., p. 694-695.

Sobre os deveres fundamentais ensina Canotilho³⁶⁸:

Nos começos do século, sob a inspiração da Constituição de Weimar, onde existia uma parte intitulada ‘Direitos fundamentais e Deveres fundamentais dos alemães’ a doutrina juspublicista falava de igual dignidade de direitos e deveres fundamentais (Heller). A centralidade da categoria de deveres fundamentais reaparece nas construções jurídico-políticas nacional-socialista e comunista. No ideário nazi, os deveres fundamentais dos cidadãos convertem-se em deveres fundamentais dos “membros do povo” (dever de serviço de poderes, dever de trabalhar, dever de defender o povo). Na compreensão comunista, os direitos fundamentais eram também relativizados pelos deveres fundamentais: os indivíduos tinham direitos conexos com deveres, o que, nos quadros políticos dos ex-países comunistas, acabou por aniquilar os direitos e hipertrofiar os deveres. Estas duas experiências históricas explicam a desconfiança e indiferença dos textos constitucionais em face dos deveres fundamentais.

Perguntando-se o significado de deveres fundamentais num Estado de direito democrático, o referido autor, arrimado no artigo 12º.1, da CRP/1976 - *Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição* – responde:

Significam, em primeiro lugar, que eles colocam, tal como os direitos, problemas de articulação e de relação do indivíduo com a comunidade. Em segundo lugar, a fórmula constitucional não significa [...] a simetria de direitos e deveres mas estabelece um fundamento constitucional claro, isto é, uma base de legitimação, para os deveres fundamentais. O fundamento constitucional, tal como ele se recorta na Constituição de 1976, não é, em primeira linha, a necessidade de defender ideias morais ou entes metafísicos (virtude, fraternidade, povo, estado, república), mas sim a de radicar posições de direitos fundamentais ancorados na liberdade, na dignidade da pessoa humana, na igualdade no direito e através do direito. É nesse sentido que se defende serem os deveres fundamentais um “capítulo dos próprios direitos fundamentais” (P. Badura). [...] Há apenas *deveres fundamentais de natureza pontual* necessariamente baseados numa norma constitucional ou numa lei mediante autorização constitucional. Pode falar-se, também aqui, de uma reserva de constituição quanto a deveres fundamentais.³⁶⁹

Bonavides³⁷⁰ assegura que a Constituição Brasileira de 1988 é “basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social”. Desse modo, as questões que envolvam o exercício de direitos subjetivos, constitucionalmente assegurados, devem ser “examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento”. Sarlet³⁷¹ entende que o Estado Social desafia mudanças, rompendo com esta ideia de individualismo, o “cidadão pouco (ou quase nada) comprometido com a sua

³⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 531.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 532.

³⁷⁰ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 371-372: O Direito Constitucional clássico, tão valioso durante o século passado por cimentar o valor político da liberdade, seria hoje em sua dimensão exclusivista e unilateral uma espécie de artefato pré-histórico, inútil, sem préstimo para os combates sociais da atualidade.

³⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 241.

comunidade e seus semelhantes”. Ainda Sarlet³⁷², defendendo que os *deveres fundamentais* guardam correlação com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ensina que no âmbito do Estado Social, o reconhecimento dos direitos sociais e ecológicos não apenas levou a um fortalecimento da noção de deveres fundamentais, como caracterizou o “direito à igual repartição dos encargos comunitários demandados pela existência e pelo funcionamento da comunidade estatal”.

A doutrina fixa a distinção entre os diversos tipos de deveres: *deveres conexos ou correlatos*, aos direitos (os que tomam forma a partir do direito fundamental a que estão atrelados materialmente) e *deveres autônomos* (os que não estão relacionados diretamente à conformação de nenhum direito subjetivo). Sarlet³⁷³ assim exemplifica:

Os direitos fundamentais a um ambiente equilibrado e à saúde constituem típicos direitos-deveres, pois os deveres fundamentais de proteção do ambiente e de promoção da saúde encontram-se vinculados de forma direta ao comando normativo-constitucional que prevê o direito fundamental em questão, conforme é possível depreender do conteúdo do disposto no art. 225, *caput* (dever da coletividade para defender e preservar o ambiente para as presentes e futuras gerações), bem como no art. 196, ambos da CF, cuidando-se, portanto, de típicos deveres do tipo conexo ou correlato. Já os deveres fundamentais de pagar impostos, de colaborar na administração eleitoral, de prestar serviço militar, entre outros, são deveres usualmente reportados à categoria dos deveres autônomos. No direito constitucional brasileiro tal elenco pode ser acrescentado dos deveres autônomos de votar (art. 14, § 1º).

Considerando a existência de *deveres fundamentais defensivos* (ou negativos) e *deveres fundamentais prestacionais* (ou positivos)³⁷⁴, a tutela constitucional relativa à violação aos direitos personalíssimos não pode ser entendida como um dever fundamental, nem na ótica do titular do direito subjetivo e nem na do ofensor; tampouco pode ser considerado um dever fundamental prestacional, pois se o direito fundamental de personalidade é o direito de cada indivíduo posto em oposição à sociedade, daí ser *erga omnes*, somente a ilicitude (violação) desencadeia a responsabilidade, fazendo surgir o interesse do lesado (no âmbito civil: direito de resposta e direito à indenização pelo dano material ou moral e no âmbito criminal: a pena). Em suma, a imposição de responsabilidade por violação a direito fundamental não é norma limitadora ou restritiva destes direitos, nem tampouco se constitui em dever fundamental.

³⁷² SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 241.

³⁷³ *Ibidem*, p. 242.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 242-243.

3.3 A TUTELA CIVIL INIBITÓRIA POR AMEAÇA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

No catálogo dos direitos fundamentais está assegurado que *a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito* (art. 5º, XXXV); que *ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente* (art. 5º, LIII); que *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes* (art. 5º, LV). Esses são princípios constitucionais que asseguram o direito de acesso à justiça, julgamento por um juiz natural e o amplo direito de defesa.

Assim, falar em tutela jurisdicional significa falar em amparo, defesa e segurança que o Estado, por seus órgãos, garante ao corpo social o pleno exercício dos direitos postos pelo ordenamento jurídico. Tutelar “(do latim *tueor, tueri* = ver, olhar, observar, e figuradamente, velar, vigilar) significa proteger, amparar, defender, assistir”³⁷⁵.

Já está assentado que o fundamento dos direitos da personalidade é a dignidade da pessoa humana, inscrita como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III). Também dispôs a Constituição que, quem viola direito da personalidade alheia, causando dano material e moral, fica obrigado a indenizar a vítima. A tutela constitucional, neste vértice, é ressarcitória, decorrendo a proteção jurídica da atitude ilícita já praticada. Indenização que decorrerá de uma sentença condenatória³⁷⁶.

Ocorre que a Constituição de 1988 consigna que não pode haver lei que exclua da apreciação do poder judiciário, a ameaça a direito. Isto significa dizer que, quem quer que sofra ameaça a direito tem a faculdade de procurar a justiça (direito de acesso à justiça) em busca da tutela preventiva, ou seja, para obter do Poder Judiciário uma ordem para impedir a prática da ilicitude.

Assentando a proteção juscivilista aos direitos da personalidade inscreve o Código Civil de 2002, 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; e o art. 21: A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz a requerimento do*

³⁷⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 5.

³⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**, 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 77: Esta sentença é evidentemente repressiva; é por esta razão que a sentença condenatória sempre foi definida como aquela que tem aptidão para abrir as portas da “execução forçada”, procedimento que, como todos sabem, tem a função de permitir a “realização forçada de um direito violado”.

interessado, adotará as providencias necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Instituída, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, a tutela civil inibitória. Quem quer que sofra ameaça a direitos da personalidade, pode acionar o Poder Judiciário, requerendo a expedi o de *mandamus* (com a providência necessária) para impedir ou fazer cessar a ameaça de ato contrário a direito.

De há muito vem a doutrina discutindo a natureza da a o inibitória. Diz Marinoni³⁷⁷: “*Tal tutela envolve a questão do conceito de ilícito, e não apenas o procedimento capaz de garantir um fazer ou um não-fazer*”. Tem-se, majoritariamente que, o seu fundamento   impedir a prática de um ilícito. Mas as divergências se põem quanto   distin o entre ilícito de lesão e ilícito de perigo³⁷⁸. O ilícito de perigo ocorreria sempre que a continuidade de um ato conduzisse   viola o do direito, mesmo sem a culpa concorrente do réu. Os que se opõem a esta distin o argumentam que dada a própria natureza da tutela inibitória, ela prescinde do resultado danoso da ilicitude, importando sim, o ato contrário ao direito³⁷⁹. O significado preventivo da tutela inibit ria³⁸⁰   (i) impedir a prática (o objeto da tutela   a prote o futura contra a lesão), (ii) o prosseguimento (a continuidade da lesão), ou mesmo (iii) a repeti o de ato contrário ao direito. Segundo Marinoni³⁸¹:

[...]   preciso deixar claro que, na sociedade contemporânea, o ato que   contrário ao direito, mas não produz dano, não pode fugir do campo de aplica o do processo civil, pretendendo-se refugiar na seara exclusiva do processo penal. Note-se que esta nova concep o de processo civil toma como necessária a distin o entre ‘ato contrário ao direito’ e ‘dano’, uma vez que antigamente o processo civil preocupava-se apenas em evitar ou reparar o ilícito danoso, mas não em evitar ou reprimir a simples conduta contrária ao direito.

O atual Código Civil aderiu   teoria segundo a qual a configura o do ilícito também se d  pela transgressão de um comando jurídico, pouco importando se tal transgressão levará a um dano ou não. Assim, o artigo 187: *Também comete ato ilícito o titular de um direito que,*

³⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 81 (com grifo no original).

³⁷⁸ *Idem*, na doutrina italiana a distin o proposta por Candian, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, p. 119, entre ilícito de les o e ilícito de perigo.

³⁷⁹ RAPISARDA, Cristina. “Inibitória”, *Digesto delle discipline privatistiche*, v., p. 480, apud MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 81.

³⁸⁰ Conforme *Ibidem*, p.83-84: A lei italiana sobre direito do autor, disp e no art. 156: “Chi ha ragione di temere la violazione di un diritto... oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione gi  avvenuta, pu  agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia interdetta la violazione”. Entende-se que a lei sobre o direito do autor, ao falar em “ragione di temere la violazione”.

³⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p.83.

ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

As novas relações jurídicas decorrentes da sociedade de massa exigem, também, novas modalidades de proteções por parte do Estado. O entendimento cursado durante o Estado Liberal no sistema da trilogia das ações: declaratórias, constitutivas e condenatórias, muda um pouco de rumo, para que se possa alcançar maior efetividade processual.

O Brasil também tem acompanhado esse ciclo evolutivo, introduzindo, principalmente no sistema processual civil, institutos jurídicos até então desconhecidos do ordenamento positivado, visando dar melhor curso às demandas de natureza coletiva e a tutelar direitos e interesses transindividuais.

Pela Lei da Ação Civil Pública³⁸² (7.347/1985), no artigo 11 restou assentado que: *Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.* Seguiram-se outras leis como a 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 213) e a 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor, art. 84).

Segundo Zavascki³⁸³, a partir de 1994 as reformas tiveram por objetivo aperfeiçoar os mecanismos existentes, como aconteceu com a Lei 8.952/94, que universalizou o instituto da antecipação da tutela, nos moldes do artigo 461, do Código de Processo Civil: *Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.*

Watanabe³⁸⁴, citado por Carneiro, anotou que:

[...] o novo dispositivo legal cuida não somente de obrigação de fazer ou não fazer de origem *negocial*, como também dos *deveres legais* de ‘abstenção, tolerância, permissão ou prática de fato ou ato’, merecendo particular atenção os direitos ‘absolutos’ relacionados à vida, à integridade física, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade de uma pessoa.

³⁸² Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

³⁸³ ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., p. 2.

³⁸⁴ WATANABE, Kazuo. Art. na coletânea Reforma do CPC, 16, p. 41, apud CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação da Tutela**, 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 54.

A concessão da antecipação da tutela, portanto, liminarmente ou mediante justificação prévia, tem como pressupostos (i) a relevância do fundamento da demanda (*fumus boni iuris*); e (ii) o justificado receio de ineficácia do provimento final (perigo de ilícito)³⁸⁵, conforme disciplina o CPC, artigo 461, § 3º: *Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.* Devendo o autor demonstrar, na ação inibitória, ainda que sumariamente, o perigo da prática, da continuação ou da repetição do ilícito.

Para Marinoni³⁸⁶ o fundamento da inibitória não está no art. 461, do CPC, mas no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, afirmando, em seguida, que o art. 461 constitui a fonte da tutela inibitória justamente porque “o juiz, de acordo com esta nova norma, pode – na tutela antecipatória ou na sentença – impor a multa para pressionar o obrigado a adimplir e ainda se valer do amplo poder a ele conferido para a “efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente” (§ 5º do art. 461 do CPC). Conforme este autor, “tutela antecipatória”³⁸⁷ não se confunde com “tutela inibitória antecipada”, pois a antecipatória pode ser ressarcitória (v.g. tutela antecipatória na ação de indenização fundada em ato ilícito).

Constata-se, desse modo, que a proteção aos direitos da personalidade, objetivamente considerada, ocorre por meio da (i) responsabilidade civil (tendo por finalidade o ressarcimento, em termos patrimoniais, dos danos materiais e/ou morais sofridos pela vítima); (ii) a tutela inibitória ou preventiva (cujo objetivo é evitar a concretização da ameaça); (iii) as medidas atenuantes (destinadas a impedir a continuidade do ilícito e a impedir a sua repetição, reduzindo, assim, os efeitos da ofensa).

Reprisa-se que os direitos da personalidade são direitos fundamentais individuais que, enquanto direitos subjetivos, contrapõem deveres jurídicos *erga omnes*. Ocorrendo conflitos de interesses, como por exemplo, entre a liberdade de informação jornalística e a alegação de ameaça a direitos da personalidade, é dever do Estado-juiz, para a concessão da tutela inibitória, ponderar, equilibradamente, os valores jurídicos postos em causa, uma vez que a prescrição de inviolabilidade dos direitos da personalidade não se constitui em regra limitadora ou restritiva do exercício de qualquer outro direito.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 55: “(perigo de dano)”.

³⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 94, 103.

³⁸⁷ A Lei 8.952/94, com as alterações da Lei 10.444/2002 e 11.232/2005, introduziu no CPC, pelo artigo 273, a *antecipação dos efeitos da tutela*, com eficácia satisfativa.

3.4 O CASO DAS PERSONALIDADES PÚBLICAS

Tem-se que a liberdade de comunicação é um dos pilares do Estado Democrático. Deriva deste conceito a ideia de que todas as ações das entidades públicas são de interesse público. Em suma, a comunicação deve ter por objetivo um enriquecimento pessoal do informado, relativamente à sua participação na vida social, e versar sobre matérias que constituam um interesse da sociedade no seu conjunto. Neste particular, encontra ampla dimensão a esfera do discurso público onde possam ser debatidos os temas de interesse geral e relevantes para a dinamização dos diferentes subsistemas de ação social em que se desenvolvem os projetos humanos, individuais e coletivos, podendo dizer-se que, a intromissão na esfera privada se justifica pela relevância pública da notícia e nunca pela simples curiosidade do público.

Isso tem colocado problemas delicados, na medida em que o discurso público de confronto de ideias não pode deixar de atingir, direta ou indiretamente, os indivíduos e as instituições que, de alguma forma, assumem um lugar central no funcionamento desses subsistemas sociais, sejam eles de natureza política, jurídica, econômica, social, cultural, religiosa, artística, desportiva, etc. Nesse contexto, coloca-se com particular acuidade o problema da proteção dos direitos da personalidade dos titulares de cargos, empregos e funções públicas e das pessoas que se tornam famosas ou célebres, as assim denominadas pessoas de “relevância pública” ou “personalidades públicas”.

Para Rebelo³⁸⁸ são ‘de relevância pública’ as pessoas que no âmbito social ocupam uma posição especial: “quer as pessoas célebres por se tratarem de pessoas intrinsecamente públicas (v.g., um escritor ou um investigador com extensa obra publicada), quer as pessoas que se tornam populares precisamente devido à divulgação da sua imagem nos meios de comunicação social”.

É comum a expressão popular: “a vida privada acaba onde começa a vida pública”³⁸⁹. Mas em que medida os fatos produzidos ou realizados pelas pessoas de relevância pública, na intimidade da vida privada, passam a ser de interesse público?

De modo abrupto, com base na expressão popular, poder-se-á responder: “quando a pessoa exerce cargo, emprego ou função pública ou é uma celebridade”. Entretanto, não se

³⁸⁸ REBELO, Maria da Glória Carvalho, op. cit., p. 41.

³⁸⁹ *Idem.*

pode admitir que o fato de ser uma personalidade pública, por si só, tenha o condão de exigir que a vida particular desta pessoa seja de domínio público. As pessoas de relevância pública, também têm direito à preservação da intimidade da vida privada e à honra, não justificando, desta maneira ofensa a estes direitos fundamentais, sob o argumento de que, tendo adentrado à vida pública, esvai-se a sua vida privada.

Provavelmente, produzirá melhor resultado a assertiva: “quando seus comportamentos produzidos na esfera privada tenham repercussões na vida pública”. Como exemplifica Rebelo³⁹⁰: os frequentes casos de alegada corrupção que envolvem representantes políticos no exercício das suas funções públicas; ou ainda, a escandalosa vida privada das celebridades.

Tudo que diz respeito à coisa pública (*res publica*) é de interesse da sociedade, inclusive a conduta de seus agentes. Por isso, a conduta ilegal ou imoral do servidor público, ainda que produzida na esfera da sua vida privada deve ser entendida como ‘fato de caráter noticiável’, a fim de que a sociedade, como mantenedora da Administração Pública, seja cientificada e possa formar sua opinião sobre o caráter e a conduta de quem é pago para prestar o serviço público.

Toda pessoa de relevância pública, seja como ocupante de posição especial de poder no âmbito social, ou seja, servidor da coisa pública, tem a privacidade menos protegida, devendo ter plena consciência disso, devendo pautar sua vida privada por atitudes ilibadas, sob pena de suportar todos os juízos desabonadores formados pela opinião pública informada de condutas incompatíveis com sua projeção social.

Sejam os representantes do povo, sejam as denominadas celebridades, todos têm o condão de despertar a curiosidade do público sobre suas vidas privadas. Os primeiros, muito provavelmente porque é a sociedade quem os elege à função pública, os segundos, também porque é a sociedade que os elege uma celebridade, ainda que sociedade, aqui, como seguimento, como estamento, como classe.

Parece evidente que a vida privada das pessoas públicas não deve ser confundida com o direito da sociedade ao conhecimento da gestão e condução da coisa pública. Entretanto, sempre que os interesses públicos forem imiscuídos pelo servidor com sua vida privada é ele próprio quem dá causa à curiosidade do público, abrindo campo para a eficácia legitimadora dos meios de comunicação social no seu direito de informar. Tais pessoas são sabedoras que suas vidas e condutas morais despertam o interesse geral, com intensidade maior do que as

³⁹⁰ REBELO, Maria da Glória Carvalho, op. cit., p. 42.

vidas das pessoas privadas que, sem vocação de projeção pública, se vêem circunstancialmente envolvidas em assuntos de transcendência pública (v.g., pessoas que participam em concursos de televisão³⁹¹).

No contexto brasileiro atual, especificamente, alguns políticos têm dado causa à exposição de sua vida privada na mídia. Quem quer que misture a intimidade da sua vida privada com o exercício da função pública não pode pretender ofensa a direitos da personalidade ao ser alvo de críticas e censura da coletividade informada pela mídia sobre a prática de condutas incompatíveis com aquela que se espera de um representante da vontade popular.

Quem pretende ser um representante do povo publiciza, desde a concorrência, parte de sua vida privada, inclusive, de sua vida pregressa. Reza a atual Constituição, artigo 14, § 3º: *São condições de elegibilidade, na forma da lei: [...]; V – a filiação partidária;* § 9º: *Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.* (sem grifo). Artigo 37, § 4º: *Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação pena cabível.*

Nos termos constitucionais o concorrente a cargo eletivo se submete a normas específicas e distintas daquelas postas para o cidadão comum, desde quando se coloca à disposição do Partido Político, cujas regras são definidas em estatuto registrado junto a uma Corte Superior Eleitoral, bem como, quando na forma da lei, torna pública grande parte de sua vida privada, como a patrimonial, constituindo-se em uma espécie de salvo conduto para a concorrência ao exercício da função pública. Uma vez eleito, também se submete a regras específicas voltadas para o administrador público e obedecerá aos mesmos princípios constitucionais, impostos à entidade administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Daí porque, o homem público, indissociavelmente, ligado à função pública, mais do que qualquer do povo, tem de pautar os seus atos dentro da legalidade (na gestão pública só lhe é dado fazer o que a lei permite e na gestão de sua vida particular lhe é facultado fazer o

³⁹¹ REBELO, Maria da Gloria Carvalho, op. cit., p. 42.

que a lei não proíbe, mas sem se esquecer que mesmo nesta esfera a sua conduta está sujeita a críticas, principalmente daqueles que o guindaram à função pública); pela impessoalidade (protecionismos, nepotismos, conchavos, grupismos são passíveis de crítica e censura e por isso precisa a sociedade ser informada de fatos destas espécies; assenta-se a proibição de excessos); pela moralidade (vale aqui o velho ditado popular “o mal feito é da conta de todo mundo” – a imoralidade é contrária ao senso comum, é inaceitável, fere o princípio maior posto pela Constituição que é o da dignidade da pessoa humana); pela publicidade (não é à toa que se firmou a assertiva, homem público; por esta razão a sua imagem e o seu nome estão estreitamente ligados às suas atividades, numa exposição que limita o resguardo, a privacidade); pela eficiência (o homem público precisa ter presente e exercitar esta qualidade, pois, pode-se dizer que a eficiência provem do compromisso, da vontade de produzir o melhor, de desenvolver bem as atividades que lhe competem para assim contribuir com o desenvolvimento da personalidade humana, para erradicar as desigualdades sociais e regionais deste Brasil tão desigual). O comportamento que tenda a desvirtuar qualquer desses princípios passa a ter a qualidade de “fato de interesse público”, devendo, portanto, ser noticiado.

Neste aspecto bem sintetiza Machado³⁹²:

A necessidade de criação de uma *esfera de discurso público aberta e pluralista* e o valor das liberdades da comunicação para a autodeterminação democrática da comunidade e para o controlo público do funcionamento das instituições, apontam no sentido da protecção constitucional de um número significativo de afirmações que tenham como *externalidade negativa* a agressão ao bom nome, à reputação ou à privacidade dos titulares dos cargos públicos. Por exemplo, a reflexão biográfica sobre o perfil e o carácter pessoal de uma figura pública dificilmente será conseguida sem uma incursão em aspectos da sua vida privada e familiar. A denúncia pública da prepotência, do preconceito, da corrupção, do clientelismo, da incompetência e das demais patologias do sistema político é praticamente impossível sem que daí resultem *danos colaterais* em matéria de bom nome e reputação. Num contexto de desacordo acentuado, de que é exemplo a discussão política, os argumentos surgem frequentemente envolvidos em exageros, distorções e outras formas de comunicação próximas das *fronteiras da linguagem*.

De outro lado, as personalidades públicas, aquelas que se tornam públicas enquanto celebridades³⁹³ – devido à notoriedade das funções que exercem no campo econômico/financeiro, religioso, cultural, artístico, científico e social –, têm reduzida a esfera da privacidade, vez que a imaginação que se forma de um estilo de vida *glamuroso* desperta o

³⁹² MACHADO, Jónatas E. M, op. cit, p. 805-806.

³⁹³ Segundo COSTA ANDRADE, Manuel da. Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal, uma perspectiva jurídico criminal. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 260, apud GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 71: “pessoas da história de seu tempo em sentido absoluto”, as “Personen der Zeitgeschichte” do direito e jurisprudência alemães”.

interesse do público, cabendo-lhes, por isso, não dar margem ou motivar interferências em sua vida privada ou ataques à honra. Notoriedade que, Segundo Godoy³⁹⁴, restringe a esfera privada inclusive das pessoas a ela ligadas, como seus familiares.

Interferências na vida privada, exposição da imagem e ataques à honra de qualquer pessoa (personalidades públicas ou não), com a finalidade meramente comercial – mesmo se tratando de fatos verdadeiros – podem ser proibidas, a seu requerimento, sem prejuízo da indenização por dano material ou moral, é o que prescreve o Código Civil/2002, em seu artigo 20³⁹⁵.

No tocante à pretensão de privacidade quanto ao aspecto patrimonial de personalidades públicas, não se comunga da opinião de Kayser³⁹⁶, citado por Godoy, uma vez que, no direito brasileiro, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país, não dispondo a lei em contrário³⁹⁷, além do que a transmissão entre vivos de bens imóveis só se concretiza pelo registro do título, no Registro de Imóveis³⁹⁸, buscando a lei, exatamente, a publicidade destes atos.

Situações distintas são aquelas em que pessoas comuns se tornam alvo da mídia por praticarem atos de caráter privado, relacionados às suas vidas privadas, em locais públicos, quer dizer, pessoas que expõem, sem qualquer cerimônia, suas intimidades. Inevitavelmente, em casos tais, a curiosidade pública sempre estará presente, em virtude da curiosidade comum pela vida alheia. Quem quer que, sem os devidos cuidados, expõe em público suas intimidades não pode pretender, posteriormente, ofensa aos direitos de personalidade. Excetuado, como já mencionada, a utilização comercial.

³⁹⁴ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 71.

³⁹⁵ Artigo 20: Salvo de 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 destinarem a fins comerciais.

³⁹⁶ KAYSER, Pierre. La protection de la vie privée par le droit, 1995, p. 290-293 apud GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, op. cit., p.x

³⁹⁷ CC/2002, artigo 108.

³⁹⁸ CC/2002, artigo 1245: Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

Condenável e inaceitável é a busca incessante e infatigável de certos comerciantes (revistas, internet etc) de notícias sobre a vida estritamente pessoal de personalidades públicas, mesmo que os fatos veiculados sejam verdadeiros, já que o objetivo primordial é a obtenção do lucro em um mercado certo de consumo, que é a curiosidade humana sobre a vida alheia.

A proteção à criança e ao adolescente, por comando constitucional, como já referido, é dever da família, da sociedade e do Estado, aos quais também compete “colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (art. 227). Por esta razão não é aceitável qualquer tipo de interferência na vida privada de uma personalidade pública para trazer a público, fatos ou imagens de seus familiares (crianças ou adolescentes).

Capítulo IV

O PODER JUDICIÁRIO E A CENSURA À INFORMAÇÃO

4.1 IMPEDIMENTO DE DISPOSITIVO LEGAL QUE EMBARACE A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA

Para uma Constituição elaborada após um longo regime ditatorial, resta evidente que o constituinte brasileiro de 1988, preocupou-se³⁹⁹ com a Comunicação Social, inscrevendo-a no Título da Ordem Social, Capítulo V, arts. 220 a 224, de forma pioneira e organicamente dissociada das Constituições anteriores, como a Carta de 1969⁴⁰⁰, ou até mesmo da Constituição Portuguesa de 1976⁴⁰¹, que Lhe serviu de paradigma.

A liberdade de Informação Jornalística, designação da atual Constituição ou liberdade de Imprensa⁴⁰², termo adotado por outras constituições, tem sido objeto de muitas discussões e divergências, tanto na doutrina e jurisprudência interna, quanto na alienígena, no tocante aos limites a esta liberdade, postos em confronto com os direitos de personalidade. O confronto ou tensão entre estes direitos, em concreto, é comumente designado por “colisão de direitos”.

A Constituição, enquanto Norma Fundamental, se apresenta como um sistema aberto, ora de valores, ora de princípios e regras, vinculando todos os poderes do Estado e prevalecentes sobre as demais normas do ordenamento jurídico, servindo, portanto, de parâmetro, tanto no momento da produção das leis, como no de sua aplicação administrativa ou judicial. Por esta razão, a interpretação de todo e qualquer dispositivo constitucional não pode ser feita de per si, mas no contexto normativo constitucionalmente posto, como sistema

³⁹⁹ “A preocupação constitucional com a censura é explicável pelo fato desta ter sido com frequência usada como instrumento de repressão política e ideológica durante vários períodos históricos anteriores à promulgação da Carta Federal de 1988. Pessoas e grupos sociais eram reprimidos e censurados porque ostentavam concepções políticas e ideológicas diversas daqueles que estavam no poder. Até mesmo a censura artística era largamente empregada no país”. “*Ad exemplum*, levantamento realizado de setembro de 1972 a novembro de 1975 revela que, somente neste lapso de tempo, a ditadura militar expediu 298 ordens de censura para jornais, revistas e emissoras de rádio e televisão”. FARIAS, Edilson Pereira de, op. cit., p. 187, 198.

⁴⁰⁰ CF/1969, art. 150. § 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe. Segundo FARIAS, Edilson Pereira de, op. cit., p. 187: “*Ad exemplum*, levantamento realizado de setembro de 1972 a novembro de 1975 revela que, somente neste lapso de tempo, a ditadura militar expediu 298 ordens de censura para jornais, revistas e emissoras de rádio e televisão”.

⁴⁰¹ Art. 38º. Liberdade de Imprensa e meios de comunicação social.

⁴⁰² Liberdade de Imprensa, termo também usado pela Constituição atual, no artigo 139, III.

equilibrado de princípios e regras. Daí advindo a importância da interpretação constitucional⁴⁰³ para o entendimento coeso da totalidade do ordenamento jurídico.

Para uma melhor compreensão da garantia da liberdade de informação jornalística, no contexto da força normativa da Constituição, necessário se faz, assim, uma brevíssima incursão no sistema de normas, regras e princípios, para detectar a existência de tensão ou conflitos, especialmente, entre os princípios constitucionais do interesse público à informação, da proibição de restrição legal à liberdade de informação jornalística, da vedação da censura e o também consagrado princípio constitucional dos direitos da personalidade.

Tribe e Dorf⁴⁰⁴, referindo-se às diversas controvérsias interpretativas da Constituição Norte-Americana, concluem que, embora a mensagem do texto constitucional seja a mesma e contenha a mesma história – ainda que complexa e multifacetada –, a interpretação feita por cada pessoa é o resultado do seu entendimento, seus valores, conhecimentos e crenças para trazer a lume o conteúdo normativo.

Para Canotilho⁴⁰⁵, a aplicação-concretização das normas constitucionais (regras e princípios) exige uma metódica tridimensional, que pretende:

(1) saber como se estruturam as regras e princípios da constituição positivamente vigente – teoria da norma constitucional; (2) captar todo o ciclo de realização das normas constitucionais desde o estabelecimento do texto da norma (teoria do poder constituinte) até a sua concretização pelo legislador ordinário e pelos órgãos de aplicação do direito – administração e juízes, – o que pressupõe uma teoria da legislação, uma teoria da decisão administrativa e uma teoria da decisão judicial; (3) oferecer princípios hermenêuticos e de argumentação de forma a possibilitar um procedimento concretizador racional e objectivamente controlável (teoria da interpretação, teoria da argumentação, hermenêutica).

Ainda no entender desse Autor, interpretar a Constituição apresenta maiores dificuldades em razão da textura aberta destas normas, daí advindo problemas para a “aplicabilidade directa” e os problemas de “densificação legislativa e judicial (concretização pelo legislador e concretização pelo juiz) inerentes à metódica de concretização de normas”⁴⁰⁶. Acrescentando⁴⁰⁷:

⁴⁰³ BONAVIDES, Paulo, op. cit., capítulos 13 e 14, p. 437 a 524.

⁴⁰⁴ TRIBE, Laurence e DORF, Michael. On Reading the Constitution, 2005. In BIRCHAL, Amarilis de Souza (Trad). **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁴⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1117-1242.(sic) Grifo no original.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 1118.

⁴⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1119. (sic).

A metódica constitucional debate-se ainda com aquilo que já se chamou epigonismo positivista. Por mais que se faça fé numa metodologia pós-positivista quer vá para além dos textos, os operadores jurídicos mostram-se relapsos em ultrapassar os postulados positivistas: (1) as soluções dos casos encontram-se nos textos das normas; (2) a interpretação/aplicação de normas é a aplicação da regra geral e condicional precisa e suficientemente definida nos ‘códigos’. Quem assim proceder não sabe nada de direito constitucional.

Seguindo o mesmo raciocínio, Streck⁴⁰⁸ ensina que a “força normativa da Constituição”, somente será levada a efeito, mediante a superação do dualismo metafísico – texto e norma, etc. A ideia de aplicabilidade de uma norma constitucional interpretada, isoladamente, ou por fatias, na expressão de Gadamer, é uma ideia sustentada pela hermenêutica clássica e não mais condizente com a interpretação, concretização, extraída “do interior do círculo hermenêutico, onde já há sempre um sentido antecipado”, dependente da pré-compreensão, dos pré-juízos de cada intérprete.

Se a interpretação ou compreensão da unicidade do texto constitucional aponta para as mais diversas propostas, o próprio conceito de norma tem sido polêmico na Ciência Jurídica. Para Alexy⁴⁰⁹, o conceito semântico de norma deve tomar como ponto de partida a “diferenciação entre norma e enunciado normativo”, pois “toda definição desse conceito implica decisões sobre o objeto e o método da disciplina, ou seja, sobre seu próprio caráter”, acrescentando que expressões como “proibido” ou “não podem”, contidos num enunciado facilitam a identificação de norma. Entretanto, reconhece que podem existir normas sem tais expressões e mais, a existência de normas sem a utilização de enunciados, citando como exemplo, as luzes de um semáforo.

Para Canotilho⁴¹⁰, princípio é “um núcleo de condensação de onde irradia e imanta o sistema de normas”. Neste aspecto os princípios constituem as molas do ordenamento jurídico. A posição dos princípios jurídicos é a de que uma vez legislados, adquirem o status jurídico de normas jurídicas. Por isto, as normas são de duas espécies: normas-princípios e normas regras.

⁴⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 323.

⁴⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 52-53.

⁴¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1160-1161.

No entender de Streck⁴¹¹, “princípios são normas e tem um sentido deontológico”. Por não serem “mandados de otimização” ou “postulados interpretativos”, devem ser entendidos “no contexto da ruptura paradigmática pela qual se superou o positivismo”.

Segundo Miranda⁴¹², os princípios “incorporam um dever ser”, consistentes em “comandos da mesma natureza das normas-preceitos”. Em virtude das referências explícitas no texto constitucional, faz-se necessário “procurar uma visão mais ampla da ordem social normativa que é o Direito do que aquela que decorreria de uma qualquer concepção positivista, literalista e absolutizante das fontes legais”.

Adotando-se o critério de Dworking⁴¹³, a distinção entre princípios e regras é, principalmente de caráter lógico. A distinção essencial residiria no fato de que os princípios “não expressam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando se dão as condições previstas”, enquanto que as regras são aplicadas à feição de ‘all-or-nothing’. “Se ocorrem os fatos estabelecidos por uma regra, então: ou a regra é válida, e em tal caso, deve-se aceitar a resposta que ela fornece; ou a regra é inválida, e em tal caso, não influi na decisão”.

No que tange à concepção de um sistema jurídico uniforme, onde princípios e regras se distribuem equilibradamente, adere-se à concepção de Barroso⁴¹⁴, ensinando que “as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto”.

Múltiplas, ainda, são as subdivisões doutrinárias atribuídas aos princípios constitucionais. De acordo com Farias⁴¹⁵, “destaca-se a que os separam em princípios estruturantes ou fundamentais, princípios constitucionais impositivos ou diretivos e princípios-garantia”. Princípios estruturantes ou fundamentais expressam as decisões políticas fundamentais do constituinte quanto à estrutura básica do Estado e às ideias e os valores fundamentais triunfantes na Assembléia Constituinte. Caracterizam a “fórmula política” e a estrutura da constituição. Princípios constitucionais impositivos ou diretivos⁴¹⁶ dizem respeito às tarefas que a constituição incumbe ao Estado, geralmente para o atendimento de

⁴¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 114.

⁴¹² MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, v. I, t. II, p. 513, apud BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 295.

⁴¹³ DWORKING, Ronald. Taking Rights Seriously, p. 25, apud. FARIAS, Edilsom Pereira de, op. cit., p. 30-31.

⁴¹⁴ BARROSO, Luis Roberto, op. cit., 316.

⁴¹⁵ FARIAS, Edilsom Pereira, op. cit., p. 42.

⁴¹⁶ FARIAS, Edilsom Pereira, op. cit., p. 45. CRFB/88, “art. 3º, I e II; art. 4º, parágrafo único. Art. 170, caput.”.

necessidades coletivas de natureza econômica, social e política. Princípios-garantia são compostos pelas normas constitucionais que estabelecem garantias individuais, sendo-lhes atribuída densidade semelhante às de regras jurídicas⁴¹⁷.

A doutrina costuma, ainda, classificar os princípios constitucionais como princípios explícitos⁴¹⁸ (expressos) e implícitos (ou tácitos). Em sede de princípios implícitos, tem despertado maior atenção da doutrina e jurisprudência, o assim denominado princípio da proporcionalidade.

Diante de questões postas em juízo em que se suscita a colisão de direitos fundamentais, inicialmente na jurisprudência norte-americana e em seguida na alemã, foi se firmando o princípio da razoabilidade (para os norte-americanos) ou princípio da proporcionalidade para os alemães⁴¹⁹.

Tem-se que a base jurídica do princípio da proporcionalidade é o Estado Democrático de Direito, uma vez que, na colisão entre valores do sistema, apenas um permanece. Mas vale ressaltar que a própria democracia é plena de antagonismos ou paradoxos, como no caso, por disposição constitucional, caber a um Poder sem representação popular (Poder Judiciário) a competência para “processar e julgar originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal” (CRFB/88, art. 102, I, ‘a’).

Para Novais⁴²⁰, que dá preferência à denominação princípio da proibição de excesso (como medida restritiva da liberdade), o princípio da proporcionalidade, assume particular relevância no âmbito dos limites dos direitos fundamentais, enquanto “principal instrumento de controlo da actuação restritiva da liberdade individual e de chave sem a qual, integrada no recurso à metodologia da ponderação de bens, não seria possível decifrar os complexos problemas que aí vem sendo suscitados”. Ainda segundo este Autor, na Constituição

⁴¹⁷ Conforme FARIAS, Edilson Pereira, *op. cit.*, p. 46. CRFB/88, “art. 5º, III, VIII, XXXVII, XXXIX, LV, LVII”.

⁴¹⁸ CRFB/88, art. 5º, I, XXXV, XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI, LX, LXXVIII; e art. 93, IX.

⁴¹⁹ “A possibilidade ou não de tratar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como noções equivalentes é controvertida. Sem embargo, há consenso no sentido de que ambos estão vinculados à ideia de justiça material, de moderação e racionalidade, servindo como parâmetro de aferição da legitimidade constitucional dos atos administrativos discricionários das decisões judiciais e das leis”. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, 2006, p. 310-311. Segundo GOES, Gisele Santos Fernandes, *op. cit.*, p. 30: “[...] apenas se deve ressaltar que a razoabilidade não se confunde com a proporcionalidade, ainda que o entendimento do STF seja no rumo de que são princípios sinônimos e os adote indiscriminadamente”.

⁴²⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**, Coimbra: Coimbra, 2004, p. 161-194.

Portuguesa, o princípio foi acolhido a partir da revisão constitucional de 1982, dispondo o art. 18º/2. “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

No direito germânico, o princípio da proporcionalidade foi decomposto na conhecida fórmula que compreende três subprincípios:

i) o da adequação, que significa que toda medida restritiva de direitos deve ser instrumentalmente apta a favorecer a implantação de um fim constitucionalmente legítimo; ii) o da necessidade, que traduz a exigência de que a medida restritiva empregada seja a menos onerosa para os direitos, quando comparada a outra igualmente apta para implementar a finalidade perseguida; e iii) o da proporcionalidade em sentido restrito, segundo o qual o proveito que se obtém a partir da implementação do fim que justifica a medida restritiva deve compensar os sacrifícios que esta acarreta.⁴²¹

Chega-se, assim, à conclusão de que as normas jurídicas se subdividem em normas-princípios e normas-regras, sendo que as últimas somente existem com base num princípio. Por isso, todas as normas constitucionais têm idêntico valor jurídico, tenham cunho de princípio ou de regra, e sempre que possível, devem ser aplicadas na solução do caso concreto.

Colhidos esses ensinamentos, resta perquirir no texto constitucional, para confronto com as normas insertas no Capítulo da Comunicação Social, especificamente no âmbito da liberdade de informação jornalística, a existência de dispositivo que restrinja esta garantia.

Prescreve o artigo 220, caput, da CRFB/88: “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”.

Uma análise perfunctória das disposições do caput do artigo 220, proibindo toda e qualquer restrição à comunicação social, em suas diversas modalidades, pode conduzir ao entendimento de que estes direitos são absolutos⁴²². Entretanto, ato contínuo, cuidou o

⁴²¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 312-313. No mesmo sentido BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 403.

⁴²² CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. , op. cit., p. 615-617, defende o caráter absoluto destes direitos com os seguintes argumentos: (i) o direito geral de personalidade tem como objeto direitos subjetivos ou coisas incorpóreas; (ii) o titular do direito geral de personalidade tem poderes diretos e imediatos sobre o bem da sua personalidade (erga omnes); (iii) todos os não titulares têm um dever universal de respeito daquele direito. Em sentido contrário BARROSO, Luis Roberto, op. cit., p. 332. “Foram assentadas até aqui algumas premissas essenciais, dentre as quais: direitos fundamentais não são absolutos e, como consequência, seu exercício está

constituente de prescrever que, o corpo do texto constitucional deve ser observado em sua uniformidade, levando ao entendimento da existência de alguma restrição.

Tem-se, assim, que a Constituição assenta o princípio-garantia da “proibição de qualquer restrição ao processo de comunicação social, desde que observado o quanto nela disposto”. Diante de tal determinação, far-se-á uma análise do texto constitucional, visando à localização de norma que afaste esta garantia, ou seja, que prescreva restrição a esta liberdade.

No Título V, cuidando da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas dispõe a Constituição que: O decreto do estado de sítio⁴²³, em virtude de (I) comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, deverá indicar: (i) sua duração, (ii) as normas necessárias à sua execução, (iii) as garantias constitucionais que ficarão suspensas (art. 138). Durante a vigência do estado de sítio, decretado em razão dos motivos apontados (art. 137, I), só podem ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas restritivas, relativas à [...]; III – inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei (art. 139, § único⁴²⁴). O acompanhamento e fiscalização da execução destas medidas restritivas serão realizados por uma comissão composta de cinco membros do Congresso Nacional (art. 140). Cessado o estado de sítio cessam também seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes (art. 141), devendo o Presidente da República dirigir mensagem ao Congresso Nacional, relatando as medidas aplicadas em sua vigência, especificando e justificando as providências adotadas, com relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas (art. 141, parágrafo único).

sujeito a limites; e por serem geralmente estruturados como princípios, os direitos fundamentais, em múltiplas situações, são aplicados mediante ponderação”.

⁴²³ CRFB/88, art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; II – declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

⁴²⁴ CRFB/88, art. 139. Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

Deste modo, observando o disposto na Constituição, a suspensão das garantias constitucionais relativas à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, enquanto medida restritiva de direito fundamental, só pode ser aplicada, na forma da lei, durante (medida temporal) o estado de sítio. Tendo, ainda, o constituinte, de forma direta, traçado todo o procedimento para o caso extremo de restrição a determinados direitos fundamentais (*numerus clausus*), e atribuído ao Congresso Nacional (comissão formada por cinco membros) a missão de acompanhar e fiscalizar a execução dessas restrições, implicando em responsabilidade, qualquer ilicitude cometida pelos executores ou agentes.

Constata-se, assim, que a Ordem Constitucional vigente, nos moldes da Constituição Portuguesa, também adota o “princípio da proibição de excesso”, como comando aos Poderes Públicos, para o caso extremo de restrição de garantias fundamentais, especificamente no tocante à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, uma vez que: (a) a medida restritiva de direitos deve ser instrumentalmente apta a favorecer a implantação de um fim constitucionalmente legítimo (adequada); (b) a medida restritiva empregada seja a menos onerosa para os direitos (necessária); (c) o proveito que se obtém a partir da implementação do fim que justifica a medida restritiva deve compensar os sacrifícios que esta acarreta (proporcionalidade em sentido restrito)⁴²⁵. Ou seja, a Constituição contempla a restrição para o caso extremo da “Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”.

Outra modalidade de restrição nesta matéria, diretamente posta pela Constituição, como já referido, é a regra disposta no art. 5º, IV, assegurando a liberdade de manifestação do pensamento, mas vedando o anonimato (é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato).

Por outro lado, no próprio Capítulo da Comunicação Social, tratou o constituinte de atribuir competência à lei federal (classificação e restrição mediante reserva de lei) para regular as diversões e espetáculos públicos⁴²⁶; estabelecer meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações das emissoras de

⁴²⁵ SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. O estado de emergência, p. 32, apud SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 761: “como o conjunto ordenado de normas constitucionais, que, informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, tem por objeto as situações de crise e por finalidade a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitucional”.

⁴²⁶ Portaria nº MJ 1100/2006, regulamenta o exercício da classificação indicativa de diversões públicas. A Portaria MJ 1220/2007, regulamenta o processo de classificação indicativa de obras audiovisuais destinadas à televisão e congêneres. MJ 796/2000, classificação etária e horário para as diversões e apresentações de espetáculos públicos e programas de televisão.

radio e televisão que contrariem princípios instituídos⁴²⁷, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente⁴²⁸.

Após assegurar a liberdade de informação, nos meios de Comunicação Social e proibir a incidência, sobre ela, de qualquer restrição legal (art 220, caput), o constituinte de 1988, foi além, inscrevendo a liberdade de informação jornalística, em dispositivo próprio, dispondo (art. 220, § 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”⁴²⁹.

Embora pareça irrefutável ser a intenção do constituinte de 1988 tornar a informação jornalística livre de qualquer peia, na doutrina pátria, autores de nomeada interpretam estas disposições, sobrepondo-lhes os direitos de personalidade inscritos no art. 5º, X, e defendendo, não somente a reserva de lei sobre a matéria, bem como, a competência do Poder Judiciário para obstar, liminarmente, a publicação de notícia lesiva a tais direitos. Assim, Mendes⁴³⁰:

Diante dos termos peremptórios em que se encontra formulado o art. 5º, X, da Constituição – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...] –, parece evidente que o constituinte não pretendeu assegurar apenas eventual direito de reparação ao eventual atingido. A referência que consta da parte final do dispositivo – assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação – somente pode dizer respeito aos casos em que não foi possível obstar a divulgação ou a publicação da matéria lesiva aos direitos da personalidade. [...]. 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.

⁴²⁷ Artigo 221: A produção e a programação das emissoras de radio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

⁴²⁸ Lei 9.294/1996: Restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. Alterada pela Lei 10.167/2000.

⁴²⁹ CRFB/88, art. 5º, IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X – são invioláveis, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelece; XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao sigilo profissional.

⁴³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional, 1999, p. 89-91, apud FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira, op. cit., p. 132, nota 230.

Ressalta o referido Autor⁴³¹ ser inequívoco que, a ‘plena liberdade de informação jornalística’ pode sofrer embaraço legal, visando à proteção dos valores da personalidade, contanto que não se suprima o núcleo essencial desses direitos:

[...] a mim me parece inequívoco que o art. 220, § 1º, contém expressa autorização de intervenção legislativa com o fito de proteger os valores garantidos no artigo 5º, inciso X. Fazendo, portanto, essas observações, quero ressaltar que esses direitos são passíveis, sim, de reserva legal. Agora, reserva legal que não importe supressão do núcleo essencial desses direitos em questão.

No mesmo sentido diz Farias⁴³²:

Na configuração da garantia institucional da comunicação social é permanente o apelo à lei infraconstitucional para regulamentar as diversas normas constitucionais, principiando pelo citado § 1º do art. 220. Logo, o princípio básico nesta matéria é a cláusula da reserva de lei. Ou seja, apesar de o texto constitucional revelar alguns contornos da garantia institucional da comunicação social, a completa configuração jurídica desta figura necessita da participação do legislador. Alias, é da própria natureza das garantias institucionais serem institutos ou instituições que têm boa parte de seus conteúdos definidos pela legislação ordinária.

No contexto destas interpretações a ‘plena liberdade de informação jornalística’ pode sofrer: (i) restrição mediante lei qualificada, a qual, entretanto, não pode suprimir o núcleo essencial nem do direito de informação jornalística nem dos direitos de personalidade; e (ii) restrição/censura judicial, por meio de tutela inibitória antecipada.

Fundados, também, nessa linha de interpretação, freqüentemente, Magistrados têm concedido a tutela antecipatória, impedindo a veiculação de notícias de interesse público. Nos termos⁴³³:

⁴³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Ministro do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF-MC/DF 130. DJe nº 211, divulgação 06/11/2008, Publicação 07/11/2008, Ementário nº 2340-1.

⁴³² FARIAS, Edilson Pereira de, op. cit., p. 196-197: “Se a colaboração do legislador ordinário é reclamada para uma melhor eficácia de diversos dispositivos constitucionais concernentes à garantia institucional de comunicação social, não se deve concluir que as normas constitucionais gravadas com a cláusula de reserva de lei sejam normas programáticas desprovidas de força jurídica. De acordo com a hermenêutica constitucional contemporânea, todas as normas (princípios ou regras) de uma constituição possuem idêntico valor jurídico e, sempre que isso for possível, devem ser aplicadas para solucionar casos concretos. Ademais, não se deve olvidar que a desídia e mora do legislador podem levar à sua responsabilização por inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º). E, neste particular, é patente a omissão do Congresso Nacional, sobretudo no que diz respeito à proteção aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, freqüentemente violados pelos meios de comunicação de massa (CF, art. 221, IV)”.

⁴³³ Liminar deferida nos autos do processo nº 2687063-3/2009, 31ª Vara dos Feitos de Rels. de Consumo Cíveis e Comerciais de Salvador-Ba, Publicado no DPJ em 16 de julho de 2009 – Consulta ao DJE - <http://www2.tjba.jus.br/diario/diarios/42.pdf> - Acesso em 11 de maio de 2010.

LIMINAR

Trata-se de ação cautelar, decorrente de relatadas ofensas dirigidas ao autor, fundada em reportagem veiculada pelo jornal R eu, na qual se pretende em liminar, sejam os Acionados compelidos a abster-se de veicular quaisquer notícias consideradas lesivas   imagem e a honra do requerente. Por fim pediu a cita o do Requerido. A inicial foi devidamente instruída com documentos e procura o.

Passo a analisar.

As prescri es contidas no CPC no art. 804 e seguintes,   que nos conduzirão   análise da medida liminar pretendida.

A disposi o supra citada, como bem sabemos, visa prevenir a ocorrência de dano irreversível ou de difícil repara o, tendo em vista a demora na presta o da tutela jurisdicional definitiva, desde que relevante o fundamento da demanda e justo o receio de ineficácia do provimento final.

A tutela para ser concedida deve preencher a dois pressupostos, o *periculum in mora*, *fumus boni iuris*, que no caso em tela estão presentes, diante da verossimilhança das alega es do autor, vez que não havendo condena o expressa em supostos processos em que o autor   parte, aparentemente, a veicula o de notícias que afirmem quaisquer atos ilegais imputados ao mesmo agride de forma frontal a honra, em suas modalidades subjetiva e objetiva, do mesmo,

Por esta razão, enquanto pendente de julgamento as lides envolvendo o autor, não há fundamento para que este seja responsabilizado publicamente por atos ilícitos, consoante reiterada jurisprudência acerca da matéria, vez que poderá vir a sofrer danos morais de vulto, que indubiosamente tornarão inócua qualquer sentença que porventura vier a lhe favorecer.

Em face do exposto, hei por bem deferir a liminar requerida para determinar ao R eu que se abstenha de publicar quaisquer notícias que causem lesão   imagem e honra do requerente, ficando estipulada multa cominatória diária no valor de R\$ 5.000,00, caso ocorra descumprimento. [...].

Interpreta es com as quais não se comunga, com as devidas vênias.

No tocante   reserva legal a Constitui o determina que seja observado o que Ela já prescreve e não o que a lei possa vir a prescrever. Qualquer lei sobre “Informa o Jornalística”, que não ‘observe’, estritamente, tudo que já está prescrito na Constitui o, por certo que com esta será incompatível. Incontestável, no caso, a posi o de Britto⁴³⁴:

[...] tal como na Constitui o Portuguesa,   incompatível com a Constitui o uma lei de imprensa, ou seja, uma lei exauriente do tema. Uma lei de imprensa propriamente dita não  , porque os comandos centrais da Constitui o, na matéria, no sentido da livre circula o das idéias, inadmitem a sua retomada de conforma o por lei. Ou seja, observado o disposto nesta Constitui o, não em lei. Após vem o segundo comando nodular, nuclear o verdadeiro cora o da imprensa, da liberdade de comunica o, da liberdade de expressão, da livre circula o das idéias, esse direito conforme dispõe a Constitui o portuguesa de informar, de se informar e de ser informado com essa tríplice dimensão.

Nos termos da Constitui o Brasileira, como bem salientado por Britto⁴³⁵, a

⁴³⁴ BRITTO, Carlos Ayres de. Ministro do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF-MC/DF 130. DJE n  211, divulga o 06/11/2008, Publica o 07/11/2008, Ementário n  2340-1.

⁴³⁵ BRITTO, Carlos Ayres de. Ministro do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF-MC/DF 130. DJE

democracia se apóia “em dois dos mais vistosos pilares: a) o da informação em plenitude e de máxima qualidade; e b) o de transparência ou visibilidade do Poder, seja ele político, seja econômico, seja religioso (art. 220 da CF/88)”.

A liberdade de informação jornalística, considerada a medula da democracia, além de ser, constitucionalmente, adjetivada de plena foi coroada com a prescrição de impedimento de dispositivo legal que possa embaraçá-la, isto significando, no dizer de Britto⁴³⁶, “a mais nítida exaltação da liberdade de imprensa”.

Vale lembrar, ainda, decisão proferida por Melo⁴³⁷, apoiado em decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, nos termos: “Não custa insistir, neste ponto, na asserção de que a Constituição da República revelou hostilidade extrema a quaisquer práticas estatais tendentes a restringir ou a reprimir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de idéias e de pensamento”⁴³⁸.

Se no caput do artigo 220 o “princípio-garantia de proibição de restrição” está alcançado pelo comando: “observado o disposto na Constituição”, para o “princípio-garantia da plena liberdade de informação jornalística” a determinação é que se observe comandos específicos como: (i) liberdade de exercício profissional, mas observadas as qualificações que a lei estabelecer (art. 5º, XIII); (ii) acesso à informação e resguardo do sigilo da fonte (art. 5º, XIV); (iii) vedação do anonimato (art. 5º, IV); (iv) concessão de direito de resposta, caso a informação agrave direito alheio (art. 5º, V); reparação civil do dano (material ou moral) decorrente de violação a direitos da personalidade de outrem – intimidade, vida privada, honra e imagem (art. 5º, X).

Alargando a proibição de restrição à plena liberdade de informação jornalística, dispõe

nº 211, divulgação 06/11/2008, Publicação 07/11/2008, Ementário nº 2340-1.

⁴³⁶ BRITTO, Carlos Ayres de. Ministro do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF-MC/DF 130. DJe nº 211, divulgação 06/11/2008, Publicação 07/11/2008, Ementário nº 2340-1. Acesso em 22/04/2010

⁴³⁷ MELO, Celso de. Ministro do STF, no julgamento da Pet. nº 3486/DF: DJ 09/11/2005 PP-00006. Julgamento: 26/10/2005. EMENTA: 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 (CF, 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.

⁴³⁸ Citado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no julgamento da ADPF-MC/DF 130. DJe nº 211, divulgação 06/11/2008, Publicação 07/11/2008, Ementário nº 2340-1. “O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das idéias”.

o § 6º, do art. 220: “A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade”. Resta, assim, blindada esta liberdade com o princípio-garantia da proibição de licença de autoridade para publicação impressa. Entende-se, que neste caso, nem durante o extremo do estado de sítio, esta garantia possa ser modificada. Na vigência do estado de sítio, a lei que prescrever restrições à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão (art. 139, III), inegavelmente, deverá dispor sobre a forma de se censurar estas liberdades⁴³⁹, não podendo, contudo, sob pena de inconstitucionalidade, estabelecer que publicação em veículo impresso de comunicação social, seja previamente autorizada ou licenciada pelo Estado.

No que concerne aos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, estes dependem de autorização, concessão ou permissão do Poder Executivo federal⁴⁴⁰, sob controle sucessivo do Congresso Nacional, a quem cabe apreciar o ato, no prazo de 45 dias, os quais não correm durante o recesso parlamentar (art. 64, §§ 2º e 4º).

A preocupação do constituinte brasileiro de 1988, com a liberdade de informação jornalística, se mostra tão constante, no texto constitucional, que após limitar o poder do legislador ordinário e da administração pública, cuidou de limitar, neste campo, a atuação do Poder Judiciário, conforme se pode constatar pelo disposto no artigo 93. “Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, podendo a lei limitar a presença em determinados atos às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, **em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação**”. (sem grifo no original).

Pode-se, enfim, assegurar que nos dispositivos constitucionais sobre a Comunicação Social são encontrados os seguintes princípios: (a) proibição de restrição, desde que observado o disposto na Constituição; (b) proibição de dispositivo legal que embarace a plena liberdade de informação jornalística; (c) proibição de toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística⁴⁴¹; (d) proibição de licença de autoridade para publicação de veículo impresso de comunicação; (e) proibição de constituição empresarial

⁴³⁹ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 768-769: “[...] o que significa a necessidade de elaboração de uma lei que preveja a possibilidade e limites dessas restrições, que, como se nota, importam em interceptação e censura aos meios de comunicação em geral”.

⁴⁴⁰ CRFB/88, art. 21: Compete à União: XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

⁴⁴¹ Segundo FARIAS, Edilson Pereira de, op. cit., p. 186: “Princípio da proscrição de censura e licença”.

(dos meios de comunicação social), sob a forma, direta ou indiretamente, de monopólio ou oligopólio⁴⁴²; (f) princípio do interesse público à informação.

Deste modo, resta evidente que o constituinte de 1988 deu feição nova e novas garantias à liberdade de informação jornalística, ao inscrevê-la em Capítulo apartado dos direitos fundamentais individuais e coletivos, blindando esta liberdade com a proibição de restrição legal, de censura e de autorização de licença para as publicações impressas. Esta garantia não se firma apenas contra os Poderes Públicos, mas, também, contra todo e qualquer cidadão.

Em síntese, pode-se dizer que a Constituição de 1988 impede, durante sua vigência, que o ordenamento jurídico brasileiro institua qualquer regra que possa embaraçar ou censurar a liberdade de informação jornalística, que deve ser plena e que nenhum processo judicial poderá correr em segredo de justiça quando as informações nele registradas forem de interesse público. Neste último caso, cabendo ao magistrado, em decisão fundamentada, ponderar sobre as razões do afastamento da preservação do direito à intimidade da parte, contraposto ao direito da sociedade à informação que se delineia como de interesse público.

Neste sentido merece ser abordada a decisão abaixo⁴⁴³:

[...]

Inicialmente, suscitam a inconstitucionalidade do art. 54 da LOMAN, tendo em vista que teria sido revogado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, quando passaram a serem públicos os julgamentos dos processos disciplinares instaurados pelos tribunais. Que o fato de serem públicos tais julgamentos não teriam cometido ato ilícito ao divulgar fato de interesse público.

Por fim, após alegarem que a manutenção da decisão agravada lhes impõe o cerceamento da liberdade de informações sob a guarida de uma lei inconstitucional, rogam pela concessão de efeito suspensivo, bem como pelo provimento posterior do recurso.

[...].

Na espécie, merece guarida a insurgência dos agravantes.

Extrai-se dos autos que o autor/agravado ajuizou ação cautelar inominada com o propósito de que seja impedido, *in limine*, o periódico agravante de “*publicar quaisquer notícias lesivas à imagem e à honra do requerente, em quaisquer meios de comunicação disponíveis*” (fls. 23).

Ocorre que a predita pretensão esbarra no direito à liberdade de expressão consagrado nos artigos 5º, IV, IX e XIV c/c 220 da Carta Magna que, respectivamente, pontificam: [...].

Com efeito, a imprensa, no que diz respeito à divulgação de informações, goza de proteção constitucional, sendo vedada a censura prévia, inclusive quando o alvo do noticiário for magistrado, como no caso em tela.

⁴⁴² SILVA, José Afonso, op. cit., p. 243-244.

⁴⁴³ Agravo de Instrumento nº 51464-9/2009. Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia. Relatora: Desª. Rosita Falcão de Almeida Maia. Publicado no DPJ em 21 de setembro de 2009 – Consulta ao DJE - <http://www2.tjba.jus.br/diario/diarios/87.pdf> - acesso em 11 de maio de 2010.

Ao contrário do que entendeu o julgador primário, a inexistência de condenação expressa em processos judiciais não impede a veiculação de informações a respeito de qualquer cidadão seja ele desembargador, juiz, governador, deputado ou quem quer que seja, principalmente aqueles que exercem cargos públicos. [...]

E não se diga que restou esquecido pelo constituinte pátrio a proteção aos direitos do cidadão vítima de notícias ignominiosas, infamantes, desonrosas, porquanto cabível a responsabilização ulterior, conforme reza o art. 5º, X, que possui o seguinte teor: [...]

O STJ, na mesma linha de inteligência, decidiu:

‘IMPrensa. PROIBIÇÃO DE PUBLICAÇÃO DE NOTÍCIAS. Trata-se de medida cautelar requerida por empresa que foi mencionada em notícia publicada no semanário editado pela ré, como tendo participado de operações fraudulentas de *leasing* com banco. Sendo ofensiva a notícia, cabia a exigência de publicação de desmentido ou de retratação, e a iniciativa de ação de reparação do dano. Se verificada a iminência de publicação de fato certo, poderia ser examinada a possibilidade de ser proibida eventual divulgação. O que não se coaduna com o sistema legal vigente é proibir o semanário editado pela ré de publicar quaisquer informações, notícias, pronunciamentos e reportagens envolvendo o nome da empresa. Isso significa evidente violação à liberdade de imprensa. (REsp 316.333-SE, Rel. Min. Ruy Rosado, julgado em 18/9/2001.)’.

O *periculum in mora*, por sua vez, reside no cerceamento da liberdade de informações, acarretando danos não somente aos agravantes que ficaram impedidos de exercer o seu direito à liberdade de expressão, como também à coletividade que ficará privada de ter informações, através dos agravantes, a respeito da sindicância aberta contra o agravado perante o Conselho Nacional de Justiça. [...].

Quanto à concessão pelo Poder Judiciário da tutela inibitória antecipada impeditiva da veiculação da notícia de interesse público o tema será retomado, com mais vagar, a seguir.

4.2 É PROIBIDO PROIBIR: A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL À CENSURA

No tocante à censura, a Constituição Brasileira⁴⁴⁴, recepciona o princípio-garantia da proibição de censura, nos meios de Comunicação Social, nos termos: “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (art. 220, § 2º). Não se olvida que o mesmo princípio resta assegurado no âmbito dos direitos individuais e coletivos (expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação: art. 5º, IX).

O princípio de proibição de censura decorre do desenvolvimento histórico, como já antes apontado⁴⁴⁵, e da luta pela liberdade de imprensa, além de ser identificado como forma

⁴⁴⁴ Nos mesmos moldes da Constituição alemã de 1949, art. 5º, § 1, nº 3 (Zensurverbot) e da Constituição Portuguesa, de 1976, artigo 37º/2.

⁴⁴⁵ “Recorde-se que a luta pela liberdade de imprensa foi, primeiro que tudo, a luta contra a censura. A liberdade de imprensa é, historicamente, a liberdade perante a censura prévia. A censura foi durante séculos a principal forma de restrição da liberdade de expressão. O sentido e o alcance do princípio da censura compreendem-se

de controle do poder estatal. Pelo princípio da proibição da censura resta afastada, portanto, a possibilidade de o Poder Público subordinar os meios de Comunicação Social, com fundamento em parâmetros políticos ou em pressupostos ideológicos e artísticos. Nestes termos bem assenta Machado^{446 447}:

A proibição da censura é um dos domínios em que ela se manifesta de forma mais premente, devendo sublinhar-se que o mesmo pretende evitar a existência de uma autoridade que controle e administre selectivamente as estruturas e os procedimentos comunicativos, tolerando as perspectivas ortodoxas ou convencionais e silenciando as heterodoxas ou inconventionais. Numa ordem constitucional livre e democrática, a única censura admissível é a que o povo dirige ao Governo e não a que o Governo dirige ao povo.

Censurar tanto conduz à ideia de impedir a realização da ação (Censura Prévia) ou de impedir a continuidade ou repetição de ação já praticada (Censura a *Posteriori*). A censura prévia foi instituto ferrenhamente combatido ao longo dos tempos. Seu manejo foi exercido por governantes tiranos, ditatoriais, truculentos e brutos e que se esforçaram – matando ou apavorando pessoas, destruindo ou fechando jornais – “para impedir o desenvolvimento e prestígio da imprensa”⁴⁴⁸. Dela se valeram para amordaçar e para impedir a circulação de novas ideias, a disseminação do conhecimento e a capacidade de cada um fazer seus próprios julgamentos, ou seja, a formação de opinião pública.

No entendimento de Machado⁴⁴⁹ “[...] o conceito tradicional de censura se identifica com a censura prévia, falando-se nesta acepção, num conceito formal de censura”.

No escólio de Moraes⁴⁵⁰ :

A censura prévia significa controle, exame, a necessidade de permissão a que se submete, previamente e com caráter vinculativo, qualquer texto ou programa que pretende ser exibido ao público em geral. O caráter preventivo e vinculante é o traço marcante de censura prévia, sendo a restrição à livre manifestação de pensamento sua finalidade antidemocrática.

tendo em vista a sua afirmação histórica contra todas as formas de censura política e eclesiástica”. MACHADO, Jónatas. E. M, op. cit., p. 486-488.

⁴⁴⁶ MACHADO, Jónatas. E. M, op. cit., p. 486.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, “Isto mesmo foi afirmado pelo Supremo Tribunal norte americano no caso New York Times Co. v. Sullivan, 376, U.S. 254, 282 (1964), inspirando-se em James Madison”, op. cit., p. 488-489.

⁴⁴⁸ LIMA SOBRINHO, Barbosa. O problema da imprensa, 1988, p. 09. “[...] a legislação relativa à imprensa traduz uma batalha entre o governo e os jornais, que viram surgir diferentes medidas, como a censura prévia, a autorização do rei para a fundação de jornal, cauções elevadíssimas dadas em depósito, a suspensão da publicação das gazetas. [...]. Os governos universalmente se esforçaram para impedir o desenvolvimento do prestígio da imprensa”. Apud FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira, op. cit., p. 126, nota 216.

⁴⁴⁹ MACHADO, Jónatas E. M, op. cit., p. 488.

⁴⁵⁰ MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 223.

O texto constitucional repele frontalmente a possibilidade de censura prévia. Essa previsão, porém, não significa que a liberdade de imprensa é absoluta, não encontrando restrições nos demais direitos fundamentais, pois a responsabilização posterior do autor e/ou responsável pelas notícias injuriosas, difamantes, mentirosas sempre será cabível, em relação a eventuais danos materiais e morais.

Quando a Constituição prescreve a vedação a “toda e qualquer”⁴⁵¹ censura, isto implica dizer que o ordenamento jurídico brasileiro não pode regular, nem censura prévia, nem censura posterior que objetive impedir a comunicação social, em qualquer de suas modalidades (a manifestação do pensamento, a criação, a expressão, a informação e informação jornalística). Ou indo mais longe, como propõe Farias⁴⁵²: “Em síntese, o âmbito de proteção do princípio da proscricção de censura, nos termos configurados pela Carta Federal de 1988, abrange tanto a censura prévia e a posterior quanto a censura administrativa e a privada”.

Como se pode constatar, a Constituição impede, terminantemente, a institucionalização ou a legalização da censura, seja pela Administração Pública ou pelo Poder Legislativo. Isto significa dizer que o “povo” (eleitor da Assembléia Constituinte) afastou a competência destas duas esferas do Poder para decidir sobre esta espécie de restrição à liberdade de informação jornalística, nos meios de Comunicação Social, excetuado o caso de estado de sítio, como previsto pela própria Constituição.

E quanto ao Poder Judiciário? Este Poder que não é representativo popular, já que seus membros não são eleitos, tem competência constitucional para censurar a liberdade de comunicação social produzidas pelos meios de Comunicação Social? Esta a questão em que ainda se contrapõem doutrina e jurisprudência.

Via de regra, tem causado espécie à sociedade, a proibição, pelo Poder Judiciário, mediante concessão liminar de tutela inibitória ou cautelar, para veiculação de reportagem por órgãos de Comunicação Social, envolvendo personalidades públicas, na maioria das vezes, servidores ou agentes públicos, ou até mesmo seus familiares, sob o argumento de possível lesão a direitos da personalidade.

⁴⁵¹ Constituição da República Portuguesa/1976, art. 37º. 2: O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura. Conforme REBELO, Maria da Gloria Carvalho, op. cit., p. 35: Como argumentam Gomes Canotilho / Vidal Moreira, a fórmula constitucional <<qualquer tipo ou forma>> traduz um conceito amplo de censura, que abrange não apenas a censura prévia, mas também a censura posterior (a *posteriori*), que se traduz no impedimento da sua difusão ou divulgação (proibição de índice).

⁴⁵² FARIAS, Edílson, op. cit., 2004, p. 189.

No entendimento de Farias⁴⁵³, vedação de censura e controle jurisdicional da comunicação social não se confundem, vez que a censura é ato de natureza político-administrativo, enquanto que o controle jurisdicional é ato judicial:

[...] a censura constitui prática de órgãos políticos do Estado, normalmente vinculados ao Poder Executivo, razão pela qual tem sido usada com frequência como instrumento de repressão política e ideológica. Tais características, como se nota, revelam-se incompatíveis com a natureza técnica da atividade do Poder Judiciário: julgar conflitos de interesses quando demandado pelas partes. Não há como confundir censura com controle jurisdicional da legalidade no exercício da liberdade de comunicação social, que é função típica reservada aos juízes e tribunais na democracia constitucional. A primeira é ato de natureza político-administrativo, o segundo ato judicial. É dizer, não constituem censura as medidas judiciais utilizadas para apurar a responsabilidade dos meios de comunicação social no exercício de sua atividade informativa.

É fato que, no Brasil, tem sido frequente o envolvimento de personalidades públicas, em casos de nepotismos, corrupção, desvio de verbas públicas, ineficiências, improbidade administrativa e ilícitudes das mais variadas espécies. Tanto é assim, que não tão distante (em 02/10/1992), um Presidente da República foi suspenso pelo Congresso Nacional⁴⁵⁴, para apuração de crime de responsabilidade, o qual renunciou ao mandato em 29/12/1992. Por tudo isso, pode-se dizer que este é um País com uma incipiente estabilidade democrática.

O jornalista que, laboriosamente, acompanha a vida política do país e toma conhecimento – seja investigando: acesso às informações de interesse coletivo ou geral, existentes nos órgãos públicos (art. 5º, XXXIII) ou é informado (art. 5º, XIV) – de práticas desabonadoras e incompatíveis com os princípios inerentes à Administração Pública (LIMPE: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), levadas a efeito por agentes ou servidores públicos, tem o dever jurídico de informar tais acontecimentos à sociedade, sob pena de estar mancomunado com o sistema, pois a notícia é parte da missão jornalística. Por sua indispensabilidade à democracia é que lhe foram atribuídas tantas garantias.

A plena liberdade de informação jornalística, assegurada pela Constituição, consubstancia, na verdade, um dever jurídico para os órgãos da Comunicação Social. Dever de informar que deve ser visto como uma sobretutela da sociedade, fator de inibição de abusos, ou como os olhos atentos da sociedade sobre o funcionamento, não apenas da Administração Pública, mas, também, da própria sociedade. Pois é incontestável que a

⁴⁵³ FARIAS, Edilsom Pereira de, op. cit., p. 203-204.

⁴⁵⁴ CRFB/88, arts. 85 e 86.

Constituição delegou à imprensa o direito de “controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade”⁴⁵⁵.

A conduta do servidor público, no exercício da função pública, está sob a mira da sociedade, com reflexos, inclusive, sobre seus familiares. Por isso, aquele sob o qual pesa, ainda que por indício, atitude incompatível com o que está legalmente estabelecido, não tem o direito de suscitar, neste aspecto, “invasão de privacidade”, “ofensa à honra”, ou “à imagem”, já que “a ninguém é dado beneficiar-se de sua própria torpeza”. Máxima esta, que parece esquecida, ultimamente, na atividade pública.

A prescrição normativa, visando ao equilíbrio harmonioso de convivência, coloca o sujeito em uma determinada posição de poder, caso dos direitos fundamentais, em espécie, dos direitos da personalidade. A categoria lógica que corresponde a esta função é aquela do “dever jurídico”, consistente num determinado comportamento que é um dever geral de respeito de todos os sujeitos, um em relação aos outros, fundado no princípio do *neminem laedere* (não prejudicar).

A plena liberdade de informação jornalística se encontra constitucionalmente erigida a uma garantia fundamental, adjetivada como um direito livre, pleno e sem censura, por isto não podendo, nem por lei ser restringido, embaraçado ou censurado. Neste aspecto, quando a Constituição prescreve que o exercício desta liberdade deve observar o dever jurídico de respeitar os direitos da personalidade alheia, também assenta a responsabilidade civil⁴⁵⁶ (por culpa, por risco ou pelo sacrifício), determinando a indenização em caso de dano a tais direitos.

Para Alexy⁴⁵⁷ – que relaciona a liberdade não-protégida com um conceito mais amplo de liberdade negativa e a liberdade protegida com um conceito mais amplo de liberdade positiva – a liberdade não-protégida advém das permissões de ações, resultando de uma “[...] conjugação de uma permissão jurídica de fazer algo e uma permissão jurídica de não o fazer”. Por sua vez, a liberdade protegida é “constituída por um feixe de direitos a algo e também por

⁴⁵⁵ BRITTO, Carlos Ayres de. ADPF 130/DF, STF, Tribunal Pleno. Publicação DJe 208, divulg. 05-11-2009, publ. 06-11-2009. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em: 22 abr. 2010.

⁴⁵⁶ CC/2002, art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando da atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁴⁵⁷ ALEXY, Robert, op. cit., p. 227-228.

normas objetivas que garantem ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida”. Nesta categoria, portanto, é que se enquadra a liberdade de informação jornalística. Buscar a informação e noticiar, revelando a face obscura do poder, é fato que gera sérias insatisfações aos que desejam que suas ilicitudes jamais cheguem ao conhecimento público. A concessão *initio litis*, pelo Poder Judiciário, de ordem impeditiva de veiculação de notícia, envolvendo o nome de agente ou servidor público, é uma das mais severas formas de censura. Principalmente, quando o poder coitivo alcança valores excessivos a título de multa diária. Bem o disse Britto⁴⁵⁸: “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”.

As disposições constitucionais sobre a liberdade de informação jornalística podem ser assim interpretadas: A informação jornalística – veiculada em qualquer meio institucionalizado como empresa jornalística, de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 222), ou em outro qualquer meio de comunicação social eletrônica (art. 222, § 3º) – se constitui em liberdade plena, que excetuado o caso de estado de sítio, não poderá ser submetida a: (i) a restrição ou embargo legal (art. 220, caput e § 1º); (ii) nem a qualquer espécie de censura, seja de natureza política, ideológica e artística (art. 220, § 2º); ou (iii) licença de autoridade pública, em se tratando de publicações impressas. O jornalista profissional, devidamente identificado (art. 5º, IV) e qualificado na forma da lei (art. 5º, XIII), tem assegurado o direito de acessar a informação e de resguardar o sigilo da fonte: informante (art. 5º, XIV e XXXIII). Se o conteúdo da informação jornalística lesar o interesse alheio é dever do veículo de Comunicação Social assegurar o direito de resposta proporcional ao agravo (art. 5º, V), bem como, indenizar o dano material ou moral decorrente da lesão pela violação aos direitos da pessoa ofendida: intimidade, vida privada, honra e imagem (art. 5º, X).

Conclui-se, portanto, que nos moldes constitucionais, excetuado o caso extremo da vigência do estado de sítio, a liberdade de comunicação social (art. 220) tem como corolários a proibição de restrição, a proibição de censura e a proibição de licença de autoridade para as publicações impressas. Isto porque, o constituinte brasileiro firmou o pressuposto de que: é proibido proibir a comunicação, seja na forma de manifestação do pensamento, criação, expressão e informação, inclusive a informação jornalística, processada ou produzida nos meios de Comunicação Social. Nestes termos, lei que regule a liberdade de comunicação

⁴⁵⁸ BRITTO, Carlos Ayres. Relator da ADPF 130/DF, STF, Tribunal Pleno. Publicação DJe 208, divulg. 05-11-2009, publ. 06-11-2009. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em: 22 abr. 2010.

social e que disponha sobre qualquer forma de restrição, censura ou autorização do Estado para a publicação de veículo impresso de comunicação, por certo, será considerada pela Corte Superior, uma lei inconstitucional. Assim sendo, decisão judicial que cerceie esta liberdade, constitucionalmente designada de plena, é uma ilegítima forma de censura⁴⁵⁹.

⁴⁵⁹ Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451. Distrito Federal. Relator: Min. Ayres Britto: Liminar deferida em 26/08/2010, *ad referendum* do Plenário do STF, e referendada em 02/09/2010, portanto, posteriormente à conclusão da presente dissertação, mas que em virtude do seu alcance jurídico-social e na mesma linha do pensamento elaborado no trabalho, entende-se necessária a sua menção, mesmo após a “defesa oral”, mas ainda em tempo do depósito definitivo. “[...]. 6. Análise, portanto, o pedido de medida liminar. Ao fazê-lo, ponto de saída, não caber ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o *núcleo duro* das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação *lato sensu*. Vale dizer: **não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha**. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da Constituição Federal [...]”. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3938343>. Acesso em 03.set..2010.

CONCLUSÃO

Para alcançar a atual denominada liberdade de comunicação, ou liberdade de imprensa, como direito fundamental constitucionalmente assegurado, a humanidade travou muitas lutas. Daí se poder dizer que a exigência social para a afirmação de determinados direitos decorre de cada momento histórico.

Direitos concedidos, em princípio, a determinada classe ou estamento, tornaram-se conhecidos por aqueles que deles não se beneficiavam e que também passaram a reivindicá-los. Foi assim que, ao longo dos tempos, os direitos conquistados por um povo se sedimentaram, romperam fronteiras e alcançaram outras sociedades. Caso típico da liberdade de comunicação.

Governantes absolutistas, despóticos ou tiranos tolheram a manifestação do pensamento e de expressão artística, como forma de submissão dos governados. Mas a invenção da imprensa, no século XV, favoreceu a disseminação do conhecimento no continente europeu, provocando significativas mudanças, sobretudo culturais. A imprensa popularizou e ampliou a difusão da expressão do pensamento, pondo em causa o *status quo* teológico-político existente, da *ideologia dos intocáveis*, contrária a qualquer discussão crítica, ao sustentar a ideia de verdade objetiva, consistindo, isto sim, uma grande *rede de censura*.

Com a expansão da imprensa, fortaleceu-se o instrumento da censura prévia, como forma de impedir a disseminação do conhecimento e a formação de opiniões da sociedade, tanto no aspecto religioso quanto político. Mas a Reforma, ocorrida na Europa, no século XVI, rompeu com a unidade da fé católica, motivando embates e reivindicações por liberdade religiosa, que se entrelaçaram à luta por liberdade de consciência, de expressão e de imprensa.

A Inglaterra, onde as lutas travadas por direitos foram significativas desde o século XIII, no século XVII ainda reprimia, severamente, por meio do instrumento da censura prévia, a manifestação de pensamento, a expressão de atividade artística e cultural. Agueridas defesas pelo reconhecimento desta liberdade, de destemidos como John Milton, não lograram êxito. Milton comparou a censura ao homicídio, ao massacre, ao martírio, por atingir a própria razão mais do que a existência individual. Além da censura prévia, existia a censura velada, instituída pelo *Licensing Act*, de 1662, exigindo a licença ou registro, para a impressão de

qualquer livro. A não renovação do *Licensing Act*, pelo Parlamento, em 1695, torna a Inglaterra o país pioneiro na liberdade de imprensa.

Durante o denominado “Século da Razão” ⁴⁶⁰, século XVIII, paradigmas foram quebrados e ordens governamentais vigentes foram rompidas, sendo declarados direitos do homem, conforme defendido pelos ideais iluministas: todos os homens nascem livres e iguais e dotados pelo Criador de direitos naturais e inalienáveis à vida, à liberdade e à propriedade.

Nas Colônias norte-americanas, o combate à velha tradição inglesa da censura prévia, por jornalistas como Samuel Adams e Thomas Paine, pregando o direito à liberdade de expressão, levou ao seu reconhecimento no *Bill of Rights* da Virgínia, em 1776. Proclamada a Independência dos Estados Unidos da América, como os direitos fundamentais não integraram a Constituição de 1787, a liberdade de expressão foi contemplada pela Primeira Emenda, em 1791. Medida que não se tornou eficaz, vez que nos alvares do constitucionalismo americano a liberdade de expressão chegou a ser considerada apenas como ausência de censura prévia. Deste entendimento, resultava que era passível de recriminação qualquer opinião crítica sobre a atuação dos poderes públicos ou que pusesse em causa a reputação dos governantes junto aos eleitores. Pior retrocesso se deu, em 1798, com a aprovação pelo Congresso do *Sedition Act*, tornando ilegal *escrever, imprimir, proferir ou publicar* materiais com conteúdo *falso, escandaloso e malicioso* contra os órgãos legislativos ou executivos, com a intenção de os desrespeitar.

Os franceses, fundados nos ideais Iluministas, em 1789 firmaram a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, consagrando direitos de todos os homens do universo, enquanto direitos naturais, inalienáveis, imprescritíveis e sagrados, dentre os quais a liberdade de comunicação dos pensamentos e das opiniões.

A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões, declarada como um dos direitos mais preciosos do homem, autorizadora do poder de todo cidadão falar, escrever e imprimir livremente, representava um instrumento assegurador do rompimento com o status quo absolutista. Positivada na Constituição francesa de 1791, como liberdade de falar, escrever, imprimir e publicar o pensamento, sem prévia submissão dos escritos a censura alguma ou inspeção, tornou-se direito fundamental constante das constituições do ocidente, ao longo do século XIX.

⁴⁶⁰ Pretendendo dominar pela razão a problemática do homem.

Direito fundamental que não logrou efetividade. No continente europeu, as diversas revoluções sociais e políticas, levaram à edição de decretos, reintroduzindo a censura prévia, caução e imposto do selo, censura das caricaturas de conteúdo político, a nomeação dos diretores do jornal, pelo governo e a colocação, em cada jornal, de um censor permanente; por outro lado, pela falta de garantia constitucional, assegurando a prevalência e aplicabilidade desse direito, ou seja, uma perspectiva objetiva como já havia reconhecido os Estados Unidos: da supremacia da Constituição e do poder judicial de revisão da legislação.

O alvorecer do século XX, designado de ‘Século Breve’, encontrou a Europa dividida em dois blocos, acelerando a corrida armamentista que, juntamente com a efervescência nacionalista, desencadearam a Primeira Guerra Mundial (1914 a 1918). Nem bem se concretizara a paz selada entre os países, e outro conflito, de proporção mundial, foi deflagrado, em 1939, somente levado a termo em 1945, com consequências desastrosas no campo dos direitos fundamentais e em consequência, da liberdade de expressão em suas diversas modalidades (manifestação do pensamento, criação, expressão e informação).

Terminada a guerra, as declarações de direitos firmadas no plano internacional alargaram os direitos fundamentais, pondo em destaque a dignidade da pessoa humana, e, concomitantemente, sobrelevando a liberdade de comunicação.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, firmada em Bogotá, em 1948, procurou expandir a democracia, fortalecendo a liberdade de expressão, como também, contemplando a proteção jurídica aos direitos da personalidade: honra, reputação, vida particular e familiar das pessoas.

A Organização das Nações Unidas (ONU), em 10/12/1948, proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, tendo por mérito conceituar a liberdade de opinião e expressão, como sendo as ideias e as informações, e declarar que tais liberdades implicam o direito dos indivíduos de não serem molestados (proibição de censura) pela manifestação das ideias (opiniões) e o direito de sem fronteiras e por qualquer meio de expressão, procurar (se informar), receber (ser informado) e divulgar (informar) os fatos sociais. A partir daqui, se pode falar de verdadeiro direito de informação como “direito de comunicação de fatos sociais”.

No tocante aos direitos de personalidade, a Declaração assentou a proteção da lei, contra interferências à vida privada, familiar, no lar e na correspondência das pessoas, e a ataques à sua

honra e reputação. Ou seja, um direito de cunho negativo compreendido como zona de exclusão, dentro de um perímetro de reserva e discricção que nem os poderes públicos nem os particulares podem vulnerar e que visa tutelar a pessoa contra interferências de terceiros, na sua esfera individual, no grupo familiar, no domicílio, em sua comunicação interpessoal.

O conteúdo da liberdade de expressão ganhou nova ênfase com a Convenção Européia dos Direitos do Homem, outorgada em 4 de novembro de 1950, pelo Conselho da Europa. Consagrou-se a proibição da censura, ao estabelecer que este direito compreende tanto a liberdade de opinião quanto a liberdade de informação consistente no recebimento e na transmissão de mensagens, sem ingerência de autoridade pública e sem consideração de fronteiras.

A partir destas Declarações, no plano interno, os países inscreveram em suas Constituições, princípios fundamentais voltados à valorização da pessoa e sua dignidade e a preocupação com o desenvolvimento da personalidade, bem como, consagraram o direito fundamental de liberdade de expressão com a proibição da censura.

A Constituição da Alemanha (LF de 1949) organiza o Estado como Estado de Direito Democrático, instituindo a liberdade de expressão e divulgação de opinião, pela palavra, por escrito, por imagem, bem como o direito de se informar, sem impedimentos, por meio de fontes acessíveis a todos; garante a liberdade de imprensa e a liberdade de informação por rádio, televisão e cinema; e, sobretudo, veda a censura. Também fez renascer, no direito alemão, o direito geral de personalidade, prescrevendo a intangibilidade da dignidade humana, o reconhecimento ao livre desenvolvimento da personalidade humana. Dá objetividade às normas de direitos fundamentais ao assegurar a aplicabilidade direta.

Mas durante o século XX, apesar dos avanços tecnológicos e das transformações sociais ocorridas, muitos países ainda eram governados por regimes ditatoriais, com severa repressão à liberdade de comunicação. Por isso, no plano internacional foi firmado, em 1966, sob os auspícios da ONU, em Nova Iorque, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, assegurando: *Toda pessoa tem direito de receber e difundir informações e ideias de diversa índole, sem consideração de fronteiras, seja por via oral, escrita ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio da sua escolha.* 3. *O exercício do direito previsto no parágrafo 2 deste artigo comporta deveres e responsabilidades especiais. Por conseguinte, pode estar sujeito a algumas restrições que deverão estar expressamente fixadas por lei e sejam necessárias para: a) assegurar o respeito aos direitos à reputação dos*

demais: b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou moral públicas (Artigo 19º. 2/3).

No último quartel do século XX, os Estados europeus, que ainda mantinham seus meios de comunicação sob controle, começaram a discutir o caráter naturalmente público e de serviço público da atividade de comunicação. As novas conformações estatais como Estado de Direito democrático puseram em cheque o velho e arraigado temor à liberdade de expressão como ameaça à formação da opinião pública. A grande transformação introduzida na sociedade pelos revolucionários meios de comunicação de massa passa a demandar a normatização constitucional destas estruturas organizacionais privadas.

Nessa marcha, a Constituição brasileira de 1988, inovadora neste contexto, inscreve a liberdade de comunicação social (cap. V), no Título Da Ordem Social (VIII), assim separando, a comunicação social (manifestação do pensamento, criação, expressão, informação e informação jornalística, art. 220, *caput* e § 1º) – realizada através dos meios de Comunicação Social –, das liberdades individuais e coletivas – as denominadas liberdades públicas – inscritas no Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos: (i) de manifestação do pensamento (art. 5º IV), (ii) de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º IX).

Liberdade de comunicação que em virtude de sua dimensão social, se vincula à estrutura empresarial, cuja propriedade resta estabelecida, de modo privativo, a dois seguimentos (art. 222): (i) empresas constituídas por brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos; (ii) ou empresas constituídas por pessoas jurídicas organizadas sob as leis brasileiras e com sede no país. Em qualquer dos casos, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante destas empresas devem pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, a quem cabe a gestão das atividades e a responsabilidade pelo conteúdo da programação. Empresas que não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio (art. 220, § 5º).

Para uma Constituição elaborada após um longo regime ditatorial, quando a comunicação, em todas as suas formas de expressão, foi duramente reprimida, quer pelo método legalizado da censura prévia, quer pelo poder da força, com o fechamento de jornais, prisão de jornalistas, etc., resta evidente a preocupação do constituinte de 1988, com a comunicação social, destacando em dispositivos próprios a *liberdade de informação*

jornalística (art. 220, § 1º), *a vedação a toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística* (art. 220, § 2º) e *a proibição de instituição de licença de autoridade para a publicação de veículo impresso de comunicação* (art. 220, § 6º).

Enquanto a liberdade de comunicação, através dos meios de Comunicação Social, consiste na transmissão de mensagens de qualquer espécie, entendida em sentido amplo (pela manifestação do pensamento, criação e informação) a *liberdade de informação jornalística* significa, em sentido estrito, a transmissão ou divulgação de mensagens de cunho noticioso: relatos e comentários sobre fatos e acontecimentos de interesse público, pelos meios de Comunicação Social: imprensa, radiodifusão sonora, de sons e imagens, meios eletrônicos, hoje disponibilizados. Comunicação Social enquanto meio institucional ou empresarial veiculador da comunicação social como expressão do pensamento, da criação, informação e informação jornalística.

A *liberdade de informação jornalística* está erigida pela Constituição como uma *liberdade plena* (art. 220, § 1º). Direito pleno não comporta exercício limitado ou restrito, excetuados os casos dispostos pela própria Constituição. Para não dar margem a dúvidas o Constituinte impôs uma norma de conteúdo negativo ao legislador infraconstitucional, dispondo que, ‘nenhuma lei conterà dispositivo que *possa* constituir embaraço’ ao exercício deste direito. Resta, portanto, indubitado que a informação jornalística, profissionalmente veiculada nos meios de Comunicação Social, é um direito fundamental que deve ser dimensionado em sua estrutura objetiva.

Dimensão objetiva do direito de informar estruturada nos direitos fundamentais individual e coletivo de *acesso à informação com o resguardo do sigilo da fonte* (art. 5º, XIV) e de *receber dos órgãos públicos informações de interesse coletivo ou geral* (art. 5º, XXXIII), enquanto direitos subjetivos públicos e o pleno direito de informação jornalística (art. 220, § 1º), designado de liberdade de informação ativa.

Assim, a liberdade de informação jornalística, institucional, transcende o direito subjetivo, individual, e ganha foros de direito pertencente à sociedade. Nas sociedades democráticas, o correto funcionamento das instituições pode ser constatado, principalmente, por meio da liberdade de informação jornalística, representando o fundamento de participação do cidadão na vida do País. Liberdade de informação jornalística como liberdade de expressão, constituindo, assim, a maior expressão de liberdade de um povo.

Por outro lado, como não existe liberdade sem responsabilidade, já que as regras de convivência social impõem deveres obrigacionais, a Constituição (artigo 220, § 1º) adjunge, mas não restringe, a liberdade de informação jornalística, à observância de determinados direitos fundamentais individuais, dispostos no artigo 5º, ora, de caráter eminentemente profissional, como: *liberdade de trabalho, ofício ou profissão, na forma da lei* (XIII), *vedação do anonimato* (IV), *acesso à informação, e resguardo do sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional* (XIV); ora, de cunho obrigacional como: *concessão de direito de resposta, caso a informação agrave o direito alheio, além da responsabilidade civil indenizatória, se ocorrer dano material, moral, ou à imagem* (V), e *responsabilidade civil por dano material ou moral pela violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas* (X).

Além do direito fundamental individual e coletivo de acesso à informação, a Constituição assegura a todos o fundamental direito de *Receber dos órgãos públicos informações de interesse coletivo ou geral* (art. 5º, XXXIII), sob pena de responsabilidade. Direito que só pode ser limitado, já por determinação constitucional, quando o assunto disser respeito à segurança do Estado e da sociedade, exigindo, por isso, ser mantido o sigilo.

Os fatos produzidos pelos órgãos públicos são de interesse geral, porque dizem respeito à coisa pública (*res publica*). A sua publicidade é princípio constitucional (art. 37), voltado à educação, informação ou orientação social, pois quanto maior for o conhecimento da sociedade sobre o funcionamento do aparelho estatal, maior será a participação da opinião pública e tanto maior será a formação da sociedade pluralista e democrática, como previsto pela própria Constituição.

Portanto, o funcionamento dos órgãos públicos e as ações praticadas pelos agentes públicos, no exercício da função pública, se atrelam e se traduzem em fatos de relevância pública, não comportando o sigilo. Da vinculação direta e objetiva, de agentes públicos, com o manejo da coisa pública, é que advém a legitimidade da informação ativa dos meios de Comunicação Social.

Em síntese, de interesse geral ou público será toda e qualquer notícia cujo assunto repercute na vida da coletividade e contribua para a formação da opinião pública. Daí resultando que a liberdade ativa de informar tem como pressuposto o direito da sociedade de ser informada, e se constitui em direito objetivo de garantia institucional, consistente em

dever do Estado garantir a sua plena atividade, em virtude de sua função social. Função social enquanto meio de defesa contra os excessos e o arbítrio do poder e forma de controle da atividade político-administrativa, que só pode ser restringida quando o sigilo do fato for imprescindível à segurança do Estado e da sociedade.

A notícia, neste sentido, já que voltada para a formação da opinião pública – isto é, opinião pluralista, diversificada, opinião dos governados, possibilitando o conhecimento dos cidadãos sobre os assuntos públicos –, deve portar a tônica da veracidade ou verossimilhança, não propriamente da certeza objetiva ou da verdade, como disposto na Constituição espanhola, de modo diverso, inclusive de outras constituições europeias, nos termos do artigo 20.1 - *São reconhecidos e protegidos os direitos: [...]; d) De comunicar ou receber livremente informação verídica por qualquer meio de difusão*. Veracidade assentada, para o profissional, na fonte de onde emana a informação.

Não pode existir Estado Democrático de Direito sem a garantia fundamental da liberdade de expressão, em sua realidade sistêmica, no foco mais abrangente da liberdade de informação jornalística. Pelo livre exercício desta atividade pode-se alcançar não apenas o desenvolvimento dos atores da vida social, seja no aspecto individual, como *receptor*, seja no institucional, pela perspectiva do *emissor*, pois, por meio deste círculo virtuoso, se terá receptor mais exigente e mais seletivo com as mensagens recebidas e em consequência, emissores mais comprometidos com a qualidade e veracidade das mensagens transmitidas.

Sendo a liberdade de informação jornalística um dos pilares do Estado Democrático, a divulgação dos fatos de interesse público pode atingir, direta ou indiretamente, os indivíduos e as instituições. A denúncia pública, através do jornalismo, da corrupção, do clientelismo, da incompetência e de qualquer outra anomalia constatada no funcionamento estatal em confronto com os princípios constitucionalmente instituídos para a Administração Pública, não é possível ocorrer sem que resultem *danos colaterais* em matéria de bom nome e reputação. É neste contexto que se coloca com particular acuidade o problema da proteção dos direitos da personalidade dos titulares de cargos, empregos e funções públicas e das pessoas que se tornam famosas ou célebres, as assim denominadas pessoas de “relevância pública” ou “personalidades públicas”.

A prescrição normativa, visando ao equilíbrio harmonioso de convivência, coloca o sujeito em uma determinada posição de poder, caso dos direitos fundamentais, e em espécie, dos direitos da personalidade. O direito fundamental de personalidade é o direito de cada

individuo posto em oposição à sociedade, daí sua qualidade de ser *erga omnes*. A categoria lógica que corresponde a esta função é aquela do “dever jurídico”, consistente num determinado comportamento que se traduz num dever geral de respeito de todos os sujeitos, um em relação aos outros, fundado no princípio do *neminem laedere* (não prejudicar).

A Constituição erige a liberdade de informação jornalística (art. 220, § 1º), a um direito pleno e isento de qualquer embaraço; em contrapartida, a própria Constituição institui as tutelas contra o abuso no exercício desta liberdade – que ocasione interferências ou ataques aos direitos da personalidade alheia –, correspondentes à responsabilidade civil por dano material ou moral e ao direito de resposta. Isto porque, a inviolabilidade dos direitos fundamentais da personalidade, por força da convivência em sociedade, pertence ao campo do dever jurídico obrigacional. Somente a ilicitude (violação) perpetrada desencadeia a responsabilidade, fazendo surgir o interesse do lesado (no âmbito civil: direito de resposta e direito à indenização pelo dano material ou moral e no âmbito criminal: a pena).

Dever jurídico obrigacional que não se confunde com os limites ou restrições aos direitos fundamentais, que tanto podem ocorrer de forma direta, ou seja, dispostos pela Constituição (v.g. art. 5º. IV – *é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*), ou mediante reserva de lei, por autorização constitucional. Direitos fundamentais como: *recebimento de informações e liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão* (art. 139, III), podem ser suspensos, por isso limitados, somente durante a vigência do estado de sítio, decretado no caso de: *comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa* (art. 137, I).

A restrição de garantias fundamentais, mediante reserva de lei, está prevista pela Constituição para o caso extremo da “Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”, sendo adotado o “princípio da proibição de excesso”, como comando aos Poderes Públicos: restrição de direitos como medida extrema e temporária (necessária) para concretização de objetivo constitucionalmente legítimo (adequada), compensador dos sacrifícios decorrentes (proporcionalidade em sentido estrito).

Tem-se, deste modo, que a imposição constitucional de responsabilidade civil por violação a direito fundamental da personalidade (art. 5º, X) não é norma limitadora ou restritiva do direito de informação jornalística, nem tampouco se constitui em dever fundamental. É sim, a consagração da liberdade de informação jornalística, com responsabilidade.

A prevalência da liberdade de informação jornalística sobre os direitos da personalidade se embasa, sobretudo, no princípio constitucional *do interesse público à informação*. Se por um lado a Constituição assegura que o princípio da publicidade dos atos processuais comporta restrição legal, para a defesa da intimidade ou do interesse social (art. 5º, LX: *A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*), por outro, erige o princípio do *interesse público à informação* à categoria de premissa maior, quando contraposto ao direito à intimidade, nos termos do artigo 93, IX: “os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos”; entretanto, Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, pode *limitar a presença em determinados atos, às partes e a seus advogados, ou somente a estes, nos casos em que a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação*,

Tampouco o princípio da inocência (art. 5º, LVII: *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*) pode prevalecer sobre a liberdade de informação jornalística, em virtude do princípio da publicidade dos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário. Nem mesmo os processos em curso no poder judiciário podem receber o lacre de “segredo de justiça”, existindo interesse público na informação.

A história ensina que a censura sempre esteve atrelada a regimes antidemocráticos. O princípio da proibição de censura decorre, exatamente, da luta pela liberdade de imprensa, atual liberdade de informação jornalística, sendo por isso identificado a uma forma de controle do poder estatal, em que se busca evitar Autoridade que controle os meios e os procedimentos de comunicação, facilitando as que lhe são favoráveis e coarctando as que lhe são adversas. A única forma de censura admissível nos regimes democráticos é a que o povo faz aos governantes.

Quando o Poder Judiciário impede, por tutela inibitória, a informação jornalística dos fatos de interesse público, sob o fundamento de colisão de direitos fundamentais, fazendo prevalecer um direito da personalidade, pratica, mediante ato judicial, a mais severa forma de censura prévia, de finalidade antidemocrática, pois, além de romper com as salvaguardas e garantias constitucionalmente consagradas à liberdade de informação, erige um manto protetor em volta da personalidade pública sobre a qual pesa o fato que lhe interessa manter em sigilo.

A plena liberdade de informação jornalística, assegurada pela Constituição, consubstancia, assim, um dever jurídico para os órgãos da Comunicação Social. Dever de informar que deve ser visto como uma sobre tutela da sociedade, fator de inibição de abusos, ou como os olhos atentos da sociedade sobre o funcionamento, não apenas da Administração Pública, mas, também, da própria sociedade. Pois, é incontestável, que a Constituição delegou à imprensa o direito de tornar de conhecimento geral tudo que diz respeito à vida do Estado e da própria sociedade.

Portanto, observado o disposto no texto constitucional brasileiro, excetuados os casos extremos da vigência do estado de sítio e dos fatos cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, a liberdade de informação jornalística, corolário do Estado democrático, tem como princípios a proibição de restrição legal, a proibição de censura e a proibição de licença de autoridade para as publicações impressas. Isto porque, o constituinte brasileiro firmou o pressuposto: é proibido proibir a informação jornalística, como divulgação de notícia de interesse público, nos meios de Comunicação Social. Nestes termos, lei que regule a liberdade de informação jornalística, dispondo sobre qualquer forma de restrição, censura ou autorização do Estado para a publicação de veículo impresso de comunicação, por certo, será considerada pela Corte Superior, uma lei inconstitucional.

Assim sendo, também a decisão judicial que cerceie esta liberdade, constitucionalmente designada de plena, privando a sociedade do conhecimento de fatos de interesse público, é uma decisão que fere a Constituição, no quanto por ela erigido como premissa maior, que é o *princípio garantia do interesse público à informação*, contraposto à premissa menor que é o *princípio garantia do interesse individual à intimidade* e se constitui em uma ilegítima forma de censura, levada a efeito pelo Poder que tem a função fundamental de assegurar as garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. SILVA, Virgílio Afonso da. (Trad.). São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. *In* SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 273 a 299.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

AUER, Marieta. A interpretação em conformidade com o direito primário, p. 41 a 77. *In* MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BARRETO, Wanderlei de Paula. Parte Geral. Título I - Das Pessoas Naturais (arts. 1º a 39). *In* ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza (Coord.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Parte Geral, vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 37 a 298.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *In* _____ (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. Dignidade da Pessoa Humana e a Constituição Econômica de 1988. *In* VIEIRA, José Ribas (Org.). **20 anos da Constituição Cidadã de 1988: Efetivação ou Impasse Institucional?** Parte VII – Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 319 a 325.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 5ª reimpressão, 2004.

BOBBIO, Norberto.. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Polis, 1989.

BOLANO, Cesar R. S e CASTAÑEDA, Marcos V. A Economia Política da Internet e sua crise. In JAMBEIRO, Othon; BOLAÑO, César e BRITTOS, Valério (Orgs.). Comunicação, Informação e Cultura: dinâmicas globais e estruturas de poder (org.). Salvador: Edufba, 2004, p. 43:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Prof. Agostinho Alvim/coordenação Renan Lotufo).

CAMARGO, Margarida Lacombe. O STF e a Interpretação da Constituição de 1988, 20 anos depois de Promulgada,. In VIEIRA, José Ribas (Org.). **20 anos da Constituição Cidadã de 1988: Efetivação ou Impasse Institucional?** Parte I – Marcos Político-Jurídicos e Princípiosológicos da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1 a 16.

CAMBLER, Everaldo Augusto. Livro I – Das Pessoas. Introdução. In ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza (Coord.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Parte Geral, vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 1 a 35.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In SARLET, Ingo Wolfgang. (Org). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 225 a 245.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. SARLET, Ingo Wolfgang e PINTO, Paulo Mota (Trad.). 2ª reimpressão da edição de julho/2003. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, Joaquim Gomes— **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra, Almedina, 1998, p. 362.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa**. Lei do Tribunal Constitucional. 8. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes.. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang. (Org). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 341 a 359.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação de Tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Liberdade de Informação e o Direito difuso à informação verdadeira**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003,

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Por um Novo Direito da Comunicação Social**. In KLEVENHUSEN, Renata Braga (Coord.). **Direitos Fundamentais e Novos Direitos**. 2ª Série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 77 a 92.

CARVALHO, Orlando de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**, Coimbra, 1970, p. 36. In JOSÉ

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CESAR, Caio Júlio. **Bellum Ciuile**. A Guerra Civil. Introdução, tradução e notas Antonio da Silveira Mendonça. São Paulo: Estação Liberdade, 1999.

CHAVES, Rui Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005.

CODICE, Civile. **A Consultazione Guidata. Tascabili**. Napoli: Finanze & Lavoro, 2004.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS. Coimbra: Almedina, 2005.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. I. Parte Geral. Tomo I. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil. Português. I. Parte Geral**. Tomo IV. Coimbra, Almedina, 2005, p. 371.

Costituzione della Repubblica Italiana. In CODICE, Civile. **A Consultazione Guidata**. Tascabili. Napoli: Finanze & Lavoro, 2004.

COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. *In* SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 405 a 429.

CRETELLA Júnior, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. V. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

CRETELLA Júnior, José. **Comentários à Constituição de 1988**, V.1, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 419.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Balanço Crítico da Jurisdição Constitucional Brasileira: um contraponto entre os modelos difuso e concentrado. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. Vol. 1. Tese I. Salvador, 2009, p. 17 a 35.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente e Pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DANTAS, Miguel Calmon. Entre a Liberdade e as Liberdades: Contornos Constitucionais das Manifestações Públicas. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**, vol. 1. Tese III. Salvador, 2009, p. 41 a 74.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. *In* LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**. Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 118 a 136.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1. Teoria Geral do Direito Civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ENCICLOPÉDIA BARSA. Elaborada com a Assistência Editorial da Encyclopaedia Britannica. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda, 1983.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In* SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 13 a 62.

FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. *In* SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 89 a 106.

FACHIN, Luiz Edson. Ensaio sobre a Incidência dos Direitos Fundamentais na Construção do Direito Privado Brasileiro Contemporâneo a Partir do Direito Civil-Constitucional no Brasil. In KLEVENHUSEN, Renata Braga (Coord.). **Direitos Fundamentais e Novos Direitos**. 2ª Série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 67 a 76.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 3ª tir. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e comunicação. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2008.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Liberdade de Expressão e Comunicação**. Teoria e Proteção Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. **Liberdade de Expressão – Direito na Sociedade da Informação**: Mídia, Globalização e Regulação. São Paulo: Editora Pillares, 2005.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais**. Limites e Restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet**. Direitos Autorais na Era Digital. Rio de Janeiro: Record, 1997.

GARCIA, Enéas Costa. **Direito Geral da Personalidade no Sistema Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2007.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOES, Gisele Santos Fernandes. **Direito Processual Civil**. Processo de Conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: LFG – Rede de Ensino Luiz Flavio Gomes, 2006. (Série manuais para concursos e graduação; vol 9/coordenação geral Luiz Flávio Gomes).

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 489p.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Direitos de Personalidade**: Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina, 2008.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. (Org. – Trad.) Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBSBAWM, Eric. **O novo século**. Entrevista a Antonio Polito. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

HOGEMANN, Edna Raquel Rodrigues Santos. **Conflitos Bioéticos**. O caso da Clonagem Humana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

JAMBEIRO, Othon. O Brasil na Sociedade da Informação: Bases para um Esquema de Análise. In JAMBEIRO, Othon; BOLAÑO, César; BRITTOS, Valério Cruz (Org.) **Comunicação, Informação e Cultura**. Salvador: Edufba, 2004, p. 67 a 83.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 9. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**. Vol. I. Introdução da Constituição das Obrigações. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

LEITE, George Salomão. **Interpretação Constitucional e Tópica Jurídica**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

LÊNIN, Vladimir Ilitch. **O Desenvolvimento do Capitalismo na Rússia**. O Processo de Formação do Mercado Interno para a Grande Indústria. Tradução de José Paulo Netto e revisão de Paulo Bezerra, com base no original russo. São Paulo: Nova Cultura. Vol. 1, 1988 (Série os Economistas).

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEWICKI, Bruno. **A Privacidade da Pessoa Humana no Ambiente de Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LIMA, Antonio Mont'Alverne Barreto. O Supremo Tribunal Federal e o Delineamento da Jurisdição Constitucional. In VIEIRA, José Ribas (Org.). **20 anos da Constituição Cidadã de 1988: Efetivação ou Impasse Institucional?** Parte III – A Constituição Federal de 1988 e os Órgãos Constitucionais. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 69 a 77.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A informação como direito fundamental do consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2216>>. Acesso em: 22 dez. 2008.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de Expressão**. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. *Stvdia Ivridica* 65. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MACMILLAN, Margareth. **Paz em Paris em 1919**. A Conferência de Paris e seu Mister de Encerrar a Grande Guerra. Tradução Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

MALAFATTI, Alexandre David. **O Direito de Informação no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003.

MALFATTI, Alexandre David. **O direito de informação no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003, p. 72

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARTÍNEZ, Gregorio, **Curso de Derechos Fundamentales**, Teoría General, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. *In* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 63 a 87.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. 10ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas Iniciais à Leitura do Novo Código Civil. *In* ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza (Coord.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Parte Geral, vol. 1 (arts. 1º a 103). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. XIX a CXLVI.

MENDES, Gilmar Ferreira. Proteção judicial efetiva dos direitos fundamentais. *In* LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**. Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 372 a 400.

MENDES, Gilmar. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Atualizada e Aumentada de Acordo com o Código Civil de 2002, por BRITO, Edvaldo; BRITO, Reginalda Paranhos de, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MICHELMAN, Frank I. A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal. *In* LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**. Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 254 a 278.

MONCADA, Luis Cabral de. **Lições de Direito Civil**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat (Baron de). **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107 a 149.

MOTA PINTO, Paulo. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 145 a 163.

MOTA PINTO, Paulo. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 361 a 404.

MURITIBA, Sérgio. **Ação Executiva Lato Sensu e Ação Mandamental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Túlio Liebman; v. 58).

NEUNER, Jorg. A influência dos direitos fundamentais no direito privado alemão, p. 213 a 236. In **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Almedina: Coimbra (PT), 2007.

NEUNER, Jorg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 247 a 271.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. **Personalismo jurídico e os direitos da personalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2973>>. Acesso em: 23 nov. 2008.

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

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. **Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil**. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1995.

QUEIROZ, Danilo Duarte. Privacidade na Internet. *In* REINALDO FILHO, Demócrito (Coord.). **Direito da Informática: Temas polêmicos**. 1. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2002, p. 81 a 96.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O Onus da Prova no Processo Civil**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed São Paulo: Saraiva, 2005. 391p.

REBELO, Maria da Glória Carvalho. **A Responsabilidade Civil pela Informação Transmitida pela Televisão**. Lisboa: LEX, 1998.

REINALDO FILHO, Demócrito. A privacidade na “sociedade da informação”. *In* _____ (Coord.). **Direito da Informática: Temas polêmicos**. 1. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2002, p. 25 a 40.

RIBAS VIEIRA, José (coord.). **20 Anos da Constituição Cidadã de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2008

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 1. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: o caso Brasileiro. *In* MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 111 a 144.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Federal de 1988: Resistência à sua Eficácia e Efetividade. *In* VIEIRA, José Ribas (Org.). **20 anos da Constituição Cidadã de 1988: Efetivação ou Impasse Institucional? Parte VII – Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 291 a 318.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. *In* LEITE, George

Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**. Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 213 a 253.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCALISI, Antonino. **Il Valore della Persona nel Sistema e i Nuovi Diritti della Personalità**. Milano: Giuffrè Editore, 1990.

SILVA NETO, Amaro Moraes e. A erosão da privacidade. *In* REINALDO FILHO, Demócrito (Coord.). **Direito da Informática: Temas polêmicos**. 1. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2002, p. 63 a 79.

SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Maria da; SILVEIRA, Emerson Sena da. **Apresentação de Trabalhos Acadêmicos**. Normas e técnicas. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. De acordo com a reforma do Judiciário. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermenêuta. Um manifesto de Laurence Tribe e Michael Dorf em favor da proteção substantiva dos direitos fundamentais. *In* **Hermenêutica Constitucional**. TRIBE, Laurence e DORF, Michael. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SUEIDIN, Samir. **As ligações perigosas na publicidade e propaganda**: um estudo de caso. Imprensa, São Paulo: Saraiva 1980.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. A Constituição de 1988 e a Teoria dos Direitos Fundamentais. *In*

VIEIRA, José Ribas (Org.). **20 anos da Constituição Cidadã de 1988: Efetivação ou Impasse Institucional?** Parte VII – Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 271 a 290.

TOURINHO, Rita. O Combate ao Nepotismo e a Súmula Vinculante nº 13: Avanço ou Retrocesso? *In Teses da Faculdade Baiana de Direito*, vol. 1. Tese V. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2009, p. 87 a 103.

TRIBE, Laurence e DORF, Michael. On Reading the Constitution, 2005. *In BIRCHAL*, Amarilis de Souza (trad). **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

UBILLOS, Juan María Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *In SARLET*, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 301 a 340.

UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español, p. 165 a 212. *In MONTEIRO*, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 165 a 212.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WATANABE, Kazuo. Art. na coletânea Reforma do CPC, 16, p. 41, *apud* CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação da Tutela**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 54.

ZATTI, Paolo. **Corso di Diritto Civile**. Padova: CEDAM, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.