DAISY DE MELLO LOPES KOSMALSKI

DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO E PRIVACIDADE

MESTRADO EM DIREITO

UNIFIEO - CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO

OSASCO - SP

2006

DAISY DE MELLO LOPES KOSMALSKI

DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO E PRIVACIDADE

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Centro Universitário FIEO - UNIFIEO, para obtenção do título de mestre em Direito, tendo como área de concentração "Positivação e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos", dentro do Projeto "Colisão e Controle dos Direitos Fundamentais", inserido na linha de pesquisa "Efetivação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais", sob a orientação do Professor Doutor Sérgio Seiji Shimura.

UNIFIEO - CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO

OSASCO - SP

2006

Banca Examinadora

_____

_____

_____

Kosmalski, Daisy de Mello Lopes.
Direitos Fundamentais: Liberdade de Expressão e Comunicação e Privacidade. São Paulo, 2006.

Dissertação – UNIFIEO- Centro Universitário FIEO. Mestrado em Direito

1. Liberdade de Expressão e Comunicação 2. Privacidade (Direito) 3. Interesse Público 4. Dano moral.

UNIFIEO - Centro Universitário FIEO. Mestrado em Direito

AGRADECIMENTOS

A Eduardo, Daniela, Fernanda e Júnior pelo apoio incondicional e compreensão pelos momentos de ausência na dedicação à este trabalho.

Aos Professores do Curso de Mestrado em Direito do UNIFIEO – Centro Universitário FIEO e, em especial, aos Professores Sérgio Seiji Shimura pela orientação na elaboração desta dissertação e Antônio Cláudio da Costa Machado pelos ensinamentos ministrados.

A todos que, de alguma forma, me incentivaram para que este trabalho pudesse ser realizado.

RESUMO

O objetivo deste estudo é o de examinar o limite entre o direito de liberdade de expressão e comunicação (imprensa) e o direito à privacidade (intimidade, vida privada, honra e imagem), bem como o de procurar critérios mínimos básicos, a fim de eliminar a subjetividade no arbitramento das indenizações decorrentes da violação da privacidade na divulgação de informações pelos meios de comunicação social. Parte-se da digressão histórico-filosófica dos direitos fundamentais de liberdade de expressão e comunicação e da privacidade, no Estado Democrático de Direito. A partir daí, analisam-se os papéis da censura, do Poder Judiciário e do interesse público. Em seguida, constata-se que quando há colisão entre dois direitos fundamentais, o instrumento pacificador é o princípio da proporcionalidade. Em capítulo próprio, trata-se do dano moral decorrente da violação da privacidade em nome da liberdade de expressão e comunicação, surgindo a constatação, em análise jurisprudencial, de que nem sempre a valoração está em conformidade com o dano, buscando-se então alternativas para reduzir a subjetividade no arbitramento.

Palavras-Chave: 1. Liberdade de Expressão e Comunicação - 2. Privacidade (Direito) - 3. Interesse Público - 4. Dano moral

ABSTRACT

The purpose of the study is to examine the borderline between the right to freedom of expression and communication (press) and the right to privacy (intimacy, private life, honor and image), as well as to seek minimum basic criteria to eliminate subjectivity in the arbitrary awarding of compensations due to violation of privacy in disclosing information via social communication media. It starts with a historic-philosophical foray into fundamental rights to freedom of expression and communication and to privacy under democratic rule of law. This is followed by an analysis of the role played by censuring by the Judiciary Branch and in the public interest. The study then established that when these two fundamental rights collide, the pacifying instrument is the principle of proportionality. Under a specific chapter, pain and suffering due to violation of privacy in the name of freedom of expression and communication was addressed, and it was found, after examining case law, that not always was the compensation awarded consistent with the pain and suffering, prompting a quest for alternatives to reduce subjectivity in such arbitrary judgments.

Keywords: 1. Freedom of Expression and Communication - 2. Privacy (right) - 3. Public Interest - 4. Pain and suffering

SUMÁRIO

DIREITOS FUNDAMENTAIS:
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO E PRIVACIDADE

INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

CAPÍTULO 1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. Estado Democrático de Direito

1.1.1. Revolução Inglesa

1.1.2. Revolução Americana

1.1.3. Revolução Francesa

1.1.4. Estado de Direito

1.1.5. Princípio da constitucionalidade

1.1.6. Digressões histórico-filosóficas: o poder político, a ordem jurídica e a pessoa humana

1.2. Direitos Fundamentais

1.2.1. Contextualização e fundamentação

1.2.2. Dignidade da pessoa humana: núcleo dos direitos fundamentais

1.2.3. Definição: dificuldade semântica

1.2.4. Direito fundamental à liberdade

CAPÍTULO 2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO E DIREITO DA COMUNICAÇÃO

2.1. Liberdade de Expressão e Comunicação

2.1.1. Breves considerações

2.1.2. Liberdade de manifestação de pensamento nas Constituições brasileiras

2.1.3. Liberdade de expressão e comunicação: Constituição Federal de 1988 e legislação infraconstitucional

2.1.4. Imprensa: primeiro veículo de comunicação

2.1.5. Aspectos históricos e como a questão é tratada em outros países
2.1.6. Liberdade de pensamento e de manifestação de pensamento
2.1.6.1. Distinção
2.1.6.2. Importância
2.1.7. Liberdade de expressão e liberdade de comunicação: importância da distinção
2.1.7.1. Âmbito de proteção e elementos: objetivos e subjetivos
2.2. Direito da Comunicação / Direito à Informação
2.2.1. Direito da comunicação, à informação ou da informação
2.2.1.1. Direito de informar
2.2.1.2. Direito de se informar
2.2.1.3. Direito de ser informado
2.2.2. Comunicação social na Constituição de 1988
2.2.2.1. Princípios constitucionais
2.2.2.1.1. Princípio da vedação do anonimato
2.2.2.1.2. Princípio do sigilo da fonte
2.2.2.1.3. Princípio das cláusulas pétreas
2.2.2.1.4. Princípios atinentes à programação das emissoras de rádio e televisão
2.2.2.1.5. Princípio da incensurabilidade
2.2.2.1.5.1. Estado de sítio
2.2.3. Direito à informação verdadeira e sua tutela
2.2.4. Informação como bem de consumo
2.2.4.1. Jurisprudência
2.2.5. Informação como bem jurídico
2.2.6. Informação como serviço de utilidade pública

CAPÍTULO 3. CENSURA: UM CAPÍTULO A PARTE
3.1. Censura como imposição de limites à liberdade da comunicação
3.2. Brasil: informação (imprensa) x censura
3.2.1. Período da ditadura militar (1964-1984)
3.2.1.1. abertura dos arquivos e a segurança nacional
3.3. Poder Judiciário e liberdade de expressão e comunicação: censura ou controle jurisdicional da legalidade

3.3.1. Sigilo na divulgação de notícias: inquéritos policiais e seqüestros
3.4. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e a liberdade de expressão e comunicação

CAPÍTULO 4. DIREITOS DA PERSONALIDADE: PRIVACIDADE (intimidade, vida privada, honra e imagem)
4.1. Breves considerações
4.2. Direito à privacidade: intimidade, vida privada, honra e imagem
4.3. Direito à intimidade (intimidade e vida privada)
4.3.1. Intimidade e vida privada: distinção
4.3.2. Alcance
4.4. Direito à honra
4.4.1. Honra subjetiva e honra objetiva
4.4.2. Alcance
4.5. Direito à imagem
4.5.1. Imagem-retrato e imagem-atributo
4.5.2. Alcance
4.5.2.1. Divulgação de imagem de suspeito pela prática de crime

CAPÍTULO 5. INTERESSE PÚBLICO E OPINIÃO PÚBLICA
5.1. Interesse público e interesse do público
5.2. Opinião Pública

CAPÍTULO 6. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO E PRIVACIDADE
6.1. Colisão entre direitos fundamentais
6.2. Liberdade de expressão e comunicação e direito à privacidade: colisão
6.3. Princípio da Proporcionalidade: solução

CAPÍTULO 7. DANO MORAL
7.1. Limite entre a liberdade de expressão e comunicação e a privacidade
7.2. Origens da reparação por dano moral
7.3. Dano moral no direito brasileiro
7.4. Dano moral: conceito e classificação

7.5. Dano material: conceito e classificação
7.6. Dano moral e material: da quantificação do dano
7.6.1. Arbitramento do dano moral: elementos
7.6.1.1. Fixação do valor: estágios e sistemas
7.6.1.2. Limites legais e o livre arbítrio pelo juiz
7.7. Alternativas para reduzir a subjetividade no arbitramento do dano moral
7.7.1. Projetos de Lei: fixação de valores e critérios
7.8. Indenização por dano moral na Lei de Imprensa e na Constituição Federal de 1988
7.9. Questões processuais
7.9.1. Pedido certo e determinado
7.9.2. Valor atribuído à causa
7.9.3. Liquidação da sentença

CONCLUSÕES

BIBLIOGRAFIA

DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO E PRIVACIDADE

INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

O presente estudo tem por finalidade examinar a liberdade reconhecida pelos ordenamentos jurídicos democráticos dos cidadãos, para manifestarem seus pensamentos, ou para divulgarem fatos, acontecimentos, notícias, que sejam de interesse público.

As liberdades de expressar o pensamento e poder comunicá-lo estão consagradas em textos constitucionais, com vedação ao anonimato e proibição da censura, sendo uma das marcas da democracia. São verdadeiras matérias-primas na formação da consciência individual, política e social das pessoas.

Esses direitos foram sendo conquistados ao longo do tempo, desde as históricas Declarações de Direitos do Homem e posteriormente positivados em Constituições. Na brasileira, estão garantidos no art. 5º, em vários de seus incisos.

No que tange à dimensão filosófica dos direitos fundamentais, as raízes e alicerces estão nas teses dos jusnaturalistas e dos positivistas. Entende-se que são frutos de consenso sobre valores, baseados em necessidades sociais e historicamente compartilhadas. Portanto, não são absolutos, nem imutáveis, evoluindo e variando conforme tais necessidades.

O termo liberdade de expressão e comunicação garante a auto-realização da dignidade da pessoa humana, pois, enquanto liberdade de expressão, ampara a livre manifestação de pensamento,

idéias e opiniões, por meio da palavra oral ou escrita, da imagem ou de qualquer outro meio de comunicação. E, enquanto liberdade de comunicação, garante o direito de comunicar e receber informação verdadeira, sem discriminações ou impedimentos, assegurando o pluralismo de informações para a formação da opinião pública.

Comunicação social é a liberdade de expressão e comunicação através dos meios de comunicação de massa: jornal, revista, televisão, rádio, internet etc., que deve obedecer aos princípios constitucionais: vedação do anonimato, sigilo da fonte, cláusulas pétreas, valores éticos e sociais da família, bem como dignidade e respeito à criança e ao adolescente.

Liberdade de imprensa é uma derivação de liberdade de palavra e de pensamento e manifestação do pensamento, surgidos no liberalismo político. A imprensa foi o primeiro veículo a divulgar atos, fatos, acontecimentos e notícias. Liberdade de informação é um conceito mais amplo, mais atual, englobando os demais meios de comunicação, atualmente existentes. Essa liberdade exerce importante função social.

Os poderes Legislativo e Judiciário estabelecem restrições à liberdade de expressão e comunicação, quando necessárias à proteção de direitos fundamentais, ou para resguardar outros valores constitucionais.

As democracias constitucionais contemporâneas se esforçam para manter o equilíbrio entre o direito à liberdade de expressão e comunicação, e o direito à vida privada, intimidade, honra e imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelos abusos cometidos no exercício da liberdade de expressão e comunicação.

Para efeito do presente estudo, esclarece-se que: **(a)** a expressão "liberdade de imprensa", quando utilizada, abrange todos os meios de comunicação existentes atualmente; **(b)** sob a denominação de direito à privacidade, estão englobados os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem; **(c)** a pesquisa doutrinária e jurisprudencial ficará restrita à brasileira, eventualmente, poderá ser citada a alienígena, como comparativo, se relevante para a colocação; e **(d)** o estudo e a análise abrangerão somente a pessoa física.

A importância em se estudar esse tema, é aprofundar a análise para melhor entender os contornos dos direitos aqui envolvidos, que permanecem na *"zona cinzenta do direito, em uma zona limítrofe entre liberdade e razão"*.

O objetivo desse estudo é refletir melhor sobre as matérias divulgadas pelos meios de comunicação, que geram indenizações por danos morais. E a divergência de valores, arbitrados pelos magistrados, para situações não idênticas, mas com aspectos em comum, em face de não se ter critérios objetivos, fixados em lei, que sirvam de suporte básico mínimo para quantificação destes, haja vista não terem sido recepcionados os critérios da Lei de Imprensa (5.250/67) pela atual Constituição. Tem-se, de um lado, a Constituição, que não permite qualquer 'tarifação', a jurisprudência e a doutrina adotando o sistema aberto para quantificação do dano, deixando para o magistrado, conforme seu 'livre convencimento', quantificá-lo; e do outro, as discrepâncias constatadas, decorrentes do subjetivismo próprio do ser humano. Verificar, após análise das decisões, se é possível fixar critérios básicos mínimos, que possam nortear as decisões, sem que estas estejam em dissonância com a Constituição. Assim, deixar-se-á ao magistrado a função de adequar o valor do dano moral, a cada caso concreto, aumentando-o ou diminuindo-o, em face de condições agravantes ou atenuantes a ele pertinentes. Ciente se está

de que não há fórmula mágica e segura que sirva para todas as hipóteses, pois a multiplicidade de situações não comporta uma solução "pronta".

As questões que se pretende responder durante o estudo são: **(1)** Pode-se definir um limite entre a liberdade de expressão e comunicação e a privacidade? **(2)** Qual o papel do Poder Judiciário? Ele exerce censura ou controle jurisdicional? **(3)** O que é interesse público? **(4)** Precisa-se realmente de uma legislação específica para regular a liberdade de expressão e comunicação e a privacidade das pessoas? **(5)** É necessário um ramo específico do direito para o direito da comunicação? **(6)** A valoração das indenizações é proporcional ao dano causado? **(7)** Existem alternativas para reduzir a subjetividade no arbitramento do dano moral?

O trabalho consistirá em: **(1)** levantamento histórico-filosófico e doutrinário dos direitos fundamentais, mais especificamente o da liberdade de expressão e comunicação e os da personalidade, bem como a tutela desses direitos; **(2)** análise da jurisprudência envolvendo os direitos fundamentais objeto do estudo e a fixação de valores nas indenizações de danos morais; **(3)** análise de algumas questões processuais: pedido certo ou genérico, valor da causa, liquidação da sentença; e **(4)** análise do papel dos tribunais superiores.

Utilização do método dedutivo, com assessoria do histórico, social, antropológico, filosófico, estatístico e comparativo.

Espera-se, ao final, poder contribuir de alguma forma, para que, aqueles que militam nessa seara, consigam operar em bases menos etéreas.

CAPITULO 1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado, tal qual se conhece atualmente, contemplando os direitos positivados em Constituições, pelo menos no ocidente, não "nasceu pronto". O caminhar foi longo e por não ser finito em si, mas contínuo, ainda hoje se pode afirmar, com segurança, que continua em evolução.

É importante contextualizar a evolução do ente político Estado. Do direito natural, passando pelos Estados absolutistas, totalitaristas, monarquias etc., até chegar-se ao Estado de Direito e posteriormente ao Estado Democrático de Direito. Não deixando de mencionar a importância das Declarações dos Direitos do Homem, nesse caminhar histórico evolucionista da humanidade. Enfim, buscar as raízes do movimento constitucional moderno.

Pessoas são um componente importante no Estado, e são elas que fazem as revoluções; através delas nascem as transformações etc. Para pensar em direitos da pessoa humana, deve-se remeter os pensamentos aos primórdios da humanidade. É pensar no ser humano coabitando o mesmo espaço com outro ser humano, inserido numa sociedade, na forma mais rudimentar que se possa imaginar. E, desde que duas pessoas passaram a conviver no mesmo espaço, mesmo que sem grandes abusos de atitudes, de uma parte ou de outra, necessário se fez estabelecer algumas normas, baseadas em regras naturais, morais etc., regras estas, também primitivas, se considerarmos o mundo tal qual se conhece hoje.

Acompanhando a evolução, surge uma terceira pessoa para conviver nesse mesmo espaço. Pode-se dizer, que aí surgiu o primórdio do que hoje se tem como idéia de processo, no sentido de

que, em existindo um conflito entre *'A'* e *'B'*, um terceiro *'neutro'*, mesmo que não imparcial, poderia resolver o problema, dentro do seu convencimento.

Sem entrar no mérito se o direito deve ser inserido na sociedade ou a sociedade inserida no direito, há que se refletir sobre os aspectos históricos, filosóficos, sociais e políticos desse caminhar evolucionista. Nenhum desses aspectos pode ser tratado individual e separadamente, pois nenhum deles tem conotação individual; todos estiveram e estão interligados dentro do contexto da realidade social do momento em que ocorreram.

Norberto Bobbio analisou de forma coerente e profunda, em sua obra *"A Era dos Direitos"*, a abordagem dos direitos do homem, entendendo que se trata de um fenômeno social.

1.1. Estado Democrático de Direito

O nascimento da política remonta à origem do homem. A marca da política está presente em todas as figuras do mundo atual podendo-se afirmar que o apoliticismo se configura impossível.[1]

Muito se tem falado em Estado Democrático de Direito. Qual sua relação com a evolução das instituições políticas ocidentais?

As raízes do movimento constitucional moderno podem ser buscadas na Magna Carta de João Sem Terra, de 1215, ou na Bula Áurea de André II da Hungria, de 1225.[2] Mas, haveria visão de conjunto nesses textos? Ou seriam os direitos ali constantes, privilégios dos

---

[1] Simone Goyard-Fabre, *Os Princípios filosóficos do direito político modernos*, p.1.

[2] Paulo Ferreira da Cunha, *Teoria da Constituição.*Tomo I: *Mitos, Memórias, Conceitos*, p. 104.

soberanos em relação aos seus súditos? Para Marcelo Rebelo de Souza[3], trata-se de "documentos reguladores de facetas fracionadas da organização e exercício do poder político". O que não ocorre com os textos das Revoluções Francesa e Americana, nos quais os direitos aparecem como verdadeiras criações da razão ou da natureza. Porém, não se pode deixar de realçar a importância dos primeiros textos, especialmente a Magna Carta.

1.1.1. Revolução Inglesa

No campo jurídico e constitucional, a Inglaterra assumiu a vanguarda exercendo grande influência na história universal, citando-se, como exemplo dessa evolução jurídica, a primeira declaração de direitos, a Magna Carta, que foi outorgada pelo Rei João Sem Terra em *Runnymede*, perto de *Windsor*, em 21 de junho de 1215. Embora só a tenha assinado em face da coação do clero e dos barões, ela tornou-se desde então a base e fundamento das liberdades inglesas. É um dos primeiros documentos que consolidaram uma restrição ao poder do soberano perante seus súditos.

Entre outros dispositivos, continha o princípio do *habeas corpus,* a proibição de criar impostos sem votação, a inviolabilidade dos bens particulares e a criação de um conselho comum para assessorar o governo. Historicamente, o capítulo 39 desse documento foi o primeiro passo dado para o devido processo legal. No capítulo 39 da Magna Carta a expressão *per legem terrae* era equivalente ao devido processo legal (*due process of law*).[4]

---

[3] Marcelo R. Souza, *Direito Constitucional*, p. 17, *apud* Paulo Ferreira da Cunha, op.cit., p. 105.

[4] Carta Magna de 1215. Cap. 39. Nenhum homem livre será detido, ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.

Os direitos pertinentes aos barões ingleses apenas poderiam ser restringidos mediante a observação da lei do país, ou seja, da lei da terra. Através dela, o rei concedia liberdade à Igreja da Inglaterra. A Magna Carta foi conquistada pelos barões ingleses, auxiliados pelo arcebispo de *Canterburry* junto ao Rei João Sem Terra. Garantia os direitos individuais dos nobres detentores de fortuna e propriedades. Esse documento foi escrito em latim, para que somente os cultos e barões, e não o povo, tomassem conhecimento do conteúdo. Nota-se, que não houve a preocupação com os direitos das pessoas, como um todo, mas sim com os direitos dos barões e intelectuais ingleses.

Em 07 de junho de 1628, a Petição dos Direitos (*Petition of Right)* trouxe a proteção aos direitos pessoais e patrimoniais, apresentada a Carlos I pelos parlamentares ingleses. Nela firmava-se a soberania do parlamento em matéria de impostos; as garantias das liberdades individuais estavam definidas, bem como a proibição de o rei fazer empréstimos forçados.

Apesar de consagrado pela Magna Carta (1215) e pela Petição dos Direitos (1628), o *habeas corpus* vinha sendo desrespeitado, com os mais variados pretextos de juízes e autoridades. A situação foi regularizada pelo *Habeas Corpus Amendment Act,* de 1679, considerado uma '*segunda Magna Carta'*. Esse ato só se aplicava a prisões ilegais em matéria criminal. Proibiu a detenção das pessoas na falta de uma ordem judicial. E, em 1688, após ser deposto o rei James II, o parlamento inglês votava a Declaração de Direitos, que Guilherme III teve de assinar *(Bill of Rights)*, que confirmou vários direitos, que já estavam preconizados em textos legais anteriores, fixando as liberdades e garantias que o povo reclamava desde séculos. Ficou conhecida como Revolução Gloriosa, de 1689.

Em 1816 foi votado um outro *Habeas Corpus Act*, estendendo este remédio às pessoas detidas por outras acusações. Esses documentos procuravam assegurar os direitos aos súditos perante a monarquia.

Tal dispositivo influenciou na elaboração de cartas coloniais e Declarações de Direitos de Estados norte-americanos, que precederam a Constituição da União de 1787, como a Declaração de Direitos do bom povo de Virgínia (*Declarations of Rights made by the good people of Virginia)*, as Declarações de Delaware, Maryland e outras.

O *jusnaturalismo* gerou na Inglaterra o sistema do *common law* (direito costumeiro reconhecido em decisões judiciais), pois não havia a preocupação em colocar no papel as regras gerais. O juiz decidia cada caso concreto com base nos costumes. O juiz dizia o que era justo (*jusnaturalismo* prático).[5] Tratava-se e trata-se, de um sistema jurídico diferente do *civil law* romano.

1.1.2. Revolução Americana

A luta contra o absolutismo na América do Norte culminou com a sua independência, cuja decorrência deveu-se a dois fatores: **a)** descontentamento dos colonos norte-americanos, que não aceitavam a política de intervenção da metrópole; e **b)** influência dos protestantes expulsos ou fugidos da Inglaterra. Em seqüência, as antigas colônias, e mais tarde os Estados Unidos, procuraram garantir a supremacia da vontade do povo.

[5] Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 40.

A revolução americana foi essencialmente, no mesmo espírito da Revolução Gloriosa Inglesa *(Glorius Revolution)*, uma restauração das antigas franquias e dos tradicionais direitos da cidadania, diante dos abusos e usurpações do poder monárquico.[6]

Importante, nessa época, foi a Declaração de Direitos da Virgínia (1688), o *Bill of Rights, do* direito anglo-americano. A primeira Declaração de Direitos, em forma moderna, foi redigida por George Mason, em 12 de junho de 1776, especificando os direitos do homem e do cidadão.

Também a Declaração de Independência de 04 de julho, daquele mesmo ano, que em suas frases iniciais, proclamava:

> *"Consideramos verdades evidentes para si mesmas que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a Vida, a Liberdade e a procura da Felicidade, que para proteger tais direitos são instituídos os governos entre os homens, emanando seus justos poderes dos consentimentos dos governados, que sempre que uma forma de governo se torna destrutiva, é Direito do Povo alterá-la ou abolí-la e instituir um novo governo, fundamentado em princípios e organizando seus poderes da forma que lhe parecer mais capaz de proporcionar segurança e Felicidade".*

Nos Estados Unidos o Congresso adotava, por unanimidade, em 04 de julho de 1776, uma Declaração de Direitos que preceituava a independência das treze colônias inglesas na América do Norte:

> *"As colônias Unidas são e têm direito de serem Estados livres e independentes".*

As declarações americanas influenciaram os movimentos franceses.[7]

---

[6] Fabio Konder Comparato, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 49.

[7] Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos humanos fundamentais,* p. 20.

1.1.3. Revolução Francesa

A Revolução Francesa também foi um marco muito significativo, quando se analisam as idéias democráticas ou os ideais democráticos. Também os líderes franceses se insurgiram contra os governos absolutos e proclamaram, em 1789, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (o documento mais conhecido da Revolução Francesa), através do qual estabeleceu-se que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos e deveres, sem qualquer limitação que não esteja em conformidade com a lei, que representa a vontade geral. Os princípios formalizados nessa Declaração, a maior conquista do liberalismo, exerceram grande influência nos outros Estados europeus e significaram o início do desenvolvimento em matéria de direitos e liberdades do homem.

As preocupações mais importantes dessa época da história da humanidade, do ponto de vista filosófico e jurídico, consistiram no estabelecimento dos direitos de propriedade, liberdade e igualdade como direitos naturais da pessoa humana e na supressão definitiva das limitações ao exercício da liberdade. Os símbolos maiores da Revolução Francesa foram a igualdade, a fraternidade e a liberdade.

As doutrinas e concepções filosóficas que serviram de base foram as de Voltaire (1694-1776), Montesquieu (1689-1755) e Rousseau (1712-1778). A inspiração nas declarações de direitos refletiu nas reivindicações e lutas para conquistar os direitos nelas consubstanciados. Porém, apesar de darem sustentação aos movimentos liberais, não garantiram à maioria das pessoas o bem-estar social pretendido, pois o povo foi usado pela classe econômica, que ambicionava o poder. Considerando, também, que a consagração da liberdade como valor supremo, razão principal de tais movimentos, gerava conseqüentemente desigualdade. A liberdade, aqui entendida

como a não intervenção do Estado na vida dos indivíduos. Porém, nem todos tinham posses e, mesmo com liberdade, foram explorados pelos detentores do capital. Era o confronto entre os detentores do capital e os detentores do trabalho, exploração do homem pelo homem. Deduz-se que a liberdade era formal. Embora possa-se pensar que o homem medievo não se beneficiou dos direitos fundamentais, o que de fato ocorreu foi a fruição dos direitos estamentais. As diferenças entre os homens advinham do nascimento. A hereditariedade determinava o patrimônio jurídico de cada um.

Os burgueses ameaçados por essa força de trabalho, insatisfeitos e sem nada a perder, pois já eram excluídos da sociedade, resolveram repensar a função do Estado, visto seu império estar sob ameaça de desmoronamento. O Estado começa a intervir nas relações econômicas nascendo, assim, o Estado intervencionista com a obrigação de tentar minimizar as tensões e desigualdades sociais e promover o bem-estar da coletividade.

1.1.4. Estado de Direito

A grande conquista foi a submissão do Estado à lei. A fonte do direito que era a vontade do rei foi substituída pela força da lei, como resultado da vontade geral, passando a responsabilidade a ser do Poder Legislativo e não mais do Poder Executivo.

Decorrência deste fato está refletida no conteúdo dos arts. 5º e 7º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França, respectivamente:

> *Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo o que não é vetado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser forçado a fazer o que ela não ordena.*

> *Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias serão castigados; porém, todo cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.*

O surgimento do Estado de Direito tem relação com o movimento constitucionalista e o liberalismo, pois a garantia dos direitos fundamentais do homem tinha como fim assegurar o exercício de sua liberdade. O valor fundamental defendido pelo liberalismo era, sem dúvida, a liberdade do indivíduo.

A expressão *'Estado de Direito'* é genuína construção do idioma germânico, com a justaposição das palavras *Recht* (Direito) e *Staat* (Estado), formando a palavra *Rechtsstaat*. Surgiu em oposição à idéia do que se poderia traduzir por Estado de Polícia *(Obrigkeitsstaat)*, o equivalente à administração estatal interna, ou o Estado-providência, cuja característica geral era o predomínio da idéia de soberania centrada no monarca. Essa teoria foi criada e desenvolvida pelos juristas alemães sobre o Estado, na primeira metade do século XIX.

Conforme a doutrina examinada, sem preciosismos quanto à tradução, verifica-se que a expressão alemã *Rechtsstaat* é traduzida com freqüência para o português, francês, espanhol, italiano e inglês, sem, porém, a rigorosa correspondência ao original, como: Estado de Direito, *État de Droit*, *Estado de Derecho*, *Stato di Diritto* e *Law State*. De modo geral, os estudiosos do tema afirmam que a teoria do Estado de Direito despontou como formulação científica, objeto de discussão geral e de referência na Alemanha, dentro da ciência política e da teoria do Estado, a partir de Robert Von Mohl, quando este se valeu da expressão "*Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des*

Rechtsstaates" (título traduzido como "A ciência policial segundo os princípios do Estado de Direito"), publicada entre 1832 e 1834.[8]

A doutrina alemã idealizou o *Estado de Direito* como o *Estado da razão* ou o *Estado do entendimento*, ou seja, aquele no qual governava-se, segundo a vontade racional geral, com o objetivo de alcançar o melhor para todos os indivíduos. Doutrinadores alemães passaram a conceber o Estado como realizador dos princípios da razão.

O conceito de Estado de Direito, na Alemanha, despontou prefigurado na teoria do Estado do direito racional, sob certa influência de Kant, quando este considerou o Estado como união de homens debaixo de leis, consideradas estas leis os princípios da razão. Esse também é o entendimento de Canotilho.[9]

Sobre o Estado de direito kantiano como o Estado da Razão, regendo-se pela vontade racional geral, na persecução do bem comum, Mário Lúcio Quintão Soares[10] elabora a seguinte explicação: "O Estado da Razão, assente na premissa de que a razão fundamenta a legislação positiva, deve respeitar a liberdade ética do homem tomado individualmente e reconhecer uma vinculação jurídica para seus próprios atos, visando a coincidir sua finalidade com os fins múltiplos dos indivíduos. Este Estado passa, então, a atuar de forma que cada indivíduo possa alcançar livremente os seus objetivos, numa situação de liberdade externa garantida".

---

[8] Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, *Apontamentos sobre o Estado Democrático de Direito*. Disponível em: http://www.iamg.org.br/site/revista/14.htm. Acesso 21.04.05, às 10.24 h.

[9] Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição,* p. 272.

[10] Mário Lúcio Quintão Soares, *Direitos fundamentais e direito comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 79, *apud* Ronaldo B. Carvalho Dias, acesso citado.

Na primeira metade do século XIX, os principais pontos sobre a teoria do Estado de Direito eram: **a)** o Estado não era criação divina, mas sim uma comunidade a serviço do interesse comum de todos os indivíduos; **b)** o Estado deve preservar a liberdade e segurança das pessoas e da propriedade privada, isto é, as atividades do Estado devem voltar-se à garantia da liberdade individual das pessoas; **c)** a organização do Estado e regulamentação de suas atividades envolvendo o reconhecimento de direitos básicos da cidadania (proteção da liberdade pessoal, da fé e da consciência individuais, da liberdade de imprensa, da livre movimentação das pessoas e da liberdade de contratação e de aquisição, a igualdade jurídica e a garantia do direito de propriedade), e a independência dos juízes, visando a obter segurança na função jurisdicional, ao predomínio da lei e à representação do povo junto à atividade legislativa do Estado; e **d)** o Estado deve obedecer ao princípio da divisão dos poderes conforme doutrina criada por Montesquieu (1689-1755).

Em decorrência dos elementos do Estado de Direito, no século XX, cujo conceito era tipicamente liberal, passou-se a falar em Estado Liberal de Direito, que se assentava nas seguintes bases: **a)** submissão ao império da lei, esta compreendida como expressão da vontade geral, ato formalmente emanado da função legislativa, exercida com a participação indispensável de representantes do povo; **b)** divisão dos poderes do Estado, entendida esta divisão, todavia, como separação das funções do Estado (legislativa, governamental e jurisdicional); **c)** legalidade da administração pública, isto significando atuação do Estado segundo a lei e sob eficiente controle jurisdicional; e **d)** enunciados dos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos, reconhecidos sob garantia jurídico-formal e efetiva realização material.[11]

---

[11] José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 112, nota de rodapé 33, citando Elias Dias, Estado de *Derecho y sociedad democrática*, pp.29 e ss.

Simone Goyard-Fabre[12] sintetizou o pensamento dessa época, ao dizer que, "em outros termos, o princípio básico do Estado de Direito é a inalienabilidade dos direitos fundamentais reconhecidos ao homem".

Hans Kelsen[13] (1881-1973), em "Teoria Pura do Direito", sustentava que Estado e direito eram inseparáveis e que Estado e ordem jurídica seriam expressões sinônimas. E, que Estado de Direito era o Estado que satisfizesse os requisitos de democracia e segurança jurídica. As normas gerais deveriam ser oriundas de um parlamento eleito pelo povo, os membros do governo deveriam ser responsabilizados pelos seus atos, os tribunais gozariam de independência e deveriam existir liberdades fundamentais garantidas aos cidadãos.

Para Karl Larenz[14], a idéia de Estado de Direito alcança a categoria de princípio, subdividido em uma série de subprincípios: os da legalidade da administração pública, da vinculação do legislador a direitos fundamentais do povo, da independência dos juízes, do pleno acesso à jurisdição, da proibição de intromissões arbitrárias no *status* jurídico do indivíduo e da proibição da retroatividade das leis desvantajosas. Esclarece Larenz: "estes subprincípios (e as normas que porventura deles se venham a derivar ulteriormente) não são predicados enunciativos, mediante cuja adição ao princípio do Estado de Direito este fosse, de certo modo, dividido em espécies e subespécies. O princípio do Estado de Direito é antes a idéia diretiva que serve de base a todos estes subprincípios e lhes indica a direção, não podendo explicar-se esta idéia diretiva de outro modo senão aduzindo os seus

---

[12] Simone Goyard-Fabre, op.cit., p. 329.

[13] Hans Kelsen *apud* Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 407.

[14] Karl Larenz, Derecho justo - fundamentos da ética jurídica, p.152 e ss.

subprincípios e princípios jurídicos gerais concretizadores na sua conjugação plena de sentido, devida justamente à idéia de Estado de Direito".

Houve também outras concepções, consideradas deformadoras do conceito de Estado de Direito, pois seu significado depende da idéia que se tem de Direito. Para Carl Schmitt (1888-1985), a expressão Estado de Direito pode ter tantos significados quantos a palavra Direito e designar tantas organizações quanto as que se aplica à palavra Estado. Assim, acrescenta, há um Estado de Direito feudal, outro estamental, outro burguês, outro nacional, outro social etc.[15]

O princípio universalmente aceito de Estado de Direito, "no sentido de que não é mais contestado por ninguém, tanto que quando não se o reconhece, invoca-se o estado de necessidade ou de exceção", é o de que o Estado tem como princípio inspirador a subordinação de todo poder ao direito, através de um processo de legalização de toda ação de governo, denominado constitucionalismo.[16]

Pelo exposto, é importante deixar registrado que o liberalismo político e econômico surgido no final do século XVIII tem como raízes as idéias de direitos naturais, influenciado pelo movimento Iluminista, que tinha na razão e na natureza suas duas vigas mestras. Assim, o homem possuía direitos inatos, tais como vida, liberdade e propriedade, bem como haveria modos racionais de garanti-los.

Para toda filosofia política da democracia liberal ou clássica, a liberdade é um direito irredutível do ser humano.

---

[15] José Afonso da Silva, op. cit., p. 113.

[16] Norberto Bobbio, *Ensaios escolhidos*, p. 156, *apud* Rizzatto Nunes, *Manual de Filosofia do Direito*, p. 133.

Quanto à democracia (*demokratia: demos* - povo e *kratos* – autoridade), pode-se dizer que ela não é por si só valor-fim, mas meio e instrumento para a realização dos valores essenciais para a convivência humana, que basicamente são os direitos fundamentais. Não é mero conceito político abstrato e estático, mas um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais, que o povo vai conquistando ao longo da história.[17]

A Democracia entendida como realização de valores: igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana; para a convivência humana, conceitualmente é mais abrangente que o Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal.[18] Mais do que uma forma de governo é um princípio consagrado nos ordenamentos jurídicos constitucionais modernos, como fonte de legitimação do exercício do poder, oriundo do povo, daí o Estado declarar que todo poder emana do povo (*Constituição Brasileira de 1988, art. 1º, parágrafo único*).

Conforme Jorge Miranda[19], o povo na dinâmica estatal, deve ser qualificado como o substrato humano do Estado, isto significando que: 1) o povo é a razão de ser do Estado, que o modela em concreto; 2) o Estado é resultante da obra de uma coletividade, que há de se tornar o povo; 3) o poder político se define primordialmente como poder em relação a um povo; 4) historicamente o poder emerge sempre do povo; 5) o poder político, nos sistemas democráticos, é sempre exercido, direta ou indiretamente, em nome do povo, por isto mesmo, conformado pelo modo de ser, de agir e de obedecer do povo e

---

[17] José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 126.

[18] Ibid., p. 112.

[19] Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, Tomo III, p. 47.

das pessoas que o compõem; e 6) que o território corresponde à área de fixação do povo.

1.1.5. Princípio da constitucionalidade

O contrato social de Jean Jacques Rousseau[20] (1712-1776) em 1762, trazia os princípios do direito político. Para ele, o difícil era sincronizar o naturalismo e o racionalismo, e por isso atribuiu à lei a tarefa de fixar os direitos, não de criá-los, pois ele ignorava o positivismo jurídico.

Immanuel Kant[21] (1724-1804), em 1796, instalou, no âmbito da filosofia do direito, a reflexão política, cuja conseqüência mais flagrante quanto às mutações semânticas, no século XVIII, da evolução do racionalismo, é o conceito de constituição, pelo direito político.

Não foram os filósofos, nem os jurisconsultos do século XVIII que inventaram a idéia de Constituição. Mas, modificaram profundamente a conotação do termo *Politéia* empregado anteriormente por Péricles (499-429 a.C.), Platão (429-347 a.C.) e Aristóteles (382-322 a.C.), que não significava Constituição, mas tinha, *lato sensu,* similaridade, pelo fato de o resultado do debate, nela ocorrido, ser tido como regra a ser obedecida. Na filosofia política antiga, quaisquer divergências entre platonismo e aristotelismo, ou quaisquer outros assuntos, eram debatidos em assembléias públicas (*Politéia),* que aconteciam nas cidades gregas, as quais determinavam a articulação entre o fim visado pela política e os meios a serem empregados para realizá-la, na busca pela justiça. Essas assembléias comandavam o

[20] Os Pensadores, *A História da Filosofia*, p. 280-288.

[21] Os Pensadores, *Kant*, p. 243-244.

modo de organização do Poder, devendo, conforme Aristóteles, comportar três partes: a parte deliberativa (relativa a interesses comuns), a parte relacionada com a magistratura e administrações e a parte encarregada de aplicar a justiça.[22]

Atualmente, a Constituição tem duas idéias mestras e complementares: define o estatuto orgânico do Estado e é o aparelho jurídico do Poder, base de toda a legislação, esquema da hierarquia das normas. Quanto à parte normativa, as influências foram de Hans Kelsen (1881-1973) e de Carl Schmitt (1888-1985). Quanto à hierarquia das normas, denominada como tal por Kelsen na primeira metade do século XX, vincula ao princípio da constitucionalidade, delineado por Sieyès (Emmanuel Joseph Sieyès - 1748-1836), no século XVIII, em seus famosos discursos de janeiro de 1789. Particularmente, quando denuncia, nos privilégios e nas desigualdades que os acompanham, os inimigos reais do interesse comum.[23] A influência de Carl Schmitt refere-se à divisão das leis em formais e materiais, bem como à noção da generalidade das leis e sua aplicação às liberdades pessoais, política e econômica, indiscriminadamente.[24]

Assim, lança o espírito do direito político moderno, afirmando que é necessário o dispositivo constitucional como *mandato de fazer* e, também, ter os procedimentos de ação rigorosamente especificados, obedecendo à hierarquia das leis, cuja fonte maior é a Constituição. O seu esforço consiste em tentar a síntese do poder constituinte originário.[25]

---

[22] Simone Goyard-Fabre, op. cit., p. 103.

[23] Ibid., p. 107.

[24] José Afonso da Silva, op. cit., p. 118; Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 515.

[25] Simone Goyard-Fabre, op. cit., p.110.

Não se pode esquecer da influência filosófica de Kant[26] nos princípios de constitucionalidade. Em 1781, na "Crítica da Razão Pura", trata da importância que o princípio constitucional assume no domínio jurídico-político. Para ele:

> *"Uma Constituição da máxima liberdade humana, segundo leis que façam com que a liberdade de cada um possa coexistir com a liberdade dos outros (...), é pelo menos uma idéia necessária, que tem de ser posta a fundamento não somente do primeiro projeto de uma constituição política, mas também de todas as leis, e em que inicialmente se tem que abstrair dos obstáculos presentes, que talvez possam originar-se não tanto inevitavelmente da natureza humana quanto do desleixo das autênticas idéias na legislação*".

Jürgen Habermas[27] (1929-) após sondar o discurso filosófico então existente, procurou outra via para sair das armadilhas e dificuldades de ordem racional decorrentes exclusivamente do conteúdo de seu raciocínio, às quais, a partir do século XVII, o direito político, tributário do racionalismo e da "filosofia do súdito", se condensou. Reconheceu que a crítica radical da razão, nos anos 1970-1980, virou moda, a partir de Kant e depois de Nietzsche (1844-1900), que, conforme Habermas, deu o tom de uma "hostilidade metodológica para com a razão".

Habermas tentou a passagem de uma razão exclusiva para um conceito mais amplo, mais compreensivo da razão. Essa outra via, seria a da razão comunicacional. Para ele, o que existia, estava reduzido à dimensão tecnocrática das decisões e das ações. Na noção de "agir comunicacional", encontrou a chave de sua "teoria social crítica", de 1981. A razão comunicacional é misturada com o processo da vida social, com objetivo de coordenar a ação. Constituem o meio

---

[26] Os Pensadores, *Kant,* p. 242.

[27] Os Pensadores, Capítulo 72, *Jürgen Habermas,* p. 960/961.

para reprodução das formas de vida concreta. No campo social e na esfera jurídico-política, o trabalho da razão é inseparável de uma intersubjetividade, pela prática da discussão.

Essa razão qualificada que ele denomina de "processual", em oposição à razão moderna (técnica ou instrumental), anima uma prática cotidiana ligada ao contexto e às estruturas do mundo vivido. A própria Constituição, longe de ser o momento fundador das regras do direito positivo, tem necessidade de ser fundada, ou requer uma validação crítica que só pode e deve provir da discussão prática, conforme afirma Habermas. Opõe as capacidades de argumentação que pertencem à comunidade social e condicional a intercompreensão. A sua obra pode passar por um tratado que, a propósito do Estado de Direito, desenvolve uma concepção pragmática e processual da democracia.[28]

Quando o Estado estiver submetido às regras do direito e estruturado por leis, sobretudo a lei constitucional, advindas da vontade popular e aos fins propostos pelo cidadão, estar-se-á no Estado Democrático de Direito, podendo-se falar em Estado Constitucional Democrático de Direito.[29]

Para Canotilho[30], a teoria do Estado Democrático de Direito centra-se em dois pontos fundamentais, "o Estado limitado pelo direito e o poder político legitimado pelo povo", permitindo as conclusões de que "o direito é o direito interno do Estado; o poder democrático é o poder do povo que reside no território do Estado ou pertence ao Estado". E, que todos os princípios e regras constitucionais "concretizam a idéia nuclear do Estado de Direito – sujeição do poder a

[28] Simone Goyard-Fabre, op.cit., p. 346.

[29] José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 112.

[30] Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 227.

princípios e regras jurídicas – garantindo às pessoas e cidadãos liberdade, igualdade perante a lei e segurança".

Partindo desses entendimentos, a Constituição brasileira de 1988 traz um rol de direitos, liberdades e garantias fundamentais, dentre os quais tem-se o princípio da igualdade, da legalidade, do direito à jurisdição, da garantia do devido processo legal constitucional, estruturado nos princípios do contraditório e da ampla defesa, da separação das funções do Estado, da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que regem a administração pública, da responsabilidade do Estado, pelos danos causados aos particulares, no exercício de suas funções essenciais, a legislativa, a administrativa (governamental), a jurisdicional etc.

Entende-se Estado Democrático de Direito como o Estado que tem como base o ideal da legalidade normativa, associada aos pressupostos filosófico-políticos da democracia liberal.

1.1.6. Digressões histórico-filosóficas: o poder político, a ordem jurídica e a pessoa humana

Inserida no ente político (Estado) a pessoa humana é a responsável, pelas transformações sociais, política e jurídica. Discorre-se a seguir sobre a visão filosófica do Direito, contextualizando-a historicamente.

A idéia do direito natural, assim entendido o direito imprescritível à natureza humana, não podendo sofrer qualquer alteração normal, exceto pela tirania, surgiu com a antiga filosofia grega, e não em Roma.

Na antiga filosofia grega[31], pelo fato de o *jusnaturalismo* (direito natural) ser cosmológico, oriundo da própria essência do universo, o direito também sofria a influência do universo (cosmológica). Nessa época, a sabedoria grega também influenciou os romanos, citando-se, como exemplo, Ulpiano e Justiniano. Alteraram a noção de exclusividade nacional, centrada na cidadania romana, para um direito comum ao gênero humano, conseqüência necessária à vida humana e às relações que existem entre os homens.

O *jusnaturalismo* teocêntrico nasceu na passagem da história antiga para a média. As influências religiosas foram significativas, sendo Deus a fonte reveladora, e o direito que não estivesse conforme com o *jusnaturalismo* teocêntrico, não seria direito ou seria considerado nulo.

O *jusnaturalismo* antropocêntrico tornou o homem criador do direito, libertando-o das imposições místicas. Esse *jusnaturalismo* funcionou como autoridade legiferante. Não eram normas postas pelo direito positivo e passíveis de serem alteradas, mas normas impostas pela natureza, invariáveis e imutáveis, porém criadas pelos homens.

Diante disso, a natureza, sendo obra de Deus, autoridade transcendente que tem um valor moral absoluto, tornou-se fonte absoluta, da qual deriva a lei natural, inferindo-se que o direito natural é identificado com a justiça (direito justo).

Depois, a cultura romana tornou-se greco-latina, com grande interferência helênica. Cícero[32] (106-43 a.C.) cultivou nos romanos a idéia do direito natural, tendo em sua essência Deus e

---

[31] Paulo Nader, *Introdução ao estudo do direito,* p. 359-372.

[32] Os Pensadores, *A historia da filosofia,* p. 84-85.

Natureza juntos. Essa concepção teológica da natureza, advinda da visão naturalista do Direito, já indicava que o direito da natureza, que diferia do direito positivo, real, de Atenas ou Roma, era imutável, era eterno, e tinha Deus como seu autor e juiz e assim o direito seria reduzido a simples capítulo da teologia.

Nesse contexto, Platão[33] (429-347 a.C.), em "A República", no meio de restritas discussões da fundação das cidades, discutia teologia, como parte de sua ciência política. Decorrente deste contexto, esse novo Deus era a medida das medidas, um padrão ético pelo qual as cidades eram organizadas.

Decorrência da estreita dependência entre lei positiva e lei divina, surgiu a supremacia da Igreja sobre o Estado. Nesse tempo, o direito natural era tido como disciplina racional, indispensável às relações humanas, independente da ordem cósmica e do próprio Deus. No início, a divindade era parte integrante e vital de todo o processo de criação e aplicação do direito, havendo também uma preocupação em integrar racionalmente o homem na ordem cósmica. Concebia-se a existência de uma lei eterna anterior à vontade humana e também precedente à própria vontade divina, imutável tanto por Deus quanto pelos homens, correspondendo à própria essência das coisas.

Na Idade Média, a filosofia preocupava-se com os problemas ligados ao ser. Enquanto ser, o conhecimento era de cunho metafísico, o que impedia o desenvolvimento de uma teoria do conhecimento. A norma, advinda da natureza, entendida como realidade empírica do acontecer fático era o ser. Decorrente de juízo de valor, não se podia deduzir que de um ser, existisse um dever-ser, ambos de cunho valorativo.

---

[33] Os Pensadores, *Platão,* p. 9-12.

Com o Renascimento e a Reforma separaram-se direito e teologia. Nesse momento, o jurista holandês Hugo Grócio[34] (1583-1645) construiu uma doutrina de direito natural, fundada na razão humana (*jusnaturalismo* racionalista), passando este a ser concebido como uma técnica racional de convivência humana, afastando-se a divindade do processo jurídico e pondo em seu lugar a razão. Excluiu o conteúdo religioso/espiritual do direito natural e favoreceu a valorização da razão. Na tentativa de desvincular o direito natural da origem divina, dentro do *jusnaturalismo*, ele propunha que o direito natural seria válido mesmo sem Deus. Mas, finalizava dizendo que isso seria um grande pecado.

Samuel Puffendorf (1632-1694), da mesma escola de Grócio, trabalhou com a distinção entre teologia, direito natural e direito positivo. Definia direito natural como aquele inato ao homem; direito positivo como sendo o direito adquirido. Com ele, a escola do direito natural apresentou-se com forma típica, abordando o problema dessas distinções.

Nessa época havia também o confronto entre o Rei e o Parlamento, gerando correntes antagônicas de pensamento político. Foram tempos difíceis, reinados corruptos e em crise, escândalos na Igreja, bem como período do Poder absoluto. Política e filosofia só retomaram o seu desenvolvimento no século XVI, voltando-se contra o teologismo medieval e contra a mentalidade feudal, época, também, muito difícil.

No século XVI destacaram-se Nicolò Macchiavelli (1469-1527), na Itália, e Jean Bodin (1530-1596), na França; no XVII, Thomas Hobbes (1588-1679) e John Locke (1632-1704), na Inglaterra.

---

[34] Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos,* p.38-39; Manoel Gonçalves F. Filho, *Direitos humanos fundamentais,* p.10.

Pode-se dizer, que os sinais precursores da modernidade jurídica-política vieram através da obra de Maquiavel[35] ao abrir, corajosamente, a passagem entre "O político", cuja essência era buscada pela filosofia clássica traçada por Platão e Aristóteles, e "A política", cuja existência ele investigava no Estado, em vias de nascer e de organizar suas próprias instituições. Nessa passagem, efetuou-se o primeiro nascimento da filosofia política moderna. Ocorrendo a ruptura com a tradição da filosofia política em seu conjunto, descobriu-se para a política e para a moral um "Novo Continente", no dizer de Leo Strauss. Ao recusar qualquer fundação transcendental da organização e da vida políticas, ele enveredou pela via que conduz ao "fim da metafísica" e preparou o advento de uma "ciência política".[36]

Thomas Hobbes[37], em 1651, em Londres, na República de Cromwell, publicou suas idéias do *"Leviatã, a Matéria, a Forma e o Poder de um Estado Eclesiástico e Civil"*, que se tornou uma importante obra política. Ele, realista convicto, sentia-se descontente com os confrontos entre o Rei e o Parlamento. Época da guerra civil, onde se deu a execução de Carlos I.

O título, retratando a sua concepção do Estado, *"Leviatã",* equiparava-se ao monstro todo poderoso que governou o caos primitivo. Para ele, a natureza impôs aos homens um estado em que a agressividade era a essência, e a coexistência natural dos indivíduos era comparável à dos lobos, isto é, uma relação de forças. É a guerra de todos contra todos. O direito natural concebido por ele fundava-se no egoísmo natural dos homens, como aquilo que o homem deve praticar

[35] Simone Goyard-Fabre, op. cit., p. 14.

[36] Os Pensadores, *A história da filosofia,* p.155.

[37] Os Pensadores, *A história da filosofia,* p.231-237.

para galgar uma convivência, a mais duradoura possível do grupo e dos seus componentes.

Inicialmente, todos os homens viviam no estado natural, não estando sujeitos a qualquer lei. Não havia segurança, pois eram constantes as lutas de uns contra os outros. Para escapar a esse estado de guerra, os indivíduos estabeleceram entre si um contrato, cedendo seus direitos a um ser suficientemente forte para protegê-los, o Estado. Iniciava-se, assim, a sociedade política do Estado. Se este representante fosse um homem, ter-se-ia o Estado monárquico; se fosse uma assembléia de todos os homens, ter-se-ia a constituição de uma democracia, ou se uma assembléia de uma parte dos homens, uma aristocracia. Entre todas as formas de governo, a melhor, para ele, era a monarquia absoluta, porque parecia a mais distanciada do "estado de natureza", uma vez que na monarquia, "o interesse pessoal do soberano é o mesmo que o interesse público" (Hobbes).

Sustenta, ainda, que ao rei era lícito tudo, inclusive governar de forma despótica, não porque fosse escolhido por Deus, mas porque o povo lhe deu o poder absoluto (ou soberano), que não podia ser dividido, sob pena de ser destruído. Defendeu, assim, o absolutismo, não se referindo ao direito divino dos reis. No absolutismo, o rei é o único poder Legislativo existente. A propriedade individual era também uma concessão do monarca, pois antes de existir a soberania do Estado, ninguém podia gozar em segurança de suas posses. Dessa forma, o governante podia, ao seu arbítrio, limitar ou distribuir as propriedades.

Ao serem publicadas as idéias do *"Leviatã",* de submissão à autoridade, já estavam tornando-se ultrapassadas na Inglaterra, pelos fatos. Quem mais se beneficiou com tais ensinamentos foi a França de Luís XIV. Porém, ironicamente, *O Leviatã* foi traduzido para o

latim em 1688, em Amsterdam, mas nunca foi integralmente traduzido para o francês.

Dentro desse novo contexto histórico, na mesma época, também na Inglaterra, opondo-se às idéias absolutistas de Hobbes, surge John Locke.[38] Publicou duas de suas principais obras: Dois tratados sobre o Governo Civil e Ensaio acerca do entendimento humano. Seu *"Ensaio sobre o Governo Civil"* foi publicado em 1690. Ao sustentar também o direito do povo à sublevação, fez a justificativa da Revolução Gloriosa, de 1689, que destronou Jaime II e consolidou a vitória do Parlamento sobre o Rei. Iniciava-se a monarquia constitucional, tal qual existe até hoje.[39]

A época era a do século das luzes, onde o intelectualismo e o racionalismo constituíram a tônica maior do espírito deste período. A concepção do *jusnaturalismo* volta-se agora para o indivíduo e sua liberdade perante o Estado, reservando-se espaços onde o homem estaria imune à interferência estatal. Para Locke, todos os homens possuíam, por natureza, os direitos inerentes à liberdade, à igualdade e à propriedade, competindo ao Estado somente tutelar e garantir esses direitos. Defendeu, também, nesta obra, a divisão de poderes do Estado: Executivo e Legislativo. Ele ensinava que deveria haver supremacia do Poder Legislativo, mas decorrente do povo, isto é, as leis deveriam ser obrigatoriamente estabelecidas e conhecidas do povo, não podendo ser arbitrárias.

O foco da análise de Locke era o mesmo de Hobbes, isto é, o "estado de natureza seguido de um contrato" entre os homens, criando-se a sociedade e o governo civil. Mas, Locke divergia de Hobbes

---

[38] Os Pensadores, *A história da filosofia,* p.238-239.

[39] Olga Maria A. Fonseca Coulon e Fábio Costa Pedro, *Apostila "Dos Estados Nacionais à 1ª Guerra Mundial*, UFMG, 1995; Os Pensadores, *A história da filosofia,* p. 239-244.

quanto às conclusões, pois, sustentava que, mesmo no estado de natureza, o homem é dotado de razão. Dessa forma, cada indivíduo podia conservar sua liberdade pessoal e gozar do fruto de seu trabalho.

Entretanto, no *Estado Natural* faltaram leis que fossem estabelecidas e aprovadas por todos e um poder para dar cumprimento a elas. Os indivíduos, então, consentiram em abrir mão de uma parte de seus direitos individuais, concedendo ao Estado a faculdade de julgar, punir e fazer a defesa externa. Porém, se a autoridade pública, a quem foi confiada a tarefa de a todos proteger, abusasse de seu poder, o povo teria o direito de romper o contrato e recuperar a sua soberania original.

Assim, Locke defendia o direito do povo em reagir contra o governo e justificava a derrubada e a substituição de um soberano legítimo por outro. Seria necessário ter o consentimento dos homens, para se dar a passagem do 'estado natural' para o 'estado social'. Defendia, ainda, que a religião fosse livre e independente do Estado.

De acordo com Bobbio[40] (1909-2004), "Locke passou para a História, justamente como o teórico da monarquia constitucional, um sistema político baseado, ao mesmo tempo, na dupla distinção entre as duas partes do poder, o parlamento e o rei, e entre as duas funções do Estado, a legislativa e a executiva, bem como na correspondência quase perfeita entre essas duas distinções: o Poder Legislativo emana do povo representado no parlamento; o Poder Executivo é delegado ao rei pelo parlamento".

[40] Norberto Bobbio, *A Teoria das formas de Governo*, p. 105.

Na modernidade, também se destaca René Descartes[41] (1596-1650), ao abrir caminho, de forma decisiva, para o surgimento de uma nova ciência e filosofia, que utiliza métodos de conhecimento na observação dos objetos, que nosso espírito parece ser capaz de conhecer. Essa nova concepção, aliada a um espírito crítico, possibilita a edificação de um novo tipo de saber, que se desvincula de Deus e centra-se no homem, em sua racionalidade. Define a existência pensante do homem, representada pela lógica da clareza e da distinção, possibilitando, assim, que a filosofia se tornasse gnosiológica. Essa nova forma de pensar, deu origem ao racionalismo, que, filosoficamente, concebe o homem como ser intelectual, capaz de duvidar e de elaborar idéias claras e distintas, de se conhecer. A pessoa humana passa a ser o centro de todo o saber e a fonte deste.

No Iluminismo, Immanuel Kant[42] (1724-1804) trouxe grandes modificações, ao considerar a razão como ponto vital do conhecimento. A afirmação da idéia da pessoa humana dá-se através de seu modelo interiorizante, com base no total desligamento do pensamento e do fenômeno. A pessoa é entendida como sujeito autônomo, que age segundo a determinação da vontade, de sua própria razão, e não por leis da natureza. Essa prática possibilita que a pessoa seja livre. Há a convergência do conceito de liberdade ao de pessoa, na medida em que esta é um ser racional e suas ações devem derivar da vontade pura, da ação de causação puramente racional, por isso deve ser fim em si mesma.

Para ele, o direito natural constitui-se, a princípio, numa forma racional atinente às relações humanas entre si, sob o estado de natureza, correspondendo o conceito à possível realização da justiça

---

[41] Os Pensadores, *A história da filosofia,* p.185-186, 193-202.

[42] Os Pensadores, *Kant,* p.12, 260-263.

entre os homens. Com ele, o direito natural abriu-se para uma nova perspectiva, haja vista que sua atenção direcionava-se para a razão, respeitando-se todos os conhecimentos que este pode alcançar, independentemente de ser empírico.

No final do século XVIII, a filosofia do Iluminismo, desprovida da teologização, busca a idéia do Poder e a exigência organizacional do espaço público.

Hegel[43] (Georg Wilhelm Friedrich Hegel - 1770-1831) compreendeu que Espírito e Destino são antagônicos. Que toda unidade de significado histórico possuía uma face positiva (Espírito) e uma face negativa (Destino), descobrindo, do mundo que o rodeia, "a infelicidade da consciência", crescente com o progresso da modernidade. Considerava a modernidade uma doença em "*A fenomenologia do espírito*", de 1807, comparava a política moderna com a crise da democracia ateniense do século IV a.C. Os desvios do Estado moderno tal como no declínio da Grécia antiga, provocaram a ruína da "moralidade objetiva", e com o progresso da interiorização da vida, "moralidade subjetiva", perdeu-se o senso do bem comum e da ordem pública. Para ele, a proclamação dos direitos do homem é o ato mais individualista da modernidade. Esse individualismo torna-se refletido no Estado moderno que, como reflexo, tem excessiva tendência a legislar sobre problemas particulares, obtendo resultados incoerentes, discordantes, forçando a uma legislação minuciosa e multiplicação de tribunais.

Algumas décadas mais tarde, Friedrich Nietzsche[44], (1844-1900) de forma avassaladora denuncia um perfil mais

---

[43] Os Pensadores, *Hegel*, p. 7-19, 295-329; Os Pensadores, *A história da filosofia,* p. 346-360; Miguel Reale, *Filosofia do Direito,* p. 111; Simone Goyard-Fabre, op. cit., p. 35-36.

[44] Os Pensadores, *Nietzsche,* p. 175-179; Os Pensadores, *A história da filosofia,* p. 410-416.

monstruoso da política, enxergando nela uma doença que corrói a sociedade do Ocidente, inconscientemente.

Atualmente, fundada nas idéias deixadas por Nietzsche, reforçadas por Heidegger (1889-1976), o Estado encontra-se acusado de mil males, questionados por Michel Foucault (1926-1984) e Jean-François Lyotard (1924-1998).

Conclui-se que o direito não é anterior, nem posterior à pessoa humana, mas fruto da sua cultura. O homem que se interessa pelo direito é o homem social, não o homem natural. E a tarefa da filosofia, como no tempo de Platão, é buscar a essência do político no mundo moderno, exigindo uma reflexão crítica sob a ordem jurídica constituída, que governa cada povo, e suas relações com os demais povos.

1.2. Direitos Fundamentais

1.2.1. Contextualização e fundamentação

Para compreender os direitos fundamentais da pessoa humana há que contextualizá-los na perspectiva do tempo. Sociedade, Estado e Direitos Fundamentais não podem ser tratados de forma isolada. O homem convive com outro, num ambiente (sociedade), inserido num Estado (poder político) e luta pelos seus direitos, desde a Antigüidade. Esses direitos dependeram e dependem da cultura, educação, filosofia, valores, política e economia da sociedade, bem como das circunstâncias de cada lugar e época.

Digressões histórico-filosóficas, já abordadas acima, são pertinentes também aos direitos fundamentais, não havendo necessidade de repeti-las, pois estão intrinsecamente vinculados: a

política (Estado), a filosofia e os direitos fundamentais, não podendo ter tratamentos distintos. Embora, deva-se ter em mente que só há direitos fundamentais quando há distinção entre o Estado e a pessoa, mas, compreendendo que são realidades que se condicionam, com grande interferência uma com a outra.

As primeiras Declarações dos Direitos do Homem não implicaram a efetividade desses direitos, embora a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) tratasse das garantias destes, em seu art. 16. Essas Declarações cumpriram, quanto às garantias, os requisitos formais como letra posta em papel, não atingindo o mundo real tampouco a efetividade.

Direitos fundamentais podem ser entendidos, num primeiro momento, como sendo quaisquer direitos inerentes à própria noção de pessoa humana, direitos básicos da pessoa, que constituem a base jurídica da vida humana, sendo perseguidos desde a Antigüidade. Já eram encontrados no século IV a.C., nas idéias de Platão, na Grécia; no Direito Romano e várias outras civilizações e culturas ancestrais. Nota-se que já havia a preocupação com tais direitos, porém estes não possuíam uma *'garantia legal'*, de forma que eram bastante precários em sua estrutura política, já que o respeito a eles dependia da sabedoria dos governantes.[45]

Jorge Miranda[46] faz distinção entre Direitos Fundamentais em sentido formal e em sentido material:

> *"Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição,*

[45] Fabio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*, p. 39 e ss.

[46] Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV - *Direitos Fundamentais*, p. 8-12.

seja na Constituição formal, seja na Constituição material - donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material. Essa dupla noção - pois os dois sentidos podem ou devem não coincidir - pretende-se suscetível de permitir o estudo de diversos sistemas jurídicos, sem escamotear a atinência das concepções de direitos fundamentais com as idéias de Direito, os regimes políticos e as ideologias. (...) A distinção de direitos fundamentais em sentido formal e em sentido material... consiste em que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras de direito internacional. Quer isto dizer que há (ou pode haver) normas de Direito ordinário, interno e internacional, atributivas de direitos equiparados aos constantes de normas constitucionais. (...) são direitos que não ficam a mercê do poder político".

E, reconhece que não existem direitos fundamentais sem reconhecimento de uma esfera própria das pessoas, de uma forma mais ou menos ampla frente ao Estado, e que não existe direito fundamental em Estado integralmente totalitário. Também reconhece que não há direitos fundamentais sem Estado. Finaliza, conceituando direito fundamental como toda posição jurídica subjetiva das pessoas, enquanto confirmados na Constituição. Todos os direitos fundamentais em sentido formal, o são, também, no sentido material.

Direito fundamental pode ser entendido como a limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem. O fulcro das concepções filosóficas dos direitos do ser humano converge para o ponto de interconexão entre o fim último da pessoa e o do Estado e em descobrir o verdadeiro sentido para eles em confronto com o sentido da vida.

Aspecto esse analisado por Bobbio[47] em "A Era dos Direitos", com a tese de que não pode existir um fundamento absoluto de direitos historicamente relativos e estruturalmente diversos, e para

[47] Norberto Bobbio, *A era dos direitos,* p. 19-24.

quem a pluralidade de concepções religiosas e morais determina um intransponível relativismo. Mas, que esse pluralismo constitui o mais forte argumento a favor de alguns direitos como liberdade de religião e liberdade de pensamento. Para ele, a fundamentação absoluta é ilusória e às vezes, serve na defesa de posições reacionárias. Por mais fundamentais que sejam os direitos do homem, referem-se a realidades históricas, decorrentes de condições de vida, sendo relativos, não resultando da própria natureza do homem, como defendiam os *jusnaturalistas*. Os direitos fundamentais advieram das Declarações dos Direitos do Homem, decorrência de necessidade histórica, mas, equivocadamente, caracterizados como absolutos. Há que se ter consciência quanto aos limites, pois esses direitos foram restringidos ou ampliados; não eram nem são imutáveis, tampouco absolutos. O problema atual não está em justificar os direitos do ser humano, mas sim em protegê-los.

Afirma, ainda, que se os direitos fundamentais tivessem caráter absoluto, não poderiam ser cumpridos de forma plena, a um só tempo. Aí está a essência da questão, pois os direitos fundamentais são históricos, pertencem a uma classe variável, criada no tempo, modifica-se com ele e continua a modificar-se diante das condições históricas, com o desenvolvimento tecnológico. Advindo daí, que no futuro poder-se-á ter direitos fundamentais inimagináveis no momento atual. Porém, há alguns direitos que devem valer em qualquer situação e para todos os seres humanos, indistintamente, como por exemplo, direito de não ser escravo, de não ser torturado etc.

À medida que os poderes dos indivíduos aumentam, diminui a sua liberdade, pois os direitos fundamentais, garantidores da liberdade, consistem em exigir dos outros e até dos poderes públicos obrigações puramente negativas, que implicam abstenção de

determinados comportamentos, bem como, por outro lado, obrigações positivas desses mesmos entes.

Com o desenvolvimento progressivo das relações entre Estado e indivíduo, necessário se faz o estabelecimento de regras para garantir os direitos fundamentais da pessoa humana frente ao grande poder intervencionista do Estado. Advindo daí, a inserção, não só dos direitos fundamentais nas Constituições, mas de suas garantias também. Pois, as disposições declaratórias imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, isto é, instituem os direitos, enquanto as disposições assecuratórias atuam na defesa dos direitos limitando o poder, ou seja, instituem as garantias.

Direitos, aqui entendido como bens e vantagens prescritos na Constituição, e garantias, os instrumentos através dos quais se assegura preventivamente o exercício dos aludidos direitos ou prontamente repará-los, caso sejam violados.

Paulo Bonavides[48] traça um paralelo entre os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

O ideal de *liberdade* corresponde à primeira geração dos direitos fundamentais, direitos subjetivos dos indivíduos, inerentes à sua individualidade. São direitos contra o Estado, os quais limitam o Poder Legislativo deste. Significa uma prestação negativa, um não fazer do Estado em prol dos cidadãos. Exemplos: liberdade de locomoção e inviolabilidade de domicílio e de correspondência etc.

O ideal de *igualdade* corresponde à segunda geração dos direitos fundamentais, decorrentes da Revolução Industrial. Aqui

[48] Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional,* p. 524-526.

entendidos como os direitos fundamentais para grupos, direitos indivisíveis, transindividuais ou metaindividuais, dos quais sejam titulares grupos ou categorias de pessoas. Significa uma prestação positiva, um fazer do Estado, em prol dos menos favorecidos pela ordem social e econômica. Exemplos: salário mínimo, aposentadoria, previdência social, 13º salário, férias remuneradas, liberdade de reunião e associação etc.

O ideal de *fraternidade* corresponde à terceira geração dos direitos fundamentais, decorrentes da alteração da sociedade, profundas mudanças na comunidade internacional, o aparecimento das sociedades de massa e do grande desenvolvimento tecnológico e científico. Todos esses fatores inserem o ser humano numa coletividade, surgindo os direitos, denominados de terceira geração (direitos difusos). Exemplos: meio ambiente, paz, saúde, educação pública, proteção ao consumidor, à infância e juventude, ao deficiente físico, ao idoso etc.

Hoje identifica, além do paralelo acima citado, entre os direitos de primeira, segunda e terceira geração, uma quarta geração de direitos, assim considerada a que abrange os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, através dos quais se concretizará a sociedade aberta do futuro, em sua dimensão máxima de universalidade, tendo reflexos em todo o mundo. Afirma que, no futuro, necessariamente, a democracia positiva, será uma democracia direta.

Entende-se que talvez isso ocorra, mas somente em pequenos países, em face das atuais realidades políticas, econômicas e sociais. Mas, somente o futuro dirá quantas gerações de direito ainda ter-se-á.

Jorge Miranda[49], Norberto Bobbio[50], Paulo Bonavides[51] e Willis Santiago Guerra Filho[52] não concordam com o termo 'geração de direitos', e afirmam ser melhor utilizar o termo 'dimensão'. Não se tratando de questão meramente terminológica, pois o termo 'geração' está mais ligado à questão histórica e aos direitos humanos. E o termo 'dimensão' é uma forma de diferenciá-los, conforme cada Estado e cada época. Nesse diapasão, algumas liberdades, assim como o direito à propriedade, não possuem hoje o mesmo alcance que possuíam no século XIX, o mesmo ocorrendo com os direitos sociais.

Há, entretanto, doutrinadores que não estudam direitos fundamentais no âmbito de dimensão ou geração[53]: José Afonso da Silva, os classifica em cinco grupos, conforme norma positiva; Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins os estudam da forma em que se encontram positivados.

1.2.2. Dignidade da pessoa humana: núcleo dos direitos fundamentais

A dimensão da pessoa humana é temática da antropologia filosófica, que pode ser entendida como a parte da filosofia que estuda a pessoa humana em sua essência, finalidade e suas problemáticas. A base do ordenamento jurídico está na antropologia humana. Existem três tipos de tendências básicas da natureza humana: a) psico-físicas (instituto da satisfação do direito à vida); b) psico-sociais (intersubjetividade, característica fundamental da antropologia

---

[49] Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV - *Direitos Fundamentais*, p. 24.

[50] Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, p. 4-7.

[51] Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional,* p. 514-524.

[52] Willis Santiago G. Filho, *Processo Constitucional e direitos fundamentais,* p. 39/40.

[53] Jose Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo,* p. 183/184.

humana, ser como os outros); e c) psico-espirituais (tendências à cultura, busca do ser para o absoluto, procura sentido na existência, questiona a existência de Deus e estuda o ser no mundo).

Nos povos antigos não havia o conceito de pessoa tal como se conhece hoje. Na filosofia grega, não souberam lidar com princípio da igualdade e liberdade, haja vista a aceitação da escravidão e a exclusão das mulheres, estrangeiros e crianças, dos assuntos que eram debatidos na *ágora* (praça pública). Assim, a idéia de dignidade da pessoa humana, tal qual se tem hoje, ficou oculta. Mas, não se pode criticar de forma absoluta, pois há que considerar o momento histórico, a sociedade, o poder político, vigentes à época em que tais conceitos estavam inseridos, ou seja, contextualizá-los, sob pena de irresponsabilidade.

Sócrates[54] (470-399 a.C.) dizia que o problema básico não é a pesquisa do mundo, mas a pesquisa do ser humano, o conhecimento de si mesmo e da vida, conforme as normas morais ditadas pela razão. Preocupou-se com o agir (problema ético), sendo um dos criadores da lógica e fundador do mundo dos valores. Questão da prática das virtudes foi o centro de sua filosofia. No que tange à dignidade da pessoa humana, sua contribuição consistiu na admissão da existência de uma nova concepção do universo, transcendendo coisas da natureza, atingindo assim, o ser humano, e de que o homem encontra a felicidade praticando o bem.

Platão[55] (429-347 a.C.) admitia que sua filosofia era uma explicação da realidade, um modo de ascender ao sensível e ao inteligível para ali encontrar a felicidade e a contemplação da verdade e

---

[54] Os Pensadores, *Sócrates,* p. 24-27; Os Pensadores, *A história da filosofia*, p. 41-45.

[55] Os Pensadores, *Platão*, p. 17-23; Os Pensadores, *A história da filosofia*, p. 47-52.

o amor ao bem. Para ele, o homem é alma de origem divina, imaterial, eterna e imortal, e a alma está unida acidentalmente ao corpo. O corpo é o cárcere da alma. O homem é corpo físico e alma, numa dualidade de mundos.

Para Aristóteles[56] (382-322 a.C.), o homem era definido como um animal político *(zoón politikón)* ou social, cujo ser era a cidadania, pelo fato de pertencer ao Estado, que estava em íntima conexão com o cosmos e com a natureza. O ser da pesquisa filosófica é o ser humano. Homem é ser racional, social, é animal político e livre. O homem não poderia se opor ao Estado, que é o fim, para onde tudo deve convergir.

Divergiu de Platão sobre a existência de dois mundos, pois para ele, homem e alma era uma coisa só. Faz considerações de ordem antropológica: a forma, a alma, como realização do corpo, e a matéria como corpo.[57] Para ele, o fim sempre buscado é a felicidade. O homem só se conhece através do Estado. Direitos do Estado prevalecem sobre direitos dos homens, da família e sobre os direitos sociais. A escravidão é natural. O Estado está acima do princípio da dignidade da pessoa humana. A sua filosofia é transpersonalista, na qual o homem pertence ao Estado.

Para Platão e Aristóteles, a realização do homem está no Estado, homem é meio e o Estado é fim. Ambos aceitavam a escravidão, pois acreditavam que cada um cumpria sua função junto ao Estado. Ficou sem efeito a igualdade e dignidade. Essas idéias iam contra o princípio da dignidade humana.

---

[56] Os Pensadores, *Aristóteles,* p. 143-150; Os Pensadores, *A história da filosofia*, p. 22, 53-67; Miguel Reale, *Lições preliminares de direito,* p. 31.

[57] Carlos Valverde, *Antropología Filosófica,* vol. XVI, p. 48.

No estoicismo[58], Cícero (106-43 a.C.), Sêneca e Marco Aurélio insurgiram-se contra a filosofia aristotélica. Dever-se-ia dar dignidade a todos os seres humanos, parentes entre si (universal interdependência). Viver de acordo com a razão significava desviar-se das paixões, que são as perturbações da razão. Se o mundo é regido por uma providência racional, o importante é que cada um se reconheça como parte dela, o que descaracteriza um ser escravo, e outro não. Desta forma, o homem transcenderia a *pólis*. *Polis* - a nova forma de organização política, que contempla as seguintes características: a) supremacia do *logos* (palavra, discurso, razão), pois a decisão sobre assuntos públicos depende apenas da força das palavras, sendo que a condição social e econômica destes não é mais levada em conta; e b) caráter público das discussões políticas, que deixa de ser privilégio de grupos, resultando que as leis passam a ser elaboradas em conjunto.

Entendiam os estóicos que a escravidão é contra a natureza, pois todos os seres humanos participam de uma natureza comum. Cícero[59] professa uma igualdade social, uma dignidade da pessoa humana, condena a relação entre os povos, com a irracionalidade da escravidão, busca um ideal para a dignidade da pessoa humana, sem considerar a vinculação ao cargo ou a posição social. Os estóicos não se preocupavam com o direito, mas tiveram influência na filosofia jurídica, no que tange à discordância dos filósofos gregos quanto à escravidão. Do estoicismo adveio o direito romano.

Da Antigüidade grega, século VI a.C. até o cristianismo, a filosofia tinha preocupação cosmológica. O cristianismo provocou nova e radical concepção de transcendência (monoteísmo), problema da harmonia universal, aceitando que o mundo foi criado por Deus.

---

[58] Os Pensadores, *A História da Filosofia*, p. 74-88.

[59] Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana*, p. 30-31.

"É com o cristianismo que todos os seres humanos, só por o serem e sem acepção de condições, são considerados pessoas dotadas de um eminente valor".[60] A filosofia grega preocupou-se com a origem do ser. A lei moral para os gregos era a lei da *physis* (lei natural). Para o Cristianismo, Deus era ser e as criaturas participavam do ser. A lei moral para o cristianismo era a lei do *nomos* (lei humana). Houve uma revolução de valores, surgindo uma nova axiologia.

Nasceu a filosofia dos padres da igreja, a filosofia patrística (até 800 d.C.), sendo depois desenvolvida pelos escolásticos (de 900 a 1500) o conceito de pessoa, como categoria espiritual, como subjetividade, que possuía valor em si mesmo, como ser de fins absolutos, e que, em conseqüência, era possuidora de direitos subjetivos ou direitos fundamentais e possuía dignidade. A proclamação do valor distinto da pessoa humana trouxe como conseqüência lógica a afirmação de direitos específicos de cada pessoa, o reconhecimento de que, na vida social, ela não se confundia com a vida do Estado.

A teoria de Santo Agostinho[61] (354-430) teve como base a ordem, o direito e a paz. Acolheu a filosofia de Platão, acoplando-a ao Cristianismo. Fez uma síntese entre a filosofia grega e o pensamento cristão: idéia e verdade, para Platão era o bem, para Santo Agostinho era Deus.

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, há dois momentos básicos: o personalismo ético e o princípio da pessoa humana em termos filosóficos; o homem deve ser considerado um fim e não um meio.

---

[60] Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV - *Direitos Fundamentais*, p. 17.

[61] Os Pensadores, *Santo Agostinho,* p.12-23; Os Pensadores, *A História da Filosofia*, p. 96-101; Ingo W. Sarlet, *Dignidade da pessoa humana*, p. 31.

Para Kant[62] (1724-1804), um dos grandes pensadores do Iluminismo, em especial do Idealismo alemão, na sua investigação sobre o verdadeiro núcleo da teoria do conhecimento, o sujeito torna-se o elemento decisivo na elaboração do conhecimento. Propôs uma mudança de método no ato de conhecer, que ele mesmo denomina *revolução copernicana* (revolução de valores). Ou seja, em vez de o sujeito cognoscente girar em torno dos objetos, são estes que giram ao redor daquele. Criticou o racionalismo, despertando a preocupação gnoseológica (crítica). Sugeriu indagar sempre as fontes de onde o conhecimento veio. Repeliu o dogmatismo, estabelecendo uma terceira posição, a de que não se pode conhecer a natureza, a essência da coisa, mas a aparência da coisa (o fenômeno). As coisas que aparecem, podem-se conhecer como estão revestidas (espaço, tempo, proporção, justo, belo...). Há uma noção de dever, que se forma através de um juízo crítico.

O dever é superior ao ser humano, não se podendo negar o subjetivo, que se impõe de modo absoluto e universal. A moral de Kant é uma moral do dever. Recorreu à comparação do ser humano em relação aos demais animais e constatou que estes precisam basicamente de nutrição, mas não de maiores cuidados, uma vez que seu instinto os capacita desde cedo à sobrevivência. Essas dimensões da pessoa humana conduzem-na à categoria ética (valoração ética). A dignidade da pessoa humana passa a ser matriz de todos direitos humanos (axiologia jurídica).

O elemento central em torno do qual Kant articula a reflexão é a formação do caráter. Se na educação física o processo consiste em cuidados com o corpo, com a saúde, com a vida material

[62] Os Pensadores, *Kant,* p. 8, 73-79; Os Pensadores, *A história da filosofia*, p, 304-314; Ingo W. Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 32/33; Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, p. 35-37 e 77.

ou em formar hábitos saudáveis, na educação prática, formar o caráter envolve fundamentalmente o desenvolvimento da virtude, isto é, a capacidade que o indivíduo desenvolve em si de agir conforme o dever que, por meio da razão, ele estabelece para si mesmo. A razão cria o mundo moral e no domínio da moral, podem ser encontrados os fundamentos da metafísica.[63]

Só através da *práxis*, a razão se libertará da autoalienação na teoria, porquanto, no domínio da prática, a razão está a serviço de si mesma. O que significa não procurar as normas do agir humano na experiência, pois isso significaria submeter o homem a outro homem. E o que caracteriza o ser humano, e o faz dotado de dignidade especial, é que ele nunca pode ser meio para os outros, mas fim em si mesmo, não podendo ser manipulado. Em *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, de 1785, afirma que o homem, e genericamente, todo ser racional existe como fim em si mesmo.

Se o texto constitucional brasileiro atual afirma que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, conclui-se que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Aliás, o legislador constituinte brasileiro, para reforçar a idéia anterior, colocou, topograficamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado. Assim, toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de ser inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana, considerando se cada pessoa é tomada como fim em si mesmo ou como instrumento, como meio para outros objetivos. No entanto, tomar a pessoa humana como fim em si mesmo e considerar que o Estado existe em função dela, não conduz a uma concepção individualista da dignidade da pessoa humana. Ou seja, que havendo um conflito

[63] Os Pensadores, *Kant,* p. 7-14.

indivíduo *versus* Estado, privilegie-se sempre aquele. Com efeito, é necessária a compatibilização, a inter-relação, entre os valores individuais e os coletivos. A solução há de ser buscada em cada caso, de acordo com as circunstâncias, solução que pode ser tanto a compatibilização, como, também, a preeminência de um ou outro valor.

Kant ensinou que os deveres para consigo mesmo podem ser classificados em limitativos (deveres negativos), ou ampliativos (deveres positivos). Os primeiros consistem na proibição de um ser humano agir contrariamente ao fim de sua natureza, ou seja, consistem na sua auto-preservação moral. Os deveres ampliativos consistem fundamentalmente no aperfeiçoamento de si mesmo. Em ambos os casos, o foco é o de preservar o que se designa como a dignidade da humanidade em si mesma. Para isso é mister afastar-se de todos os vícios como, por exemplo, os que se referem ao suicídio, à concupiscência, aos excessos na comida e na bebida no primeiro caso e, no segundo caso à mentira, à avareza e ao servilismo ou falsa humildade. O aprendizado dos deveres para com os demais é inseparável do aprendizado dos deveres para consigo mesmo por uma questão fundamental: em ambos, a questão da dignidade humana é resguardada. Isto fica explícito numa das formulações do imperativo categórico, na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes.* Cita, como exemplo de dever para com os demais, a beneficência, a gratidão e a solidariedade, além de outras virtudes como a amizade, a sociabilidade e a cortesia.[64]

Percebe-se que a humanidade é concebida como um atributo que confere dignidade à pessoa. Logo, o dever é cultivá-la e preservá-la. O dever para consigo mesmo caracteriza e fundamenta o

[64] Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes.* Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986, *apud* Robison dos Santos, *A educação moral segundo Kant*. Disponível em: http://www.espacoacademico.com.br/046/46csantos.htm. Acesso 02.06.05, às 23.45 h.

dever para com os demais. Nas duas perspectivas estão implícitas a questão do aprendizado e a referência à humanidade.

Kant não foi o primeiro, nem o único a propor a idéia de dignidade ao ser humano, mas a colocou no âmago de sua teoria política e moral, defendendo o seu caráter racional e independente do poder religioso. Formulou o princípio da dignidade da pessoa humana, que é o núcleo dos direitos fundamentais. Para ele a pessoa humana não tem preço (valor relativo), tem dignidade (valor invariável e incondicional). O prêmio é um valor flutuante atribuído a objetos materiais, projetos pessoais cobiçados ou úteis. A dignidade é um valor incondicional e incomparável, enquanto o preço tem valor condicional e comparativo. Por isso, a dignidade de uma pessoa independe de seu *status* social, da sua popularidade, estando acima disso.[65]

Concluindo, a evolução da filosofia, da Grécia antiga até hoje, é saber de onde o princípio surgiu e como se consagrou em Kant. O objetivo da filosofia sempre foi o de conhecer o homem. Objetivo este afirmado por Sócrates (470-399 a.C.), Santo Agostinho (354-430), Descartes (1596-1650) e Kant (1724-1804). Para que haja liberdade e igualdade a ordem jurídica deve assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana. E, apesar de a Grécia merecer o título de *mãe da democracia*, pois foi o primeiro povo que estruturou uma legislação social, ao mesmo tempo defendia a escravidão e excluía homens escravos, estrangeiros, mulheres e crianças, que representavam mais da metade de sua população. Portanto, na filosofia grega não houve igualdade e liberdade, resultando na idéia de que a dignidade da pessoa humana ficou oculta, se comparada com os conceitos hoje existentes.

---

[65] Monique Canto-Sperber (org.), *Dicionário de ética e filosofia moral*, vol. 1, Trad. Ana M. R. Althoff. et al.. Coleção Idéias Dicionários. RS: Unisinos, 2003.

1.2.3. Definição: dificuldade semântica

No que tange à semântica, à terminologia e ao conceito do que seja considerado direito fundamental da pessoa humana, baseado na noção de pessoa humana, encontram-se mais de dez expressões utilizadas, tanto pela doutrina, quanto pelo direito positivo, constitucional brasileiro ou internacional, tais como: direitos humanos, direitos do homem, direitos naturais do homem, direitos da pessoa, direitos fundamentais, direitos fundamentais do homem, direitos e garantias fundamentais, direitos humanos fundamentais, direitos individuais, direitos subjetivos públicos, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais, liberdades constitucionais.

Daí, dizer-se que não é por acaso que a doutrina tem alertado para a ambigüidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive com respeito ao significado e conteúdo de cada termo utilizado. Advertência de A. E. Pérez Luño, que, centrando-se no conteúdo e significação do termo *direitos humanos,* alerta para a cada vez maior falta de precisão na utilização desta terminologia, apontando as diferenças entre o seu conteúdo e significado em relação aos outros termos empregados.[66]

Comumente, os termos *direitos humanos* e *direitos fundamentais* são usados como sinônimos. Porém, há que se ater à distinção: *direitos fundamentais* se referem àqueles direitos do ser humano, reconhecidos e positivados, na esfera do direito constitucional positivo de um determinado Estado.[67] Ao passo que o termo *direitos*

---

[66] A. E. Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derechos y Constitución,* p. 21*, apud* Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 33.

[67] Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 528.

humanos guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas, que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, direitos inerentes à humanidade, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).[68]

O termo *Direitos Humanos* equiparado ao termo *Direitos Naturais* não procede, haja vista a positivação em normas do direito internacional. Com lucidez, Bobbio[69] afirma estar incorreta essa equiparação, em face da dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que fez com que se desprendessem do direito natural. A doutrina francesa reconhece que as *liberdades públicas* não se confundem com a noção de *direitos naturais do homem*, tratando-se de posições jurídicas reconhecidas pelo direito constitucional positivo.

Ingo Wolfang Sarlet[70], em seu livro *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, traça uma distinção didática entre *direitos do homem* (no sentido de direitos naturais positivados, ou ainda não), *direitos humanos* (positivados na esfera do direito internacional) e *direitos fundamentais* (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado).

A utilização de *direitos do homem* tem conotação *jusnaturalista*, podendo-se dizer que corresponde à pré-história dos

---

[68] Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, p. 53; Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 36.

[69] Norberto Bobbio, A Era dos Direitos, p. 32.

[70] Ingo Wolfgang Sarlet, op. cit., p 36.

direitos fundamentais, considerando que precedeu o reconhecimento pelo direito positivo interno e internacional.

O termo *direitos humanos* revelou-se possuidor de caráter mais abrangente e impreciso que *direitos fundamentais*, em face da territorialidade a ele inerente.

O termo *direitos fundamentais* corresponde ao conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidas e garantidas pelo direito positivo de determinado Estado. São direitos delimitados espacial e temporalmente, sendo inerentes ao Estado de Direito.

Citando posicionamento filosófico de Otfried Hoffe[71], ao destacar que a pertinência da diferenciação conceitual entre *direitos humanos* e *fundamentais*, reside no sentido de que os *direitos humanos*, antes de serem reconhecidos e positivados nas Constituições (quando se converteram em elementos do direito positivo, e *direitos fundamentais* de uma determinada comunidade jurídica), integravam apenas uma espécie de moral jurídica universal. Assim, os *direitos humanos* referem-se ao ser humano como tal, pelo simples fato de ser pessoa humana, ao passo que os *direitos fundamentais*, positivados nas Constituições, concernem às pessoas como membros de um ente público concreto.

Para Jürgen Habbermas, o conceito de *direitos humanos* representa uma específica designação do conceito moderno de *direitos subjetivos*.

A expressão *direitos humanos* está relacionada com os *direitos do homem*, podendo-se afirmar que são direitos que visam

[71] O. Hoffe, *Derecho Intercultural, explorando, ainda, a diferença entre o plano pré-estatal, dos direitos humanos, e o estatal, direitos fundamentais,* p. 166, *apud* Ingo W. Sarlet, op.cit., p. 37.

resguardar os valores mais preciosos da pessoa humana, isto é, a solidariedade, a igualdade, a fraternidade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Direitos humanos são as ressalvas e restrições ao poder político ou as imposições a este, expressas em declarações, dispositivos legais e mecanismos privados e públicos, destinados a fazer respeitar e concretizar as condições de vida que possibilitem a todo o ser humano manter e desenvolver suas qualidades peculiares de inteligência, dignidade e consciência, e permitir a satisfação de suas necessidades materiais e espirituais.[72]

Por *direitos humanos* ou *direitos do homem* são modernamente entendidos aqueles *direitos fundamentais* que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir.[73]

Direitos humanos é a expressão preferida nos documentos internacionais. Contra ela, assim como contra a terminologia *direitos do homem*, objeta-se que não há direito que não seja humano ou do homem, afirmando-se que só o ser humano pode ser titular de direitos.[74]

---

[72] Fernando Barcellos de Almeida, *Teoria Geral dos Direitos Humanos,* Sérgio Antônio Fabris Editor, pág. 24, *apud* Daniela Paes Moreira Samaniego, *Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.1.jus.com.br/doutrina/texto,asp?id=76. Acesso 22.08.05, às 19:27 h.

[73] João Baptista Herkenhoff, *Curso de Direitos Humanos - Gênese dos Direitos Humanos*, Vol. 1, São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994, pág. 30, *apud* Daniela Paes Moreira Samaniego, acesso citado.

[74] José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 176.

Liberdades públicas, também confundidas, no plano teórico-jurídico-semântico, com *direitos fundamentais* e similares. Com o decorrer do tempo, passaram a ser consideradas *liberdades públicas*, os direitos decorrentes de condições da sociedade, os denominados direitos sociais, econômicos e os políticos, em face da necessidade de assegurar-lhes proteção específica no âmbito público, diante da crescente intervenção do Estado, que tem alcançado extensas áreas antes privatizadas. Fenômenos novos que se desencadearam nos quadros sociais, políticos e econômicos: instituição do sufrágio universal, formação de nova classe social (operária), concentração nas grandes cidades, modificação na estrutura familiar, com a continua emancipação da mulher, afirmação da doutrina social da Igreja, massificação da produção e a concentração de grandes capitais em empresas, avanço tecnológico, avanço das idéias socialistas, reunião de maior soma de poderes no governo central, pela necessidade de maior segurança que as guerras provocaram, proeminência do poder do Executivo no Estado Moderno e a crescente intervenção do Estado no domínio econômico e social. Na França, doutrinariamente, distinguem-se os *direitos da personalidade* das *liberdades públicas*. *Direitos da personalidade* são direitos inatos à pessoa, estando acima do direito positivo. São inerentes ao homem, que o Estado deve respeitar e, através do direito positivo, reconhecê-los e protegê-los. Esses direitos persistem, mesmo não contemplados pela legislação, em face da noção transcendente da natureza humana. *Liberdades públicas* são os direitos reconhecidos e ordenados pelo legislador, aqueles que, com o reconhecimento do Estado, passam do direito natural para o plano positivo.[75]

[75] José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 177; José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, p. 56; Leib Soibelman, *Enciclopédia do advogado,* p.125.

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 condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.[76]

Bobbio[77], em sua obra *Era dos Direitos*, admite que se deve parar de justificar os direitos humanos e afirma que seria melhor assegurá-los. Argumenta que os direitos humanos, freqüentemente, são colidentes, pouco definidos e variáveis historicamente, concluindo que não existem direitos fundamentais por sua própria natureza.

Direito da personalidade é a primeira e fundamental categoria de bens da pessoa, direitos que o ser humano tem em face de sua própria condição, direitos naturais ou inatos (originários), impostergáveis, anteriores ao Estado e inerentes à natureza livre do homem. Atualmente, reconhecido constitucionalmente pelo Estado.[78] Pressupõe relações de igualdade.

Esses direitos passaram do âmbito territorial (nacional) para o internacional, com a Convenção Universal de 1948, realizada em vista dos fins da própria ONU, para o desenvolvimento e o encorajamento do direito do homem e das liberdades fundamentais no mundo. Com a Revolução Industrial, em meados do século XIX, e mais

---

[76] Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, pág.1.

[77] Ibid., pág. 22.

[78] Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, pág. 6.

recentemente, com o progresso das comunicações, meados do século XX, surgiram inúmeros outros direitos para defesa da personalidade humana, inclusive em nível constitucional.

Para Fabio Konder Comparato[79], o movimento constante de unificação da humanidade percorre toda a História e corresponde, até certo ponto, ao próprio sentido da evolução vital.

Na história moderna, esse movimento unificador tem sido impulsionado por dois grandes fatores de solidariedade humana: de um lado, a ordem técnica (pelas invenções técnico-científicas), de outro, a natureza ética (afirmação dos direitos humanos). Os de ordem técnica, são transformadores dos meios ou instrumentos de convivência (padronização dos costumes e modos de vida, pela homogeneização universal das formas de trabalho, de produção e troca de bens, pela globalização dos meios de transporte e de comunicação); os de natureza ética, procuram submeter a vida social ao valor supremo da justiça (estabelecem as bases para a construção de uma cidadania mundial em que há relações de dominação, individual e coletiva).

Concluindo, entende-se que o conceito de *direitos humanos* tem caráter internacional, independente da vinculação do homem com qualquer ordem constitucional; portanto, possui caráter supranacional e pressupõe relações de poder. *Direitos fundamentais* são os direitos do homem reconhecidos e positivados no direito constitucional de um Estado; *direito do homem, direito da pessoa humana, direitos naturais*, todos possuem interconexão, estando ou não positivados.

[79] Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 54.

Na atual Constituição Brasileira, a título de exemplo, encontra-se essa diversidade semântica, em alguns itens: a) direitos humanos, art. 4º, inc. II; b) direitos e garantias fundamentais, epígrafe do Título II e art. 5º, § 1º; c) direitos e liberdades constitucionais, art. 5º, inc. LXXI; e d) direitos e garantias individuais, art. 60, § 4º, inc. IV.[80]

1.2.4. Direito Fundamental à liberdade

O ser humano sempre buscou a liberdade, seja no âmbito privado, seja no coletivo (social). O que deveria ser um direito inato à espécie humana, no decorrer dos tempos ver-se-á que desde a Antigüidade, que não o foi e a luta para conquistá-la e torná-la um direito fundamental, não foi das mais fáceis.

A palavra liberdade provém do latim *libertas*, de *líber* (livre). Desde a Antigüidade, a filosofia se preocupa com a noção de liberdade; mais recentemente, a sociologia, a antropologia e as ciências políticas. Não existe palavra que tenha recebido mais significados, e que tenha afligido os espíritos de tantas maneiras, como a liberdade, já observara Montesquieu.

A Antigüidade não conheceu a liberdade no sentido de reconhecimento de direitos individuais. A liberdade estava relacionada a atos políticos. Quanto à pessoa humana, inexistia liberdade, para ela, pois sua vida privada era posta sob vigilância. Dentre essas civilizações, Atenas era a que mais permitia a liberdade individual, reconhecida a todos aqueles que eram considerados cidadãos. Não o sendo as mulheres, escravos, estrangeiros e crianças. A liberdade consistia na faculdade de usar a palavra nas assembléias públicas. A *Politéia*

[80] Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 34.

garantia aos cidadãos atenienses a ampla liberdade de expressão e comunicação. *Polis,* entendida como a nova organização social e política, surgida em decorrência do renascimento do comércio, a partir do século VIII a.C. e após o fim da unidade política que o rei encarnava. A liberdade política está relacionada à democracia.

As bases da democracia grega podem ser consideradas a *isonomia*, igualdade de todos perante a lei; *isotimia*, livre acesso de todos os cidadãos ao exercício das funções públicas; *isagoria*, direito da palavra, da igualdade reconhecida a todos de falar nas assembléias populares, de debater publicamente os negócios do governo.[81]

Entre 460 e 430 a.C., Atenas, sob o governo de Péricles[82], atingiu o apogeu da vida política e cultural. Abaixo, pequeno trecho de um de seus discursos:

> *"Nós (atenienses) somos os únicos, de fato, a considerar que um homem que se desinteressa da coisa pública não é um cidadão tranqüilo, mas antes um cidadão inútil; pois a palavra não é, para nós, um obstáculo à ação; ao contrário, considerarmos perigoso passar à ação antes de nos termos suficientemente esclarecido pelo debate".*
>
> *Assim, "o traço marcante da democracia na Grécia antiga foi mais a isagoria, isto é, o igual direito de qualquer cidadão manifestar-se publicamente nas reuniões, do que a isonomia".*

Por ironia, na própria Grécia, em intensa crise e valores políticos e morais, Sócrates, anos mais tarde (399 a.C.), seria condenado a morrer bebendo cicuta, pois, segundo seus acusadores, a pretexto de educar os jovens e ensiná-los a pensar racionalmente as questões morais, tornando-os, assim cidadãos melhores, na verdade, os

---

[81] Os Pensadores, *A história da filosofia,* p. 21-24.

[82] Os Pensadores, *Sócrates,* p. 19-22.

corrompia. Perdeu a vida, por ensinar os jovens a serem livres para pensar e questionar. Triste metáfora da decadência da democracia.

A importância da liberdade está intimamente ligada ao momento em que aparece a autoridade. Conflitam-se de um lado o Estado detentor do poder de polícia, legitimando, assim, sua autoridade, e de outro, a capacidade da pessoa agir livremente.

Várias correntes existiram, vários pensadores analisaram essa questão. John Locke[83] (1632-1704), individualista liberal, defendia a corrente, através da qual o homem poderia fazer tudo o que sua consciência determinasse como correto, possuindo o Estado somente o poder de polícia. Thomas Hobbes[84] (1588-1679), individualista autoritário, defendia que a liberdade estava no direito da natureza e significava a ausência de impedimentos externos e o poder de fazer o que quiser. Nesse estado de natureza, onde cada um pode fazer o que quiser e todos têm direito a tudo, o Estado devia ser controlador, gerando a renúncia à liberdade individual frente à liberdade de todos. O resultado foi uma *condição de guerra de todos contra todos*, não havendo, nenhuma segurança.

Com Jean Jacques Rousseau[85] (1712-1776) dá-se a passagem do Estado de natureza para o Estado civil, construído sob as bases do *Contrato Social*, onde o homem adquire outras liberdades, a civil e a moral. No *Contrato Social* o homem perde a liberdade natural e ilimitada estabelecida sob a força do indivíduo.

---

[83] Locke. Disponível em http://www.mundodosfilosofos.com.br/locke.htm. Acesso 27.11.2004, às 20.35h.

[84] Hobbes. Disponível em http://www.mundodosfilosofos.com.br/hobbes.htm. Acesso 27.11.2004, às 20.40h.

[85] Os Pensadores, *Rousseau*, *O Contrato Social*, p. 36.

A liberdade para as civilizações modernas, assim consideradas as pós-Revolução Francesa, está na submissão somente à lei. Ter o direito de dizer sua opinião, de não ser detido, preso, condenado, pela vontade arbitrária de um ou mais indivíduos, de exercer seu trabalho, ter e dispor de sua propriedade, ter liberdade religiosa, de reunir-se etc. Assim, a liberdade individual era grande. A liberdade política era exercida pela representação, isto é, uma fração abstrata do poder.

Percebe-se que a restrição à liberdade individual imposta pelos Estados antigos era perigosa e opressora, pois afetava diretamente a existência interior do homem. Foi com o Cristianismo que se deu início à imposição de limites aos Estados absolutistas, a partir da idéia de que o homem é um fim em si mesmo e não um meio. Essa idéia influenciou alguns documentos da Idade Média.

O primeiro limite imposto ao poder real foi a *Magna Carta* (1215), dirigida aos nobres e ao clero ingleses, sem repercussão ao restante da população. Depois vieram o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679), o *Bill of Rights* (1688) e os demais, todos já mencionados no presente estudo. No século XVIII, com as Declarações americanas, inicia-se a história dos direitos fundamentais, dentre eles, o da liberdade. A primeira foi a Declaração do Estado de Virgínia, em 15.06.1776, cujos arts. 1º e 12, estabeleciam:

> *Art. 1º. Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.*
>
> *Art. 12. Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e jamais pode ser restringida, senão por um governo despótico*.

Depois, a da Pensilvânia, também em 1776 e a Constituição de 1787. Em seguida, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em agosto de 1789, cujo art. 11 estabelecia:

> *Art. 11. A livre manifestação do pensamento e das opiniões como um dos direitos mais preciosos do homem*.

A Constituição Americana de 1791, também garantia:

> "*a liberdade, a todos os homens, de falar, escrever, imprimir e publicar seus pensamentos sem que seus escritos possam ser submetidos a qualquer censura antes da publicação (...). (..). O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos*".

O conceito de liberdade passa por reformulação, quando da Revolução Russa de 1917 e quando da Constituição que a seguiu, de 1918. Isto demonstra que fatores sociais, políticos, econômicos e técnicos, influenciam a evolução e alterações no conceito de liberdade, ao longo dos tempos. Além do enfoque do conceito de liberdade ser transformado, nota-se que novas categorias de direitos também foram surgindo, principalmente após a Constituição mexicana de 1917 e a Revolução bolchevista, na Rússia, do mesmo ano, que implantaram no seio social, novas filosofias políticas.

Liberdades sociais, referentes aos direitos sociais, surgidos após o fim da I Guerra Mundial, com as doutrinas políticas sociais. São as prestações positivas do Estado, a fim de possibilitar melhores condições de vida aos mais fracos, na Constituição Brasileira, estão elencadas no art. 6º, com a redação dada pela EC 26, de 14.02.2000 (direitos sociais: educação, saúde, trabalho etc.). Têm-se as liberdades, atinentes aos direitos difusos: preservação do meio

ambiente, proteção ao consumidor, ao patrimônio histórico, artístico e estético etc.

Os poderes dos Estados passaram a ser, progressivamente, limitados levando a questionar quanto à dissociação entre política e liberdade. Hanna Arendt[86], a partir de observações feitas em Estados totalitários, em análise mais aprofundada, chega a crer que 'a liberdade começa onde a política termina'. Juridicamente, pode-se concluir que liberdade é a faculdade ou o poder outorgado à pessoa, para que possa agir segundo sua própria determinação, respeitadas, no entanto, as regras legais instituídas. A liberdade, pois, exprime a faculdade de se fazer ou não fazer o que se quer, de pensar como se entende, de ir e vir a qualquer parte, quando e como se queira, exercer qualquer atividade, tudo conforme a livre determinação da pessoa, quando não haja regra proibitiva para a prática do ato ou não se instituíra princípio restritivo ao exercício da atividade.[87]

O conceito de liberdade é amplo (liberdade religiosa, de locomoção, de associação, de decisão, de pensamento, de opinião, de expressão da palavra, de consciência, de imprensa, de informação, dentre muitas outras). Liberdade, enfim, consiste em fazer tudo o que se quer, desde que não prejudique o outro, dentro das limitações legais.

---

[86] Hanna Arendt, *Entre o Passado e o Futuro*, p. 195, *apud* Luiz Gustavo Grandinetti C. Carvalho, *Liberdade de Informação e direito difuso à informação verdadeira*, p. 15.

[87] De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, Forense, v. III, p. 941.

CAPÍTULO 2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO E DIREITO DA COMUNICAÇÃO

2.1. Liberdade de expressão e comunicação

2.1.1. Breves considerações

Este é um dos eixos do presente estudo, os direitos fundamentais da liberdade de expressão e comunicação. O outro eixo refere-se aos direitos fundamentais da pessoa à privacidade, que, para fins deste estudo, englobará a intimidade, vida privada, imagem e honra, que serão abordados no avançar do mesmo. Ambos considerados, num primeiro momento e em sentido macro, como direitos da personalidade.

Liberdade, entendida como direito fundamental da pessoa, pode ser física ou moral e contém um valor para a pessoa. Para esse estudo, a que interessará, especificamente, será a liberdade à informação, a liberdade da comunicação, cujo núcleo central é o pensamento e a manifestação do pensamento.

Quanto aos aspectos filosóficos, históricos, políticos, sociais da pessoa humana e da liberdade, enquanto gênero, sua conquista e sua positivação, já foram vistos até esta etapa do estudo. Agora, ater-se-á ao direito à liberdade de expressão e comunicação, direito este inserido no rol dos de primeira geração. Liberdade de pensar, de manifestar seu pensamento, de se informar, de se comunicar, de ter acesso a toda informação (ser informado), de ter a faculdade de investigar; todos esses ângulos sob o enfoque do direito da comunicação, demonstrando que esses direitos se mesclam e se completam, bem como compõem um dos pilares de um Estado Democrático de Direito.

A liberdade de informar alcançou o *status* de direito fundamental ao longo da história. Não é só o Estado garantir a liberdade de informar, sendo necessário, também, ter um direito a ela acrescido, caso contrário, fica diminuída em conteúdo.

2.1.2. Liberdade de manifestação do pensamento nas Constituições brasileiras

O Brasil teve sua primeira Constituição em 25.03.1824, a Constituição Política do Império do Brasil. Em seu art. 179, inc. 4º, encontra-se a garantia a todos do direito de:

> *Art. 179 (...) 4º. Todos podem comunicar seus pensamentos por palavras, escritos e publicá-los pela imprensa, sem dependência de censura, contanto que hajam de responder pelos abusos que cometerem no exercício deste direito, nos casos e pela forma que a lei determinar.*

A segunda Constituição, de 24.02.1891, em seu art. 72, § 12, também assegurou a liberdade da manifestação de pensamento pela imprensa e acrescentou o *"vedamento do anonimato":*

> *Art. 72 (...). § 12. Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa e pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar.*

A Constituição de 16.07.1934, no art. 113, § 9, embora tratando da manifestação do pensamento ampliou em especificações, pois a cláusula de vedamento da censura comportou uma exceção, quanto a espetáculos e diversões públicas, além de que surgiram cláusulas de asseguramento do direito de resposta, de publicação de livros e periódicos, sem dependência de licença do poder público e de intolerância, quanto à propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem pública ou social.

> *Art. 113 (...). § 9. Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar.*

A Constituição de 10.11.1937, em seu art. 112, item XV, subordinando, sempre, as liberdades e garantias individuais ao seu autoritarismo compressivo, consumou um largo corte na continuidade do princípio da liberdade de manifestação de pensamento, pois apenas o enunciou em uma espécie de simplicidade superior, como que abstrata e vazia; logo em seguida, mutilou-a expressamente, em todos os seus pendores de aplicação prática, isto é, admitiu que a lei prescrevesse, com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação.

> *Art.112 (...). XV. Todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e em limites prescritos em lei.*

Também permitia-se que a lei estipulasse sobre impedimento de manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, bem como leis, especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude e providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.

Ainda contra a imprensa, esse dispositivo constitucional, interessadamente, mandou regulá-la por lei especial que lhe daria uma função de caráter público, mas, impôs-lhe uma série de obrigações, dentre as quais: a que a obrigaria inserir comunicados do Governo, em dimensões previamente taxadas; a que asseguraria a todo cidadão o direito de fazer inserir, gratuitamente, nos jornais que o infamassem ou injuriassem, resposta, defesa ou retificação; a que proibiria o

anonimato; a que efetivaria a responsabilidade por pena de prisão contra o diretor responsável e por pena pecuniária aplicada à empresa; a que, mediante caução ou garantia sobre as máquinas, caracteres e outros objetos tipográficos utilizados na impressão no jornal, ficasse assegurado o pagamento da multa, reparação ou indenização e das despesas nas condenações pronunciadas por delito de imprensa, sem prejuízo dos privilégios eventuais derivados do contrato de trabalho da empresa jornalística com os seus empregados etc.

Encontra-se, ainda, a manifestação do pensamento na Constituição de 18.09.1946, no art. 141.

> *Art. 141 (...). É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer.*

A Constituição de 24.01.1967, no art. 150, § 8º, fixou o princípio da livre manifestação do pensamento, sem que dependesse de censura, ressalvando os espetáculos e diversões públicas e relegou à legislação ordinária a preceituação dos abusos. E, no art. 166, § 2º, outorgava à lei estabelecer outras condições. A Emenda Constitucional Nº 1, de 1969 manteve o princípio da Constituição de 1967, mas acrescentou a intolerabilidade às publicações contrárias à moral e aos bons costumes (art. 153, § 5º).

> *Art. 153 (...). § 5º. É livre a manifestação do pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação, independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer.*

A Constituição atual, de 05 de outubro de 1988 tratou do assunto, e amparou a liberdade positiva de expressão do pensamento, e a negativa (direito de não exprimir o próprio pensamento – direito fundamental ao silêncio, e ao eleitor, de não declarar o seu voto).

Encontram-se essas disposições em vários incisos do art. 5º: **IV** (liberdade da manifestação do pensamento, vedando o anonimato); **V** (direito de resposta, proporcional ao agravo e indenização por dano material, moral ou à imagem); **IX** (liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, sem censura); **XIV** (acesso à informação e sigilo da fonte); **XXXIII** (direito de receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, coletivo ou geral); e **LXIII** (direito assegurado ao preso e acusados em geral, de permanecer calado).

> ***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 moral, material e à imagem;* ***IX*** *- é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;* ***XIV*** *- é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;* ***XXXIII*** *- todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.* ***LXIII*** *– o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado.*

Os arts. **220 a 224** tratam da comunicação social, do ato de comunicar, de transmitir informações, através dos meios de comunicação. Sendo que, no art. 220, § 1º, estipulam-se alguns impedimentos à liberdade de expressão jornalística.

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

A matriz da liberdade de expressão e comunicação (denominação mais atual para a liberdade de imprensa), é a liberdade de manifestação e divulgação do pensamento.

Esclareça-se que a utilização da expressão *liberdade de imprensa* deve-se ao fato dela ter sido o primeiro veículo de divulgação de informação, fatos e notícias, mas hoje, em decorrência do avanço tecnológico, sua conotação é muito mais abrangente, embora o termo ainda permaneça como um 'símbolo' da liberdade de expressão e comunicação, independente do veículo utilizado para tal.

Nelson Hungria[88] afirmava que a expressão *liberdade de imprensa* foi abandonada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, Declaração esta aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 10.12.1948, e sugeria que se adotasse a expressão *liberdade de informação*, por entender que esta representaria melhor a nova realidade dos veículos de comunicação, pois não existia somente a imprensa escrita, bem como abrangeria aspectos que a antiga não abrangia, o direito da coletividade à informação.

Assim, mesmo sendo inapropriada para representar o processo da comunicação, a expressão *liberdade de informação*, bem como *liberdade de imprensa,* são muito utilizadas em documentos internacionais. O termo liberdade de expressão e comunicação parece ser o mais adequado, por melhor captar a evolução jurídica da comunicação humana, significando a faculdade de manifestar livremente os próprios pensamentos, idéias, opiniões, crenças, juízos de valor, por meio da palavra oral e escrita, da imagem ou de qualquer outro meio de difusão (liberdade de expressão), bem como a faculdade de comunicar ou receber informação verdadeira, sem impedimentos nem discriminação (liberdade de comunicação).

[88] Nelson Hungria, *Comentários Código Penal,* p. 269/270.

Pontes de Miranda[89] ensina que liberdade de imprensa é uma liberdade relacionada com as demais pessoas, enquanto liberdade de pensamento é relacionada ao homem consigo mesmo.

Inicialmente, pode-se trabalhar com o conceito de comunicação social, como sendo a garantia institucional aos veículos de comunicação, para circularem para toda coletividade os pensamentos, idéias, opiniões, fatos, crenças, juízos de valor (notícia de transcendência pública).

Comunicação social refere-se à coletividade, ao passo que a liberdade de pensamento é um direito subjetivo fundamental, garantido a todo cidadão, sendo livre a estes, os pensamentos, as idéias, as opiniões, as crenças, os juízos de valor. Toda manifestação, exteriorização do pensamento, é forma de comunicação. Esta pode ocorrer através da palavra oral, escrita, ou por qualquer meio suscetível de reprodução.

Essa liberdade de expressão e comunicação está inserida num contexto comunicativo pessoal, ou interpessoal (face a face), ou ainda, restringida ao contexto de comunicação em pequeno grupo, podendo, ainda, envolver pessoas presentes ou ausentes. Veja-se alguns exemplos: entre presentes (diretamente): de pessoa para pessoa (duas pessoas, ex: num diálogo), ou de uma pessoa para outra (s) (várias pessoas, ex: uma palestra); entre ausentes (indiretamente), aqui podendo envolver pessoas determinadas (ex: cartas, telefonemas), ou indeterminadas (ex: livro, jornal, revista, televisão, rádio).[90]

---

[89] Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, T. 5, p. 139, *apud* Darcy Arruda Miranda, *Comentários á Lei de Imprensa*, p. 84/85.

[90] José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, p. 90 e 821.

2.1.3. Liberdade de expressão e comunicação: Constituição de 1988 e legislação infraconstitucional

Decorrido mais de um século e meio, entre a Constituição do Império de 1824 e a Constituição de 1988, esta dispõe em seu art. 5º, inc. IX, que: *"É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença"*. Assim, reencontraram-se as Constituições de 1824 e 1988, no intuito de abolir a censura.

A de 1824, explicitamente, suprimiu a censura contra a comunicação de pensamentos. A de 1988 aboliu a ressalva para admitir a censura, que vinha desde a Constituição de 1934 até a de 1969, contra espetáculos e diversões públicas (matérias não disciplinadas na Lei de Imprensa, conforme art. 220, § 3º).

Com as autorizações constitucionais, foram elaboradas diversas leis especiais, referentes ao exercício do direito de liberdade de manifestação do pensamento: Decreto 24.776, de 14.7.1934, a Lei 2.083, de 12.11.1953 e a Lei 5.250, de 09.02.1967, com vigência a partir de 14.03.1967.

Reforça-se que a palavra imprensa não tem apenas o significado restrito de meio de difusão de informação impressa, mas sim, uma acepção ampla, englobando todos os meios de divulgação de informação ao público, meios modernos e poderosos, veículos de difusão, tais como o rádio, a televisão e internet, cujo alcance sobre a grande massa é rápido e ilimitado.

Mas, a par do lado positivo, quanto à acepção mais ampla atribuída à palavra imprensa, outros fatores fizeram com que alguns artigos da atual Lei de Imprensa se tornassem conflitantes e obsoletos

com os atuais textos, constitucional e infraconstitucional, não sendo recepcionados por estes. Além de todo esse grande avanço tecnológico, houve a promulgação, em outubro de 1988 da atual Constituição (CF/88); em 13.07.1990, do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90 (ECA) e do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90 (CDC); em 1998 da Lei de Direito Autoral, Lei 9.610/98 (LDA); e em 2002, do Novo Código Civil Brasileiro, Lei 10.406, de 10.01.2002 (CC/2002), que entrou em vigor um ano após sua publicação, em 10.01.2003.

A Lei de Imprensa (5.250/67) tem hoje aplicação parcial, haja vista alguns de seus artigos não terem sido recepcionados pela atual Constituição Brasileira. Existe Projeto de Lei para reformulá-la (PL 3.232, de 1992), tramitando desde então, tendo obtido votação unânime na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) em 1997. Aguarda votação no plenário, mas sem data prevista para acontecer.

O reflexo do acima exposto é sentido na atual jurisprudência. Cite-se o exemplo abaixo: pela atual Lei de Imprensa (5.250/67), art. 2º, há a proibição de publicações clandestinas e as que atentem contra a moral e os bons costumes, a necessidade de permissão ou concessão federal, para a exploração de serviços de radiodifusão e a livre exploração do agenciamento de notícias, desde que registradas as empresas. Esta matéria está superada pela Constituição de 1988, que não recebeu a legislação anterior restritiva da liberdade de expressão artística. Ementa do TRF corrobora tal entendimento:

> *TRF. 1ª Região. Ementa: Censura artística: inexistência no texto Constitucional (art. 5º, IX), ressalvada da mera classificação de diversões e espetáculos públicos por faixa etária à que não recomendem, locais e horários em sua apresentação se mostre inadequada' (art. 220, § 3º, I). Ex. Do*

filme Je vous salue Marie. (AC 89.01.24071-8-MG, Rel. juiz Hércules Quasímodo, 2ª. T., j. 12.06.1990, DJ2, 06.08.1990, p. 16.611).

TRF. 1ª. Região. Ementa: Censura em película cinematográfica. Portaria que impôs corte e elevações da faixa etária dos espectadores após a expedição do certificado. Constituição de 1988. Liberdade de expressão artística. Arts. 5º, IX e 220, § 2º, I– Caso em que, após a expedição do certificado de censura permitindo a exibição de película cinematográfica em rede comercial, a antiga Divisão de Censura da Polícia Federal expediu portaria, em 1986, impondo supressão de cenas e elevando a idade mínima dos espectadores para dezoito anos. II- Matéria que ficou superada pela Constituição Federal de 1988, que não recebeu a legislação anterior restritiva da liberdade de expressão artística...(REO 90.01.02610-9-DF, Rel. juiz Aldir Passarinho Junior, 1ª. T., j. 14.5.1991, DJ 10.06.1991, p. 13.166).

Porém, a referida classificação indicativa revela um propósito nobre e de inquestionável relevância, que é a proteção às crianças e aos jovens, por serem considerados como pessoas que estão em fase de desenvolvimento de sua personalidade. Este argumento suporta a regulamentação deste assunto pelo ECA (8.069/90). O descumprimento gera infrações administrativas previstas em seus arts. 252 a 258.

Exemplo de compatibilidade entre a Lei de Imprensa (5.250/67) e a Constituição Federal de 1988, no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação, no que tange à proibição do anonimato e ao respeito ao sigilo quanto às fontes e origens de informações recebidas ou recolhidas por jornalistas, rádio-repórteres, ou comentaristas: Lei de Imprensa, art. 7º, *caput,* combinado com o art. 5º, inc. IV e XIV, da Constituição de 1988.

A atual Constituição contempla a liberdade de imprensa, como poucos países do mundo, em seu art. 220, *caput*, e parágrafo 1º:

> ***Art. 220****. A manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.*
> ***§ 1º****. Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV"*.

Fica inadmitida toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (CF/88, art. 220, § 2º), não se esquecendo que a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão, dentre outros, ao princípio do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221, inc. IV). Nessa matéria, o ECA deve ser respeitado, sob pena de o Ministério Público Estadual ou Federal intervir.

2.1.4. Imprensa: primeiro veículo de comunicação

Face à importância e origem da liberdade ora em comento, aborda-se aqui o primeiro veículo de comunicação – a imprensa.

Desde os tempos mais remotos, os homens procuravam se entender por meio de símbolos e sinais. Pela persistência dos antropólogos, descobriu-se que, desde a idade da pedra (paleolítica e neolítica), os homens transmitiam os seus pensamentos por meio de incisões e pinturas rupestres. Inscrições ideográficas e hieróglifos eram os veículos de transmissão de idéias e notícias, podendo-se considerar esta forma de comunicação entre os homens como os primórdios da imprensa. Egiptólogos afirmaram que, em 1750 a.C., no reinado de *Thoutmés III*, existia um jornal oficial, e no tempo do *Faraó Amarsis* existiam jornais satíricos que ironizavam sua administração. Na China,

o papel e o jornal já eram conhecidos desde a antiguidade. Há notícia de que existiu um jornal por mais de 1300 anos, intitulado *King-Pao.*[91]

Em Roma, eram fixadas, nas paredes de edifícios públicos, notícias sobre fatos relevantes. Depois, jornais informativos circularam por meio do serviço postal, levando as novidades sobre o Império. Em Veneza, no século XV, eram enviadas notícias escritas à mão, a embaixadores e agentes espalhados pelo mundo. Surgiu, então, a primeira *Gazzetta*, pequeno jornal com circulação semanal. A Itália, nessa época, era o centro cultural, de negócios e asilo da liberdade em toda a Europa. Depois, a publicação dessas gazetas estendeu-se por todos grandes centros europeus.

João Gensfleisch de Sorgeloch, depois João Gensfleisch Gutenberg, conhecido mundialmente como Gutenberg, em 1436, inventou caracteres tipográficos, fazendo funcionar a primeira máquina de imprimir (prensa), possibilitando a rápida evolução dos impressos. Historicamente, foi o primeiro meio de comunicação social. Gutenberg deu ao mundo a primeira tipografia, em 1445.

Os livros foram os primeiros meios de comunicação moderna, chegando à Europa ocidental bem antes dos jornais e revistas. A partir da impressão da Bíblia, contendo 42 linhas, em duas colunas, por Gutenberg, em 1455, a explosão tipográfica tomou dimensões nunca dantes imaginadas, influenciando o destino da humanidade, de forma decisiva.[92] Com a prensa, a palavra passou a pertencer ao mundo objetivo, podendo ser vista.

---

[91] Jacques Bourquin, *La Liberté de la Presse,* 1950, p. 35, *apud* Darcy Arruda Miranda, *Comentários à Lei de Imprensa,* p. 20.

[92] Oduvaldo Donnini e Rogério F. Donnini, *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem e sua quantificação,* p, 19.

Mas foram os jornais os pioneiros meios de comunicação de massa. Em maio de 1605, o impressor Abraham Verhoeven criou o periódico *Nieuwe Tijdingen* para avisar aos habitantes de *Amberes*, cidade sitiada pelo exército do duque de Nassau, o que acontecia e para informar as notícias que chegavam de Portugal e Espanha.

No início, os jornais eram chamados de jornais políticos e editados semanalmente. Na metade do século XVII, passaram a ser diários. No final do século XVII surgiram as revistas. Elas não continham informações, mas instruções pedagógicas, críticas e resenhas. Eram revistas científicas, direcionadas ao público culto. Tem-se notícia do *Journal des Savants*, em 1665; da *Acta Eruditorum,* em 1682 e das *Conversações Mensais,* em 1688.

Didaticamente, pode-se dizer que a evolução da imprensa passou por três períodos. O primeiro, no século XVIII, quando os jornais se consolidam, estão organizados, constituídos através de empresas e seus produtos tornam-se bens comerciais. Nasce, nesse momento, a preocupação com a regulação de sua liberdade, tais como, autorização para funcionamento, estabelecimento de responsabilidade por matérias publicadas e a expressão 'liberdade de imprensa'. O segundo, na metade do século XIX, vinculando-se ao conceito de comunicação pública, pois até então o jornalismo era visto como serviço privado, sem função pública. Inicia-se a concepção de que a imprensa constitui uma esfera pública, para a vida política dos cidadãos. O terceiro, do início do século XX até hoje, reafirma a idéia de que, na comunicação escrita, existe um interesse público. Pelo fato de ter adquirido grande importância e ter-se destacado, começa-se a pensar em restringir as publicações, quando interesses coletivos e do Estado forem superiores aos interesses individuais, ou salvar os interesses individuais quanto à privacidade. São estipulados direitos e deveres aos jornalistas, bem como o controle da propriedade da imprensa. Na metade do século

passado, outro fator importante tomou proporções alarmantes: a concentração da propriedade, afetando a diversidade de informações e o pluralismo da sociedade.[93]

2.1.5. Aspectos históricos e como a questão é tratada em outros países

A afirmação da liberdade de expressão e comunicação como direito fundamental é relativamente recente. As três pátrias da liberdade de imprensa foram Inglaterra, Estados Unidos e França.

O primeiro país a preocupar-se com a liberdade de imprensa foi a Inglaterra, a partir de uma decisão do Parlamento, em 1695, de não renovar o ato que estabelecia a censura prévia (*Licensing Act)*. Preservaram-se, assim, os direitos fundamentais (*fundamental rights*) ou liberdades civis *(civil liberties*), bem como a garantia da pessoa não ser presa indiscriminadamente *(freedon from arrest*). Em 1695, houve a decisão histórica, mas antes, em 1644, também na Inglaterra, travou-se uma luta furiosa pela conquista da liberdade de expressão e comunicação: *Aeropagítica*, discurso sobre liberdade de imprensa ao parlamento da Inglaterra, publicada por John Milton, em novembro de 1644. O texto é um apelo do autor ao Parlamento para que fosse revogada a censura prévia instituída por meio de Decreto do Parlamento, para assuntos de imprensa (*Parliamentary Ordinance for Printing)*. Para John Milton, a liberdade de expressão e comunicação era *o maior tesouro de uma vida* (*the best treasure of a good old age*). Seu pedido não foi atendido pelo Parlamento, mas o argumento utilizado, de que a livre manifestação do pensamento conduz ao avanço do

[93] Edilsom Pereira de Farias, *Liberdade de expressão e comunicação,* p. 134-135.

conhecimento e à descoberta da verdade, constituiu fundamento clássico na preservação da liberdade de expressão e comunicação.[94]

Mas, se por um lado, admitia-se uma imprensa plenamente livre, por outro, a responsabilidade de quem dela abusava era enorme, tanto na esfera penal, quanto na civil.

Estados Unidos e França também se destacaram nesse assunto, sendo os pioneiros em constitucionalizar a liberdade de expressão e comunicação e a proclamá-la como direito fundamental.

Nos Estados Unidos, a Declaração da Virgínia, em 1776, em seu art. 14, assegurava apenas, especificamente, a liberdade de imprensa. A Primeira Emenda à Constituição, em 1791, estabelecia:

> *"O 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".*

Na França, os arts. 10 e 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, determinava que ninguém devia ser inquietado por suas opiniões, mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbasse a ordem pública, estabelecida pela lei.

> ***Art. 10****. O pensamento deve ser independente de toda regra estabelecida pelo Estado; cada um pode pensar e crer o que queira; a liberdade de crer deve ser também tão concreta quanto a liberdade de não crer; e cada um deve poder exprimir livremente, sem autorização prévia, tudo o que pensa e tudo o que cria. Esta liberdade comporta apenas um limite, sempre o mesmo: o respeito da liberdade alheia. A manifestação das opiniões deve ser reprimida se ela perturba a ordem pública estabelecida pela lei.*

---

[94] Edilsom P. Farias, *Liberdade de expressão e comunicação,* p. 58; Oduvaldo Donnini e Rogério F. Donnini, *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem*, p. 31.

> ***Art. 11**. A livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade pelos casos determinados pela lei.*

Em 1791, a Constituição Francesa complementou o tema, conforme redação de seu art. 7º:

> ***Art. 7º**. O direito de manifestar seu pensamento e suas opiniões, pela imprensa ou por qualquer outra via, o direito de ser reunir pacificamente e o livre exercício dos cultos não podem ser proibidos*.

A Declaração, de 1789, estabelecia limites aos abusos da imprensa. A Constituição, de 1791, monárquica, acentuava a tendência à censura prévia. A de 1793, "Constituição Jacobina", promulgada após a queda da monarquia e execução de Luís XVI, prescrevia a liberdade indefinida. Em 1835, após o atentado ao Rei Luís Felipe, foi aprovada nova legislação, a qual submeteu a imprensa a rigoroso controle do Estado e limitou consideravelmente as matérias de natureza política. Somente com a Revolução de 1848 a imprensa foi realmente livre na França.

Nessa ideologia seguiram as Constituições da Holanda (1815), da Bélgica (1831), da Suíça (1809), da Noruega (1814) entre outras. Permitia-se a censura prévia na Constituição da Grécia (1911), o seqüestro na da Itália (1947), seqüestro é equivalente, no ordenamento jurídico brasileiro, ao instituto da busca e apreensão, e também na Constituição da Grécia.

Outras Constituições impuseram severas penalidades à liberdade de imprensa, principalmente as Constituições do bloco socialista. As mais extremas foram a da União Soviética (1939) e a da Romênia, que limitava a liberdade de imprensa à classe trabalhadora. A

da Iugoslávia, dentre as socialistas, era a mais liberal, mas, mantinha a censura prévia.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pelas Nações Unidas, em 10.12.1948, em seus arts. 18 e 19, afirmou a liberdade pura de pensar e de opinião. O projeto de Pacto Internacional, relativo aos direitos civis e políticos distinguiu, nitidamente, a liberdade de opinião da liberdade de expressão, conforme dispõe o inciso I, do art. 19, onde ninguém pode ser inquietado por suas opiniões e, no inc. II, onde toda pessoa tem direto à liberdade de expressão.

A Comissão dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas ao elaborar o dispositivo do art.19, unificou, nesse primeiro momento, em uma só cláusula essas duas liberdades. Mas, no transcorrer dos debates, constatou-se que tinham caráter diferente. A primeira era unicamente uma questão de ordem pessoal, confinada ao espírito, ao passo que a segunda era uma questão de ordem pública e de relações humanas, e devia ser submetida a restrições impostas pela lei e pela moral. Mesmo reconhecendo que o indivíduo esteja submetido à influência do mundo exterior, considerou-se que nenhuma lei devia dispor sobre suas opiniões e que nenhum poder podia impor-lhe esta ou aquela opinião *(Documento A/2.929 das Nações Unidas, Nova York, 1955, p. 54/55)*.

> ***Art. 19.*** *Todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e expressão; o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão.*[95]

[95] Paulo Ferreira da Cunha, *Teoria da Constituição, T. II - Direitos humanos e direitos fundamentais*, p. 322.

Através desse documento, o direito à informação ingressou na esfera legislativa. Na Conferência de Genebra, que aprovou o texto, os Estados Unidos lideravam o grupo, que defendia a livre informação sem qualquer obstáculo. A extinta União Soviética liderava os países que sustentavam que a liberdade sem limites era contrária à liberdade de informação.

Também em 1948, foi aprovada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em Bogotá, cujo art. 4º estabeleceu:

> ***Art. 4º.*** *Toda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão, e de difusão do pensamento por qualquer meio*.

A Lei Fundamental da Alemanha, de 23.5.1949, no art. 5º, alínea I, garantiu a liberdade de manifestação de opinião e informação, a liberdade de imprensa e de reportagem por radiodifusão e filme, e proibiu, qualquer forma de censura. Todavia, não há essa proteção à manifestação de opinião, se a informação estiver relacionada a fatos falsos.

Em 1950, em Roma, foi aprovado o Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, que prescrevia no art. 10 a liberdade de expressão e a de receber e transmitir informação. Estabeleceu, também, deveres e responsabilidades para os órgãos de comunicação, que passam a serem submetidos a restrições necessárias e justificadas nos casos em que determinar o Convênio:

> ***Art. 10. 1****.Toda pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou comunicar informações ou idéias sem que possa haver ingerência de autoridades públicas e sem consideração de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, cinematográficas ou*

de televisão a um regime de autorização prévia. ***2****. O exercício destas liberdades, que contêm deveres e responsabilidades, poderá ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções previstas pela lei, que constituem medidas necessárias em uma sociedade democrática para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do delito, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da reputação ou dos direitos alheios, para impedir a divulgação de informações confidenciais ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do Poder Judiciário.*

Em 1966, a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas aprovou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que prevê em seu art. 19:

> ***Art. 19. 1****. Ninguém poderá ser molestado em razão de suas opiniões.* ***2.*** *Toda pessoa tem direito à liberdade de expressão; este direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem limitações, na forma oral, por escrito, impressa ou artística ou por qualquer outro procedimento de sua escolha.* ***3****. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 deste artigo compreende deveres e responsabilidades especiais. Por conseguinte, pode estar sujeito a certas restrições que deverão estar expressamente previstas em lei e ser necessário para: a) assegurar o respeito aos direitos e reputação de outros; b) a proteção da segurança nacional, da ordem ou moral públicas, ou da saúde.*

Em 1969, com o objetivo de afiançar os direitos humanos nas Américas, foi firmada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como *Pacto de São José da Costa Rica*, cujo art. 13, estipula:

> ***Art. 13. 1****. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem limitações, na forma oral, por escrito, impressa ou artística ou por qualquer outro procedimento de sua escolha.* ***2.*** *O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à prévia censura senão a responsabilidades ulteriores, que devem estar expressamente previstas em lei e necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou a reputação de*

outros; ou b) a proteção da segurança nacional, a ordem pública, saúde ou moral públicas. ***3.*** *Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel para jornais, de freqüências, ou de aparatos usados na difusão e a circulação de idéias e opiniões.* ***4.*** *Os espetáculos públicos podem ser submetidos pela lei à censura prévia, com o único objetivo de regular o acesso a eles, para a proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do estabelecido no inciso 2.* ***5.*** *A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.*

A Unesco[96] *(United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization),* reunida em Conferência Geral em Paris, em 1979, preocupada com as novas dimensões da liberdade de expressão e comunicação e conseqüências nas sociedades de massa, "propugnou uma nova ordem mundial da informação e da comunicação, mais justa e equilibrada". A Unesco passou a realizar a atividade da ONU, paulatinamente, no âmbito das comunicações. Criou uma Comissão Internacional de Estudos de Problemas da Comunicação, conhecida como Comissão Mac Bride, em razão do irlandês Sean Mac Bride, seu presidente.

Os princípios da liberdade de expressão e comunicação, configurados por essa Comissão, foram:

a) *O direito a saber, isto é, a ser informado e a procurar livremente qualquer informação que deseje obter, principalmente quando se refere à vida, ao trabalho e às decisões que se fazem necessárias adotar tanto individualmente quanto como membro da comunidade. A negativa de comunicar uma informação, ou a divulgação de uma informação falsa ou deformada constituem uma infração desse direito;* ***b)*** *O direito de o indivíduo transmitir aos outros a verdade, tal como a concebe, sobre suas condições de vida, suas aspirações, suas necessidades e suas queixas. Infringe-se*

[96] Maria José Baldessar, *Nem McLuhan, nem McBride: e agora?* Disponível em http://www.bocc.ubi.pt/pag/baldessar-maria-jose-mcluhan-mcbride.pdf. Acesso em 22.03.2006 às 13.45h.

esse direito quando se reduz o indivíduo ao silêncio mediante intimidação ou sanção, ou quando se nega a ele o acesso a um meio de comunicação; ***c)*** *O direito de discutir: a comunicação deve ser um processo aberto de resposta, reflexão e debate. Esse direito garante a livre aceitação das ações coletivas e permite ao indivíduo influir nas decisões que toma os responsáveis.*

A Constituição da República Italiana, no art. 21, estabelece:

> ***Art. 21****. Todos têm direito de manifestar livremente o próprio pensamento com a palavra, o escrito e qualquer meio de difusão. A imprensa não pode ser sujeita a autorizações ou censuras. Pode-se proceder ao seqüestro somente por ato motivado de autoridade judiciária, nos casos de delitos, pelos quais a lei de imprensa expressamente autorize, ou no caso de violação de normas que a própria lei prescreva, com a indicação dos responsáveis. Em tais casos, quando haja absoluta urgência e não seja possível a tempestiva intervenção da autoridade judiciária, o seqüestro do jornal não pode ser realizado por oficiais da política judiciária, que devem, imediatamente, e nunca depois de 24 horas, fazer a denúncia. Se esta não convalida o ato nas 24 horas sucessivas, o seqüestro se entende revogado e sem a produção de qualquer efeito. A lei pode estabelecer, com normas de caráter geral, que sejam reconhecidos os meios de financiamento dos jornais periódicos. São proibidas as publicações, os espetáculos e todas as outras manifestações contrárias ao bom costume. A lei estabelece procedimentos adequados para prevenir e reprimir as violações.*

A Constituição da República Portuguesa, de 02.04.1976, dispõe sobre a liberdade de expressão e informação e liberdade de imprensa e veículos de comunicação social, nos art. 37 e 38, ressaltando quanto à liberdade de imprensa, que ela implica na liberdade de expressão dos jornalistas e colaboradores, assim como o acesso às fontes de informação e à proteção da independência e do sigilo profissionais, dentre outros direitos:

> ***Art. 37*** *(Liberdade de expressão e informação).*
> ***1.*** *Todos têm o direito de exprimir o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o*

direito de informar, de se informar e de ser informado, sem impedimentos nem discriminações. ***2.*** *O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.* ***3.*** *As infrações cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei.* ***4.*** *A todas as pessoas, individuais ou coletivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de retificação, bem como o direito a indenização pelos danos sofridos.*
Art. 38 *(Liberdade de imprensa e meios de comunicação social).* ***1.*** *É garantida a liberdade de imprensa.* ***2.*** *A liberdade de imprensa implica: 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 direitos 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 redação; c) O direito de fundação de jornais e de quaisquer outras publicações, independentemente de autorização administrativa, caução ou habilitação prévias. (...).*

A Constituição espanhola, de 28.12.1978, trata, no art. 20, sobre o direito de comunicar e de receber informação verídica, protegendo o direito de opinião, o de expressão e o de informação:

Art. 20. 1. *São reconhecidos e protegidos os direitos:... d) de comunicar e receber livremente informação verídica por qualquer meio de difusão ....*

A Constituição sueca, no art. 1º, garante a liberdade de obter e de receber informação e de inteirar-se sobre as declarações das demais pessoas:

Art. 1º. 1. *A todos os cidadãos, em relação à comunidade, garantir-se-á (...).* ***2.*** *A liberdade de informação: liberdade de obter e de receber informação e de inteirar-se das declarações dos demais.*

A Constituição da Argentina trata do assunto nos arts. 14 e 32:

> ***Art. 14.*** *Todos os habitantes da Nação gozam dos seguintes direitos de acordo com as leis e regulamentos que regulam seu exercício: de trabalhar e exercer toda indústria lícita; de navegar e comerciar; de peticionar às autoridades; de entrar, permanecer, transitar e sair do território argentino; de publicar suas idéias na imprensa, sem censura prévia; de usar e dispor de sua propriedade; de associar-se com fins úteis; de manifestar livremente seu culto; de ensinar e aprender.*
> ***Art. 32.*** *O Congresso Federal não ditará leis que restrinjam a liberdade de imprensa, ou estabeleçam sobre ela.*

A Constituição Uruguaia, em seu art. 29:

> ***Art. 29****. É inteiramente livre em toda a matéria a comunicação de pensamentos por palavras, escritos, privados ou publicados na imprensa ou por qualquer outra forma de divulgação, sem necessidade de prévia censura; restando responsáveis o autor, e em sendo o caso, o editor ou emissor, conforme a lei pelos abusos que cometer.*

2.1.6. Liberdade de pensamento e de manifestação de pensamento

2.1.6.1. Distinção

Positivado estava o direito, a toda pessoa, à liberdade de falar, de escrever, de imprimir e publicar os seus pensamentos e acrescentava que os seus escritos não podiam ser submetidos a nenhuma censura ou inspeção antes de sua publicação. Assegurada pelas enunciações do direito positivo à liberdade de manifestação do pensamento, implícita estava a liberdade do próprio pensamento. A liberdade de manifestação é o complemento indispensável da liberdade de pensamento, cuja expressão deve ser sempre de caráter integral, completamente indivisível e inviolável, não podendo sofrer as limitações impostas pelo poder. Assegurada ou protegida a vida, o que interessa

depois é assegurar o proteger a manifestação do pensamento que está indissoluvelmente ligado ao próprio viver.

Todavia, com o surgimento de métodos e técnicas, bem como do progresso da ciência, que conduzem essa liberdade do pensamento, na tentativa de consolidação do poder, ameaçam, hoje, essa liberdade de pensamento, coagindo o foro mais íntimo da pessoa. Haja vista os velhos procedimentos de tortura, pelo qual as pessoas podiam ser levadas a abjurar publicamente uma idéia ou uma convicção, que fossem ou não de sua elaboração espontânea, afetando, assim, a liberdade pura do pensamento.

Por outro lado, maciças campanhas de publicidade e certas emissões sistemáticas de informações tendenciosas podem estimular o processo de formação de convicções coletivas ou individuais, que não sejam as naturais ou legítimas, e que francamente podem alterar o sentido da conduta e da evolução das comunidades ou pessoas.

Duguit[97] já tratava do tema, como sendo um princípio de "liberdade de opinião", abrangendo mais largamente não só o *"direito de se exprimir exteriormente e publicamente pela palavra, ou pelo escrito, o que se pensa ou o que se crê"*, mas antes disso o próprio *"direito intangível que cabe a cada um de pensar e de crer interiormente o que queira"*. Também frisou que a liberdade de opinião, conseqüência imediata da autonomia da pessoa humana, *"implica o direito de exprimir livremente, sem autorização, na medida em que esta manifestação não atente contra a ordem pública, estabelecida pela lei e contra as liberdades alheias, opiniões políticas, filosóficas, científicas ou religiosas, seja pela palavra, seja por escrito"*. Conseqüentemente, a

[97] Duguit, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 4ª ed., 1923, § 65, *apud* Cláudio Pacheco, *Novo tratado das Constituições Brasileiras,* vol. 2, p. 76.

liberdade de opinião *"compreende a liberdade de reunião, a liberdade de ensino, a liberdade da imprensa e a liberdade de petição"*.

Outra distinção: a liberdade pura de pensamento ou de opinião pode ser considerada, ou mesmo estipulada, como absoluta, ao passo que a liberdade de manifestação do pensamento, ou da opinião, que pode degenerar por uma conduta de abuso, terá de ser regulada como relativa sujeita a positivas restrições, a bem da ordem pública e da própria convivência harmônica das liberdades. Liberdade de pensar não se sujeita à comprovação da verdade, nem a limites, ao passo que manifestar o pensamento, se sujeita à certas restrições.

2.1.6.2. Importância

Independente da liberdade de pensamento ser pura, absoluta ou relativa, detém grande importância, pois é a base da liberdade geral.

Os direitos de falar, de publicar, de pôr em prática aquela experiência de comum acordo com outros homens, são fundamentais para a liberdade. Na ordem social, sem liberdade de pensamento e de associação, um homem carece de meios para proteger-se a si mesmo, deixa de ser um fim em si mesmo, e passa a ser fim para outras pessoas. Esta é a condição para a perversão do poder. Proibindo a liberdade da palavra, ter-se-á proibido a liberdade das instituições sociais, sendo levadas em conta somente as opiniões que coincidem com as dos governantes.

A liberdade de pensamento é essencial à democracia. A livre manifestação do pensamento faz com que os atos praticados pelas autoridades públicas, sejam levados a conhecimento e apreciação dos órgãos competentes, para corrigí-los, quando houver abusos e desvios.

Pontes de Miranda[98], em 1945, posicionando-se sobre o assunto, explica profundamente a essencialidade da liberdade de manifestação do pensamento:

> *"A liberdade de emissão do pensamento é essencial:* ***a)*** *à inteligência humana, porque se confessa a dúvida, ou se discute o de que se duvida, se comunica o que se sabe e se submete aos outros o que se pensa ser certo e talvez não o seja;* ***b)*** *à vida afetiva, porque se dizem os sentimentos e se ouve quanto aos dos outros; e* ***c)*** *à vida social, porque sem ela não há o contato de uns com os outros, para a cooperação, a ação prevista e as criações ou realizações de toda ordem.*
>
> *Tão essencial é ela que a experiência humana prova, de sobejo, que o progresso consistiu mais em se corrigir o ensinado, o recebido, do que em conservá-los; e consiste, ainda hoje, mais em descobrir e inventar do que em se prosseguir (todavia, sem que os espíritos reacionários e os próprios sábios se confessem em erro).*
>
> *Tão essencial é a liberdade que mais importa em o tê-la do que o usá-la. Se podemos falar, mostrar, persuadir, só porque o podemos, ainda que o não façamos, já tudo lá fora é diferente (o funcionamento dos serviços públicos, a Justiça, a vida em geral), e nós mesmos o somos, nós mesmos procedemos como não procederíamos se nós e os outros não tivéssemos liberdade de pensar.*
>
> *Tão essencial é ela que o mesmo se passa com a responsabilidade dos governantes: se podem ser responsabilizados, já isso os contém, já isso os frena, já isso os faz melhores e menos maus. "Poder abrir a boca" é, muitas vezes, tão eficaz quanto abri-la. Não é preciso que o perigo nos alcance para que o respeitemos. Basta que ele exista. Há espécie de ação catalítica dos "princípios".*

Cita, em determinada passagem, que a censura leva a obstruir a verdade, enfraquecendo as instituições de ensino superior, impedindo de ir além do que já se conhece, evitando-se, assim, novos descobrimentos. Que não pode haver conformismo e tradição, no que tange ao conhecimento, ao saber. Nesse diapasão, continua:

---

[98] Pontes de Miranda, *Democracia Liberdade e Igualdade - os três caminhos*, 1945, § 519; *apud* Cláudio Pacheco, *Novo tratado das Constituições Brasileiras*, v.2, p. 81.

> *Nas democracias, a liberdade de emitir o pensamento exerce função "democratizante", pela constante possibilidade de crítica. A existência de regras constitucionais do fundo lhes cerceia, pela dificuldade de serem mudadas, à atividade invasora do que é especial à liberdade. Principalmente, uma delas, a de liberdade de emissão do pensamento, graças à qual cada um pode esperar mudar, ou concorrer para que mude, a maioria que o prejudica ou que luta contra os seus ideais ou as suas convicções* (Democracia Liberdade Igualdade - os três caminhos, 1.945, § 519).

No que tange à ação política e função social da liberdade de opinião, J. Donnedieu de Vebres[99], sociólogo francês, em sua obra "*L'Organization de L'Etat", (fasc. II, p. 316*), desenvolve a idéia de que a liberdade de opinião e expressão é, num primeiro momento, uma ação política, e num segundo, serve como equilíbrio para as forças sociais.

> *"Em primeiro lugar, podemos considerar que a ação política é, em sua essência, uma ação pela opinião e sobre a opinião, exigindo técnicas apropriadas, pois a massa moderna é o público indeterminado dos jornais, dos filmes e das ondas. Relembra o conselho sábio de Bacon, recomendando a todos os políticos avisados que atentem com tanto cuidado sobre os rumores quanto sobre as ações. É que a ação política é com efeito, um trabalho coletivo que só se torna possível por meio de uma difusa maciça de 'rumores'."*

Nesse segundo momento, critica a censura, entendendo que ela impede a integração de todas as idéias, tanto em nível individual, quanto no coletivo.

> *"Em segundo lugar, a liberdade de opinião caracteriza o regime de equilíbrio em que todas as forças sociais têm meios de expressão correspondendo à sua potência: ela é um direito individual em face das técnicas de expressão mais simples e mais humildes, palavra, escrito, gestos, discursos etc. Mas, é também uma função social em face das técnicas de ação maciça, porque uma sadia formação da opinião é a condição necessária de todo êxito democrático. Então, se a censura é desde logo criticável, isto ocorre menos pelo atentado que ela opera contra os direitos individuais, do que por falsificar ela a*

[99] J. Donnedieu de Vebres, *L' Organização de L'Etat*, fasc.II, p. 316, *apud* Cláudio Pacheco. *Novo tratado das Constituições Brasileiras*, v. 2, p. 81.

formação dessa opinião, impedindo a integração de todas as idéias no pensamento e na organização coletiva, criando complexos sociais, refluxos que são ao mesmo tempo uma perturbação permanente e um risco de crise. Observa, ainda, que o perigo da censura está na inibição das consciências e das idéias e na ruptura entre a reflexão individual e o pensamento coletivo".

2.1.7. Liberdade de expressão e liberdade de comunicação: importância da distinção

Um dos mais importantes valores garantidos nas constituições de Estados Democráticos de Direito é a liberdade de expressão e comunicação, cujo núcleo é a liberdade de manifestação do pensamento. Podendo ser considerada como liberdade civil e individual, mas contendo expressão coletiva.

Liberdade de expressão e liberdade de comunicação não têm o mesmo significado. Na atual Constituição, no art. 5º, inc. IX, encontra-se a liberdade de expressão da atividade intelectual, da atividade artística, da científica e da atividade de comunicação, sendo que todas contêm um juízo de valor. Assim, liberdade de expressão tem um significado mais abrangente do que a liberdade de comunicação, no que tange a expressar idéias, pensamentos. Ao passo que liberdade de comunicação, ou liberdade à informação é direito de informar e receber informação sobre acontecimentos, fatos, notícias, eventos etc.

A distinção entre liberdade de expressão e liberdade de comunicação está em que o objeto da liberdade de expressão é a manifestação de pensamentos, idéias, opiniões, crenças e juízos de valor. Enquanto que, o da liberdade de comunicação é a difusão de fatos ou notícias, o que comumente, se chama de liberdade de opinar e liberdade de informar.

A importância prática dessa distinção (entre liberdade de expressão e liberdade de comunicação), tem reflexo na delimitação das responsabilidades decorrentes de seu exercício. Cita-se como exemplo a liberdade de expressão que por ter conteúdo subjetivo e abstrato, não está sujeita ao limite interno da verdade; já a liberdade de comunicação, por ter conteúdo objetivo é suscetível de comprovação de verdade.

Quanto à liberdade de comunicação, pode-se estudá-la na concepção dualista, entendendo serem duas as dimensões em que se projeta: a subjetiva e a objetiva. Na dimensão subjetiva considerando-a indispensável à proteção da dignidade da pessoa humana e propulsora ao desenvolvimento dos direitos da personalidade. Na objetiva, como valor essencial para proteção aos regimes democráticos.

James Madison foi o responsável pela inserção da liberdade de expressão e comunicação no rol dos direitos fundamentais, que se deu com a aprovação em 1791 da Primeira Emenda à Constituição Americana. Entendia que a intenção da liberdade de expressão e informação era a de servir de instrumento para a soberania popular, contribuir e manter o regime democrático e governos democráticos, contribuir para informar os leitores, garantindo-se, assim, debates públicos e participação na vida política.[100]

Porém, há a tese do perigo que a estrutura social pode representar à liberdade de expressão e comunicação: a) tanto o Estado intervindo nessa liberdade, b) quanto à regulação, independente de ampliar ou restringir essa liberdade; c) quanto ao monopólio dos meios de comunicação nas mãos do poder econômico. Difícil mensurar qual surtiria pior resultado na liberdade de expressão e comunicação e, conseqüentemente, no povo.

---

[100] Edilsom P. Farias, *Liberdade de expressão e comunicação,* p. 59.

Não houve aprofundamento na pesquisa jurisprudencial alienígena, mas na que foi objeto de pesquisa (americana, espanhola, portuguesa, bem como na brasileira), nota-se que prevalece a concepção dualista, isto é, a liberdade de expressão e comunicação vista sob a ótica subjetiva e objetiva.

2.1.7.1. Âmbito de proteção e elementos: objetivos e subjetivos

O âmbito de proteção da liberdade de comunicação compreende os elementos objetivos. Isto é, esse conteúdo objetivo da liberdade de comunicação está intimamente ligado à aplicação do critério de comprovação da verdade. Esse âmbito tutela os três elementos da comunicação: emissor, receptor e mensagem. Normalmente aborda-se a liberdade de comunicação sob o elemento mensagem, englobando os fatos e notícias. Ao abordá-la, sob o prisma do emissor e receptor, pode-se falar em comunicação ativa e passiva. Assim, a liberdade de comunicação reúne em torno de si vários direitos fundamentais, dentre eles, o direito de informar, de informar-se e de ser informado.

Essa concepção moderna de liberdade de comunicação tem suas raízes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, ao dispor em seu art. 19, que todo homem tem o direito de procurar, receber e transmitir informações deixa expressa as faculdades de investigar, de receber ou não informações, e do direito de informar.

Quando abranger a manifestação pública, pela própria pessoa, de seus pensamento, idéias, juízos de valor, opiniões, crenças, críticas etc., compreenderá sempre elementos subjetivos. No plano subjetivo não se precisa passar pelo crivo da comprovação da verdade. Por isso, diz-se que a liberdade de expressão é mais ampla do que a liberdade de comunicação.

Mas a manifestação da liberdade de expressão, mesmo sem estar interligada à comprovação da verdade, tem limites. Quando a manifestação de idéias não for pertinente e extrapolar, agredindo gratuitamente os direitos personalíssimos, tais como os referentes à privacidade (intimidade, vida privada, honra e imagem), dá-se o abuso da liberdade de expressão e comunicação, momento em que aparecem os limites, que não devem ser desrespeitados. Sendo cabível, em casos de desrespeito, a responsabilidade civil e às vezes, também, a penal. Quando se constatar desrespeito à regra da proporcionalidade, caberá exigência de exclusão de frases formalmente injuriosas, pejorativas e outras manifestações subjetivas que desrespeitaram a outra pessoa. (Carmona Salgado).[101]

O mesmo ocorre com a liberdade de expressão de crença religiosa, de convicção filosófica e política, para as quais a Constituição Brasileira de 1988 (art. 5º, inc. VIII) indica duas restrições: a) juridicamente não pode ser alegada como justificativa de inadimplemento de obrigação legal a todos imposta para recusar-se ao cumprimento de prestação alternativa; e b) serviço militar obrigatório (art. 143). Cláusula restritiva que não tolera alegação de alguma dessas liberdades para recusar-se ao cumprimento da prestação alternativa, conforme Lei 8.239, de 04.10.1991: serviço militar alternativo consiste no exercício de atividade de caráter administrativo assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar, prestado em organizações militares da ativa e em organizações de formação de reserva das forças armadas ou em órgãos subordinados aos ministérios civis, mediante convênios, entre estes e os ministérios militares (art. 3º, §§ 2º e 3º). Ao final do período do serviço, será conferido certificado de prestação alternativo

[101] Concepcion Carmona Salgado, *Libertad de expresion e informacion y sus limites.* Madrid: Edersa, 1991, *apud* Edilsom P. Farias, *Liberdade de expressão e comunicação*, p. 81.

ao serviço militar obrigatório, com os mesmos efeitos jurídicos do certificado de reservista (art. 4º).

A liberdade de expressão e comunicação tem 'certa' elasticidade de abrangência quando as críticas forem dirigidas às pessoas públicas e referentes a assuntos públicos. Isto deve-se ao fato de que as pessoas públicas, como preço da fama, ou do cargo, ou função pública que representam, estarem mais suscetíveis a juízos de valor da opinião pública.

Desta forma, no que tange à liberdade de expressão política, em relação aos políticos, estes também sofrem restrição, não uma supressão, em sua esfera de privacidade. Justifica-se essa restrição, por representarem os cidadãos e dependerem da soberania popular para legitimarem suas ações, bem como suas decisões dizerem respeito à vida de todos os inseridos nesta sociedade de que é parte. Quando o objeto da crítica for o interesse público, a busca pelo bem comum, justifica-se essa restrição. Reforçando, que o amplo debate público, com cidadãos mais conscientes e mais informados, favorece o Estado democrático de direito.

2.2. Direito da comunicação/ Direito à informação

2.2.1. Direito da comunicação, à informação ou da informação

No Estado Democrático de Direito, e do direito positivado na Constituição de 1988, denota-se a importância da informação ao cidadão. Neste contexto, o direito à informação desdobra-se em duas vertentes: o direito de emitir e o de receber informação. Devendo existir a faculdade de opção: desejo em recebê-la, ou não.

Hoje, alguns doutrinadores cogitam sobre um novo ramo do direito, o direito da informação ou da comunicação, que tem por objeto a proteção da capacidade de reflexão do ser humano. Sendo a essência da informação a realidade, a objetividade e a verdade. Com base na informação, o homem reflete e decide. O direito entra, para que a informação 'ilusória ou tendenciosa' seja penalizada, e para que seja fornecida a informação real.

Edilsom Farias[102] afirma que o termo direito da informação é cabível quando o objeto designado se referir a fatos, notícias e informações; ao passo que o direito da comunicação está relacionado com a atividade humana de buscar, difundir e receber informações ou opiniões. Assim, o termo direito da comunicação é mais abrangente. Define o direito da comunicação como sendo o ramo da ciência do direito, que tem como objeto o estudo das normas jurídicas, que visam a disciplinar a atividade humana de buscar, difundir e receber informações ou opiniões, transmitidas por cidadãos, individualmente, no uso da liberdade de expressão e comunicação e, coletivamente, quando reunidos em grupos ou associações, no uso da liberdade de comunicação social.

Orlando Soares, citado por Aluízio Ferreira na obra de Edilsom Farias, discorrendo sobre o direito da comunicação, afirma que, dada a natureza universalista do direito de comunicação, ele se desdobra em vários ramos: direito de imprensa, direito editorial, direito autoral, direito de propaganda, direito de publicidade, direito de fotografia, direito de radiodifusão (telecomunicações) e direito cinematográfico, envolvendo aspectos de direito público e privado, nacional, internacional.

---

[102] Edilsom P. Farias, *Liberdade de expressão e comunicação*, p. 95 e Aluízio Ferreira, *Direito à informação, direito à comunicação; direitos fundamentais na Constituição brasileira,* p.145, *apud* Edilsom P. Farias, *Liberdade de expressão e comunicação*, p. 95.

Para Vittorio Frosini[103], o direito à informação tem duplo significado: o direito que qualquer pessoa tem de ser informado do que acontece e pode lhe interessar; e também o direito atribuído em especial aos jornalistas, repórteres, operadores de televisão e rádio de informar os leitores, telespectadores e ouvintes a respeito dos acontecimentos.

A terminologia ainda não é unânime entre os doutrinadores. Eis algumas denominações utilizadas: direito à informação, direito da informação, direito da comunicação e direito de comunicação.

Quanto à locução *"de"* ou *"da"* comunicação, Aluízio Ferreira[104] esclarece que é mais apropriado o uso da locução "direito *da* comunicação" do que direito de comunicação ou direito à comunicação, por dar maior ênfase aos conteúdos, isto é, à natureza, à elaboração, à propagação e ao papel das mensagens, objeto das normas reguladoras. Direito *de* comunicação, é aquele que põe em destaque o processo ou atividade de comunicação, ou seja, as trocas individuais ou coletivas.

Para Luiz G. Carvalho[105], direito de informação é um sub-ramo do direito civil, com assento constitucional, que regula a informação pública de fatos, dados ou qualidades referentes à pessoa, sua voz ou sua imagem, à coisa, a serviço ou a produto, para um

---

[103] Vittorio Frosini, *Diritto alla Riservatezza e Calcolatori Elettronici, Quaderni di diritto comparato, Banche dati telematica e diritti della persona, a cura* di Guido Alpa e Mario Bessone, Padova, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1984, p.39, *apud* Oduvaldo Donnini e Rogério F. Donnini, *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem e sua quantificação à luz do novo código civil*, p. 41.

[104] Aluízio Ferreira, *Direito à informação, direito à comunicação; direitos fundamentais na Constituição brasileira,* p.145, *apud* Edilsom P. Farias, *Liberdade de expressão e comunicação*, p. 95.

[105] L.G.G C. Carvalho, *Liberdade de informação e o direito difuso à Informação verdadeira*, 2003, p. 212.

número indeterminado e potencialmente grande de pessoas, de modo a poder influir no comportamento humano e a contribuir na sua capacidade de discernimento e de escolha, tanto para assuntos de interesse público, como para assuntos de interesse privado, mas com expressão coletiva.

Afirma ainda que o direito de informação é composto por quatro espécies de mensagens: a informação publicitária, a informação oficial ou governamental, a informação de dados pessoais, automatizados ou não, e a informação jornalística. Cujos conteúdos serão: o dever de informar, o direito de informar, o direito de ser informado, a faculdade de receber informação e a faculdade de investigar (não só o fato, mas a própria informação), que são os responsáveis por transformarem o receptor da informação de mero espectador em sujeito de direitos.

Os doutrinadores acima mencionados, independentemente da locução que utilizem, se direito *de* comunicação ou direito *da* comunicação, entendem que faz falta a não inclusão deste ramo do direito, como disciplina autônoma, nos currículos das faculdades de Direito do país. Conforme Edílson Farias, ter-se-ia a vantagem metodológica de reunir em um subsistema da ciência do Direito, inúmeras normas espalhadas pelos diversos ramos do ordenamento jurídico, auxiliando na interpretação e aplicação racional do Direito da Comunicação.

Do exposto, pode-se concluir que o termo "direito *da* comunicação" melhor se encaixa no contexto atual. Quanto à existência de um sub-ramo do direito civil (direito da comunicação), abrangendo tudo que se relacione com a informação e telecomunicação, tecem-se as seguintes considerações: a) é necessário retomar o Projeto de Lei (PL 3.292/92) para atualizar a antiga Lei de Imprensa (Lei 5.250/67),

haja vista que este PL tramita desde 1992 e teve o último andamento em 1997 (há quase 10 anos), quando obteve texto final aprovado em votação unânime pela CCCJ; b) é necessário, também, agilizar o trâmite do PL da Lei de Comunicação de Massa ou Lei de Comunicação Social, que abrangerá toda a comunicação social eletrônica. Esta Lei, que era para estar concluída até 2004, ainda não o foi, sendo que, no final de 2005, o governo criou um grupo de estudos para analisar os seus impactos. Supõe-se, assim, que tão cedo, nenhum dos dois esteja concluído. Se não for aprovado e sancionado nenhum desses dois Projetos de Lei, entende-se que um ramo específico seria produtivo, o qual deveria reunir: imprensa, autoral, imagem (fotografia), propaganda, publicidade, cinema, audiovisual, bem como o tratamento a ser dado a estes, nos novos veículos de comunicação: televisão por assinatura (MMDS, Cabo ou satélite), *internet,* TV Digital, *Voz sobre Internet Protocol* (VoIP) e toda a convergência que já existe no país.

Tal sugestão é pertinente, haja vista que as questões relacionadas a estes direitos não se enquadram em um campo específico do direito, isto é, nem totalmente pode ser considerado público, nem privado. Enquanto comunicação social, o direito constitucional é o suporte; quando aborda as concessões, permissões, autorização para o serviço de radiodifusão de sons e imagens, utiliza-se do direito administrativo; no que tange à responsabilidade civil, o suporte vem do direito civil; a responsabilidade penal socorre-se do direito penal e, quando a informação é tratada como bem de consumo, o suporte é o Código de Defesa do Consumidor.

2.2.1.1. Direito de informar

Pólo ativo do processo de comunicação, o direito de informar, dá ao seu titular a posição jurídica de poder divulgar fatos ou notícias que sejam de interesse coletivo (CF/88, art. 5º, incs. IV e IX).

Pelo elo entre o dever de não oferecer obstáculos à liberdade do fluxo da comunicação e o princípio da incensurabilidade (censura), pode-se afirmar que a informação, como direito fundamental de defesa, realiza-se pela ausência de censura.

No direito fundamental de informar, encontra-se uma liberdade negativa: dever de terceiros abster-se de impedir a comunicação; e, também uma liberdade positiva, entendida como um direito fundamental à prestação, normalmente exercida pelo Poder Público. Podendo, estas serem através de aprovações de leis sobre o direito de informar (prestações normativas), ou por meios/instrumentos necessários para divulgar a informação (prestações materiais).

Dever de cautela do informador consiste em que este aja diligentemente, prudentemente, conferindo a veracidade da notícia, a idoneidade da fonte das informações, para que seja levada ao receptor uma informação honesta e correta dos fatos.

O dever de informar do Poder Público diz respeito à faculdade de investigar e o dever de deixar-se investigar – princípio da publicidade da Administração Pública, consubstanciado no art. 37, da CF/88.

O direito de informar tem por finalidade comunicar opiniões, idéias ou notícias, isto é, o direito de divulgar informações. A liberdade de expressão e comunicação está embutida no direito fundamental de comunicação social, conforme art. 220 da atual Constituição.

Essa liberdade pode ser vista sob dois aspectos: a) direito à expressão pública de idéias ou opiniões, isto é, de expressar o

pensamento, através de idéias, opiniões, conceitos, por qualquer meio de comunicação (escrita, falada, televisiva, internet etc.); e b) direito à transmissão pública de notícias, isto é, transmitir à opinião pública qualquer tipo de notícia, através de qualquer meio de comunicação, apto e específico para tal. A informação jornalística faz parte do direito de informar.

Ao lado do direito de informar está a faculdade de informar, bem como a de não informar. A imprensa tem a faculdade de escolher o que vai divulgar, sendo quase impossível comprovar o que ela tem conhecimento e não quer publicar e o que desconhece. A ela compete valorar o que quer publicar. A imprensa presta serviço público, devendo estar acessível a todos. Isso é fundamental na democracia.

2.2.1.2. Direito de se informar

O acesso à informação deve ser livre a todas as fontes informativas, para permitir a procura ou investigação das informações. Sem este acesso, estaria comprometida a informação, resultando em graves prejuízos à coletividade (CF/88, art. 5º, inc. XIV).

O acesso é direito de todos, mas quanto aos profissionais da comunicação é condição essencial para o desenvolvimento de seu trabalho.

O sigilo da fonte, assegurado pela Constituição, ressalta a importância do direito fundamental de informar-se, garantindo a divulgação ampla de notícias.

Sigilo da fonte, anonimato para as fontes, é diferente do anonimato para o responsável pela informação, este sim, vedado pela Constituição.

Quanto à faculdade de investigar, a Suécia, no século XVIII, foi o primeiro país a tratar desse assunto, demonstrando preocupação com transparência administrativa. Depois vieram os Estados Unidos e a França. Essa faculdade tem como titular a pessoa humana. No caso da Constituição Brasileira, é o nacional e o estrangeiro residente no país, mas a sociedade a delega, normalmente, aos profissionais do jornalismo. Exceções existem, citando-se exemplo recente, da senhora de mais de 70 anos, no Rio de Janeiro, que de seu apartamento, investigou o tráfico de drogas, no qual havia vários policiais envolvidos. Filmou tudo, durante quase um ano, fazendo, assim, prova do que relatou à polícia, posteriormente. Hoje, todos os envolvidos estão presos, ou respondendo a processos.

Há na Constituição brasileira uma restrição específica que é a segurança do Estado. Outras advêm dos demais direitos fundamentais, principalmente, o da privacidade.

2.2.1.3. Direito de ser informado

Direito fundamental de ser informado, configura o pólo passivo do processo de comunicação. Vale dizer que corresponde à faculdade de receber informação. Valida-se aqui, o pensamento de José Afonso da Silva, para o qual o receptor é quem deveria ser o mais focado no fluxo do processo de comunicação, por ser a peça mais importante.

Todo cidadão tem o direito de ser informado sobre tudo o que acontece na sociedade, que tenha dimensão pública e seja de interesse geral. A informação contribui para o próprio desenvolvimento da personalidade e de talentos da pessoa humana, qualifica os cidadãos para participarem da vida coletiva e política, evitando serem

marginalizados socialmente. A informação, a que tem direito o cidadão, deve ter qualidade, isto implica em que seja honesta, correta, verdadeira, pluralista, qualidade esta, oriunda do livre acesso às fontes. Em face desse direito, cabe, quando não verdadeira e honesta a informação, o direito de retratação, de retificação e o direito de resposta.

O âmbito de proteção constitucional do direito fundamental de ser informado alcança também a obrigação do Estado de informar acerca da atuação dos órgãos da Administração Pública e seus agentes, quanto aos órgãos de comunicação de massa, bem como de outros titulares da liberdade de comunicação (informação publicitária), que devem manter os cidadãos informados sobre acontecimentos atuais e de transcendência.

Não consta expressamente da Constituição o direito fundamental de ser informado pelos meios de comunicação social. Assim, devido a essa falta, alguns autores (Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins), concluem que inexiste a faculdade subjetiva do cidadão para exigir diretamente dos órgãos de comunicação notícias, fato ou informação. Como fundamento da posição subjetiva de todo cidadão receber informações dos órgãos de comunicação, estes têm o dever jurídico de manter aquele informado, constante e integralmente. Além do que, há princípios constitucionais relativos à produção e à programação das emissoras de rádio e televisão, já citados, tais como preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; promoção da cultura nacional e regional e estimulo à produção independente que objetive sua divulgação; regionalização da produção cultural, artística e jornalística e respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (CF/88, art. 221); bem como ser necessária autorização, concessão, permissão do Poder Público, para execução do serviço de radiodifusão de sons e imagens (CF/88, art. 223),

dispensada a licença para publicação em veículo de comunicação impresso (CF/88, art. 220, § 6º).

Outro argumento é a Lei 9.797, de 27.04.1999, que estabelece aos meios de comunicação de massa a incumbência de *"colaborar de maneira ativa e permanente na disseminação de informações e práticas educativas sobre meio ambiente e incorporar a dimensão ambiental em sua programação"* (art. 3º, inc. IV).

Entende-se que, mesmo ausente explicitamente do texto constitucional, não é elidido o direito do cidadão ser informado pelos meios de comunicação de massa. Se necessário, cabe impetração de mandado de segurança para obtenção da informação, oriunda do meio de comunicação que está submetido ao regime de serviço público quer seja por concessão, permissão ou autorização (rádio e televisão), e ajuizamento de ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela judicial, para aquisição da informação proveniente de meio de comunicação, não sujeito de demanda, via mandado de segurança (jornais, revistas e periódicos).

2.2.2. Comunicação Social na Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988, nos arts. 220 a 224, trata da comunicação social, sendo que, no art. 220, reforça mais ainda a liberdade de expressão. Princípio fundamental aqui estabelecido é o da liberdade, significando que ela não sofrerá qualquer restrição. É proibida a censura.

Para José Afonso da Silva, comunicação social é a denominação mais adequada para comunicação de massa, mas o sentido é o de comunicação destinada ao público em geral, transmitida

pelos meios de comunicação social.[106] Os meios são: a imprensa, o rádio, a televisão, internet e outros que surgirem, decorrentes do grande avanço tecnológico atual.

A Constituição assegura a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, sem qualquer censura ou licença (art. 5º, IX), decorrente do disposto no inc. IV do mesmo artigo, onde se encontra a liberdade da manifestação do pensamento. Assegura a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, inc. XIV).

Infere-se, do texto constitucional, que a liberdade de expressão e comunicação é um direito fundamental, sendo dada a faculdade, a qualquer pessoa, à livre manifestação do pensamento, opiniões e idéias, por intermédio de escritos, imagem, palavra ou qualquer outro meio, assim como o direito de informar ou receber informações.

É livre a expressão do pensamento, enquanto liberdade de consciência de crença, de culto, ao passo que quando houver divulgação do pensamento, fica vedado o anonimato. Assim, aos comunicadores são aplicadas determinadas regras constitucionais: é proibido o anonimato (art. 5º, inc. IV); assegura-se o direito de resposta e a indenização por dano moral, material ou à imagem (art. 5º, inc. V); garante-se a inviolabilidade da intimidade etc.

Quanto ao direito de resposta, foi previsto pela primeira vez no direito brasileiro, infraconstitucionalmente, através da Lei 4.743, de 31.10.1923, art. 16 (Lei Adolfo Gordo), concernente à liberdade de imprensa (falada ou escrita, diária ou periódica):

---

[106] José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, p. 821.

> *Art. 16. Os gerentes de um jornal ou de qualquer publicação periódica são obrigados a inserir, dentro de três dias, contados do recebimento, a resposta de toda a pessoa natural que for atingida em publicação do mesmo jornal ou periódico por ofensas diretas ou referências de fato inverídico ou errôneo, que possa afetar a sua reputação e boa fama.*

Com a Constituição de 16.07.1934 tornou-se direito constitucional, repetido na de 1988 (art. 5º, inc. V). Trata-se de direito individual e coletivo. Direito positivo, e de um lado, corresponde a uma prestação de terceiro (publicação do texto), de outro, os sujeitos passivos nem sempre são autoridades públicas. Através do direito de resposta instaura-se o caráter contraditório da manifestação do pensamento, proporcionando a mesma veiculação tanto à emissão acusadora, como à de defesa, devendo ser assegurado, nas mesmas proporções da acusação ou do ataque de que resulta.

Para o exercício do direito de resposta, há de se preencher três requisitos: a) que a informação difundida pelo meio de comunicação social seja inverídica ou errônea; b) que se refira ao titular do direito de resposta; e c) que contenha uma ofensa contra este. Não cabendo quando se trata de opinião.

A Lei de Imprensa (5.250/67), no Capítulo IV, trata do direito de resposta, do art. 29 ao art. 36. O art. 29 tem equivalência ao art. 5º, incs. IV e V, da CF/88. Preceitua que o direito de resposta ou retificação é assegurado a toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusada ou ofendida em publicação feita em jornal, periódico ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veiculem fato inverídico ou errôneo. Pode ser por via extrajudicial ou judicial e o responsável pelo custo da publicação é o meio em que houve a divulgação. Nos arts. 30 e 36 encontram-se o modo de exigir o cumprimento do direito de resposta ou retificação.

A liberdade de expressão está assegurada em sua plenitude, porém, para os excessos haverá indenização de dano moral, material ou à imagem. Há limitação também para a liberdade de expressão e para o direito da comunicação, quanto à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

2.2.2.1. Princípios constitucionais:

Na liberdade de expressão e comunicação, conforme disposto na Constituição Federal, estão contemplados princípios norteadores, que as legitimam e protegem juridicamente, no plano da realidade social, contribuindo para que essas liberdades sejam concretizadas.

2.2.2.1.1. Princípio da vedação do anonimato

Este princípio visa à responsabilização do autor do escrito, no caso de abuso. No Brasil, existe desde o Decreto de 18.06.1822, de D. Pedro I, referendado por José Bonifácio de Andrada e Silva. Constitucionalmente, desde 1891, através de Emenda constitucional, que resultou na parte final do § 12 do art. 72. A Constituição de 1946, o manteve no art. 141, § 5º: "*Não é permitido o anonimato*". A Constituição de 1967 não tratou do assunto, mas a de 1988 sim, no art. 5º, inc. IV.

Como curiosidade, em 1923, a Lei 4.743 (Lei Adolfo Gordo), no art. 14, exigia que os artigos publicados fossem assinados pelos autores, com indicação de residência e profissão, e com firma reconhecida.

É proibido o anonimato tanto para a expressão do pensamento quanto para a comunicação de notícias. Não há antinomia

entre a regra do sigilo da fonte (art. 5º, inc. XIV) e o princípio do anonimato, pois o sigilo é dirigido à fonte da notícia (quem presta a informação), e não à identidade do comunicador (autor ou responsável pela divulgação da informação). O princípio da proibição do anonimato abrange todos os meios de comunicação (matérias jornalísticas, cartas, informes publicitários, mensagens na internet, notícias radiofônicas ou televisivas etc.). A vedação constitucional ao anonimato, pela divulgação abusiva, gera reflexos na responsabilidade civil e penal.

As legislações costumam prever a responsabilidade de certos funcionários dos órgãos de imprensa pelas matérias não assinadas, bem como da pessoa jurídica responsável. Não se entende tratar de matéria anônima, o que seria proibido, mas de matéria atribuída pela lei a certas pessoas da redação, de modo a tornar mais impessoal o texto divulgado.

A lógica da responsabilidade não é unânime entre os doutrinadores. Darcy Arruda Miranda[107] cita que Jacques Bourquin, após reflexões sobre o assunto, conclui que existe o direito ao anonimato, que só pode ser entendido como "*destinado à procura das fontes de informação e dos artigos*". Aqui, trata-se do direito ao sigilo da fonte.

Quanto ao uso de pseudônimo, artifício onomástico que emprega expressão de fantasia para ocultar a identidade verdadeira no exercício de uma atividade lícita, a vedação do anonimato não é incompatível, sendo que o pseudônimo, às vezes, adquire mais força do que o próprio nome civil. Pede-se cautela nesses casos e a manutenção da inscrição do pseudônimo em livro próprio, pertencente ao órgão de comunicação, que divulgou a informação, para, se necessário, exibí-lo em juízo, quando da intimação (Lei 5.250/67, art. 7º, § 4º). Em caso de

[107] Darcy de Arruda Miranda, *Comentários à Lei de Imprensa*, p. 116 e 119.

interpelação judicial, o ofendido notificante requererá, primeiramente, a exibição do livro para saber a quem interpelar.

O princípio da proibição do anonimato não determina obrigatoriedade de constar o nome do autor, debaixo de cada matéria divulgada, sob pena de extinguir a prática jornalística da difusão de editoriais. O que implica, sim, é ter um responsável pelas opiniões e notícias transmitidas.

Em maio 1999, foi editada pela Segunda Seção do **STJ,** a **Súmula 221**, que prevê que "*são considerados civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação"*. Antes, havia uma discussão se apenas o proprietário do veículo de comunicação poderia ser responsabilizado civilmente pelo ressarcimento.

2.2.2.1.2. Princípio do sigilo da fonte

Caminha paralelamente ao princípio do anonimato, sendo uma forma mais evoluída daquele. É considerado como uma inovação da Lei de Imprensa, de 1967, pois nela foi citado pela primeira vez na legislação brasileira. Atualmente, consta na CF/88, art. 5º, inc. XIV. É assegurado a todos os profissionais das profissões liberais.

O jornalista, conforme *caput* do art. 7º, da Lei de Imprensa, não está obrigado a revelar, nem mesmo em juízo, sua fonte ou origem; na recusa de revelar, não sofrerá qualquer tipo de sanção, conforme estipulado no art. 71 da referida Lei. Tornaria limitado o trabalho dele, que tem por objetivo a busca de informação, se houvesse sempre a obrigatoriedade de informar a fonte de suas investigações. Isso poderia significar a perda de informações úteis à sociedade, como,

por exemplo, as referentes à corrupção, improbidades, inexistência de licitação, quando obrigatória etc. Portanto, o sigilo da fonte assegura maior amplitude na obtenção de informação.

Para o jornalista, o sigilo da fonte representa o dever de não divulgar a identidade desta. De outro lado, o Código Penal pune o fato de alguém revelar, sem justo motivo, segredo de que tenha ciência e cuja revelação possa causar dano à outra pessoa. Combinando ambos, não resta dúvida de que ao jornalista é vedado indicar a origem ou fonte da notícia, sob pena se incorrer nas penalidades do art. 154 do Código Penal. Eis a redação dos artigos, *in verbis*:

> ***Lei de Imprensa. Art. 7º.*** *No exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação não é permitido o anonimato. Será, no entanto, assegurado e respeitado o sigilo quanto às fontes ou origem de informações recebidas ou recolhidas por jornalistas, rádio-repórteres ou comentaristas.* ***Art. 71****. Nenhum jornalista ou radialistas, ou, em geral, o responsável pela divulgação, poderão ser compelidos ou coagidos a indicar o nome de seu informante ou a fonte de suas informações, não podendo seu silencio, a respeito, sofrer qualquer sanção, direta ou indireta, nem qualquer espécie de penalidade*.
>
> ***Código Penal. Art. 154****. Revelar a alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão da função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem. Pena. Detenção de 3 meses a um ano, ou multa. Parágrafo único. Somente se procede mediante representação.*

Nelson Hungria[108], analisando as três teorias referentes ao tema em questão: do interesse, da confiança e da vontade, entende que o critério justo é o que resulta da união das teorias do interesse e da vontade. Afirma que a lei reconhece e assegura o poder vinculativo da vontade, expressa ou tácita, de que seja mantida oculta a fonte de tudo o que for divulgado, desde que este sigilo não possa causar

[108] Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, p. 246; Darcy Arruda Miranda, *Comentários à Lei de Imprensa*. 1994, p.116.

prejuízo moral ou material. E que a vontade de manter o sigilo corresponde a interesse individual, e o direito penal resguarda este interesse, somente quando este não penetrar no interesse social, que é o interesse maior do Estado.

Geralmente é adotada a conceituação do instituto elaborado em 1973, pelo Conselho da Europa[109], assim prevista:

> *"Consiste num direito do editor negar-se a revelar a identidade do autor da informação a seu empregado, a terceiros e às autoridades públicas e judiciais. Mas, também, é dever que tem o editor de não revelar publicamente as fontes de informação recebida em caráter confidencial".* (tradução livre do autor)

Direito e dever caracterizam o segredo. Indaga-se quanto ao caráter absoluto desse direito. Nos Estados Unidos, a Suprema Corte já decidiu que o direito ao sigilo não é absoluto. No Brasil, a Constituição eleva o direito ao segredo ao nível de direito fundamental. Assim, lei infraconstitucional não pode estabelecer exceções. A colisão entre o direito ao sigilo e o de revelar a fonte, deve ser resolvida pela ponderação de bens.

A doutrina esclarece que, não só a fonte está acobertada pelo direito, mas também tudo o que concorreu para a obtenção da informação junto à fonte, tais como, filmes, gravações, documentos, registros telefônicos etc. Pois, a origem da informação pode envolver tanto pessoas como coisas.

Críticas mais comuns ao instituto: função dos tribunais de preservar a lei e a ordem deve prevalecer, caso contrário, o direito ao

---

[109] *"Consiste en el derecho del periodista a negar-se a revelar la identidad del autor de la información a su empleador, a los terceros y a las autoridades públicas e judiciales. Pero, también es el deber que tiene el periodista de no revelar publicamente las fuentes de la información recibida en forma confidencial".*

sigilo pode acarretar uma condenação penal a terceiros; o jornalista recebe a notícia para torná-la pública, situação diferente do que ocorre com o médico, o advogado e o sacerdote; não há qualquer demonstração de que a imprensa funcione melhor com o segredo, do que sem ele.

O direito da comunicação tem duas restrições: sigilo da fonte e necessidade relativas ao exercício profissional. A quem cabe resguardar o sigilo da fonte? Não será ônus do titular do direito, pois o seu interesse é o contrário. Será prerrogativa de quem detém a fonte, que o dispositivo não qualifica, e nem ao menos cita. Assim, será tanto da autoridade quanto do particular.

Para o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, a prerrogativa de sigilo de fonte dos jornalistas é um instrumento de preservação da própria liberdade de informação. A discussão voltou à tona após o procurador da República do Distrito Federal Bruno Caiado Acioli pedir a quebra de sigilo telefônico de quatro jornalistas, de uma revista semanal paulista, que publicaram reportagens sobre corrupção envolvendo servidores do Banco Central e de dirigentes de bancos privados. Decisão histórica de abril de 1996, o Ministro, assim se manifestou:

> *"(...) nenhum jornalista poderá ser compelido a indicar o nome de seu informante ou a fonte de suas informações. Mais do que isso, esse profissional, ao exercer a prerrogativa em questão, não poderá sofrer qualquer sanção, direta ou indireta, motivada por seu silêncio ou por sua legítima recusa em responder às indagações que lhe sejam eventualmente dirigidas com o objetivo de romper o sigilo da fonte". Inquérito 870-2, RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 08.04.1996.*

A cláusula que diz "quando necessário ao exercício profissional", é muito vaga. Refere-se ao acesso ou ao resguardo do sigilo? O mais adequado talvez seja dar ao acesso um caráter restritivo,

pois o usufrutuário do direito é que pode mais razoavelmente ter uma necessidade de exercício profissional, numa posição mais dinâmica de pleito, ao passo que ao informador caberá uma posição estática de atender ou não.

Do exposto, conclui-se que esse direito só pode ser relativizado quando, em processo criminal ou cível, o interesse social prevalecer. O interesse social de difusão da notícia elimina boa parte das críticas ao instituto, pois o direito ao sigilo instrumentaliza o direito à informação. Com o sigilo da fonte, ganha a sociedade e protege-se a fonte. Tratando-se de informação abusiva, o jornalista é punido e/ou o órgão de imprensa, que divulgou o fato, acontecimento ou notícia.

2.2.2.1.3. Princípio das cláusulas pétreas

Constituição Brasileira, de 1988, art. 60, § 4º, incs. I a IV:

> *Art. 60 (...). § 4º não será objeto de deliberação a proposta de emenda à Constituição tendente a abolir: i) a forma federativa de Estado; ii) o voto direto, secreto, universal e periódico; iii) a separação dos Poderes; e iv)* ***os direitos e garantias individuais****".* (grifo do autor)

Questão que apresenta dificuldade e divergência de interpretação diz respeito à locução *direitos e garantias individuais*, do art. 60, § 4º, inc. IV, expressão essa, que não aparece em nenhum outro momento na Constituição. Nesta, são utilizadas as expressões: *direitos e garantias fundamentais* e *direitos e deveres individuais e coletivos*. Essa ambigüidade gera várias interpretações. A de que vários direitos sociais, fundamentais à dignidade da pessoa humana, estão excluídos das cláusulas pétreas; a de que a proteção das cláusulas pétreas somente alcança os direitos fundamentais individuais, elencados no art. 5º. Esta, com manifestação contrária do Supremo

Tribunal Federal. Outra[110], que questiona se abrange somente os direitos fundamentais de defesa (art. 5º), ou se estende aos direitos fundamentais a prestação (arts. 6º a 11) e aos direitos fundamentais de participação (artis. 12 a 17).

A hermenêutica propõe que os direitos do art. 60, § 4º, inc. IV, se referiram aos direitos essenciais à concretização dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito.

Mas, independentemente da interpretação que se der quanto a esse tema, inegável está que a liberdade de expressão e comunicação é um direito fundamental protegido pelas cláusulas pétreas, haja vista essa liberdade abranger a dignidade da pessoa humana e a democracia, conteúdos subjetivo e objetivo na concepção dual dessa liberdade. Na doutrina, a interpretação é extensiva, envolvendo o *caput* do 5º, bem como os direitos sociais, pois estes, são, inicialmente, individuais.

Entende-se que melhor estaria redigido, se fosse: Art. 60, § 4º (...), inc. IV - *direitos e garantias fundamentais.*

2.2.2.1.4. Princípios atinentes à programação das emissoras de rádio e televisão

A CF/88 no art. 221 cita os princípios aos quais a programação e produção das emissoras e rádio e televisão devem atender: a) preferências e finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; b) promover a cultura nacional e regional, estimulando a produção independente; c) regionalização da produção cultural, artística

[110] Edilsom P. Farias, *Liberdade de expressão e comunicação*, p. 45.

e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; d) respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. Entende-se que o constante do art. 221 seja norma de eficácia plena.

Esses princípios, embora previstos constitucionalmente, ainda estão longe de ser concretizados, haja vista a qualidade da programação das emissoras brasileiras. Afronta a inteligência das pessoas. No dizer de Ricardo Arnt, em "*A Desordem do mundo e a ordem do jornal*", no Brasil, a transmissão de programas do tipo *ópio do povo* consegue maior audiência do que a circulação diária de todos os jornais.

Dentre os artigos constitucionais relacionados com a matéria ora em comento: art. 5º, inc. IX (liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, sem censura ou licença); art. 21, inc. XVI (compete à União exercer a classificação para efeito indicativo de diversões públicas e de programas de rádio e televisão); art. 220, § 3º (compete à lei federal: regular diversões públicas e estabelecer meios legais para defesa); art. 221 (princípios à que devem atender produção e programação de emissoras de rádio e televisão, citados acima); pode-se considerar os arts. 220 § 3º e 221 como natureza técnico-jurídica que visa a assegurar a qualidade de vida do brasileiro, respectivamente.[111] A eficácia social do disposto na Constituição depende da informação à população quanto ao seu direito difuso a uma programação televisiva de qualidade; da análise por parte dos órgãos, públicos e particulares, da programação levada ao ar; e da aplicação efetiva de sanções.

[111] Rodolfo de Camargo Mancuso, *Interesse difuso à programação televisiva de boa qualidade e sua tutela jurisdicional*, RT 705, p. 52.

Rodolfo C. Mancuso[112] cita duas manifestações: a opinião de um jurista e a de um profissional da mídia, que sintetizam o descontentamento com o nível de qualidade de alguns programas televisivos: a) a palestra do Desembargador aposentado José Carlos Barbosa Moreira, no Rio de Janeiro, sobre ação civil pública, em junho de 1992; e b) o artigo do jornalista José Castello, publicado no jornal *O Estado de São Paulo*, de 19.4.94, cad. 2, intitulado "A TV aos domingos vai de mal a pior". Barbosa Moreira admite o interesse difuso, merecedor de proteção e que as emissoras de televisão são passíveis de ação judicial, a fim de adequar seus programas, conforme preceitua a CF/88, art. 221. Concluiu que o direito envolvido não pertence, de modo particularizado, ao leitor ou a qualquer outro telespectador atual ou potencial, e sim a um conjunto indeterminado de seres humanos. Estes encontram-se ligados entre si pela mera circunstância de fato de possuírem aparelhos de televisão ou costumarem tomar uma carona no aparelho do amigo, do vizinho do namorado, do clube, do bar da esquina ou do salão de barbeiro. Jose Castello abordou a programação televisiva dos domingos: verdadeiras agressões à inteligência e dignidade do telespectador.

Verifica-se que a grande vítima da má qualidade da televisão é o público infanto-juvenil. Abusos à violência e ao sexo são notórios. Há indicação de que tais programas, com liberdade total na televisão, sejam transmitidos em horários noturnos e codificados, não se permitindo acesso às crianças e adolescentes. Mas não é o que ocorre no dia-a-dia. O que se vê são programas que não transmitem valores éticos apropriados às pessoas em fase de construção da personalidade.

---

[112] Rodolfo C. Mancuso, *Interesse difuso à programação televisiva de boa qualidade e sua tutela jurisdicional*, RT 705, p. 55-57.

A defesa dos princípios constitucionais referentes à programação de rádio e televisão compõe o interesse difuso e coletivo, tutelado por inquérito civil e ação civil publica do Ministério Público, conforme determina a CF/88, em seu art. 129, incs. II e III. Somente quanto à qualidade dos programas de rádio e de televisão é que houve algum avanço na legislação brasileira (CF/88, art. 221).

O objetivo é adequar essa programação de modo que ela atenda as finalidades educativa, cultural e informativa, garantindo o respeito à pessoa humana e à família. Uma iniciativa muito importante num País como o Brasil, com grande número de analfabetos e carências nas áreas educacional e cultural. Mas, como se constata, muito difícil de ser implantada.

Como exemplo, cita-se o recente episódio da suspensão do sinal da Rede TV! por vinte e cinco horas, após liminar concedida pela juíza Rosana Ferri Vidor, da 2ª Vara Federal de São Paulo, atendendo a pedido do Ministério Público Federal (MPF). Um acordo homologado determinou que a emissora leve ao ar programas sobre direitos humanos produzidos por seis ONGs (Organização Não Governamental), por trinta dias úteis, no horário do programa *"Tardes Quentes"*, de João Kleber, alvo da ação. A Rede TV! pagará multa de R$ 400.000,00 ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e outros R$ 200.000,00 para a produção dos programas das ONGs. A emissora foi punida por não ter cumprido decisão anterior de exibir tal conteúdo. No dia 24.10.05, uma ação civil pública foi protocolada pelo procurador do MPF e procurador Regional dos Direitos do Cidadão, Sérgio Suiama. Ele pedia a suspensão do *Tardes Quentes* e a cassação da Rede TV!, sob a acusação de homofobia e de ferir os direitos humanos. No dia 23.11.05, o programa *"Eu Vi na TV"*, de João Kleber, que às segundas exibe o quadro *Teste de Fidelidade* foi suspenso, devendo ser reformulado e não mais apresentar cenas de agressão a mulheres. Foi o que a Rede

TV! se comprometeu a cumprir como parte do acordo feito com o MPF. Embora o alvo fosse outro programa desse mesmo apresentador, este, também, entrou no pacote do acordo.[113]

2.2.2.1.5. Princípio da incensurabilidade

CF/88, art. 5º, inc. IX determina que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. A censura é novamente lembrada no art. 220, § 2º.

Para a proteção deste princípio, todo cidadão deve poder expressar seus pensamentos e comunicar fatos ou notícias, sem qualquer censura ou interferências e também ser livre para se comunicar, trocar idéias, pontos de vista, enfim, participar como efetivo cidadão.

Quanto ao princípio da incensurabilidade, trata-se de uma liberdade negativa, pela qual é assegurado aos cidadãos um direito fundamental, de não ser impedido de se expressar. É uma garantia contra proibições arbitrárias.

Historicamente, já existia censura prévia para as manifestações artísticas e religiosas nas cidades-estado gregas. Na antiga Roma, os censores controlavam os costumes dos cidadãos. Na Idade Média, a igreja católica adotou a censura, através da inquisição, que condenava à morte o herege. Galileu Galilei, já idoso e doente, foi

[113] O Estado de S. Paulo, *"MPF quer cassar concessão da Rede TV!"*, de 25.10.05, p. A18; O Estado de S. Paulo, *"Justiça tira Rede TV! do ar por 25 horas"*, de 16.11.05, p. A14; O Estado de S. Paulo, *"Rede TV! tira programa de Kleber do ar"*, de 22.11.05, p. A19.

chamado a Roma e preso, sendo obrigado a assinar documento onde renegava sua própria doutrina (crime contra liberdade de expressão).[114]

É inadmissível qualquer tipo de censura, seja prévia ou posterior, total ou parcial. A doutrina constitucional está interpretando de forma ampla esse princípio, a fim de adicionar à censura administrativa a censura privada, advinda de qualquer entidade ou poder.

Preliminarmente, poder-se-ia pensar em contradição entre o princípio da incensurabilidade e a restrição do âmbito de proteção da liberdade de expressão e comunicação, quando necessário para proteção do cidadão, resguardando-o, bem como a coletividade, de eventuais abusos, em nome da liberdade de expressão e comunicação. Mas, a liberdade de expressão e comunicação não detém imunidade absoluta, e sim limitada, pelo abuso cometido em seu nome.

Sempre foi adotado pelas constituições brasileiras e na legislação infraconstitucional. Porém, a consagração formal pelo direito positivo da vedação de censura não foi suficiente para torná-la efetiva e concretizá-la. Após a ditadura do Estado Novo, de Getúlio Vargas (1937-1945), período em que a censura foi amplamente utilizada, pensou-se que o pior havia passado. Mas, adveio o "Golpe de 64" (1964-1984), período da ditadura militar, tratado a seguir.

O termo licença, que consta do texto constitucional, refere-se à não necessidade de autorização, para difusão de fatos ou notícias, através dos meios de comunicação escritos (exemplos: jornais, periódicos etc.).

---

[114] Edilsom P. Farias, *Liberdade de expressão e comunicação*, p. 77.

2.2.2.1.5.1. Estado de sítio

Restrição à garantia constitucional da comunicação social no estado de sítio, previsto textualmente na CF/88, no art. 139, inciso III, como limitador da liberdade de informação (imprensa, radiodifusão e televisão). Isto é, mediante a decretação do estado de sítio, ante a existência de comoção grave de repercussão nacional, ou ocorrendo fatos que comprovem a ineficiência das medidas tomadas durante o estado de defesa (situação de emergência), por até trinta dias, ou se o estado de sítio for por declaração de guerra, ou resposta à agressão armada estrangeira, será por todo o tempo que perdurar tal evento (CF/88, art. 138, §1º).

Pertinente citar o julgamento pelo STF, em 05.06.1914, do *habeas corpus* impetrado por Rui Barbosa. Requerido porque ele havia pronunciado discurso no Senado, protestando contra ato do governo federal que prorrogava por seis meses o estado de sítio. Fornecida cópia para o jornal, a publicação foi obstada. O Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu *habeas corpus,* sob o argumento de que no regime democrático "a publicidade nos debates do Parlamento é da sua essência, porque os poderes políticos surgem da Nação no exercício de sua soberania e ela, como comitente do mandato precisa saber como agem seus representantes", isto é, a restrição à publicação dos discursos dos parlamentares equivale a grave embaraço ao livre exercício do mandato legislativo, repelida categoricamente pela Constituição (STF, HC 3536, RF, XXII, p. 301).

Hoje, na atual Constituição, tem-se o parágrafo único do art. 139, dispondo que não se inclui dentre as restrições, a difusão de pronunciamento de parlamentar efetuado em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

2.2.3. Direito à informação verdadeira e sua tutela

Quanto à verdade, como limite da liberdade de comunicação, espera-se que o comunicador, ao divulgar uma notícia, tenha tomado todas as cautelas necessárias e tenha utilizado todos os meios disponíveis para divulgá-la. Assim, se uma notícia vier a ser revelada como não condizente com a realidade dos fatos, mas o comunicador tiver agido rigorosamente quanto aos critérios da verdade, não se pode considerar que houve desobediência a esses critérios, de sua parte.

Já foi citado que o órgão da imprensa tem a faculdade de valorar, de decidir o que vai publicar. Mas, uma vez publicada a notícia, surge ao leitor o direito à informação verdadeira. Não cabe aqui avançar em altas indagações filosóficas do que pode ser considerado 'verdade', ou em qual dimensão ela está focada: como verdade formal, verdade material, verdade histórica, verdade processual, verdade real etc. Ou, quais valores estão contemplados ou inseridos nela, tampouco, se 'verdadeiro' é a expressão axiológica da verdade, ou seja, a verdade em sua dimensão espiritual. Para o presente estudo, a verdade será tratada como aquilo que estiver em conformidade com a realidade, no sentido do que é autêntico, não inventado e imparcial. Pois a liberdade de expressão, atingido o patamar de direito constitucional de livre imprensa, deve ser autêntica, completa e verdadeira.

À medida que os custos dos meios de comunicação de massa são altos, principalmente a televisão, apenas um pequeno grupo pode dispor de condição econômica para arcar com tal empreendimento, monopolizando, ainda que indiretamente, a comunicação e conseqüentemente, podendo, às vezes, filtrar a notícia. Não se tem como evitar essa situação, numa economia de livre

mercado. Para amenizar esse reflexo, o público deve exigir o dever de verdade por parte dos órgãos de comunicação.

Às vezes a imprensa não tem como comprovar a veracidade do fato. Nesse caso, seria ela responsabilizada? Quando causar algum tipo de dano, deverá o problema ser resolvido com base na doutrina da responsabilidade civil. A imprensa tem o dever de conferir a veracidade da notícia. Já dizia Rui Barbosa que a imprensa tem o dever para com a verdade, por ser a imprensa a vista da nação; um deslize para com a verdade afeta a democracia.

Os cidadãos estão sendo informados, se a notícia estiver deturpada? Quando uma pessoa se sentir ofendida, é cabível o direito de resposta, ação penal e civil para reparação de dano patrimonial ou moral. O objetivo da ordem constitucional, tal como está positivada hoje, é conciliar a liberdade com responsabilidade dos produtores da comunicação; o exercício irresponsável da liberdade de informar torna-se um problema para as pessoas, bem como para a sociedade.

Cita-se o exemplo da *Escola Base*, ocorrido em São Paulo, em março de 1994, quando a mídia paulistana denunciou pessoas dessa escola, localizada no Bairro da Aclimação (Capital), por envolvimento em abuso sexual de crianças, seus alunos. Emissoras de rádio e televisão, jornais e revistas, basearam-se em fontes oficiais (polícia e laudos médicos), e em depoimentos de pais de alunos. A questão que foi descoberta posteriormente é que o fato não existiu. Quando o erro foi descoberto, a escola já havia sido depredada e os donos estavam falidos. O caso iniciou-se com duas mães apresentando denúncia na Delegacia, acusando a escola de promover orgias sexuais com crianças. Isto, após a conversa entre mãe e filho, na qual o filho de quatro anos mostrou-lhe, numa brincadeira infantil, como um homem e uma mulher se 'abraçavam'. A descrição, segundo a mãe, equivaleria a uma relação

sexual. O filho disse ter visto isso na casa de um colega da escola, e que tinha sido beijado por uma mulher. A polícia iniciou a investigação. A mãe submeteu o filho a perícia no Instituto Médico Legal, cujo resultado inicial comprovou o coito anal. O Delegado, no exercício de função pública, em março de 1994, concedeu entrevista à Rede Globo de Televisão, afirmando que houve violência sexual contra os estudantes da escola. Observe-se que nesse tipo de relato (de criança de quatro anos), fantasia mescla-se com realidade. No interrogatório, crianças nessa faixa etária são facilmente conduzidas nas respostas, fato este já comprovado por psicólogos e pedagogos.

Abaixo decisões, sempre contendo três partes autoras (os dois proprietários da escola e o motorista do transporte escolar, este acusado de levar as crianças à suposta casa). Algumas delas são em salário mínimo- SM, aqui com valor de dezembro/2005, R$300,00/mês, para dano moral. O dano material, em todas, terá o valor calculado, por perícia, em liquidação de sentença. O Inquérito Policial foi arquivado.

*- **Fazenda do Estado de São Paulo**: Em 1996, o juiz Luís Paulo Aliende condenou o governo paulista a pagar 100 SM - R$ 30 mil/cada autor. O advogado recorreu ao TJSP, reclamando por 25.000 SM/cada. TJSP, 8ª Câm., Rel. Pinheiro Franco, v.u., 23.02.2000, fixou o valor de R$ 100 mil/cada. A professora M.A.S. iria receber, ainda, uma pensão vitalícia por ter sido obrigada a abandonar a profissão. As partes recorreram ao STJ. O STJ, 2ª T., Rel. Min. Franciulli Neto, m.v., em 18.11.2002 reformou a decisão, condenando o estado de São Paulo a pagar R$ 250 mil/cada. O estado interpôs recurso extraordinário. Em 05.10.2005 o STF manteve o valor da condenação, Rel. Cezar Peluzo e multou o estado, v.u., por litigância de má-fé, em 0,3% do valor da indenização pelos danos sofridos pelas vítimas.*

***- Rede Globo de Televisão:** TJSP, 7ª Câm., Rela. Desa Constança Gonzaga, v.u., 14.09.2005, arbitrou o valor de R$1.350.000, R$450 mil/cada, equivalente a 1500 SM, mantendo o valor da 1ª instância. Recurso pendente; **TV Record:** juiz mandou arquivar a apelação. Aguarda decisão em embargos de declaração dos autores; **SBT** e **Rádio e TV Bandeirantes:** TJSP mandou o processo de volta à 1ª instância.*

***- Jornal Folha de São Paulo:** TJSP, 6ª Câm., Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, v.u., 11.08.2005, arbitrou o valor de R$750 mil, R$250*

mil/cada. Reduziu de 1500 SM, R$450 mil, da 1ª instância para R$ 250 mil/cada. Recurso pendente; ***Jornal O Estado de São Paulo e Jornal da Tarde:*** *TJSP, 6ª Câm., Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, v.u., 04.08.2005, arbitrou o valor de R$ 750 mil, R$250 mil/cada. Reformou sentença de 1ª instancia, que julgou improcedente a ação. Recurso pendente.*

- ***IstoÉ****: TJSP, 10ª Câm., Rel. Des. Octávio Helene, m.v., 19.07.2005 arbitrou o valor de R$ 600 mil, R$ 200 mil/cada. TJSP determinou que o voto seja anotado para jurisprudência. O voto vencido do Rev. Testa Marchi, argumentou que a reportagem não emitiu juízo de valor, que os fatos narrados não foram exagerados e que a editora, responsável pela revista não gerou dano. Alegou, ainda, que a indenização já foi buscada contra o estado e que a culpa pelo chamado 'linchamento moral' foi da autoridade policial. Recurso pendente;* ***Veja:*** *1ª instância arbitrou o valor de R$ 750 mil, R$250 mil/cada. Aguarda julgamento de recurso no TJSP.*

Há algumas reflexões a serem feitas para esse episódio. Não se pode generalizar, afirmando que todos os veículos de comunicação vilipendiaram a honra alheia, sem qualquer comprovação dos fatos. Há várias abordagens para se divulgar um fato: com sensacionalismo, com caráter informativo, educativo, pejorativo etc. Há que se refletir sobre quais esclarecimentos podem ser dados à comunidade em fatos como esse. Qual a responsabilidade das duas mães envolvidas no caso, que passaram incólumes por todo o processo? Qual a responsabilidade do Delegado que divulgou o Inquérito 'concluído' à imprensa? Todos devem ser penalizados igualmente em face da comoção e repercussão que o caso teve? Ou, ao julgador caberá individuar a valoração da indenização para cada caso concreto. Entende-se que será necessário avaliar como cada veículo abordou a notícia e a forma pela qual contextualizou o tema.

Retomando o direito à notícia verdadeira, trata-se de um direito difuso. De um lado, tem-se o dever quanto à verdade, por parte dos meios de comunicação e, em contrapartida, um direito de receber informação verdadeira. Verificar-se-á se é possível aplicar a este direito o ordenamento jurídico que tutela os direitos difusos.

Direito difuso é o direito de natureza transindividual, indivisível, abrangendo número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato. Não é possível delimitar onde acaba a quota de um e começa a do outro, como ensina Barbosa Moreira. A definição está no pelo Código de Defesa do Consumidor, art. 81, inc. I.

Relacionando a natureza do direito difuso à informação verdadeira, pode-se concluir que se trata de um direito transindividual, indivisível, cujos titulares são pessoas indeterminadas e ligadas entre si por circunstâncias de fato. Transindividual e indivisível, pois a informação jornalística é destinada a todas as pessoas que se disponham a recebê-la, não podendo individualizá-las, dividindo a informação para este e para aquele indivíduo. A informação vai para todos, que são igualmente titulares do direito de recebê-la. A circunstância de fato é que são leitores do mesmo jornal, ouvintes do mesmo rádio, espectadores da mesma emissora de televisão ou estão interligados em algum *site* de notícias, na internet.

No que tange à 'verdade', existem algumas informações que não precisam, necessariamente, ter essa obrigação, por serem interpretações subjetivas. A imprensa tem como objeto a mensagem que pode ser em forma de notícia, opinião ou propaganda. Notícia entendida como a divulgação de um fato real contextualizado; opinião, como interpretação subjetiva de um fato e propaganda como mera propagação de idéias, não visando a lucro, não tendo caráter comercial, a publicidade caminha em sentido contrário, isto é, tem caráter comercial, portanto, tem o dever da verdade. A notícia tem o dever da verdade.

Assim, os meios de comunicação devem separar o seu conteúdo em o que é notícia, o que é opinião e o que é propagação de idéias. A opinião geralmente fica para os editoriais. Notícia, por ter o

dever da verdade, pode ser transformada em direito difuso, desde que contextualizada. As outras informações, não.

A título de exemplo[115], seguem alguns casos nos quais as informações divulgadas não estavam condizentes com a verdade e a transparência:

> *Em 15.03.98, o jornal O Dia publicou uma série de reportagens intitulada "Órfãos do Vício", em que, em uma delas, um casal teria se deixado fotografar cheirando cocaína em cima de uma Bíblia, na presença de seu filho de oito anos. O filho aparecia na foto segurando o prato, em que a droga teria sido esquentada. Mais tarde, denunciou-se que a cena fora forjada e que a família teria recebido dinheiro para ser retratada naquelas condições.*
>
> *Em 06.05.98, uma rede de televisão aberta de São Paulo teria feito uma reportagem sobre imigrantes e sobre os países que falam a língua portuguesa em todo o mundo. Segundo um jornal carioca, a chamada da reportagem insinuava que os repórteres da rede teriam dado a volta ao mundo, para conhecer todos os países e para elaborar a matéria, mas, na verdade, a equipe somente teria ido até Goa, na Índia, e as demais entrevistas foram feitas em São Paulo.*
>
> *Em 14.05.98, o canal de televisão a cabo Travel Channel, exibiu uma polêmica reportagem sobre o Norte e o Nordeste do Brasil. Diversos erros foram imputados à emissora: que a alimentação do brasileiro é baseada em aipim e que, se comido cru, provoca a morte; que o mercado Ver-o-Peso, de Belém, destina-se ao comércio de objetos de magia negra; que o melhor hotel da Bahia cobra a diária de US$ 10.00; que o Pelourinho é freqüentado por crianças sujas e animais soltos; que a praia de Boa Viagem é repleta de micróbios; que a praia de Jericoacoara é habitada por cobras. Segundo os jornais e revistas que divulgaram os fatos, alguns dos equivocados comentários foram feitos com boa dose de ironia.*
>
> *No dia 07.10.98, a rede de televisão Record teria transmitido reportagem ao vivo sobre traficantes, em plena ação no Cemitério do Caju, sendo que um deles concedeu uma entrevista ao vivo. A reportagem visava a denunciar a falta de policiamento nos cemitérios. Imediatamente uma equipe de policiais invadiu o cemitério, para prendê-los e não os encontrou. Mais tarde denunciou-se que a matéria fora forjada*

[115] L.G.G.C.Carvalho, *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira,* p. 200.

e as pessoas filmadas eram do próprio programa. Conforme noticiou o Jornal do Brasil, o delegado da área afirmou que três testemunhas teriam visto membros da equipe de reportagem gravando a cena como se fossem traficantes.

O que teve maior repercussão foi o divulgado durante os meses de outubro e novembro de 1998. A rede SBT foi acusada de pagar pessoas necessitadas para interpretarem dramas fictícios no Programa do Ratinho, como se fossem verdadeiros, inclusive com cenas de agressão verbal ou física.

2.2.4. Informação como bem de consumo

Entendendo-se a informação/notícia como bem de consumo, há que se analisar quais esses direitos, bem como a natureza desse bem jurídico. No Código de Defesa do Consumidor estão tratadas as informações publicitárias e as de dados pessoais.

O Poder Legislativo em um Estado, que se diz social, quis proteger o consumidor em razão de sua posição inferior, tornando a vulnerabilidade deste a razão de ser do CDC. O princípio da boa-fé objetiva difere da subjetiva, porque a primeira é regra de conduta geral, incidindo sobre toda a coletividade, ao passo que a segunda está relacionada ao indivíduo, em um determinado negócio jurídico. A inversão do ônus da prova facilita a defesa do consumidor.

Os princípios que norteiam o CDC estão presentes também no direito de informação. Assim, tem-se: a coletividade e o interesse público, compondo a ordem pública; a qualidade, a verdade; a transparência, a própria transparência que deve ter a informação. Não é imprescindível que a relação jurídica seja de consumo para aplicar-se o sistema do Código, bastando que a relação seja de caráter coletivo.[116] A maioria da informação/notícia jornalística, por meio do rádio e televisão,

[116] L.G.G.C. de Carvalho, *Liberdade de informação e o Direito Difuso à Informação verdadeira*, p. 215.

insere-se no CDC, por força dos arts. 6º, inc. X e art. 22, considerando tratar-se de serviços públicos, concedidos, permitidos ou autorizados pelo poder público:

> ***Art. 6º.*** *São direitos básicos do consumidor: (...) X. A adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.*
> ***Art. 22.*** *Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias, ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.*

Quanto à informação de mídia impressa (jornais e periódicos), que independe de licença, pode inserir nos arts. 2º e 3º:

> ***Art. 2º.*** *Consumidor é toda pessoa física ou jurídica, que adquire ou utiliza produtos ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.*
> ***Art. 3º.*** *Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º. Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.*

Lembrar que a remuneração é indireta, quando o meio de divulgação não for oneroso, ocorrendo a remuneração via anunciante e não receptor. Quando não se tratar de televisão por assinatura ou jornais a remuneração, também, é feita pelo assinante destes. Na informação de dados, também a remuneração pode ser direta ou indireta: direta quando o banco de dados cobra pelo acesso ao seu sistema, e indireta quando alguém paga pelos dados para destiná-los ao

público. Exemplo: dados estatísticos, em que os institutos de pesquisas vendem o resultado para alguém, que tem interesse em divulgá-lo ao público, como as pesquisas eleitorais.

Conforme L. G. Carvalho, a única modalidade de informação que não se 'encaixa' por inteiro no CDC é a oficial. Sua base não é uma relação de consumo de um serviço informativo, mas um direito político de cidadania. Presume-se, do exposto pelo autor, que quando se tratar de informação oficial, ela seja sempre verdadeira, motivo para sua exclusão do CDC. Da qual, permite-se discordar, haja vista o que se lê como 'informação oficial', mais da metade não condizer com a verdade e a realidade.

2.2.4.1. Jurisprudência

Extraídas do artigo de Luis Gustavo Grandinetti C. Carvalho, publicado em 17.06.2005, no site mundo jurídico.[117] Alguns casos de informação supostamente ilícita:

> *Em 1996, o Tribunal de Justiça de São Paulo proibiu mensagem publicitária, em que famosa apresentadora de televisão induzia crianças a destruírem tênis usados, para obrigar os pais a comprarem novos, da marca usada pela apresentadora.*
>
> *Em 1997, laboratórios de análises clínicas foram acusados de transmitirem, diretamente aos planos de saúde, os resultados de exames de doenças graves, com o objetivo de protegê-los contra o credenciamento de tais doentes.*
>
> *Nas eleições de 1998, os institutos de pesquisa de opinião eleitoral foram acusados por candidatos, partidos e órgãos de imprensa, de terem errado muitos dos resultados oficiais em várias regiões do Brasil. Caso ficasse demonstrado ter havido falsidade nas pesquisas ou omissão injustificável de apurar com realismo as opiniões eleitorais dos eleitores, o instituto incidiria em responsabilidade perante e coletividade, por violar o valor*

[117] L.G.G.C.Carvalho, *A informação como bem de consumo*. Disponível em https://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos.asp?código-31. Acesso 30.01.06, às 19.56 h.

da verdade e imparcialidade, que deve existir, além de influir de modo artificioso e fraudulento no comportamento das pessoas, que, cientes da situação de seu candidato, passariam a votar em outro, o que constitui o denominado voto útil.

Em 1999/2000, o Ministério da Previdência veiculou na televisão uma mensagem objetivando, supostamente, esclarecer a opinião pública sobre a necessidade de reforma da Previdência e, especificamente, de igualar funcionários públicos e privados. Nela, o locutor dizia que os funcionários públicos se aposentam com vencimentos integrais, enquanto os da iniciativa privada, não. Ora, tratando-se de informação oficial do governo, ela deveria ser completa, transparente e verdadeira, devendo esclarecer todas as diferenças entre o sistema público e o privado e não só um deles, como, por ex., a inexistência de FGTS para os funcionários públicos, entre tantas outras.

Tais exemplos servem de alerta quanto ao conteúdo das mensagens que se está recebendo.

2.2.5. Informação como bem jurídico

Enquanto a informação não era determinante para traçar o rumo da vida em sociedade, a doutrina não se preocupava com seu aspecto jurídico. Por circular num circuito estreito, a informação pouco influenciava o curso normal das vidas das pessoas. Com o avanço tecnológico, a situação alterou-se, e agora, com a internet, a velocidade e o alcance da informação são inacreditáveis. A relevância jurídica da informação passa a ter um destaque que antes não lhe era concedido.

À medida que o saber, adquirido através do direito de se informar e de ser informado, e esta informação fazer com que o decidir seja melhor, depara-se com a relevância jurídica da informação, não importando para qual direção esteja focado: se familiar, profissional, política, social, religiosa, nacional, internacional etc. O poder de persuasão da reiteração da informação sobre o homem é o que o torna

objeto de proteção, para que não se comporte de forma manipulada, mas sim de forma consciente e com o 'saber' na bagagem.

Expressão de idéias e informação, sendo esta considerada um bem jurídico, merecem o mesmo tratamento? Existe diferença entre elas?

O art. 10 do Convênio Europeu para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, e o art. 19 do Pacto Internacional de Direitos Civis englobam a liberdade de expressão, a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de comunicar informações, dando-lhe tratamentos idênticos. Doutrina estrangeira caminha no mesmo sentido: Ekmekdjian, Antonio Aguilera Fernandez, Campoamor, Badeni e Pilar Cousido.[118]

Todos, mesmo os que entendem que são iguais, aceitam, pelo menos, uma distinção importante, a veracidade e a imparcialidade da informação/notícia. Sob esse foco, deve-se pensar em um direito da comunicação, distinto em sua natureza, da liberdade de expressão. Enquanto a manifestação de uma idéia, de uma opinião, um pensamento, não tem, necessariamente, qualquer apego aos fatos, à veracidade, à imparcialidade, atributos que não lhe cumpre preencher, a informação/ notícia, sendo um bem jurídico, não pode ser confundida como simples expressão de pensamento, por ser esta, parcial. Quando se divulga uma informação, deve-se ater aos fatos, se possível demonstrá-los em sua existência objetiva, sem qualquer apreciação de valor.

Necessário se faz que seja a informação tratada sob esse prisma, para que o receptor possa estabelecer seu convencimento pessoal, sem qualquer interferência. Tratando-se de manifestação de

[118] L.G.G.C.Carvalho, *Liberdade de informação e o Direito Difuso à Informação verdadeira*, p. 211.

pensamento, o receptor aderirá ou não ao seu pensamento já formulado, enquanto que na informação, ele formará o seu próprio pensamento.

2.2.6. Informação como serviço de utilidade pública

Inicialmente, o conceito de imprensa era restrito à publicação de jornais, hoje possui significado muito mais amplo, abrangendo os meios de comunicação: jornais, revistas, periódicos, rádio, televisão, internet etc., como já citado anteriormente.

A Constituição de 1988, no Título VIII, da Ordem Social, trata da comunicação social, e, mais especificamente no art. 223, considera os serviços de rádio, televisão e radiodifusão como serviços públicos. No art. 21, incs. XI e XII, determina que compete ao Estado explorá-los, direta ou indiretamente, mediante outorga e renovação de concessão, permissão ou autorização para funcionarem. Somente e tão-somente sua execução é admitida ao particular. A atual Constituição trouxe significativa mudança, envolvendo o Congresso Nacional na concessão (contrato administrativo) ou permissão (ato administrativo) de rádio e televisão, haja vista que anteriormente eram de competência exclusiva do Poder Executivo e muito utilizadas para barganhas políticas. Cite-se o presidente José Sarney, que assinou 1.028 concessões de rádio e televisão a fim de garantir o mandado de cinco anos, e o presidente Itamar Franco, que outorgou 349 concessões de rádio nos últimos cinco dias de seu governo. No Congresso Nacional existe a bancada eletrônica composta há poucos anos de 137 parlamentares federais, que controlavam emissoras de rádio, televisão e jornais em todo o País.

O Jornal "A Tarde", de Salvador/BA, de 26.12.05, que também circula no Norte e Nordeste, divulgou a matéria "*Coronelismo*

eletrônico", informando que os políticos controlam 65 das 217 emissoras de rádio AM/ FM e televisão na Bahia, cujas autorizações são concedidas pelo Ministério das Comunicações, isto é, 30%.

O interesse público da mídia eletrônica foi justificado sempre pela escassez de ondas eletromagnéticas e hertzianas utilizadas pelas emissoras de rádio e televisão. Com o surgimento e avanço de novos suportes técnicos para a transmissão de sinais, através de cabos de fibra óptica e satélite, fez-se necessário manter sob o manto do Estado a exploração dos mesmos, haja vista o funcionamento do regime constitucional democrático, a fim de garantir que esses veículos contribuam com a consecução dos princípios que norteiam a sociedade e estados brasileiros. Suporte constitucional para tal está no art. 1º, incs. I, II, III e IV combinado com art. 3º, incs. I, II.

Hely Lopes Meirelles[119] afirma que conceituar objetivamente o que seja considerado serviço público ou serviço de utilidade pública é muito difícil, visto ser este conceito variável e flutuar conforme as necessidades políticas, econômicas, sociais e culturais da comunidade em que está inserido. O Estado, reconhecendo a conveniência, admite que alguns serviços sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizados), nas condições regulamentadas e sob controle do Estado, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários.

No caso dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, têm-se os serviços prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizados), cuja remuneração é indireta, pois a remuneração não vem do receptor, mas do anunciante, que para ter a atenção do receptor remunera o órgão de informação, para que este

[119] Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 297.

possa manter um bom serviço e, com isso, angarie cada vez mais receptores. O anunciante substitui o receptor no pagamento da remuneração. Conceito válido para televisão "aberta" (Cultura, SBT, Globo, Record, Rede TV!, Gazeta, Bandeirantes), através do qual a pessoa recebe o sinal, simplesmente ligando seu aparelho de televisão.

No que tange à televisão por assinatura *"paytv"*, embora necessite de concessão, conforme o sistema de transmissão, seja por micro ondas (MMDS), cabo, satélite ou digital, a remuneração dá-se através da assinatura, quando o assinante optar por tal serviço. Entende-se que o assinante deste serviço não possa ser considerado receptor, pois, num processo de comunicação há que se ter emissor, receptor de mensagem e este interagir com o emissor, exemplo típico dos serviços de telefonia. Aqui, ele recebe a programação, mas não interage com ela. Mas, essa é uma questão que ainda não está pacificada entre os doutrinadores, principalmente entre os tributaristas, tampouco existe decisão judicial final nos processos que tramitam em Brasília (STJ e STF). Pois, se entendido que há comunicação, incidirá imposto sobre circulação de mercadoria e prestação de serviço de comunicação - ICMS (em média 25%, a depender de Convênio/CONFAZ para redução da alíquota, que deve ser ratificado por todos os estados e normalmente tem prazo de vigência). Caso contrário, em se entendendo que não há comunicação, incidirá o imposto sobre serviço - ISS, cuja alíquota é de 5%. Questão de alta indagação, mas não pertinente ao tema tratado nesse estudo.

O controle indireto do Estado é igual para todas as modalidades de serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Assim, a transmissão de informação, prestada por estes, é considerada serviço de utilidade pública.

Pertinente aqui a restrição constitucional quanto à propriedade dos meios de comunicação social, disposta nos seus art. 220, § 5º e art. 222. Refere-se à proibição de monopólio e oligopólio, sendo a primeira espécie de restrição à propriedade dos meios de comunicação social. Faz sentido, quando se pensa na pluralidade de idéias e na imparcialidade da informação, como valores maiores.

Ao prescrever, também, que a propriedade de empresas jornalísticas, quer políticas, ou simplesmente noticiosas, é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis do Brasil e que tenham sede no País, às quais caberá a responsabilidade por sua administração e orientação intelectual, fica vedada aos estrangeiros e às sociedades por ações ao portador. O objetivo é restringir a estes a propriedade dos veículos de comunicação, numa tentativa de impedir que esses sirvam de instrumento de defesa de interesses alheios aos da sociedade brasileira.

A Emenda Constitucional 36, de 28 de maio de 2002, regulamentada pela Lei 10.610, de 20.12.2002, permitiu certa abertura ao autorizar a participação de capital estrangeiro nas empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Agora, há autorização para se ter até 30% do capital estrangeiro nas empresas de comunicação brasileira. Assim, 70% do capital total e do votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverão pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão, obrigatoriamente, a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação (CF/88, art. 222, § 1º). No § 2º do mesmo art., permitem-se os 30% de capital estrangeiro, mas proíbe-se a participação na responsabilidade editorial e de direção de programação, que deverá também ser atividade privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos. Veda também participação de partidos políticos.

Porém, tramita a Proposta de Emenda Constitucional (PEC 55, de 10.11.2004), do Senador Maguito Vilela (PMDB/GO), cuja essência é "*que os provedores de internet e qualquer produtor, programador, distribuidor de conteúdo de comunicação social sigam as mesmas regras da TV aberta*", ou seja, limite de 30% para capital estrangeiro, dirigente brasileiro etc. Está, desde outubro/2005, na CCJC do Senado Federal. Há um movimento literalmente contra essa redução e competitividade, que esta PEC quer impor. Um grupo de empresas e associações que compartilham dos mesmos ideais e princípios de alta relevância, para a mais plena manutenção dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana brasileira, no âmbito do direito de informar e ser informado - o Movimento pela Informação Livre (MIL) reuniu-se para discutir a PEC 55/2004, criada no Senado Federal, de 21 a 25.11.2005. Na prática, é um grupo que pretende fazer contraposição à medida, que reduza ou não promova a competição e a diversidade dos conteúdos ofertados, através dos diferentes serviços de comunicação. O que é a PEC 55/2004? A que se refere?

Em apertada síntese, a proposta apresentada pelo Senador Maguito Vilella em novembro de 2004 propõe estender às empresas de acesso à internet e às empresas de produção, programação e provimento de conteúdos as mesmas regras existentes para as empresas jornalísticas e de radiodifusão aberta, conforme a EC 36/2002. O texto delimita que pelo menos 70% do capital total e do capital votante destas empresas devem pertencer direta ou indiretamente a brasileiros, atribuindo a eles o exercício obrigatório da gestão das atividades e a responsabilidade editorial sobre as atividades de seleção e direção de programação. A PEC dá um prazo de dois anos para a adequação das empresas e exclui as agências de publicidade e as produtoras de comerciais da aplicação do art. 222 da CF/88. Estendendo preceito constitucional, como a limitação do capital estrangeiro, a todas as mídias, independentemente da tecnologia

utilizada para a prestação de serviços (acesso à internet, produção, programação, provimento de conteúdo etc), simplesmente equivoca-se ao querer regular a mensagem como se ela fosse o meio. Mensagem significa o conteúdo transmitido pelo meio e meio o canal que liga a fonte ao receptor. *(Parecer de Marcos Bitelli para a Comissão de Comunicação Social da Associação Brasileira de Direito de Informática e Telecomunicação - ABDI, em 19.08.05).*

Quer obrigar qualquer produtor, fornecedor e integrador de conteúdo, que são agentes privados, pois não necessitam de licenças e outorgas (CF/88, art. 21), para meios de comunicação (telecomunicação e radiodifusão) que são as concessionárias de serviço público. Esqueceu que o acesso à internet não é controlado, assim, sendo, o conteúdo mundial ficaria fora da norma. As distribuidoras internacionais não poderiam fornecer filmes para os canais de televisão aberta ou fechada. O cidadão teria mitigado seu direito fundamental à informação. Para a maioria das entidades que a estão debatendo, não é possível identificar ganhos em termos de ampliação de direitos, seja no que tange à inclusão social e digital, ampliação de fontes de informação, responsabilidade editorial, regionalização ou outros valores sociais relevantes, ou sistematização do ordenamento, isto é, esclarecimento e regulação da comunicação social dentro de um contexto de convergência. Aí está toda a polêmica gerada por esta PEC, que encontra-se aguardando o parecer do relator da CCJC do Senado Federal desde maio/2005.

Retomando a informação como serviço de utilidade pública, sendo o receptor titular do direito de informação, serviço adequado é informar corretamente, de forma que a opinião pública seja formada sob fatos reais. No Brasil, por ter larga maioria da população de analfabetos ou semi-analfabetos, a televisão tem grande importância no que tange a levar informação ao público. Desta forma, as concessões

dadas politicamente, interferem e muito na qualidade e imparcialidade da informação transmitida, comprometendo significativamente o que o povo ouve e vê. A atuação do Ministério Público tem exercido melhor papel do que os órgãos da Administração Pública, que têm o dever de fiscalizar a qualidade e imparcialidade da informação transmitida.

A título de conhecimento, atualmente existem quatrocentos jornais diários no país, com tiragem de milhões de exemplares, com destaque para *Folha de São Paulo* e *O Estado de São Paulo*. Quanto às revistas semanais, gênero que funciona como um resumo das informações divulgadas pelos jornais, além de matérias investigativas e denunciativas, as mais significativas são: *Veja, Época* e *IstoÉ*. Abaixo, quadro com dados do Instituto de Verificação de Circulação (IVC) de outubro/2005:

JORNAIS	**Folha de S.Paulo**		**Estado de S.Paulo**	
	Circulação	**Tiragem**	**Circulação**	**Tiragem**
Domingo	372.301	433.743	297.919	341.857
Segunda	288.620	313.580	221.183	248.205
Terça	285.242	311.758	205.269	230.176
Quarta	288.655	315.191	207.243	237.729
Quinta	287.890	315.612	206.480	230.161
Sexta	298.807	326.672	224.490	247.157
Sábado	312.207	340.094	231.341	254.529
Dias úteis	293.570	320.485	216.001	241.326

*Fonte IVC – 10/2005

REVISTAS	**Circulação**	**Tiragem**
Veja	1.110.231	1.227.593
Época	440.105	508.270
IstoÉ	356.231	435.380

*Fonte IVC – 10/2005

CAPÍTULO 3. CENSURA: UM CAPÍTULO A PARTE

3.1. Censura como imposição de limites à liberdade da comunicação

A palavra censura vem do latim, significando o poder do Estado de proibir ou reprimir (censura prévia ou repressiva) a livre manifestação do pensamento, através da palavra, quando haja perigo de conseqüências para a ordem pública. Faz parte do poder de polícia do Estado. Saber distinguir entre a simples manifestação de idéias e preparação de um golpe revolucionário, é, no dizer de Kelsen, um desafio, um perigo que a democracia tem de enfrentar, sob pena de desmentir a si própria. A censura de espetáculos e diversões públicas é menos discutível que a das idéias, pois baseia-se na preservação dos bons costumes e por isso é admitida na vida normal e quotidiana da democracia, desde, é obvio, que não seja provocada disfarçadamente em motivos ideológico-políticos.[120] Envolve obras literárias, artísticas ou comunicações, independente da forma e do veículo (meio).

Com o desenvolvimento da imprensa, a partir da invenção de Gutenberg, pôde-se constatar o seu poder, considerando que as informações eram rapidamente multiplicadas. Até então, os manuscritos eram facilmente destruídos, já com a invenção da imprensa, não era mais possível e rápido destruir todos os impressos. Este fato despertou o interesse dos governantes, pois viram no invento uma maneira de se beneficiarem.

Assim, pode-se dizer que a imprensa já nasceu censurada. Desde seu início, houve o entendimento de que deveria ser controlada pelo Estado. O que também ocorreu na Inglaterra, pátria da

[120] Leib Soibelman, *Enciclopédia do Advogado*, p. 67.

liberdade de imprensa, onde o próprio rei a controlava, concedendo licença para a instalação das prensas ou censurando o impresso. Para manter o controle sobre a imprensa, foram criadas legislações, com o intuito de organizá-la e limitá-la. Afinal era mais fácil e rápido localizar uma impressora ou um impressor, para que a atuação do censor fosse mais eficiente. Os governantes criaram um sistema de privilégios para o impressor exercer sua atividade. Como exemplo, em 1462, Galeazzo Maria Visconti, em Milão, concedeu dez anos de privilégio de impressão a Panfilo Castaldi. Igual benefício concedeu-se em Veneza e em outras localidades européias. Na França, não era permitida a impressão e venda de qualquer publicação sem a autorização prévia de uma Faculdade de Teologia. Em 1501, a igreja, através do Papa Alexandre VI, instituiu o *Index Librorum prohibitorum*, a fim de censurar a literatura impressa. Nos anos de 1515 e 1546, através dos Papas Leão X e Paulo III, a igreja, preocupada com as publicações dos protestantes e judeus, ditou regras para a edição de livros. Em 1529, na Inglaterra, havia uma lista de livros proibidos. Em 1530, criou-se um sistema de licenças, inicialmente idealizado para obras religiosas, depois para qualquer publicação. Em 1534, vetou-se essa prática. A partir de 1641, o Parlamento passou a controlar a imprensa. Em 1695, os ingleses tornaram sem efeito o ato que estabelecia a censura prévia, com a não renovação do *Licensing Act*, eliminando-a.[121]

Os séculos XVI e XVII foram marcados como o período da censura aos jornalistas e escritores, que sofreram forte repressão e perseguição dos príncipes e bispos. Por outro lado, o século XVIII foi considerado o da liberdade de expressão, com a difusão das idéias de John Locke, na Inglaterra; Mirabeau e Montesquieu, na França, e Payne, nos Estados Unidos.

[121] Edilsom P. Farias, *Liberdade de expressão e comunicação,* p. 58; Oduvaldo Donnini e Rogério F. Donnini, *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem*, p. 31.

Na Inglaterra, embora a censura prévia tivesse sido abolida em 1765, o marco da liberdade de imprensa ocorreu quando *John Wilkes* publicou no jornal *North Briton,* uma severa crítica ao governo, o qual a considerou criminosa, determinando a detenção de *Wilkes*. Inconformado, este impetrou *habeas corpus* e pleiteou reparação de danos. Os tribunais decidiram que a detenção era nula e determinaram o pagamento de indenização em favor do jornalista de 100.000 libras esterlinas. Mas, a Câmara dos Comuns declarou que a matéria publicada tinha teor de insurreição contra as autoridades constituídas, motivo pelo qual entendeu que o jornal deveria ser queimado. Isso se deu, e obrigou *Wilkes* a se refugiar na França, retornando à Inglaterra em 1768 quando foi eleito para o Parlamento com votação expressiva, mas em seguida se apresentou aos Tribunais e foi condenado à dez meses de prisão, mais uma multa de 1000 libras esterlinas. A partir desse fato, a liberdade de expressão passou a ser constante em toda a Europa.[122]

Uma vez divulgada a informação, encontram-se duas espécies de restrições diretas: preventiva e repressiva. Como preventiva, a que evita ou condiciona a manifestação de pensamento: a censura, a apreensão de edições ou exemplares e a suspensão da impressão ou da emissão. Como repressiva, a que não evita, nem condiciona, apenas penaliza quem, da liberdade de manifestação de pensamento já tenha abusado, tem-se: as diversas vias processuais de responsabilidade penal ou civil pelos abusos. A repressiva, indiretamente pode impedir a repetição dos abusos, além de não devolver os efeitos, prejudiciais.

[122] Oduvaldo Donnini e Rogério F. Donnini, *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem*, p. 45.

Gregório Badeni[123] citou que são diversos os métodos empregados para amordaçar a imprensa, dentre eles: monopólio; subvenções governamentais; violação do segredo profissional; difusão obrigatória de fatos, opiniões e propagandas; proibição de criar novos meios de imprensa; privilégios e restrições governamentais para o emprego de tecnologias de comunicação; aplicação de medidas fiscais que importam em restrições etc.

O século XVIII colocou o homem no centro das preocupações, reenquadrou o Estado e aumentou o conceito de liberdade. Para deter a importância da liberdade dentro do Estado, os séculos XIX e XX reviveram métodos tradicionais, para domar a indomável liberdade de informação. Os métodos não tradicionais foram: prisão ilegítima de jornalistas, seu desaparecimento ou morte, tortura, atentados a bomba, fechamento dos órgãos de imprensa, dentre tantos outros.

Liberdade de imprensa, ou na concepção mais atual, liberdade de expressão e comunicação, exprime que os meios de comunicação são livres para manifestar sua opinião, criticando, informando, investigando, denunciando, dentro dos limites impostos pelos ordenamentos jurídicos. Os limites podem ser classificados como os internos e os externos. Internos, os atinentes à responsabilidade social (compromisso com a verdade, precisão e objetividade na divulgação das informações). Os externos, referentes à colisão com outros direitos, também considerados fundamentais.

A 'imprensa', aqui entendida como todos os veículos de divulgação de informação, deve ser livre, com participação do público no processo informativo. O Estado liberal reconheceu a livre 'imprensa'

[123] Gregório Badeni, *Libertad de Prensa,* p. 114, *apud* L.G.G.C. Carvalho, *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*, p.130.

como um mecanismo fundamental à democracia, bem como ao desenvolvimento e progresso individual. O Estado democrático deve assegurar a livre informação, cujo objetivo final será o de aperfeiçoar a democracia, fundada na liberdade, na igualdade e na dignidade da pessoa humana.

Mas a ordem jurídica democrática não reconhece valor absoluto a qualquer direito ou liberdade. Assim, a Constituição Brasileira diretamente impõe restrições, ou autoriza a lei a estabelecê-las expressamente; em outras hipóteses, implicitamente, dá aval para que o legislador ou o Poder Judiciário formule restrições, quando imprescindíveis para garantir outros direitos individuais ou bens comunitários constitucionalmente protegidos, ocorrendo a restrição tácita.

As restrições derivam de três naturezas: a) de direitos fundamentais dos demais cidadãos (direitos personalíssimos: direito à privacidade); b) de bens sociais (direito à proteção da saúde e da segurança públicas e do meio ambiente); e c) dos próprios direitos estatais e constitucionais (resguardo da Constituição de ataques ao Estado, ante desordens internas e agressões externas).

Restrição à publicidade pode ser considerada censura?

A CF/88, art. 220, § 3º, inc. II e § 4º e a lei regulamentadora, Lei 9.294, de 15.07.96, alterada pela Lei 10.167/2000, restringiu a publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, que sejam nocivas à saúde e ao meio ambiente. A propaganda e embalagem dos produtos de tabaco, assim como propaganda comercial de produtos fumígeros e bebidas nos meios de comunicação social, deverá conter advertência escrita e/ou falada sobre os malefícios do fumo e só poderá ser veiculada no rádio e

na televisão, no horário das 21 às 6 horas, bem como não pode ser associado o produto a esporte olímpico ou de competição. A propaganda de medicamentos e terapias, os medicamentos anódinos e de venda livre, quando assim classificados pelo Ministério da Saúde, poderão ser anunciados nos meios de comunicado social, desde que autorizados pelo referido Ministério, e a propaganda não poderá conter afirmações, que não sejam passíveis de comprovação científica, nem utilizar depoimentos de profissionais que não sejam legalmente qualificados para fazê-lo. Para quem tiver interesse e quiser se aprofundar sugere-se a consulta a Luis Roberto Barroso, *Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro*, *in* Temas de Direito Constitucional.

Entende-se que não pode ser considerada censura, haja vista os malefícios que tais produtos podem causar na coletividade que os consumir. O interesse social há que prevalecer e ser interpretada esta restrição como limite.

3.2. Brasil: informação (imprensa) x censura

Hoje, no Brasil, a liberdade de informação está positivada na Constituição e garantida, mas, historicamente, nem sempre foi assim. Para recordar, necessário se faz um retorno na história.

Na época da monarquia, era totalmente proibido imprimir. Mesmo com a proibição, há notícia de que duas tipografias chegaram a instalar-se, desafiando a proibição da Coroa: a primeira em Pernambuco, descoberta e fechada pela Ordem Régia, de 08.07.1703; a segunda no Rio de Janeiro, sob a direção de Antônio Isidoro da Fonseca, descoberta e fechada em 1747. Nesse ano (1747), por meio de uma carta régia, a Corte portuguesa vetou a impressão de livros e avulsos. Nessa época havia o primeiro e único parque gráfico, uma tipografia no

Rio de Janeiro, aberta em 1746, que não suportou o veto da Corte portuguesa, vindo a falir. Essas gráficas não chegaram a imprimir documento algum, foram fechadas pela possibilidade de virem a produzir algum escrito que fosse prejudicial à metrópole. Em 1807 o padre Viegas de Menezes fundou uma, em Vila Rica/Minas Gerais, mas foi fechada por ordem do governo português. Este fato retardou por quase um século a implantação da imprensa no país.[124]

A imprensa ressurgiu em 1808, mas pelas mãos governamentais, quando, após a invasão francesa em Portugal, a Corte de Portugal, mudou-se, temporariamente, para o Rio de Janeiro, vindo com ele a Imprensa Régia, casa editorial estatal, mais tarde transformada em Imprensa Nacional, a mesma que hoje ainda publica o Diário Oficial da União, lançado em 1862.

Em 13.05.1808 suspendeu-se à proibição dos prelos no país, todavia, não existia a livre atividade da imprensa. Em 01.06.1808 foi criado o *Correio Braziliense*, editado e impresso em Londres, classificado pelos historiadores como o primeiro jornal em português a circular no Brasil, redigido e dirigido por Hipólito José da Costa. Segundo seu fundador, tinha como meta fiscalizar a Administração Pública brasileira. Tinha caráter moralizador, mas não aceitava qualquer forma de participação popular nas reformas. Enfrentava vários problemas, não tinha periodicidade certa, foi publicado até 1822, ano da independência do País, não chegando a completar duzentas edições. Dizia o jornal:

> *"Ninguém deseja mais do que nós as reformas úteis, mas ninguém aborrece mais do que nós, sejam essas reformas feitas pelo povo. Reconhecemos as más conseqüências desse modo de reformar. Desejamos as reformas, mas feitas pelo*

[124] Oduvaldo Donnini e Rogério F. Donnini, *Imprensa livre, dano moral e dano à imagem*, p. 21/22.

governo, e urgimos que o governo as deve fazer enquanto é tempo, para que se evite serem feitas pelo povo."

Também no ano de 1808, em 10 de setembro, foi lançado *A Gazeta do Rio de Janeiro*, primeiro jornal criado em solo brasileiro, publicação estatal editada sob censura prévia e oficial, em conseqüência da chegada da Corte de D. João VI. Dirigido pelo frei Tibúrcio José da Rocha, servia apenas aos interesses da Coroa, não se preocupando com o público leitor e nem o público encontrava nele algum atrativo. Circulou até dezembro de 1821.

Em 1811, em Salvador, surgiu o *Idade d´Ouro*, igualmente censurado. Em 1812 surgiu *As Variedades*, a primeira revista brasileira, com enfoque literário, publicada pela Maçonaria. Em 1821, as Cortes Constituintes de Portugal aprovaram as bases da Constituição, onde transcreveram a liberdade da manifestação de pensamento. Assim, as Constituições do Reino e suas colônias, em 10 de março de 1821, garantiram a "*livre comunicação dos pensamentos, como um dos mais preciosos direitos do homem, podendo, conseguintemente, todo cidadão, sem dependência de censura prévia, manifestar suas opiniões em qualquer matéria, contanto que houvesse de responder pelos abusos desta liberdade nos casos e na forma que a lei determinasse, com julgamento por um tribunal especial, menos em matéria religiosa, sobre a qual a censura caberia aos bispos, obrigado o governo a auxiliá-los no castigo dos culpados"*.

O Decreto Real, de 12.07.1821, trouxe de Portugal para o Brasil a lei reguladora da imprensa, que, de acordo com as bases constitucionais, não mais acolhia a censura prévia. Diante disso, o Príncipe Regente Dom Pedro editou o aviso de 28.08.1821, no qual constava "*que não se embarace por pretexto algum a impressão que se quiser fazer de qualquer escrito"*, ou seja, abolia a censura prévia. Após

esse fato, surgiram várias folhas (jornais), criando o clima de ebulição política e a nacionalidade despertada para a independência. Entre esses jornais, cita-se: o *Malagueta*, dirigido por Luiz A. May; o *Regulador Brasileiro*, de Frei Sampaio, patrocinado pela maçonaria; o *Espelho*, de Ferreira Guimarães.

Em 1821, nasceram os jornais sensacionalistas *"Diário do Rio de Janeiro"*, abordando temas de economia e assuntos gerais, dava realce para o relato de crimes e fugas espetaculares de escravos; e o jornal político *Revérbero Constitucional Fluminense*, de Januário da Cunha Barbosa e Joaquim Gonçalves Ledo; e ainda o *Correio do Rio de Janeiro*, do português José Soares Lisboa, que foi expulso do Brasil, por ordem de José Bonifácio, estadista temperamental que não conseguiu separar a paixão política ante os ataques frontais de José S. Lisboa.[125]

A Portaria baixada em 19.01.1822, pelo Ministro do Reino e dos Estrangeiros, José Bonifácio de Andrada e Silva, trouxe o primeiro anúncio relativo à legislação de imprensa, que proibiu os impressos anônimos, atribuindo responsabilidade, pelos abusos, ao seu autor ou, na sua falta, ao editor ou impressor. O Senado da Câmara do Rio de Janeiro, preocupado com essa Portaria, pediu ao Príncipe Regente (D.Pedro), em 04.06.1822, a criação do Juízo dos Jurados, para o julgamento dos abusos de opinião na imprensa. Dom Pedro atendeu ao pedido e por meio do Decreto 4.743, de 18.06.1822, criou o júri de imprensa, composto de 24 cidadãos, escolhidos entre os homens bons, honrados, inteligentes e patriotas, com o direito de recusação de dezesseis, por parte dos réus.[126]

---

[125] Barbosa Lima Sobrinho, *O problema da imprensa*, p. 83, *apud* Darcy Arruda Miranda. *Comentários à Lei de Imprensa*, p.23/24.

[126] Solidônio Leite Filho, *Comentários à Lei de Imprensa*, 1925, p. 19, *apud* Darcy Arruda Miranda. *Comentários à Lei de Imprensa*, p. 24-32.

A primeira Assembléia Constituinte, após a independência do Brasil, elaborou nova Lei de Imprensa. O governo aproveitou o Projeto de Lei n° 36, de 02 de outubro, de autoria de Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, mesmo com a dissolução da Assembléia Constituinte, e transformou-o no Decreto de 22.11.1823, que regulou a liberdade de imprensa. Essa lei repudiava a censura e declarava livres a impressão, a publicação, a venda e a compra de livros e escritos de toda a qualidade, com algumas exceções. Essa foi a primeira lei de imprensa, onde se inseriu o princípio da liberdade de imprensa, bem como o processo contra os eventuais abusos que se praticassem.

A Constituição do Império de 1824, inspirada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, manteve o princípio da liberdade de imprensa, em seu art. 179, inc. IV, estabelecia que a imprensa seria livre de censura, sendo o abuso sujeito às penas da lei:

> *Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: (...). IV. Todos podem comunicar os seus pensamentos por palavras, escritos e publicá-los pela imprensa, sem dependência por censura, contanto que hajam de responder pelos abusos que cometerem no exercício deste direito, nos casos e pela forma que a lei determinar.*

Lançado em 1825, o *Diário de Pernambuco*, é o único que continua a ser publicado até hoje. Em 01.12.1827 nascia o jornal *Aurora Fluminense*, de Evaristo da Veiga, que marcou época como verdadeiro jornalismo. A Carta de Lei de 20.09.1830, procurou regulamentar o dispositivo constitucional relativo à liberdade de imprensa. Mas teve curta vigência, pois em 16.12.1830 foi sancionado o primeiro Código Criminal, que incorporou as disposições dessa lei, com pequenas alterações. Em 18.03.1831, foi assinado pelo regente Diogo Feijó, o Decreto que regulamentou o processo dos crimes de imprensa,

podendo o réu ser processado no seu domicílio, ou no distrito da culpa, à escolha do queixoso. O impressor que quisesse livrar-se do processo, devia indicar ao juiz, o editor e sucessivamente o autor e vendedor. Esse Decreto foi revogado em 24 de setembro do mesmo ano. Estavam, então, regulamentados os abusos da imprensa no Brasil, até a proclamação da República. Sessenta anos depois, em 11.10.1890, foi sancionado o novo Código Penal, que manteve as linhas gerais da liberdade de imprensa.

A Constituição da República, de 24.02.1891, estipulou no art. 72, § 12 que:

> *Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 12. Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato.*

O período republicano foi marcado por vários atentados à liberdade de imprensa, ao contrário da época monárquica. A primeira lei de imprensa da era republicana foi a Lei 4.743, de 31.10.1923 (Lei Adolfo Gordo, seu relator no Senado), que retirava do Código Penal os crimes de imprensa. Essa lei fixava as penas aplicáveis aos crimes de injúria, difamação e calúnia, quando cometidos pela imprensa, bem como os atos definidos como anarquismo pelo Decreto 4.269, de 17.01.1921, quando praticados através dos instrumentos de comunicação. Puniam-se os atos de incitação ao anarquismo, os atentados à honra alheia; a publicação de segredos do Estado e de matéria que violasse a segurança pública; de ofensa à nação estrangeira; de ofensas à moral e aos bons costumes; de anúncios de medicamentos, não aprovados pela Saúde Pública e de escritos visando à chantagem. Instituiu-se o direito de resposta e reformou-se o

processo dos delitos de imprensa. Não se instituiu a censura prévia. Quanto à responsabilidade, esta era apurada após a prática do abuso, segundo o princípio da liberdade responsável de cada um. Mas, instituiu a censura repressiva.

Com a Revolução Liberal[127], iniciada em 03.10.1930, e abafado o movimento da Revolução Constitucionalista de 1932, sob a liderança civil de Getúlio Vargas, vigorou o arbítrio e a vontade pessoal do ditador. A Carta Constitucional de 16.07.1934 estabeleceu no art. 113, § 9, a regra da Constituição de 1891, excetuando-se a censura prévia quanto aos espetáculos públicos. Eis o texto: *"Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer..."* Essa censura foi mantida nas Constituições subseqüentes. Em 14.07.1934, dois dias antes da promulgação da Constituição, o então Presidente Getúlio Vargas baixou o Decreto 24.776, considerado como a segunda Lei de Imprensa, no período republicano. Esse decreto sofreu alterações, com o advento da Constituição outorgada em 10.11.1937, data do golpe de Estado e instauração do Estado Novo. O seu art. 122, XV, estabelecia que o legislador ordinário deveria regulamentá-la.

Contudo, a Constituição prescreveu, em pormenores, uma série de limitações à imprensa. Dispunha o referido art. 122, XV:

> ***a)*** *com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;* ***b)*** *medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;* ***c)*** *providências destinadas à*

[127] Darcy Arruda Miranda, *Comentários à Lei de Imprensa*, p. 28-30.

proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.

Estabelecia também que a imprensa regular-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios:

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

De 1939 a 1945, a imprensa foi submetida a severa censura prévia, através do Decreto 1.949, de 30.12.1939. Com o fim do estado ditatorial em 1945, voltou a viger o Decreto 24.776/34. E em 18.09.1946, foi promulgada nova Constituição Federal.

A Constituição de 1946, em seu art. 141, § 5º, aboliu a censura prévia, exceto para espetáculos e diversões públicas, manteve proibição de propaganda de guerra, de processos violentos, de preconceito racial ou de classe.

Em 12.11.1953 foi sancionada a Lei 2.083, que, em seu art. 63, revogou o Decreto 24.776/34. Esta lei que ficou conhecida como lei de imprensa restringia o conceito de imprensa aos jornais e periódicos, ficando os demais impressos para a esfera do direito comum. Foi revogada pela atual Lei de imprensa (Lei 5.250, de 09.02.1967), que inovou o conceito tradicional de imprensa e nele incluiu os serviços de radiodifusão e as agências de notícias.

A Constituição de 1967 também proclamou a liberdade de imprensa, inserindo-a em seu art. 150, § 8º. O art. 166, § 2º, estabelecia que *"sem prejuízo da liberdade de pensamento e de informação, a lei poderá estabelecer outras condições para a organização e o funcionamento das empresas jornalísticas ou de televisão e de radiodifusão, no interesse do regime democrático e do combate à subversão e à corrupção"*, o que limitava, substancialmente a liberdade de imprensa.

Apesar do texto da Constituição de 1967 ser liberal, o país passou por um dos maiores crimes praticados contra a imprensa, o período da ditadura militar, que impôs uma severa censura prévia, sendo diversos jornalistas perseguidos, processados, alguns, presos e torturados até a morte, sem qualquer processo.

Nesse cenário foi publicada a Lei 5.250/1967, conhecida como Lei de Imprensa, que entrou em vigor em 14.03.67. Essa lei veio para regular, além da liberdade de imprensa, a liberdade de manifestação do pensamento e da informação. Declarou intolerável a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem pública e social ou de preconceitos de raça ou de classe (art. 1º):

> *Art. 1º. É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um,*

nos termos da lei, pelos abusos que cometer. §1º. Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem pública e social ou de preconceitos de raça ou classe. § 2º. O disposto neste artigo não se aplica a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem na vigência do estado de sítio, quando o Governo poderá exercer a censura sobre os jornais ou periódicos e empresas de radiodifusão e agências noticiosas nas matérias atinentes aos motivos que o determinaram como também em relação aos executores daquela medida.

Como visto, o parágrafo 2º exclui, expressamente, da liberdade de manifestação de pensamento, os espetáculos e diversões públicas.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969 repetiu o princípio da liberdade de imprensa, constante da Constituição de 1967, e acrescentou ao texto desta, no art. 153, § 8º, a intolerabilidade para *"as publicações de exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes".* Regra repetida no art. 174, § 2º.[128]

3.2.1. Período da ditadura militar (1964–1984)

Compensa ater-se um pouco ao período recente da história política brasileira, que afetou profundamente o direito fundamental de liberdade de pensamento, de acesso à informação, de divulgação de informações, considerando todo o já exposto, no que tange aos elementos e garantias para os cidadãos no Estado Democrático de Direito e a liberdade de expressão e comunicação.

Tem-se consciência de que o Estado de direito torna-se prejudicado sob regimes políticos autoritários, ou, como alguns

[128] Legislação cronológica-histórica e legislativa de Governo no Brasil, desde o período colonial: pesquisa realizada através dos sites da Presidência e da Câmara dos Deputados. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br/Ccivil/Constituicao e http://www2.camara.gov.br/conheca/historia/ cronol.html. Acessos em 30.01.2006, às 19.28 h.

queiram, regimes políticos de exceção. Direitos e garantias são colocadas à margem do Estado, por aqueles que detém o poder político de definir o que é prioritário, o que é importante aos cidadãos, independente de qualquer manifestação de vontade destes.

Em momento e análise constitucional, o Brasil encontrava-se sob a égide da Constituição de 1946, que tinha como foco o estado social e um compromisso com a tradição liberal. Havia um esforço para conciliar o Estado liberal com o Estado social. Essa Constituição trouxe a certeza de que qualquer ditadura estava fadada a um fim, aqui se referindo à de Getúlio Vargas. Getúlio foi presidente por quinze anos ininterruptos, sendo oito como ditador de fato. Os constituintes de 1946 vinham com a mensagem de que queriam devolver ao Brasil a democracia brasileira. Supunha-se, após a ditadura do Estado Novo de Getúlio Vargas (1937-1945), que ela não voltaria. Mas, retornou com o Golpe militar de 1964, sobretudo a partir de 1968, atingindo o apogeu em 1972.

O Brasil demonstrou-se imaturo, no sentido econômico, político e social, e em 1964, os militares, lutando contra o comunismo e na tentativa de valorizar o modelo americano, promoveram o famoso "*Golpe de 64*", destruindo a Constituição de 1946. Diziam-se preocupados em modernizar o Brasil, advindo, daí, a necessidade de fortalecer o Poder Executivo, pois alimentavam a convicção de que o povo era incapaz de realizar as transformações necessárias, face à submissão ao jogo das ambições de políticos despreparados no que tange ao interesse público. As conseqüências políticas, sociais e econômicas foram desastrosas, retratadas por duas décadas de obscurantismo e de terror que se seguiram, que foram as do governo militar. O germe autoritário não fora erradicado da nação, pois o populismo de Getúlio carregava, em seu cerne, profundo senso autoritário de poder político e depois foi a vez da ditadura militar. De

abril de 1964, com a edição do Ato Institucional nº 1 até 1966, foram editados mais três Atos Institucionais e quinze emendas constitucionais. Podendo-se afirmar que a verdadeira Constituição nesses tempos foi substituída pela edição dos Atos Institucionais.

O **AI-1**[129], de 09.04.1964, suspendeu algumas garantias constitucionais (vitaliciedade, estabilidade etc.), também, os direitos políticos por dez anos e cassou mandatos legislativos federais, estatuais e municipais, vedada a manifestação judicial nesses casos. Concedeu poderes excepcionais ao Marechal Humberto de Alencar Castello Branco.

O **AI-2**, de 27.10.1965, extinguiu partidos políticos, deu poder ao Presidente da República de baixar atos complementares, Decretos-Lei sobre matéria de segurança nacional, de decretar o recesso do Congresso Nacional, Assembléias Legislativas e Câmara de Vereadores, em estado de sítio, ou fora dele. Uma vez decretado o recesso parlamentar, ficava o Executivo autorizado a legislar mediante decretos-lei em todas as matérias. Estabeleceu, também, a eleição indireta do vice-presidente da República.

O **AI-3**, de 05.02.1966, autorizava a eleição indireta do Presidente da República, governadores e vice-governadores.

O **AI-4**, de 07.12.1966 convocou o Congresso Nacional, para reunião extraordinária, a fim de discutir novo texto constitucional, sob um cronograma muito curto para sua apresentação, discussão e promulgação. Este cronograma foi cumprido à risca, chegando o texto

[129] Paulo Bonavides e Paes de Andrade, *História Constitucional do Brasil de 1824 a 1988*, p.767-794: docs. da Carta de 1967 e referente ao período de exceção (Atos Institucionais 1, 2, 3, 4, 5 e a "Constituição" da Junta Militar - Introdução à EC 1, de 17.10.69, p. 797-940, contém, na íntegra os textos políticos antecedentes à Constituição de 1988, discursos de Tancredo Neves, Ulysses Guimarães e José Sarney.

ao Congresso em 12.12.1966 e a 'Constituição' promulgada em 24.01.1967. Nasceu morta, prevalecendo o entendimento de que se tratou de mera formalidade, pois ainda predominavam os ditames dos Atos Institucionais.

Porém, havia a esperança de que a durabilidade dos Atos Institucionais estivesse no fim, e que a Constituição teria suporte para implantar a democracia, principalmente no que tange às liberdades.

Com a justificativa de manter intocável o monopólio sobre poder político e utilizando-se da censura como forma de repressão, foi instituído o Ato Institucional 5. Mas a própria Constituição de 1967 favorecia a aplicação da censura: *'O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará na suspensão dos direitos políticos de dois a dez anos'* (arts. 151 e 166, § 2º).

Nesse contexto, foi baixado o **AI-5**, em 13.12.1968, sob o governo do Presidente da República, Marechal Costa e Silva, sucessor de Castello Branco, sepultando de vez essa esperança da sociedade. Este Ato Institucional englobou os quatros anteriores, acrescentando a faculdade à União de intervir em estados e municípios, suspendeu o *habeas corpus,* concedeu ao Presidente da República poder para decretar estado de sítio ou de sua prorrogação, bem como excluía da apreciação do Poder Judiciário o reexame de qualquer ato praticado com base nele. A Emenda Constitucional de 1969 também foi mera fachada, pois no panorama político nada foi alterado.

Instaurou-se definitivamente o arbítrio na sociedade, tornando-a emudecida. Seus líderes foram perseguidos, torturados e assassinados. Na eleição de 1970, um terço dos votos foram brancos ou nulos. Para mensurar esta fase, entre 1965 e 1966, foram baixados

pelo Presidente Castello Branco, nada menos do que três atos institucionais, 36 atos complementares, 312 Decretos-Lei e 3.746 atos punitivos. Percebe-se a fecundidade legiferante dessa época. Neste período, também, foi criado o SNI - Serviço Nacional de Informações, pela Lei 4.314, de 13.06.64.[130]

Emergia na sociedade a necessidade de forçar o governo militar a aceitar a participação da comunidade, até então isolada e permanentemente sob suspeita. Com a Carta do Recife, teve início em 1971, decorrente da concentração em Pernambuco do grupo progressista do Movimento Democrático Brasileiro (MDB), os desejos de que fosse instaurada uma Assembléia Nacional Constituinte. Mais tarde, várias e importantes patentes militares também se insurgiram pelas eleições diretas, reclamando pela volta da democracia. A maioria das manifestações foi abafada pela censura e, nos quartéis, houve a repressão àqueles que se diziam a favor da volta da democracia.

Em janeiro de 1984, iniciou-se o movimento popular de rua com um gigantesco comício na Praça da Sé, em São Paulo, contando com mais de trezentas mil pessoas, reunindo associações como a Ordem dos Advogados do Brasil, os sindicatos e as federações de trabalhadores, as representações estudantis, organizações religiosas, que contou com o apoio da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil. Em 17.04.1984, houve outro grande movimento popular, a passeata no Vale do Anhagabaú, também em São Paulo, que reuniu mais de um milhão de pessoas, exigindo as eleições diretas em todos os níveis – *'Diretas Já'*. Movimento que se irradiou rapidamente por todo o país.

[130] Lei 4.314/64 criou SNI, como órgão integrado na estrutura do Poder Executivo. Depois, pelo Decreto-Lei 200/67, artigo32, V, esteve vinculado à administração federal centralizada, com atuação como órgão de assessoramento imediato do Pres. da República. Atualmente, está sob a Secretaria de Assuntos Estratégicos - SAE.

Era então Presidente do Brasil o General João Figueiredo que, pressionado pela imprensa, com inúmeros artigos e reportagens que mencionavam seu pai, o General Euclides Figueiredo, deputado federal pela União Democrática Brasileira (UDN), que ficou por vários anos exilado no exterior por ter sido contrário e ter combatido a ditadura Vargas, bem como pelos movimentos populares, anunciou uma Emenda Constitucional propondo as eleições diretas para 1988.

As oposições, conjuntamente elaboraram o documento '*Compromisso com a Nação'*, de 07.08.1984, subscrito por Tancredo Neves, na época, Governador de Minas Gerais e virtual candidato à Presidência da República, Ulysses Guimarães, Presidente nacional do Partido do Movimento Democrático Brasileiro, Antonio Aureliano Chaves de Mendonça, Vice-Presidente da República e Marco Maciel, Senador pelo Estado de Pernambuco, estes dois últimos, pelo Partido da Frente Liberal.

Durante a ditadura militar no Brasil, período que durou cerca de vinte anos, de 1964 a 1984, período maior do que o previsto, decorrência do autoritarismo, os dados e informações sobre as pessoas eram obtidos através de fontes, sem qualquer critério de idoneidade, estando sujeitas a fatores incertos e ao arbítrio dos militares, que detinham o poder político.

Foram tempos difíceis, pois as fontes dessas informações eram de discutível 'legalidade' e o meio através do qual essas informações eram obtidas, eram obscuros. Não raramente eram forjados, ou, até mesmo, montados pela neurose dos órgãos detentores do poder, diga-se por sinal, altamente repressivos, no que tange à liberdade das pessoas, principalmente em manifestar seu pensamento. Essas informações, uma vez obtidas, não se sabendo de que forma, se incorporavam a registros oficiais ou para-oficiais, aos quais ninguém

tinha acesso, a não ser essa alta cúpula, que se utilizava dessas informações, a seu bel prazer, como base de avaliação, para a imposição de medidas sancionatórias ou discriminatórias.

Ninguém poderia se insurgir contra esses critérios de avaliação e meios de obtenção de informações, pois os interessados não tinham qualquer acesso aos dados constantes desses cadastros e registros. Não há como opor-se contra a falsidade ou imperfeição de determinadas informações, se você as desconhece.[131]

Conforme levantamento feito por João Feder[132], referente ao período entre setembro de 1972 e novembro de 1975, foram expedidas 298 ordens de censura para jornais, revistas, emissoras de rádio e televisão. A *Tribuna da Imprensa* foi apreendida mais de 30 vezes e a revista *Veja* foi censurada por 119 edições, contemplando 10.352 linhas, 44 fotografias, 20 desenhos e 60 matérias vetadas integralmente. O governo negou registro, impedindo a circulação de 420 jornais e 346 revistas, cassou a licença para fornecimento de papel a 61 jornais e revistas, tomou de assalto o jornal *O Estado de São Paulo* por 5 anos, e instituiu um pagamento mensal aos veículos de comunicação.

3.2.1.1. Abertura dos arquivos e a segurança nacional

A atual Constituição Brasileira, no art. 5º, inc. XXXIII, estipula que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, exceto aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da

---

[131] José Carlos Barbosa Moreira, *O habeas data brasileiro e sua lei regulamentadora, In*: Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), *Habeas data*, p.127.

[132] João Feder, *Crimes da comunicação social*, 1987, p. 35, *apud* Edilsom P. Farias, *Liberdade de expressão e comunicação*, p. 187.

sociedade e do Estado. Assim, como fica a questão dos arquivos montados pelo SNI no período da ditadura militar?

Foi publicada a Lei 8.159, em 08.01.91, que dispôs sobre a política nacional de arquivos públicos e privados. Material este referente ao período acima citado. Em seu art. 2º, define o que são arquivos:

> *Lei 8.159/91 (...). Art. 2º. Consideram-se arquivos, para os fins desta lei, os conjuntos de documentos produzidos e recebidos por órgãos públicos, instituições de caráter público e entidades privadas, em decorrência do exercício de atividades especificas, bem como por pessoa física, qualquer que seja o suporte de informação ou a natureza do documento.*

Em seu art. 4º, trata do direito que todos têm de obter informações a seu respeito, excetuando-se as de caráter sigiloso:

> *Art. 4º. Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, contidas em documentos de arquivos, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, bem como à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.*

No art. 7º e no § 1º definem o que são arquivos públicos:

> *Art. 7º. Os arquivos públicos são os conjuntos de documentos produzidos e recebidos, no exercício de suas atividades, por órgãos públicos de âmbito federal, estadual, do Distrito Federal e municipal em decorrência de suas funções administrativas, legislativas e judiciárias. § 1º. São também públicos os conjuntos de documentos produzidos e recebidos por instituições de caráter público, por entidades privadas encarregadas da gestão de serviços públicos no exercício de suas atividades.*

O art. 7º veio a ser regulamentado pelo Decreto 2.942, de 18.01.1999, mas este, foi revogado pelo Decreto 4.073, de 03.01.2002. A Lei 8.159/91 foi regulamentada pelo Decreto 4.553, de 27.12.2002.

Quanto ao acesso de documentos públicos, mas considerados sigilosos, o art. 23, § § 1º e 2º preceitua que:

> *Art. 23. (….). § 1º. Os documentos cuja divulgação ponha em risco a segurança da sociedade e do Estado, bem como aqueles necessários ao resguardo da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas são originariamente sigilosos. § 2º. O acesso aos documentos sigilosos referentes à segurança da sociedade e do Estado será restrito por um prazo de trinta anos, a contar da data de sua produção, podendo esse prazo ser prorrogado, por uma única vez, por igual período.*

Dias antes do atual Presidente da República, Luís Inácio da Silva (Lula) tomar posse, evento este que se daria em 01.01.2003, o Presidente da República à época, Fernando Henrique Cardoso, baixou o Decreto 4.553, de 27.12.2002, que dispunha sobre a salvaguarda de dados, informações, documentos e materiais sigilosos de interesse da segurança da sociedade e do Estado, no âmbito da Administração Pública Federal, alterando o prazo, para mantê-los em arquivo sem divulgação ao público, de trinta para cinqüenta anos.

No início do governo *'Lula',* venceria o prazo de trinta anos de sigilo para os documentos secretos relativos à primeira guerrilha do Araguaia. No final de 2004, não haveria qualquer impedimento legal para a divulgação de documentos dessa época, podendo ser acessíveis para consulta pública. O prolongamento do prazo, via Decreto, visava a poupar o novo governo de pressões que poderiam desencadear ressentimentos na população. Para inibir este acesso e proteger a figura do Presidente que tomou posse no início de 2003, o prazo foi aumentado para cinqüenta anos, conforme dispõe o

art. 7º, do Decreto 4.553/02, quando se tratar de documento ultra-secreto, podendo ser renovado indefinidamente:

> *Art. 7º. Os prazos de duração da classificação a que se refere este Decreto vigoram a partir da data de produção do dado ou informação e são os seguintes: I. ultra-secreto: máximo de cinqüenta anos; II. secreto: máximo de trinta anos; III. confidencial: máximo de vinte anos; IV. reservado: máximo de dez anos. § 1º. O prazo de duração da classificação ultra-secreto poderá ser renovado indefinidamente, de acordo com o interesse da segurança da sociedade e do Estado.*

O Decreto 4.553/2002 ficou sendo o centro da discussão que se travou nos meios de comunicação[133], no que tange a abertura pública dos arquivos da ditadura, especialmente os documentos referentes à repressão, aos movimentos subversivos da época e à luta armada.

Fernando Henrique nunca se opôs ao conhecimento desses dados, tanto que foi de iniciativa dele a Lei dos Desaparecidos e a criação da comissão de Anistia. Porém, depois de dois anos, a situação é outra, pois com a divulgação de fotos que se dizia serem de *Vladimir Herzog*, nu e humilhado, antes de seu assassinado nas dependências do DOI-Codi, houve uma série de manifestações pela imprensa e de colocações pelo Comando do Exército, logo desautorizada pelo Presidente 'Lula'. Isso demonstra um certo amadurecimento das forças armadas quanto ao que aconteceu no período de ditadura militar no Brasil.

E a polêmica restou instaurada: estes arquivos devem ser abertos? Ou ainda existem documentos, considerados *ultra-secretos*, relativos à defesa nacional, às relações externas e ao desenvolvimento

---

[133] O Estado de São Paulo, de 31.10.2004, "*Os arquivos da ditadura militar devem ser abertos?".* Resultado da enquête: 70,07% sim e 29,93% não, p. J7; Revista VEJA, 30.06.2004, ed. 1860, Roberto Pompeu de Toledo, *"Regime em transe",* p. 122; Revista VEJA, 27.10.2004, ed. 1877, Roberto Pompeu de Toledo, "*Indignidades... e uma relação cheia de dedos",* p. 142.

científico e tecnológico, cuja divulgação pode comprometer os interesses do Estado?

Clara Charf, 79 anos, viúva do *'líder guerrilheiro' Carlos Marighella,* morto a tiros na noite de 04.11.1969, sob a alegação de que estava armado e de que reagira ao comando militar, posteriormente soube-se que ele não estava armado e não reagira, simplesmente parou quando foi chamado, defende abertura de arquivo.[134]

Para o atual Ministro da Justiça, Celso Thomaz Bastos, os arquivos devem ser abertos, mas não haverá decisão precipitada.[135]

Em 11.11.2004, a Justiça Federal da 1ª Vara Federal de Guaratinguetá (SP), juiz Paulo Alberto Jorge, decretou imediata abertura dos arquivos militares, através de sentença de 46 páginas, acolhendo liminarmente a ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal. Deu 15 dias para que o Comandante do Exército, general Francisco Roberto Albuquerque, "*transfira todos os documentos referidos (relacionados com o período de 1964 a 1985) para o Quartel do 5º Batalhão de Infantaria Leve do Exército, em Lorena, onde deverão ser mantidos em sala própria cujo acesso somente será permitido com autorização deste Juízo Federal, independentemente do grau de sigilo, que lhe tenham sido atribuídos por qualquer autoridade política, administrativa ou legislativa, civil ou militar, para oportuna análise judicial dos mesmos".* O juiz questionou a eficácia do art. 6º do Decreto 4.553/2002, que previa a blindagem dos arquivos pelos próximos 50 anos. Para ele, "*não é constitucional norma que deixe ao critério exclusivo do Presidente da República a classificação de documentos*

---

[134] O Estado de São Paulo, de 05.11.2004, "*Viúva de Marighella defende abertura de arquivos*".

[135] O Estado de São Paulo, de 06.11.04, *"Bastos: sem marola, os arquivos serão abertos" - "Ministro comenta em Salvador que medida virá, mas não haverá decisão precipitada"*, p. A11.

quanto ao seu sigilo, menos ainda a norma que atribua esta competência a autoridades inferiores. Inclusive, nem do chamado primeiro escalão do governo". Concluiu que *"a ação trata de evidente defesa de interesses difusos, quais sejam os metaindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato"* [136]:

> *Dec. 4.553/02. Art. 6º. A classificação no grau ultra-secreto é de competência das seguintes autoridades: I. Presidente da República; II. Vice-Presidente da República; III. Ministros de Estado e equiparados; e IV. Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. Parágrafo Único. Além das autoridades estabelecidas no caput, podem atribuir grau de sigilo: I. secreto, as autoridades que exerçam funções de direção, comando ou chefia; e II. confidencial e reservado, os servidores civis e militares, de acordo com regulamentação específica de cada Ministério ou órgão da Presidência da República.*

Em notícia veiculada em 17.11.2004, nota-se a polêmica do assunto: "Sem alarde, o governo liberou parte da verba de que a Abin precisa para digitalizar as 220.000 fichas (que, se estima, podem conter até 4 milhões de documentos) produzidos pelo finado SNI. É o primeiro passo para saber o que realmente existe ali. O diretor-geral da Abin, à época, Mauro Marcelo Silva, avaliou que *'95% desse total é baboseira'*. Em seis meses deve estar tudo digitalizado". [137]

Para Lety Maria Barbi[138] (advogada e pesquisadora), o sigilo de documentos oficiais não pode ser eterno. Cita os exemplos da divulgação de documentos referentes ao que ocorreu no Brasil à época do suicídio de Getúlio Vargas, da renúncia de Jânio Quadros, ascensão de João Goulart à Presidência da República e o golpe de Estado que o

---

[136] O Estado de São Paulo, de 12.11.2004, "*Juiz manda abrir arquivos da ditadura"*, p. A12.

[137] VEJA, de 17.11.04, ed. 1880, coluna "Radar", de Lauro Jardim, *"Os arquivos do SNI"*, p. 38.

[138] Lety Maria Barbi, *A transparência da administração pública brasileira,* Dissertação (Mestrado), Universidade Federal de Santa Catarina, 1991.

derrubou. Tais documentos fornecem importantes lições, entre elas, o respeito de como a sociedade se comporta diante de certas forças existentes, dentro dela e que comprometem a eficácia dos dispositivos democráticos. Se respeitado o direito fundamental à informação, estes arquivos devem ser abertos, para que todos os cidadãos tomem conhecimento do ocorrido, a menos que tenha alguma informação que possa gerar algum problema para a segurança nacional, motivo único para exceção.

Em 21.12.05, o Presidente 'Lula' autorizou abrir arquivo para a própria pessoa ou familiar, e desde que as informações não comprometam a segurança nacional.

A documentação dos arquivos da ditadura é repassada da ABIN para o Arquivo Nacional do Rio. Na prática, o acesso a arquivos não é simples. A Constituição garante o direito à privacidade e a divulgação de dados de uma pessoa depende de sua autorização. "O presidente Lula disse que a abertura dos arquivos ocorre no 'momento certo'. Os papéis, argumentou, tinham de ser 'preparados para abrir, porque é muita coisa para prestar informações à sociedade'". [139]

Arquivos abertos
Documentos secretos disponíveis no Arquivo Nacional

1- Serviço Nacional de Inteligência [SNI]	**2- Conselho de Segurança Nacional**	**3- Comissão Geral de Investigações**
• Arquivos do SNI, Forças Armadas, Polícia Federal, Dops e Secretarias de Segurança Pública	• Inclui documentos sobre cassações políticas	•Engloba documentos sobre enriquecimento ilícito
Período: 1964 a 1990	Período: 1964 a 1980	Período: 1968 a 1979
Extensão: 220 mil microfichas, com 1 milhão de folhas microfilmadas	Extensão: 311 caixas-arquivo, com 90 metros de documentos catalogadas	Extensão: 948 caixas-arquivo com 265 metros de documentos, já transferidas ao Arquivo Nacional

[139] O Estado de S.Paulo, de 22.12.2005, Caderno Nacional, p. A8.

3.3. Poder Judiciário e liberdade de expressão e comunicação: Censura ou controle jurisdicional da legalidade

A CF/88, no art. 220, § 1º, assegura a mais ampla liberdade de informação jornalística, mas também estipula que na liberdade de informação sejam observados outros direitos garantidos no art. 5º. Donde se deduz que, embora ampla, a liberdade de imprensa, não é absoluta, incondicional e irrestrita, pois o próprio texto constitucional restringe essa liberdade em algumas situações quando outros bens jurídicos fundamentais, e igualmente relevantes e indispensáveis numa democracia, estão em eventuais conflitos, caracterizados por abusos, como por exemplo a ofensa à privacidade das pessoas. O direito à ampla liberdade de imprensa não é um direito que transcende a outros, de igual natureza constitucional, mas convive com estes, desde que não os viole. O que está proibido constitucionalmente é a censura prévia. Mas, a concessão de uma liminar, cautelar ou antecipação de tutela, proibindo a publicação de determinada matéria, artigo, livro etc., pode ser considerada censura prévia ou o Poder Judiciário, uma vez acionado (direito de ação), pode fazê-lo no exercício do controle jurisdicional da legalidade?

Algumas restrições são permitidas, por meio de lei federal ou pela própria Constituição. Assim, é necessário que nos espetáculos e diversões públicas, sejam informadas sua natureza e a faixa etária recomendada; que sejam garantidos, nos programas de rádio e televisão, o respeito aos valores éticos e sociais e que sejam restringidas as propagandas que atentem contra a saúde e o meio ambiente. Da mesma forma, a Lei 8.069/90 (ECA) impõe restrições e sanções aos meios de comunicação social. Outro exemplo, a Lei Federal 7.716/89, com redação dada pela Lei 9.459/97, que define os crimes de preconceito de raça ou de cor, em seu art. 20, estabelece:

> *Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa. § 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. § 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. § 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência: I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo; II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas. § 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido.*

No que tange às restrições de se publicar determinados atos processuais, a Constituição, dentro do princípio da publicidade dos atos processuais, autoriza restrições por meio de reserva de lei qualificada, e esta só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (CF/88, art. 5º, inc. LX). Sendo permitido manter sigilo em algumas situações que envolverem informações oficiais ou de interesse público, ou ainda, envolver direitos da personalidade, casos em que os processos tramitaram em segredo de justiça. O Código de Processo Civil determina que correm em segredo de justiça os processos que tenham interesse público, os referentes a casamento, separação de cônjuges, conversão em divórcio, alimentos e guarda de menores, conforme estipula seu art. 155. Já o Código de Processo Penal, estipula que fica assegurado ao inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse público, conforme seu art. 20. Inovação constitucional é a permissão do sigilo das votações no tribunal do júri, conforme art. 5º, XXXVIII, b.

Uma questão que requer reflexão é saber se há diferença entre censura e atividade jurisdicional do magistrado. São inconfundíveis?

Para L.G.G.C. Carvalho, E. Farias e Donini a intervenção do Poder Judiciário não pode ser considerada censura, pois ele está agindo compondo legítimos interesses contrapostos. Estará exercendo o controle jurisdicional quando é provocado a agir pela demanda, e não censurando a publicação de ofício, na condição de tradutor da consciência coletiva sobre a moral, os bons costumes e as ideologias nocivas, como faziam os censores de outrora. Entendem que, sempre que invocado, o Poder Judiciário pode e deve coibir atos de qualquer natureza, que violem o princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo que para isso haja restrição à liberdade de imprensa. Quando a imprensa extrapola seu dever de informar e atinge a privacidade das pessoas, por força de princípios constitucionais, cabe ao Poder Judiciário decidir sobre eventual excesso ou abuso. Portanto, uma vez estes constatados, o Poder Judiciário pode impor pena de apreensão de publicações ilegais, suspensão de programas de rádio ou televisão, impor, ainda, sanções pela veiculação ou transmissão, bem como proibir a publicação quando houver discriminação étnica.

José Henrique Rodrigues[140], em artigo denominado *"A censura à imprensa e o controle jurisdicional da legalidade"*, descreve a necessidade de intervenção prévia, ou não, da autoridade judiciária, no âmbito da liberdade de comunicação social. E em casos de abuso, o Poder Judiciário pode e deve intervir, mediante provocação, impondo limites à esta liberdade, que não é absoluta e irrestrita, principalmente no que tange aos direitos à honra e à imagem.

---

[140] José Henrique Rodrigues Torres, *A censura à imprensa e o controle jurisdicional da legalidade*, RT 705, p. 24.

Em recente evento, V Encontro Regional sobre Liberdade de Imprensa, realizado no dia 08.06.2005, pela Associação Nacional de Jornais (ANJ), com o apoio da UNESCO, e que encerrou o ciclo de debates para divulgar a Rede em Defesa da Liberdade de Imprensa, questionou-se a censura prévia que, na prática, vem sendo imposta ao País por meio de decisões do Judiciário. Citados, como exemplos, os casos do recolhimento do livro *Na Toca dos Leões*, de Fernando Morais, e a proibição de exibição, em Rondônia, de cenas de deputados estaduais pedindo propina em troca de apoio ao governador Ivo Cassol, em reportagem do programa "Fantástico".

Em 20.10.05, o Tribunal de Justiça de Goiás cassou a liminar que impedia a comercialização do livro *Na Toca dos Leões,* de Fernando de Morais. O livro fora apreendido em maio, por ordem do juiz Jeová Sardinha, da 7ª Vara Cível de Goiânia. O juiz também proibiu o autor e a Editora Planeta de se pronunciarem sobre o episódio, sob pena de pagarem multa de R$ 5.000,00 a cada declaração publicada. A ação foi movida pelo deputado Ronaldo Caiado (PFL-GO), que alega ter sido caluniado na obra que conta a história da agência de publicidade W/Brasil.[141]

Quando se veda a transmissão de programa de televisão, em que haja absoluto desrespeito aos valores éticos e sociais, ou que atente contra o meio ambiente ou, ainda, quando haja absoluta incompatibilidade entre o horário do programa e sua natureza, principalmente no que tange à proteção da infância e da juventude, entende-se que o Poder Judiciário não está praticando qualquer forma de censura, mas cumprindo sua atividade jurisdicional.

[141] O Estado de S. Paulo, de 21.10.05, *"TJ libera venda do livro embargado por Caiado",* p. A11.

Cite-se, como exemplo o caso, que fatalmente fará parte dos anais internacionais dos Direitos Humanos, do editor gaúcho Siegfried Ellwanger, que editou livros de conteúdo nazista, um deles negando o holocausto, afirmando ser mera fabricação de *lobby* judaico. Processado pela comunidade judaica local, acabou condenado por racismo. Seus advogados entraram com pedido de *habeas corpus*, que chegou ao STF, por pretender provar que anti-semitismo não é racismo, crime inafiançável e imprescritível pela atual Constituição. Pleitearam *habeas corpus*, depois de derrotas em instâncias inferiores. O Min. Mauricio Correa, em seu voto a favor da concessão, argumentou que judeu não é raça, e sem raça não há racismo. O Min. Carlos Ayres Britto, também deu voto absolutório, tendo declarado que aprendeu com o Professor Fábio Konder Comparato a importância da liberdade de expressão. O Professor titular da Universidade de São Paulo, em entrevista ao Painel do Leitor, da Folha de São Paulo de 20.08.03, afirma que: *"lamento que o eminente ministro não tenha aceito também a lição de que a liberdade de expressão é um direito relativo, ao passo que racismo, sobretudo num país que viveu quatro séculos fundado na escravidão dos africanos, é, incontestavelmente, um crime absoluto"*.

> *STF. EMENTA: HC. Publicação de Livros: Anti-Semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional, Liberdade de expressão. Limites. Ordem Denegada.* ***1.*** *Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias", contra a comunidade judaica (Lei 7.716/89, art. 20, na redação dada pela Lei 8.081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, art. 5º, inc. XLII).* ***2****. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional da imprescritibilidade. Inconsistência da premissa.* ***3.*** *Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que, todos se qualificam como*

espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência todos são iguais. ***4.*** *Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças, resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.* ***5.*** *Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na CF/88 do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam o crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do país.* ***6.*** *Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na "negrofobia", "islamafobia" e a anti-semitismo.* ***7.*** *A CF/88 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa à cláusula de imprescritibilidade, para que fique ad perpetuam rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.* ***8.*** *Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da CF/88, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação. A fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.* ***9.*** *Direito comparado. A exemplo do Brasil, as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam, em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos EUA que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.* ***10.*** *A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade desqualificação do povo judeu,*

equivalem à incitação ao discrímen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. ***11.*** *Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.* ***12.*** *Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham.* ***13.*** *Liberdade de expressão.Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.* ***14.*** *As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria CF/88, art. 5º, 1ª parte. O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.* ***15.*** *"Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.* ***16.*** *A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. HC 82424 QO/RS. Rel. Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno, v.m., j. 17.09.2003,DJ 19.03.2004, p. 17, vol. 02144-03, p. 524.*

Neste caso, conclui-se que o Poder Judiciário cumpriu o controle jurisdicional da legalidade e não exerceu censura, ao proibir a publicação de propaganda nazista.

Permite-se transcrever trecho do voto nº 16708, da Apel. 133.060-4/3, de Alexandre Germano (Declaração de Voto Vencedor), pertinente ao tema ora tratado, às folhas 4/8, do processo abaixo:

TJSP. Acórdão. Ação Civil Pública. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apel. Cível nº 133.060-4/3, Apte Ministério Público e Apdo S/A O Estado de São Paulo. Acordam a 1ª Câm. de Direito Privado, v.u., negar provimento ao recurso. Rel. Guimarães e Souza, 11.02.2003. o julgamento teve a participação de Elliot Akel (Pres.) e Alexandre Germano (Rev.)

'(...) peço vênia para transcrever, como homenagem ao autor e ao Instituto dos Advogados de São Paulo, recente artigo do jurista Lourival J. Santos, publicado no informativo IASP (nº 60- jan/fev/2003, p. 6/7), sob o título: ***Liberdade de expressão: é proibido proibir****, nestes termos: "São freqüentes os casos de revistas e jornais, além de órgãos ligados à mídia eletrônica que, nos últimos tempos, têm sofrido censura por decisões judiciais. Pessoas não interessadas na divulgação de determinados assuntos ajuízam ações com pedidos urgentes de liminares obstativas da publicação, com o argumento de que, por serem invioláveis a privacidade, a honra e a imagem da pessoa, segundo dispõe a parte inicial do inciso X, art. 5º da Constituição Federal, tal fato estar-lhes-ia conferindo condição jurídica para impedirem, mediante ação, a publicidade da matéria indesejável. Parte considerável do Judiciário, por entender que aqueles valores individuais deverão ser preservados a qualquer custo, com o fito de protegê-los, vem proferindo decisões censórias à liberdade de expressão, demonstrando segurança quanto à sua competência para aplicar a censura prévia, toda vez que se convencer de que o direito da pessoa esteja sendo ameaçado pela imprensa. O assunto é de altíssima relevância e, por envolver questões abarcadas pela Carta Magna, tem suscitado discussões acirradas entre juristas de escol e dissensos proeminentes no Judiciário, com reflexos inclusive na suprema Corte de Justiça do País. De lá ecoou recentemente, para o gáudio daqueles que, como eu, interpretam a liberdade de expressão sem censura como o corolário do Estado democrático de Direito, pairando acima da competência de qualquer dos poderes constituídos, a emblemática manifestação do seu Presidente, o ilustrado Min. Marco Aurélio de Mello, o qual, comentando julgamento recente sobre o tema, no qual foi voto vencido, asseteou as posições dissonantes com estes termos: 'A liberdade de expressão deve ser sem cerceios. Não admito cerceios' e, citando trecho de instigante canção de Caetano Veloso, arrematou que: 'neste campo, é proibido proibir'. Para mim, advogado militante da área de comunicação e até por dever de ofício estudante curioso das questões envolvendo o tema, a manifestação do ilustre Min. foi digna de todos os encômios, pois entendo ser descabido considerar-se de mesma envergadura jurídica a liberdade de expressão sem barreira (art. 5º, IX) e proteção aos direitos da pessoa (art. 5º, X), malgrado o fato desses princípios coabitarem o mesmo capítulo da Constituição, destinado pelo legislador aos direitos e*

garantias fundamentais. O inciso IX, do art. 5º da Carta, diz que: 'é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença'. O que se há de entender neste caso é que está consagrada pela Carta Magna a plena liberdade de expressão e de comunicação no País e que dentro do conceito de liberdade está compreendida a proibição da censura (vide também art. 220, parágrafos da CF). A liberdade de informação é princípio de direito público, que deverá ser interpretado em perfeita e recíproca consonâncias com a liberdade de acesso à informação assegurada a todos os cidadãos, por força do estatuído no inciso XIV, do art. 5º do Texto Supremo: 'é assegurado a todos o acesso à informação...'. A imprensa, portanto, não tem somente o direito de informar, mas também e principalmente o dever público de prestar informações. Além disso, o direito de informar e de fruir plenamente da liberdade de expressão representa o ditoso resultado da conquista da democracia contra o nada saudoso regime autoritário, jamais podendo ser limitada por qualquer dos poderes, posto ser fator limitativo da própria competência do Estado, enquanto estiver em vigor o atual modelo político. O grande Rui Barbosa, que sempre celebrou a liberdade de expressão como o conceito que deveria adejar acima de todos os poderes, cuidou da questão com maestria: 'Acima da pátria ainda há alguma coisa: a liberdade, porque a liberdade é a condição da pátria (...) é o único bem, cujo sacrifício a pátria não nos pode reclamar'. Cita ainda, Pontes de Miranda, Bobbio, o inciso X, do art. 5º (...). Tampouco há dúvida de que se houver ofensas a tais direitos, ainda que se não discorde de que as mesmas devam ser rigorosamente apuradas, submetidas a julgamentos e punidas com severidade, quando for o caso, em nada interferem na liberdade do titular dos direitos feridos, conforme está clara e expressamente cravado no texto da Lei Maior, de exercer a sua capacidade de agir em busca da tutela do Estado, para compor os seus interesses em conflito. Pode-se afirmar que ao se aplicar a censura-prévia para evitar a lesão àqueles direitos, em verdade está se impedindo que seu titular exerça com liberdade o direito de buscar a tutela estatal, que lhe é conferida expressamente pelo referido inciso X. (....) Pretender que a competência do Poder Judiciário possa expandir-se a ponto de restringir a liberdade de expressão, será admitir que o interesse individual sobreleve-se ao coletivo, com conseqüências letais, sobretudo ao próprio indivíduo, tolhido do seu direito de se exprimir com liberdade ou de ter acesso às informações, com independência. 'A coação à imprensa, ferindo o indivíduo, ofende ao mesmo tempo, a ordem publica, a Nação e o regime do Governo'. (...) Todos concordam que a imprensa deva ser responsável, mas, sobretudo, deverá ser, em toda a plenitude. Responsabilizá-la e penalizá-la por atos ilícitos, por excessos e desbordamentos faltosos é função do Estado. Porém, cercear a sua liberdade, sacrificar a sua

> *autonomia pelo emprego da censura é agredir a estrutura política do País e legar ao oblívio a mais valorosa conquista da sociedade democrática brasileira" (suprimidos os destaques e as notas de rodapé)'.* (grifos do autor)

O Poder Judiciário pode impor pena de apreensão de publicações ilegais, em alguns casos, suspensão de programas de rádio ou televisão, impor, ainda, sanções pela veiculação ou transmissão, bem como proibir a publicação quando houver discriminação étnica, porém com ressalvas e responsabilidade e acima de tudo, dentro da legalidade. Entende-se que não só a imprensa cumpre função social, mas também o Poder Judiciário. Se a imprensa deve agir com responsabilidade e baseada em princípios éticos e da legalidade, assim, também deverá atuar o magistrado, ao conceder uma medida cautelar ou que outra denominação tenha.

Conclui-se que censura é diferente de controle jurisdicional, no que tange à natureza deles: censura é ato de natureza política, e controle jurisdicional tem a natureza de ato judicial. Controle jurisdicional da legalidade no exercício da liberdade de comunicação é função típica reservada aos juízes e tribunais da democracia constitucional. Mas, na prática, constatam-se alguns abusos por parte do Poder Judiciário.

3.3.1. Sigilo na divulgação de notícias: inquéritos policiais e seqüestros

Questão interessante, para reflexão: nos casos de seqüestro, há o pedido, normalmente feito pelos familiares da vítima, de proibição da divulgação, pelos veículos de comunicação, de notícias referentes ao seqüestro e ao seqüestrado.

De um lado, a proibição da divulgação de acontecimentos sociais, políticos, científicos, artísticos etc., é típico de regimes de exceção, ditatoriais, nos quais não existe o estado de direito e é sempre perigoso, pois pode se transformar em censura. De outro, a veiculação deve estar pontuada pelo interesse público, o que nem sempre ocorre, haja vista a concorrência, nem sempre saudável, entre os meios de comunicação (jornais, revistas, televisão, rádio, internet etc.), à busca de maior vendagem de exemplares, maiores índices de audiência, fato que leva, não raro, à violação do direito à privacidade das pessoas.

No caso de seqüestro, há dois direitos fundamentais envolvidos, ambos consagrados na Constituição: de um lado, o da liberdade de expressão e informação (CF/88, art. 220), e do outro lado, o direito à vida (CF/88, art. 5º, *caput*). Nesses casos, entre as duas liberdades, a princípio, deve prevalecer o direito à vida. Na prática, os veículos de comunicação, a pedido dos familiares da vítima, com bom senso, têm deixado de divulgar as notícias, com o objetivo de proteger a vida do seqüestrado.

Porém, questiona-se se seria possível proibir a divulgação de um fato dessa natureza, ou responsabilizar civil e criminalmente o responsável pela divulgação da notícia, se o seqüestrado, diante do fato ter-se tornado público, viesse a ser morto pelos seqüestradores. Mas, se por outro lado, com a divulgação, houvesse ocorrido a libertação do seqüestrado, pois o povo avisado, ficou atento a todos os movimentos suspeitos e acabou auxiliando a encontrar o esconderijo?

Entende-se que, se comprovada a relação causa e efeito entre o acontecimento (divulgação) e o dano (morte), podem ser responsabilizados, tanto a empresa, quanto o responsável pela divulgação. E, se divulgado o fato e conseguido salvar a vida do seqüestrado, há que se reconhecer o mérito do feito.

Mas se trata de uma situação delicada, em que, na maioria das vezes, deve-se pesar, conscientemente e mensurando os riscos, se vale a pena a divulgação, no afã de alertar a todos para que qualquer movimentação suspeita avise, ou não divulgasse, para não comprometer a vida do seqüestrado.

Outra questão que surge e merece reflexão, é a que tange à divulgação de Inquéritos Policiais: a sua divulgação constitui abuso no exercício do direito de informar?

Tem-se entendido que não, quando a notícia jornalística se limita a reproduzir fatos insertos no Inquérito Policial, e atendendo ao interesse público.

3.4. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e a liberdade de expressão e comunicação

Pela importância do assunto, requer-se uma análise mais demorada no que tange à liberdade de expressão e comunicação e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), bem como a análise das jurisprudências pertinentes ao tema.

A Constituição atual, em seu art. 227, estabelece proteção à criança e adolescente, quer por parte do Estado, quer por parte da família e da sociedade, justificando restrições à informação. Mandamento constitucional que protege a dignidade da criança e do adolescente, e a que as resguarde de discriminação, é perfeitamente compatível com o direito à intimidade. Daí, violações aos direitos do menor podem implicar em restrições à liberdade de expressão e comunicação.

A Lei 8.069/90, no art. 247, proíbe a divulgação de nome de criança ou adolescente, sua fotografia ou ilustração, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial a ele relativo, ao qual se atribua a prática de ato infracional; no parágrafo segundo pune com multa, busca e apreensão, e suspensão da programação, se o fato for praticado pela imprensa. Eis a redação:

> *Art. 247. Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial, relativo à criança ou adolescente a que se atribua ato infracional: Pena. Multa-..., § 1º. Incorre na mesma pena quem exibe, total ou parcialmente, fotografia de criança ou adolescente envolvido em ato infracional, ou qualquer ilustração que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam atribuídos, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente. § 2. Se o fato for praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, além da pena prevista neste art., a autoridade judiciária poderá determinar a apreensão da publicação ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números.*

Em julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de 11/2001, abaixo transcrito, o entendimento foi pela configuração de violação ao direito à imagem, previsto no ECA, configurando dano moral pela grave ofensa à honra, a publicação de foto, em reportagem policial, de pessoa menor de 18 anos à época dos fatos:

> *Despacho AgIn 292.975 - SP(2000/0019909-5). Agravante: Editora. Decisão: Vistos etc. Recebidos no dia 08 de junho do corrente ano, vindos do Ministério Público Federal, com parecer pelo não conhecimento do agravo. Agrava-se de decisão que negou trânsito a recurso especial, fundamentado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, em que a recorrente alega ofensa aos arts. 21 e 535 do Código de Processo Civil e 49 da Lei 5250/67, bem como divergência jurisprudencial, insurgindo-se contra acórdão cujos fundamentos foram assim sintetizados: "Responsabilidade civil, Lei de Imprensa. Reportagem policial sobre prisão de ladrões na posse de veículo roubado, estampando foto do autor no local, apontado, então como um dos assaltantes. Violação ao direito à imagem, com grave ofensa à honra da pessoa, sobretudo por se tratar,*

à época, de menor de 18 anos, cuja divulgação é vedada pelo ECA (arts. 17, 18, 143 e 247). Negligência caracterizada. Dano moral configurado, condenação de empresa jornalística ao pagamento de valor de R$ 10.400,00, correspondente a ***80 salários mínimos****. Apelação provida. (fls 15). Não merece prosperar o inconformismo. Quanto ao art. 535 do CPC, anoto que as questões relevantes para a apreciação e julgamento do recurso foram devidamente dirimidas, não havendo, na hipótese, qualquer omissão ou contradição a ser sanada. O art. 49 da Lei 5250/67, por seu turno, não tem comando normativo capaz de desconstituir os fundamentos do acórdão recorrido e afastar o dever da recorrente de indenizar o recorrido por reportagem policial veiculada indevidamente, com sua identificação mediante foto, nome e endereço, quando ainda menor, em violação ao seu direito de imagem e dignidade pessoal, assegurado tanto pelo Estatuto da Criança e Adolescente, quanto pela Constituição Federal. No que tange à questão dos honorários, anoto que a pretensão de aplicação do parágrafo único do art. 21 do CPC, não logra êxito, uma vez que não se tem na hipótese decaimento mínimo por parte do recorrente. Pela alínea "c", segue obstado o trânsito do recurso pelo não cumprimento dos regramentos legais pertinentes. Posto isso, nego provimento ao agravo. Publique-se. Brasília, 04.08.2000. Rel. Min. César Asfor Rocha. Publicado 18.08.2000. (STJ, 27.11.2001. Pesquisa Textual - Jurisprudência).*

O parágrafo segundo do art. 247, estabelece a penalidade de multa, apreensão de periódicos ou suspensão de programação. Acredita-se que as penas de apreensão e de suspensão de programação não são compatíveis com o texto constitucional, que, em seu art. 220, § 1º, consagra que a lei não pode criar embaraço à plena liberdade de informação. A regra é a ampla liberdade de informação, que só deve ser abrandada em casos verdadeiramente graves e quando não houver possibilidade de agir de outro modo. Quanto à proibição para o futuro, não guarda conformidade com os valores adotados pela Constituição para a liberdade de informação.

O Supremo Tribunal Federal (STF) declarou ser inconstitucional esse dispositivo, em ADIN 869.2, votação do Pleno, em 04.08.1999, tendo como relator o Ministro Mauricio Corrêa, sendo o principal argumento, normalmente invocado contra essa pena de

suspensão das atividades dos órgãos informativos, a de que ela constitui censura e, portanto, viola a Constituição. Encontrado o acórdão do julgamento no *site* do STF na internet:

> *Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do STF, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, julgar procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade, no § 2º do art. 247, da Lei 8069, de 13/07/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), da expressão "ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como de publicação do periódico até por dois números". ADIN 869.2, Rel. Min. Maurício Corrêa, 04.08.99 (DJ 04.06.2004. Ementário 2154-1).*

Corroborando esse entendimento, a título de exemplo, há os chamados "arrastões", que há alguns anos, as televisões e os jornais têm noticiado com freqüência, a atuação de grupos de menores que, em bando, praticam furtos nas praias, no comércio e nas garagens residenciais, especialmente no Rio de Janeiro. Se essas reportagens possibilitassem a identificação dos menores, ao aplicar o art. 247 do Estatuto, ter-se-ia, como conseqüência a suspensão da emissora de televisão e a apreensão de jornais. Fato que não atenderia ao bom senso, ao interesse público tampouco à Constituição. Essas reportagens, além de alertarem a população, serviram de instrumento de pressão, para que as autoridades estaduais tomassem uma atitude mais severa quanto ao policiamento ostensivo.

Quanto à sanção da multa, entende-se que está em conformidade com a Constituição e tem sido aplicada normalmente pelos Tribunais. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, invocando o art. 247 do ECA, assim decidiu:

> *Menor. Programa de televisão. Art. 247, I do ECA. Emissora de televisão. Edição de programa com divulgação de menores em práticas infracionais. A exibição de programa com a apresentação de menores praticando atos infracionais, sem*

qualquer dissimulação, não admite justificativa porque o art. 247 do ECA é impositivo na proibição, sujeitando-se a emissora de televisão às sanções cominadas, nos termos do parágrafo 1º do referido dispositivo. A suspensão da programação, ainda que por tempo mínimo, embora se apresente como apenação razoável, perde seu objeto se decorrido mais de um ano da exibição e nem mesmo se sabe se o programa continua sendo levado ao ar e na mesma emissora. Vencida, em parte, a desembargadora Áurea Pimentel Pereira (Conselho da Magistratura. Proc. 31/39, v.m., Rel. Des. Adolphino Ribeiro, j. 29.1.93, DO, p. III, de 07.10.93, p. 208, ementa 15). [RT 702/158]

Outro foco para reflexão é o art. 257, que, conjugado com o art. 78, do referido Estatuto, trata da embalagem das publicações contendo material impróprio à criança e adolescente:

ECA. Art. 78. As revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo. Parágrafo único. As editoras cuidarão para que as capas que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagem opaca.

Art. 257. Descumprir obrigação constante dos arts. 78 e 79 desta Lei: Pena – multa de três a vinte salários de referência, duplicando-se a pena em caso de reincidências, sem prejuízo de apreensão da revista ou publicação.

A mesma ressalva, exposta acima, quanto à possibilidade de suspensão ou apreensão indiscriminada, é cabível aqui. No Estado do Rio de Janeiro, a Defensoria Pública insurgiu-se contra a venda de revistas, consideradas por ela pornográficas, sem a embalagem lacrada como determina a lei, o que resultou na instauração de processo criminal contra os responsáveis pela publicação, visando a apreensão das revistas.

O Tribunal de Justiça deste Estado tem se pronunciado sobre os dispositivos legais, aqui examinados, como se constata do acórdão abaixo:

Ação civil pública. Preceito cominatório. Obrigação de fazer. Publicação jornalística. Arts 78 e 257 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação civil pública, com preceito cominatório de obrigação de fazer. Deferimento de liminar, com fixação de multa diária, equivalente a uma Uferj, por cada exemplar publicado sem a vedação determinada, o que afinal restou ratificado e mantido com a prolação da sentença. Se as notícias, dizeres e fotografias estampadas na primeira página do jornal editado pela ré são inadequados e prejudiciais à formação e desenvolvimento moral dos menores de dezoito anos, devem ser comercializados na forma prevista no art. 78 do ECA. Exigência que não importa em cerceamento à liberdade de imprensa e nem de livre exercício de atividade econômica. Pena de multa aplicada e que deve no seu quantitativo adequar-se aos limites previstos no art. 257 do ECA, passando a ser devida desde quando houve o descumprimento da obrigação. Apelo provido em parte. (Conselho da Magistratura/RJ. Proc. 580/92. v.u., Rel. Des. Darcy Lizardo de Lima, j. 29.01.93).

O mesmo Tribunal dispensou a obrigatoriedade de embalagem opaca, quando a capa do periódico não revelar imagens pornográficas, considerando suficiente a aposição de lacre e advertência quanto à idade, conforme acórdão abaixo:

Imprensa. Revista Masculina. Comercialização. Requisitos legais satisfeitos. O senso ético médio do povo não considera pornográfica a simples fotografia de uma atriz com os seios desnudos na capa de uma revista, mormente quando se exibe na televisão imagens muito mais fortes em programas populares, desfiles de escolas de samba e bailes carnavalescos. E sendo da tradição da revista não expor em suas capas imagens pornográficas ou obscenas, não se justifica a exigência de embalagens opacas, bastando que as publicações sejam comercializadas com embalagem lacradas, embora transparentes, com advertência de seu conteúdo, consoante o art. 78 do ECA. Desprovimento do recurso. (2ª Câm. Cível do TJRJ. Apel. 9.169/2000, v.u., Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, j. 24.10.2000).

MS 30.863-0/02- Câm. Esp. TJRJ, Rel. Luís de Macedo, 11.04.96; MS 32.871-0/3- Câm. Esp. TJRJ, Rel. Luís de Macedo, 13.06.96; MS 1197/99, Rel. Macedônio França, 7ª Câm. Cível, TJRJ, 21.02.99; Apel. 366/2000, Conselho de Magistratura do TJRJ, 22.11.00, Rel. Walter Felippe D' Agostinho; Apel. 276/2000- Conselho de Magistratura do TJRJ, 08.08.00, Rel. Sérvio Túlio Vieira; Apel. 656/2000, Conselho de

Magistratura do TJRJ, 14.12.00, Rel. José Affonso Affonso Rondeau.

Ainda, comentando a aplicação do art. 78 do ECA, no Brasil, a edição de uma revista masculina, do mês 12/2000, estampou na capa a cantora e apresentadora Carla Perez, associando-a ao Natal. Ao divulgar a edição, a revista estampou idêntica imagem em *outdoors,* com uma frase de efeito bastante polêmica: *"Papai Noel não vai mais andar com aqueles veadinhos".* O juízo da 1ª Vara da Infância e da Juventude do Rio de Janeiro determinou a colagem de tarjas pretas nos *outdoors,* e autuou os responsáveis por infração ao art. 78 do Estatuto.

Um jornal carioca, de 19.12.2000, divulgou:

> *"Comissários da 1ª Vara da Infância e Juventude do Rio iniciaram ontem o trabalho de censura aos outdoors de divulgação da edição deste mês de uma revista masculina, que traz fotos da apresentadora de TV Carla Perez. A colagem da primeira tarja preta foi feita na Av. Brasil, altura do Caju. De acordo com o juiz titular da 1ª Vara, Siro Darlan, os cartazes ferem o art. 78 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê a colocação de embalagens para a divulgação de publicações consideradas pornográficas. Darlan, argumenta que a Editora e a empresa responsável pelos outdoors, já foram autuadas. A multa varia de 3 a 20 salários mínimos".*

Em outra Ação Civil Pública envolvendo filme com forte apelo sexual, inclusive com cenas de sexo explícito e cenas de excessiva violência, comprometendo valores éticos da sociedade, por votação unânime, evitou-se a transmissão em circuito aberto, conforme abaixo transcrito:

> *Ação Civil Pública. Filme. Vedação de Transmissão televisionada.*
> *Art. 221, inc. IV. CF/88. Mandado de Segurança. Transmissão de filme de forte conteúdo em cenas de sexo explícito, violência excessiva e brutal, comprometedor de valores éticos, por transmissão televisionada. Vedação amparada por preceptivo constitucional (art. 221, inc. IV, da Constituição Federal). Cabe ao Poder Jurisdicional o controle e a preservação dos valores morais, sob cujas bases se edifica a*

sociedade e a família brasileira, evitando que transmissões, em circuito aberto, penetrem nos lares indefesos, confundindo o ético com a liberdade sem freios, o licencioso com a arte cinematográfica. Segurança denegada". (Conselho da Magistratura, Proc. 372/92, registrado em 25.09.92, j. 10.09.92. v.u., Rel. Des. Ellis Hermydio Figueira).

Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público/São Paulo, contra um canal de televisão aberta de São Paulo, pela exibição em Programa ao vivo, de um apresentador, seu contratado, em horário noturno, em face da participação de menores, tendo sido deferida liminar de restrição à programação, que foi confirmada pelo Tribunal (O Globo de 20.10.98 e 27.11.98).

Ação Civil Pública. Empresa de Rádio e Televisão. Cumprimento de obrigação de não fazer. Recurso interposto contra decisão que concedeu liminar parcial determinando tão-somente que seja respeitado o art. 17 do ECA. Inexistência de irregularidade a ser sanada. Decisão que veda a participação de menores no programa televisivo, apenas exigindo respeito à integridade física e psicológica das crianças e adolescentes. Medida que deveria constituir o objetivo de toda sociedade, independentemente de previsão legal. Recurso não provido. (TJSP, AgIn 58.647.0, Câm. Esp., Rel. Oetterer Guedes, v.u., j. 30.09.99).

Emissora de televisão. Exibição de filme. Cenas violentas. Horário impróprio para menores. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Exibição de filme de violência em horário impróprio para menores. Aplicação do ECA. Norma reguladora constitucional. A Constituição limita os direitos, inclusive para programas de rádio e televisão (arts. 220 e 221) e manda proteger a criança (art. 227). A liberdade de expressão e a negativa de censura não impedem que outras normas, da mesma Constituição, sejam observadas (Proc. 625/00). Revista de Direito do TJRJ, nº 52, p. 158.

Assim, todos os titulares são submetidos à tutela do Estado para proteção de seu direito difuso. Formas concretas dessa tutela: tutela do direito à verdade; a informação/comunicação como serviço de utilidade pública, não exposição que possa prejudicar quem ainda está em fase de formação de personalidade em situações vexatórias. O instrumento constitucional da Ação Civil Pública está

sendo utilizado para obrigar emissoras de televisão a ajustarem-se ao art. 221 da CF/88, ou ao ECA, para impor às emissoras de rádio e televisão o respeito aos valores éticos e sociais das pessoas e da família.

Meramente a título de exemplo, no que tange à jurisprudência alienígena, na Espanha, expressamente, a Constituição limita a liberdade quando em conflito com a proteção da infância e da juventude, conforme seu art. 20, transcrito anteriormente nesse trabalho. Ilustrando essa concepção, ficou famoso o caso do livro *"A Ver",* que uma editora espanhola publicou, de autoria de uma médica e de um fotógrafo, alemães, que se propunha a transmitir conhecimentos de educação sexual a crianças e adolescentes. O Ministério Público entendeu que a publicação violava a moral da juventude e postulou a apreensão do livro e a condenação do editor. Depois de várias instâncias, o Tribunal Constitucional da Espanha manteve a punição de apreensão e a condenação do editor, acolhendo o argumento. Idêntico caso, também muito citado na doutrina, ocorreu na Inglaterra, com o livro *"Schoolbook",* dedicado a adolescentes. Acabou seqüestrado por determinação da justiça inglesa, por ser considerado pernicioso à moral. O editor recorreu ao Tribunal do Conselho da Europa, que manteve a decisão.[142]

Nos casos dos livros *"A Ver"* e *"Schoolbook"*, depara-se com a discussão acerca da distinção entre a liberdade de informação e a liberdade de expressão e comunicação. A informação está associada a um fato, a um acontecimento e sua divulgação pauta-se pela objetividade, imparcialidade, verdade e transparência. A liberdade de expressão é livre de tais pautas. Conclui-se que houve excesso em tais decisões.

---

[142] Antonio Aguilera Fernandéz, *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información*, p.116, *apud* L.G.G.C. Carvalho, *Liberdade de Informação e o Direito difuso à informação verdadeira,* p. 77.

CAPÍTULO 4. DIREITOS DA PERSONALIDADE: PRIVACIDADE (intimidade, vida privada, honra e imagem)

4.1. Breves considerações

Um outro eixo do presente estudo refere-se aos direitos da personalidade, pois o contraponto ou limite da liberdade de expressão e comunicação está diretamente relacionado a eles. Particularmente, interessará os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, que, como já citado, optou-se pela denominação 'direito à privacidade'. Necessário se faz contextualizá-los dentro dos direitos da personalidade.

O valor da pessoa humana é uma conquista histórico-axiológica, estando nos direitos fundamentais sua expressão jurídica. A trajetória para a valorização da vida da pessoa humana e de sua dignidade vem desde a *pólis* grega. Embora deva-se ter em mente que os gregos não vislumbraram os direitos subjetivos. Platão entendia que somente eram obrigatórias as leis resultantes da razão, Aristóteles asseverava que se realiza entre os cidadãos o justo político. Assim, tais direitos foram detectados na Antigüidade e, mais tarde, positivados nas codificações do mundo.

Com a evolução da civilização e conquistas do pensamento filosófico, religioso e social, novas ordens de idéias vieram a povoar o mundo jurídico da pessoa humana, prevalecendo a concepção de que se podem divisar três estados básicos: político, individual e familiar, mais recentemente complementados pelo estado profissional.

Ao examinar direitos da personalidade, pensa-se em direitos pessoais, direitos que abrangem a pessoa enquanto indivíduo,

ou ser abstratamente analisado, ou como membro de uma família, ou de uma comunidade, ou de uma nação, com toda a gama de relações daí decorrentes.

Os direitos fundamentais possuem vários valores, dentre eles, os direitos subjetivos da pessoa, para a defesa de sua integridade física, intelectual e moral. Esses direitos subjetivos (direitos da personalidade), foram o referencial para a construção dos direitos humanos. Sem deixar de citar que os direitos humanos englobam, entre outros, os direitos sociais, políticos e coletivos.

A preocupação com a proteção à integridade da pessoa humana remonta a muitos séculos e faz parte da própria natureza humana, que busca o reconhecimento de suas necessidades, em prol de uma sociedade que garanta uma distribuição igualitária e justa.

Quando se abordou, no início do estudo, a dificuldade semântica no que tange aos direitos fundamentais constatou-se que, dentre as terminologias utilizadas para direitos fundamentais, uma delas é o direito da personalidade. Deste modo, para conceituar direitos da personalidade, houve e há grandes divergências.

Alguns elementos são considerados para definição do estado da pessoa: ***a)*** *nacionalidade*, também denominado estado político, onde se encontram diferentes categorias, ou qualificações para as pessoas, conforme seu nascimento em um ou outro território e ali viva ou não. Distingue-se os nacionais: natos ou naturalizados, e os estrangeiros, havendo estatutos para atuação nas atividades econômicas e para as questões pessoais; **b)** *familiar:* devido à existência de diversas relações jurídicas, considerando a conjugal, paternidade, filiação, parentesco natural ou civil e suas ramificações: filiação legítima ou ilegítima, relacionamento por adoção etc.; e **c)**

individual: refere-se à condição física, etária ou mental, existindo estatutos próprios para os menores, os loucos, os pródigos, os deficientes, os idosos etc; **d)** *profissional* é o estado que está atrelado às habilitações, atividades desenvolvidas pela pessoa.

Formam-se diversas e distintas relações jurídicas: com o Estado, ou com seus órgãos, ou entidades (a pessoa considerada como nacional, ou não); com a família e seus componentes (como pai, marido, filho, parente); e com a sociedade como um todo, ou com qualquer de seus membros, ou de seus grupos (as diversas relações privadas: intelectual, pessoal, obrigacional, ou real).

De um lado, estão os direitos da pessoa natural, como objeto de direito público, para proteção do indivíduo contra o Estado. Incluem-se nessa categoria os direitos: à vida, à integridade física, às partes do corpo, à liberdade, o direito à ação (direitos físicos do homem em relação à sua essencialidade material).

De outro, têm-se os direitos da personalidade, sob o ângulo das relações entre particulares, isto é, para proteção contra outros homens. Inserem-se, nesse ângulo, geralmente, os direitos: à honra, ao nome, à própria imagem, à liberdade de manifestação de pensamento, à liberdade de consciência e de religião, à reserva sobre a própria intimidade ao segredo, e ao direito moral do autor, entre outros (direitos que abrangem os aspectos intelectual e moral da pessoa humana).

Os direitos da personalidade foram instituídos a partir da jurisprudência francesa, com o reconhecimento de faculdades, de natureza extrapatrimonial nos direitos de autor (direitos morais do autor), que são de difícil classificação, em face de sua consideração em diferentes países e momentos, estando sujeitos a conceitos diversos,

bem como em função das condições do próprio homem a que se referem (se ao homem comum, ou ao público ou ao político).

São também chamados de direitos personalíssimos, como foram por muito tempo conhecidos, pois voltam-se para os aspectos íntimos da pessoa. Abrangem o complexo valorativo intrínseco (intelectual ou moral) e extrínseco (físico) do ente, alcançando a pessoa em si, ou integrada à sociedade. Compreende dotes próprios de sua individualidade, considerando a pessoa em seu conjunto, por diferentes aspectos. Incidem sobre o ente em concreto e identificado, em si considerados ou em seus desdobramentos na sociedade; a pessoa é a um só tempo, sujeito e objeto de direitos, remanescendo a coletividade, em sua generalidade, como sujeito passivo. Daí dizer-se que esses direitos são oponíveis *erga omnes* (respeitados por todos integrantes da coletividade). Referem-se à própria pessoa, tendo como objeto seus atributos substanciais, e como fundamento a própria essencialidade do ser.

Carlos Alberto Bittar[143], em seu livro 'Os Direitos da Personalidade', afirma serem estes, a primeira e fundamental categoria de bens da pessoa, devendo ser entendidos como direitos que o ser humano tem em face de sua própria condição. São os direitos naturais ou inatos, impostergáveis, anteriores ao Estado, e inerentes à natureza livre do homem. Direitos da pessoa podem ser considerados todos os direitos subjetivos, assim entendidos aqueles cujo titular é uma pessoa física ou jurídica; os direitos da personalidade remetem aos elementos constitutivos da própria personalidade do sujeito, considerados em seus múltiplos aspectos. Direitos humanos destinam-se a uma esfera de tutela, eminentemente pública, e os de personalidade regem relações entre particulares.

[143] Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, p.1-6.

Carlos Alberto Bittar cita os diversos conceitos entre autores positivistas e naturalistas. Para os autores *positivistas* (Adriano De Cupis, Tobeñas), direitos da personalidade correspondem a modalidades de direitos subjetivos dispostos em torno da personalidade civil, ou seja, são elementos que conferem conteúdo e concreção à noção abstrata e vazia de personalidade civil. Obviamente, defendem a limitação desses direitos àqueles reconhecidos pelo Estado, do qual retiram caráter de obrigatoriedade e cogência. Os *naturalistas* (Limongi França), por sua vez, contestam a positividade dos direitos da personalidade, sustentando a impossibilidade de limitá-los, na medida em que se relacionam, intrinsecamente, com os atributos inerentes à própria noção de pessoa.

A observação das duas principais tendências doutrinárias permite a constatação da necessidade de compatibilizá-las, a fim de conferir maior amplitude e eficácia à proteção dos direitos da personalidade.

Ainda, conforme Carlos Alberto Bittar, são os direitos da pessoa humana, considerando-a no âmbito privado e suas projeções na sociedade, direitos reconhecidos e previstos no ordenamento jurídico, cujo reconhecimento na ordem jurídica é para defesa dos valores inatos na pessoa humana, tais como a vida, a intimidade, a honra, a intelectualidade etc.

Como ensina o autor italiano Adriano De Cupis[144], "pelo seu caráter de essencialidade, são, na maioria das vezes, direitos inatos, no sentido em que, presentemente, se pode empregar esta expressão, mas não se reduzem ao âmbito destes. Os direitos inatos são todos eles direitos da personalidade, mas pode verificar-se a

[144] Adriano de Cupis, *Os direitos da personalidade*, p. 27.

hipótese de direitos que não tenham por base o simples pressuposto da personalidade e que, todavia, uma vez revelados, adquirem caráter de essencialidade".

Entende-se que até hoje não existe um conceito completo e preciso do que sejam os direitos da personalidade, decorrência esta, das divergências entre os doutrinadores com respeito à sua própria existência, à sua natureza, sua extensão e sua especificação, bem como do caráter novo de sua construção teórica.

No plano constitucional, a Constituição brasileira, assim como a italiana, prevê a cláusula geral de tutela da personalidade que pode ser encontrada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. No plano civil, são protegidos todos os aspectos possíveis dos bens referidos, permitindo-se, no entanto, a disposição pelo interessado, dentro de certos limites. O consentimento é, nesse caso, necessário, devendo ser por escrito e mediante explícita menção dos fins visados, não gerando efeitos se atentarem contra a lei, a ordem pública, a moral e os bons costumes.

O novo Código Civil de 2002 trata expressamente dos direitos da personalidade nos arts. 11 a 21, o que não ocorria no CC/ 1916. Na legislação infraconstitucional, esses direitos são encontrados na Lei de Imprensa, Lei de Direitos Autorais, no Código Penal, no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O novo Código Civil (CC/2002), em seu art. 11, validou, expressamente, o entendimento da doutrina brasileira, quanto aos direitos da personalidade serem considerados intransmissíveis e irrenunciáveis, e seu exercício não pode sofrer limitação voluntária. No art. 12, encontra-se a proteção para a ameaça ou lesão a um direito da

personalidade, podendo o ofendido requerer a cessação dessa ameaça, ou ainda, pleitear perdas e danos. E, tratando-se de morto, terá legitimação o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral, até o quarto grau. No art. 13, estão regulados os atos de disposição do próprio corpo, permitindo a utilização para fins de transplante (lei especial[145]). No art. 14, consta a previsão para dispor do próprio corpo, no todo, ou em parte, para depois da morte, cabendo revogabilidade a qualquer tempo. No art. 15, é vedado constranger alguém a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, na hipótese de risco de vida. Nos arts. 16 a 19, estão as garantias à proteção ao nome: toda pessoa tem direito ao nome, prenome e sobrenome (art. 16); o nome não pode ser empregado por outrem em publicação ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória (art. 17); não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial, sem autorização (art. 18); goza de proteção que se dá ao nome o pseudônimo adotado para atividades lícitas (art. 19). No art. 20, somente sob autorização, ou sendo necessárias à administração da justiça, ou, ainda, 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 destinadas para fins comerciais. Tratando-se de morto ou ausente, podem requerer essa proteção o cônjuge, o ascendente ou o descendente. No art. 21, a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará esta norma.

---

[145] Lei 9.434/1997 (Transplante de órgãos), Art. 9º. É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos, e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes, consangüíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea. (*caput* com redação da Lei 10.211/2001). (...) § 4º. O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada.

A proteção, no Código Penal, está nos arts. que se referem à calúnia (art. 20), difamação (art. 21) e injúria (art. 22), que serão objeto de estudo mais detalhado. Os referentes ao art. 129 (ofensa à integridade corporal ou à saúde de outrem); art. 130 (crimes de saúde: exposição a contágio de moléstia venérea); art. 131 (perigo de contágio de moléstia grave); art. 132 (perigo para a vida ou a saúde de outrem); art. 133 (abandono de incapaz); art. 134 (exposição/abandono de recém nascido) art. 135 (maus tratos) e outros nesse sentido, não serão abordados, por não serem pertinentes ao tema, ora em análise.

4.2. Direito à privacidade: intimidade, vida privada, honra e imagem

A Constituição do Império já instituira a casa como asilo inviolável do cidadão e prescrevera a inviolabilidade do segredo das cartas (arts. 175, §§ 7º e 27). As Constituições posteriores mantiveram dispositivos semelhantes. A de 1988, em seu art. 5º, incs. X, XI e XII, dispõe: (o destaque fica para o inc. X, pertinente ao presente estudo)

> ***X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*** *(grifo do autor);*
>
> *XI – A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo o caso de grande delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;*
>
> *XII – É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.*

Constata-se que os conceitos referentes à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem são de difícil demarcação ou precisão.

Assim, o entendimento deste dispositivo torna-se dependente de definições e discriminações da lei ordinária, da interpretação da doutrina e da jurisprudência.

A CF/88 estabeleceu a proteção à vida privada, à intimidade e à honra, o que não ocorria nas anteriores (art. 5º, inc. X), como exposto acima. Na Lei de Imprensa (5.250/67) a defesa à honra está nos arts. 20/22, sendo o texto do art. 21 inspirado no Código Civil francês e no Código Penal, nos arts. 138 a 140 encontram-se a tipificação para os crimes de calúnia, injúria e difamação. Assim, nem todos os direitos fundamentais, aqui tratados, estavam previstos, expressamente, no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição também elevou os direitos da personalidade à categoria de cláusulas pétreas, conforme art. 60, § 4º, inc. IV. Serviram de base para essa inclusão na Constituição os textos constitucionais de outros Estados: Constituição Italiana, Lei Fundamental Alemã, Constituição Portuguesa, Espanhola e demais, já citados neste estudo.

A Constituição Italiana, de 1947 em seu art. 2º, reconhece e garante a inviolabilidade do homem. A Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*), de 1949, trata desse assunto em seus arts. 1º e 2º:

> *Art. 1º. A dignidade do ser humano é inatingível. Respeitá-la e protegê-la é dever de todo poder estatal. O povo alemão reconhece, por conseguinte, os invioláveis e inalienáveis direitos do homem como fundamento da comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. Os direitos fundamentais que se seguem vinculam o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário como direito imediatamente vigente.*
>
> *Art. 2º. Todos têm direito ao livre desenvolvimento da própria personalidade, contanto que não violem os direitos alheios e não transgridam a ordem constitucional ou a lei moral. Todos têm direito à vida e à incolumidade física. A liberdade da*

pessoa é inviolável. Esses direitos só podem ser limitados com base em lei.

A Constituição portuguesa, de 1976, no art. 26º, 1:

Art. 26º. 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

A Constituição espanhola, de 1978, no art. 18.1:

Art. 18.1. Garante-se o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem.

4.3. Direito à intimidade (intimidade e vida privada)

A origem do respeito à intimidade advém do Cristianismo, que assentou as bases dos conceitos de liberdade e de dignidade humana. Porém, o reconhecimento deste direito é recente. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, no art. 12, dispunha sobre a proteção da intimidade, o mesmo fazendo a IV Emenda da Constituição Americana, ainda que não expressamente. O destaque fica para o inc. X, da CF/88, que interessa ao presente estudo.

O grande marco, porém, foi a publicação do artigo *"The Right of Privacy"*, de autoria dos advogados *Samuel Dennis Warren* e *Louis Dembitz Brandeis*[146], em novembro de 1881, em Boston. O escrito narrava e explorava a experiência de Samuel, cuja intimidade tinha sido severamente violada por um jornal. Ele, famoso jurista, casou-se com a rica filha de um Senador, e iniciou uma vida com ostentação, passando a despertar a curiosidade da população. Supostamente, tinha uma amante. Sabedor do fato, um jornal iniciou a divulgação de fatos

[146] Samuel Warren e Louis D. Brandeis, *The right to privacy.* The Harvard Law Review, 193 (1890). Disponível em: https://netfiles.uiuc.edu/ehowes/www/w-b.htm. Acesso 04.01.06, às 13:30 h.

considerados escandalosos, publicando uma série de reportagens sobre o assunto. Inconformado com essa situação, a qual invadiu sua vida privada, ele escreveu esse artigo, juntamente com Louis, seu colega da Universidade de Harvard, que chegou a ser juiz na Suprema Corte, no qual pregava o direito de estar só, de ter protegida a solidão de uma pessoa, de ser resguardada sua vida íntima:

> *"(...) antigamente, a lei somente encontrava remédio para a interferência física na vida e na propriedade, para violações vi et armis. Então, o 'direito à vida' servia somente para proteger o indivíduo da violência em suas diversas formas. Liberdade significava a libertação de uma repressão verdadeira e o direito à propriedade assegurava ao indivíduo as suas terras e suas reses. Mais tarde, veio o reconhecimento da natureza espiritual do homem, dos seus sentimentos e do seu intelecto. Aos poucos, o alcance destes direitos se estendeu e, agora, o direito à vida significa o direito de desfrutar a vida – o direito de ser deixado só. O direito à liberdade assegura o exercício dos vastos privilégios civis e o termo 'propriedade' evoluiu para abranger todas as formas de posse - sejam intangíveis, sejam reais.*
>
> *Consequentemente, com o reconhecimento do valor jurídico dos sentimentos, a proteção contra as agressões físicas foi entendida como a proibição a meras tentativas, isto é, o fato de expor o outro ao medo de tal agressão. Da ação de lesão corporal desenvolveu-se a de tentativa. Muito mais tarde surgiu uma proteção qualificada ao indivíduo contra sons e odores danosos, contra o pó e a fumaça, e a vibração excessiva." (Samuel Dennis Warren* e *Louis Dembitz Brandeis, novembro de 1881, 'The right to privacy', publicado no Harvard Law Review)*

O grande mérito dessa monografia foi desviar a noção de intimidade do direito à honra, bem como dar a noção simplista da propriedade privada, sintetizada na frase: *"My home is my castle"* (minha casa é meu castelo). A partir dessa publicação, a jurisprudência americana alargou a noção de privacidade e moldou o conceito moderno de intimidade.

Vida privada, genericamente, seria o oposto de vida pública. Aplicado em sentido amplo, o conceito de vida privada equivale à intimidade; e no sentido restrito significa uma das esferas da intimidade. Intimidade é a parte mais íntima da vida privada. É a esfera secreta da vida da pessoa.

4.3.1. Intimidade e vida privada: distinção

Conceituar direito à vida privada não é tarefa fácil, pois a maioria dos autores não distingue vida privada de intimidade. O direito francês teve grande influência na doutrina ocidental nessa área, e o art. 9º do seu Código Civil dispõe que são palavras sinônimas[147]:

> *Art. 9º. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada. Os juízes podem, sem prejuízo da reparação do dano sofrido, ordenar todas as medidas, tais como seqüestro, embargo e outras, aptas a impedir ou fazer cessar um atentado à intimidade da vida privada; essas medidas podem, se houver urgência, ser ordenadas em liminar.*

A diferença entre vida privada e intimidade tem sua origem na doutrina alemã e em julgados franceses, que entendem ser o direito à intimidade uma parte mais restrita do direito à vida privada.[148] Nos dicionários, intimidade significa vida particular, íntima, qualidade de íntimo. Íntimo, por sua vez, é que está muito dentro, que atua no interior, estreitamente ligado à afeição e confiança, que se passa no âmago da família. Uma concepção mais ampla dos conceitos de intimidade veio na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que em seu art. 12, visando proteger toda intimidade do viver humano, dispõe:

---

[147] Code Civil (L.17.07.1970). Article 9. Journal Officiel du 17 Mars 1998, p. 3935, *apud* Mônica N. A. S. Castro, *Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em Colisão com outros direitos.* p. 32.

[148] Edílsom P. Farias, *Colisão de Direitos*, p. 146.

> *"Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques às suas honra e reputação. Contra tais intromissões, ou ataques, toda pessoa tem direito à proteção da Lei"*.

O direito à intimidade não é um prolongamento de outros direitos da personalidade, mas uma categoria autônoma. Consiste na condição de direito negativo, expresso pela não exposição ao conhecimento de terceiros de elementos particulares da esfera reservada ao titular.

A Resolução 428/70, de 23.1.1970, da Assembléia Consultiva do Conselho da Europa, nas alíneas 2 e 3 do parágrafo "C", dispôs que *"não podem prevalecer-se do direito à proteção da sua vida privada pessoas que, por suas próprias atitudes, encorajaram indiscrições das quais venham a se queixar posteriormente e que as pessoas que representam um papel na vida pública, têm direito à proteção da vida privada, salvo nos casos em que esta possa ter incidência sobre a vida pública".* O Código Civil português de 1966, no seu art. 80, nº 2, preocupou-se com o relativismo do direito à intimidade, em relação às pessoas famosas, ao dispor que *"a extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas"*.[149]

Torna-se imprescindível ao ser humano, em certos momentos de suas vidas, ter um espaço, físico ou não, onde possa exercitar aquilo que de mais profundo e secreto existe em seu ser. Assim, direito à intimidade diz respeito a fatos, situações, acontecimentos, que a pessoa deseja ver sob seu exclusivo domínio, sem compartilhar com outra. Vida privada remete à privacidade, isto é,

[149] Edson Ferreira da Silva, *Direito à intimidade,* p. 91-104.

aquilo que de mais profundo e secreto existe no ser humano. Na atual Constituição, este direito está protegido no art. 5º, incs. X e XII.

O Código de Defesa do Consumidor tutela essa questão, de forma aproximada, quando trata das informações em bancos de dados, no art. 43, por exemplo. Estando, também, resguardados os direitos difusos (arts. 6º, incs. VI e VII; art. 81, par. único, I; art. 106, VII; arts. 110, 111 e 117); coletivos (arts. 6º, VI e VII; art. 76, II; art. 81, par. único, II; art. 106, VII; arts. 110, 111 e 117) e individuais homogêneos (art. 81, par. único, III).

O art. 65 da Lei das Contravenções Penais igualmente protege a privacidade, eis que, ao ser invadida, configura-se um atentado à tranqüilidade:

> *Lei das Contravenções Penais. Art. 65 - Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranqüilidade, por acinte ou por motivo reprovável: Pena - prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa. (Decreto-Lei 3688, de 03.10.1941).*

Estão descritos, explicitamente, no Código Penal, os tipos que dizem respeito às questões relativas à inviolabilidade da casa (art. 150) e da correspondência (art. 151), à divulgação de conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial (art. 153), ou à revelação de segredo, por parte de quem tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão (art. 154).

O direito à intimidade projeta-se em dois planos distintos: a) obstáculo dirigido para limitar a intervenção do Estado; e b) obstáculo dirigido aos demais indivíduos, no sentido de impor um dever de abstenção, de não intromissão na vida alheia.

A Constituição brasileira protege esses direitos fundamentais, de forma autônoma, no art. 5º, inc. X, acompanhando a doutrina. No novo Código Civil, no art. 21, consta*:*

> ***CC/2002. Art. 21.*** *A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.*

Nos dias atuais, com o grande avanço tecnológico, outros contornos vêm sendo acrescidos ao direito à intimidade, especialmente na comunicação de dados por meio da internet. Alguns desses novos tipos surgiram e já se encontram tipificados, como o *spamming*, crime "atentar contra a segurança ou o funcionamento de serviço de água, luz, força ou calor ou qualquer outro de utilidade pública", cuja pena é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos (CP, art. 265).

Concluindo que, embora exista a distinção, direito à vida privada é o direito que cada pessoa tem de que não venham ao conhecimento público fatos e outros dados que a pessoa quer que sejam excluídos dessa esfera de informação; e direito à intimidade abrange uma esfera ainda mais restrita de abrangência; para o presente estudo, não é necessário o aprofundamento nas distinções, podendo-se trabalhar com o conceito de que são expressões sinônimas, em sentido amplo, inclusive, também, para efeito indenizatório, nas ações de reparação de dano moral ou material.

4.3.2. Alcance

Vem da doutrina alemã a teoria dos três círculos concêntricos da vida privada: **a)** o primeiro, corresponde à esfera privada, consistente em afastar do plano público o que o titular não desejasse expor (área da vida privada em sentido estrito, direito à

privacidade); **b)** o segundo, coincidiria com a esfera da intimidade, da qual somente participariam as pessoas do círculo mais próximo do titular, como os parentes, amigos e colegas de trabalho (esfera do confidencial ou da confiança); e **c)** o terceiro a esfera do segredo, onde estão os assuntos que o titular reserva somente para si ou para reduzido número de pessoas por ele autorizado (esfera do segredo, vida íntima em sentido estrito).

José Serpa de Santa Maria[150] aceita a teoria dos círculos, mas considera que os círculos seriam somente dois: circulo da privacidade ou intimidade (*lato sensu*) e o do segredo ou reserva íntima. Essa teoria permite graduar a esfera de intensidade da proteção à intimidade. É no espaço destinado à graduação, que o direito à intimidade pode ter de ceder diante de um outro direito constitucional. Na prática, a teoria das esferas ou círculos, reside na demarcação das linhas entre a vida pública e a vida privada das pessoas.

Uma leitura diferenciada deve ser feita quando se tratar da privacidade de pessoas públicas. A interpretação da proteção constitucional deve ser de forma mais restrita, devendo haver mais tolerância, haja vista, estes estarem sujeitos a uma fiscalização pelo povo e pela mídia. Mas, quando ficar comprovado o abuso, a proteção constitucional não está afastada, protegendo-os. Por exemplo, pessoas públicas, que exerçam cargos de direção e de gestão da coisa pública, podem merecer menos grau de proteção, diante do interesse público superior da sociedade em informar-se a respeito de seus mandatários.

O conflito entre direitos à intimidade e à informação resolve-se com a ponderação de tais bens, com base no princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. Além do conflito entre meios de

[150] José Serpa de Santa Maria, *Direito à imagem*, p. 169, *apud* Pedro Frederico Caldas, *Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral*, p. 55.

comunicação e direitos de personalidade, há outro enfoque, deslocando o centro de preocupação, do direito individual para o direito difuso da sociedade. Não há legislação, nem regras específicas e tampouco a doutrina apreciou, ainda, este enfoque de deslocação.

4.4. Direito à honra

Toda pessoa tem um valor moral próprio. Convivendo num ambiente social, através de suas atitudes e ações projeta esses valores, advindo daí a boa fama e a reputação. Conceito este, que passa a integrar o patrimônio moral da pessoa, emanando dele o respeito e a consideração sociais que molda a sua personalidade. O ser humano, além de saber que é dotado de qualidades positivas de caráter, precisa pautar sua vida, através das normas da boa moral, cuja decorrência é o cumprimento de compromissos sociais e pessoais; mas necessita de algo mais, que é o prestígio moral, o respeito dos que com ele convivem, neste ambiente social.

Honra do latim *honoré*, está relacionada à dignidade de uma pessoa, à virtude de alguém na visão dos demais. Foi uma das primeiras formas de defesa dos valores da pessoa humana. Está intimamente ligada com os valores morais, que assinala o que é virtuoso, honesto, correto, de acordo com os bons costumes. Varia no tempo e conforme as regiões. Não possui, portanto, um conceito imutável e inteiramente fechado. Honra é o valor moral íntimo do ser humano e a consideração social dos outros.[151]

Honra é um bem imaterial, que pode ser considerado como o conjunto de predicados, ou condições da pessoa, que lhe conferem consideração pessoal e estima própria e a projeção destas no

[151] Adriano de Cupis, *Os direitos da personalidade,* p. 122.

meio em que vive. Ela permeia pelos vários segmentos de atividade da pessoa. Podendo-se falar em honra civil (todo cidadão a tem), honra política (eleitor enquanto candidato ou no exercício do cargo), honra comercial (projeção da atividade mercantil ou industrial), honra profissional (adquirida no exercício da profissão), honra artística (respeito ao talento demonstrado nas artes). São variações da honra objetiva, tratada a seguir.

Pode-se falar em honra individual e coletiva. A individual contempla aquilo que é próprio do ser, envolvendo elementos intrínsecos e extrínsecos, sendo estes os que são espalhados no meio em que a pessoa vive, e aqueles os que tocam somente a própria pessoa. A honra coletiva consiste na reputação, decoro de um grupo, numericamente determinado ou não, de pessoas ligadas entre si por fatores de interesse mútuo, por exemplo: profissional, religioso, social, racial, sexual etc. Qualquer ofensa, tanto à honra individual, quanto à coletiva, gera reparação de dano.[152]

A honra pode ser violada de três formas através da calúnia, difamação ou injúria. A primeira é a mais vulnerável e pegajosa de todas; a mais cruel e venenosa. Alcança o grande e o pequeno, o magnata e o plebeu, com igual intensidade maligna.[153]

Constata-se que a conceituação de honra está mais esclarecida na atividade jurídica, porque a tutela penal da honra existe desde a Grécia e a Roma antigas, passando pela Idade Média, até os dias atuais. Quase todas as legislações do mundo previram alguma forma de proteção à honra. A vanguarda na tutela do bem da honra

---

[152] Limongi França, *Reparação do dano moral,* RT 631, p. 31.

[153] Darcy Arruda Miranda, *Comentários à Lei de Imprensa*, p. 243.

veio através da legislação penal, que tipificou as condutas delituosas de calúnia, difamação e injúria, como crimes contra a honra.

No Brasil, a Carta de Lei de 20.09.1830, no Título I, que tratava "Dos Abusos da liberdade de exprimir os pensamentos por impressos, por palavras e manuscritos, e das penas", em seu art. 2º, itens 5º e 6º, punia a calúnia, injúria e zombaria contra a religião do império, o culto e a moral, e contra os diferentes cultos estrangeiros existentes no país, com permissão e garantia da Constituição. O Código Penal do mesmo ano, inspirado no francês, de 1810, já exibia contornos dos tipos da calúnia em seu art. 229 e da injúria no art. 236, sendo esta crime de ação privada, decorrente de defeitos e vícios de tudo o que prejudicasse a reputação de alguém, em discursos, gestos, sinais etc. O Código Penal posterior, de 1890, também previa as duas figuras: calúnia em seu art. 315 e injúria no art. 317[154]. A figura da difamação estava embutida na injúria, e só se tornou autônoma no Código de 1940.

No Capítulo inserido nos títulos dos crimes contra a pessoa, estão previstas as três figuras: calúnia (art. 138), difamação (art. 139) e injúria (art. 140). Igualmente denominadas e tipificadas, as três figuras estão na Lei de Imprensa, nos arts. 20, 21 e 22, respectivamente, aqui decorrentes da prática no exercício da liberdade de manifestação do pensamento. Também, estão definidas no Código Eleitoral (Lei 4.737, de 15.07.1965, arts. 324, 325 e 326) e no Código Militar (Decreto Lei 1.001, de 21.10.1969, nos arts. 214, 215 e 216).

Calúnia é a falsa imputação a uma pessoa de fato definido como crime, há de ser direcionada a alguém, referindo-se a fato certo,

[154] Código Penal de 1890. *Art. 317: Julgar-se-á injúria: a) a imputação de vícios ou defeitos, com ou sem fatos especificados, que possam expor a pessoa ao ódio ou ao desprezo público; b) a imputação de fatos ofensivos da reputação, do decoro e da honra; c) a palavra, o gesto, ou sinal reputado insultante, na opinião pública.*

não precisando, necessariamente, conter pormenores. Basta que a imputação não seja genérica, e para caracterizar o tipo penal, há que ser falsa. A falsidade pode dar-se quando se imputa um crime a uma pessoa, e na realidade ela cometeu outro, de natureza diferente; ou quando se imputa conduta dolosa e na realidade foi culposa, ou ainda, sob algumas excludentes de ilicitude (estado de necessidade ou legítima defesa). Os efeitos estendem-se a quem a divulga (CP, art. 138, § 1º, Lei de Imprensa, art. 20, §1º), bem como é admitida contra mortos (CP, art. 138, § 2º).

Difamação é a imputação a uma pessoa de fato que, embora não criminoso, é ofensivo à sua reputação (conceito que tem no meio social em que vive ou atua), definição do Código Penal, art. 139. Distingue-se da calúnia, pois esta atribui fato criminoso, e tem como regra a falsidade, com as exceções indicadas na lei (CP, art. 138, § 3º, Lei de Imprensa, art. 20, §§ 2º e 3º); enquanto que para a difamação, basta a referência, a situação atentatória à reputação de outrem (Lei de Imprensa, art. 21), e no que tange à falsidade, a imputação pode, em princípio, ser verdadeira. Difamação: é a imputação feita à alguém de fato ofensivo à sua reputação.

O exercício do direito da crônica e a prova da verdade erigem-se em limites de ilicitude penal.[155] O delito de difamação consuma-se pela divulgação.

Injúria, na definição clássica de Nelson Hungria[156], é "a manifestação por qualquer meio de um conceito ou pensamento, que importe ultraje, menoscabo ou vilipêndio contra alguém", acrescentando que "é a palavra insultuosa, o epíteto aviltante, o

[155] Darcy Arruda Miranda, *Comentários à Lei de Imprensa*, p. 306.

[156] Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, p. 81.

'xingamento', o impropério, o gesto ultrajante, todo e qualquer ato, enfim, que exprima desprezo, escárnio ou ludíbrio". Exs: atinge-se a dignidade de uma pessoa, atacando seus valores morais, chamando-a de 'ladrão', 'estelionatário', 'prostituta', ou mediante ataques às características físicas e intelectuais, através de termos depreciativos, tais como, 'estúpido', 'idiota', 'corcunda', 'cachorro', 'burro' etc. Mesmo sendo verdadeiro o termo pejorativo, por exemplo, um deficiente físico ser realmente corcunda, tal fato não elide o caráter injurioso, apregoado pelo ofensor. A injúria deve ser apreciada, de forma diferente, em seu sentido penal e civil. A injúria civil tem conceito mais amplo que a penal, é considerada como injúria grave. Injúria grave é aquela que pode trazer ofensa à honra, à dignidade, à respeitabilidade, à fama da pessoa, ou tudo quanto possa constituir falta grave a respeito dos deveres especiais de uma pessoa em relação à outra.

Injuria: é a ofensa irrogada à dignidade ou ao decoro de outrem (CP, art. 140). São exceções: crítica literária e ofensa em juízo.

Calúnia, difamação e injúria são três figuras distintas: difamação consiste em imputar fato ofensivo à reputação da pessoa; a injúria mostra ofensa à dignidade e ao decoro da pessoa, seja por palavras ou por ação; e a calúnia é a falsa imputação de fato definido como crime, fato este que precisa ser certo e determinado, pois se for afirmação equívoca ou evasiva pode confundir-se com a injúria.[157]

A proximidade entre injúria e difamação dá-se quando aquela envolve fatos genéricos a denotar um defeito ou vício que a pessoa tem. A ofensa divulgada na mídia pode qualificar a difamação e a injúria, mesmo sendo a notícia verdadeira, se a mesma contiver exagero, for tendenciosa.

[157] De Plácido e Silva, *Vocabulário jurídico*, v. I, p. 355, v. II, págs. 71 e 472

Os crimes de calúnia e de difamação protegem a honra objetiva, e o crime de injúria protege a honra subjetiva. Nelson Hungria[158] afirmava que a injúria pode, também, atingir a reputação (honra objetiva) do ofendido, desprestigiando-o perante a opinião de tantos quantos dela tiveram conhecimento, mas que esse resultado é um epifenômeno (fenômeno cuja presença ou ausência não altera o fenômeno que se toma em consideração). Assim, no entender de Hungria, era indiferente à configuração do crime.

Embora estejam tuteladas na atual Constituição, na esfera civil e penal, as duas primeiras são mais amplas, pois a tipicidade penal exige que a conduta do agente se amolde à lei, havendo a necessidade da caracterização plena do elemento subjetivo, o dolo.

A tutela da honra dá-se de duas maneiras: moral (proteção à pessoa) e patrimonial (referente à atividade profissional da pessoa), gerando, em caso de ofensa, indenização por dano material e moral. Assim, constata-se que a honra tem duplo aspecto: uma dimensão interior, na consideração que a pessoa tem por si própria, relacionado com a auto-estima, ser digno conscientemente; e uma dimensão exterior, a consideração que os outros têm por essa pessoa (Pontes de Miranda).

Os elementos intrínsecos e extrínsecos da honra individual (da pessoa física) conduzem para uma nova dicotomia no âmago dessa honra: honra subjetiva e honra objetiva.

[158] Nélson Hungria, op.cit. vol. 6, p. 80.

4.4.1. Honra subjetiva e honra objetiva

Considerando o duplo aspecto da honra, como bem colocado acima por Pontes de Miranda, conclui-se que a honra pode ser objetiva ou subjetiva. Subjetiva é o apreço que a pessoa tem por si própria, a dignidade da pessoa, o juízo que cada um tem de si. Encerra valores interiorizados na pessoa, varia de indivíduo para indivíduo, conforme a natureza de cada um e como este capta as influências externas, e mesmo o próprio indivíduo pode modificá-la em decorrência da idade, estado de saúde etc. Tem como núcleo a dignidade e decoro. Considerando dignidade como sendo o juízo que a pessoa tem de si mesma, levando-se em conta seus valores morais (honestidade, sinceridade etc); e decoro, referindo-se a atributos físicos e intelectuais de cada pessoa (aptidões físicas e intelectuais).

A honra objetiva é o respeito, a consideração, a reputação, a fama etc., de que a pessoa goza no meio social, perante a coletividade. Tem como núcleo a reputação, isto é, o grau de valorização e consideração que a pessoa tem em face do desempenho de seu papel social ou profissional.

Nelson Hungria[159] conceitua-a como "o sentimento de nossa dignidade própria (honra interna, subjetiva), quer como apreço e respeito de que somos objetos ou nos tornamos merecedores perante os nossos concidadãos (honra externa, objetiva, reputação, boa fama)". Continua, "assim como o homem tem direito à integridade do seu corpo e do seu patrimônio econômico, tem-no igualmente à identidade do seu amor próprio (consciência do próprio valor moral e social, ou da própria dignidade ou decoro) e do seu patrimônio moral".

---

[159] Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 6, p. 32; L.G.G.C, Carvalho, *Liberdade de Informação e o Direito difuso à informação verdadeira*, p. 66.

4.4.2. Alcance

A dicotomia entre honra subjetiva e honra objetiva, deve-se à doutrina alemã, do início do século XX. O conceito fático evoluiu para um conceito normativo ou normativo-fático. Essa evolução importou em sintetizar o que anteriormente se convencionou denominar honra subjetiva e honra objetiva, e em socializar a valoração da honra, reconhecida a todas as pessoas, independentemente de qualquer característica pessoal ou social. Para doutrinadores, a bipartição da honra em dois aspectos é meramente didática, não oferecendo critério objetivo para sua conceituação do ponto de vista jurídico, haja vista que, quando ocorre a lesão a qualquer dos dois aspectos, o prejuízo reflete-se na pessoa mesmo, sendo difícil separar um do outro.

Carlos Alberto Bittar[160] traçou o contorno de dois direitos distintos: direito à honra e direito ao respeito, no que tange ao bem atingido e quanto aos efeitos de uma lesão nestes e regime jurídico de cada um. No direito à honra, a pessoa é considerada frente à sociedade em que está inserida, e, portanto, a violação enseja reflexos na sociedade, com conseqüências pessoais ao lesado, tais como humilhação, gerando reflexos, também, na opinião pública; e patrimoniais, em face do descrédito que as outras pessoas, ou empresa, passam a ter em relação a ele. Atingindo, assim, concomitantemente, a honra objetiva e a subjetiva, cabendo reparação a esses dois títulos. O atentado pode ser de várias formas: sutil, dissimulado etc., o que acarreta a necessidade de proteção.

No que tange a pessoas notórias, muito mais expostas do que os demais membros de sua comunidade, em face da fama ou notoriedade que têm no meio a que pertencem algumas, inclusive,

[160] Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, p.130.

transformam-se em figuras públicas. Sendo exposto por um ato voluntário, terá de suportar o ônus que não recairia sobre pessoas anônimas. Quanto às figuras públicas, há que se tolerar certas ingerências externas, mas até o limite em que a intromissão não comprometa o direito de tal forma que ocasione dano irreparável ou de difícil reparação à sua personalidade.

Nessas situações, há que prevalecer, no exercício do direito de liberdade de expressão e comunicação, o interesse público, porém, jamais transformá-lo num abuso de direito, sob pena de reparação civil e penal.

Não se pode deduzir que o conceito de honra na esfera civil esteja infalivelmente ligado aos contornos dados pela esfera penal, a ponto de se admitir que, não havendo reconhecimento do correspondente ilícito penal, não se admitirá efeito civil algum. Quanto à questão Pontes de Miranda[161] assim se posiciona: *"Onde há crime contra a honra, há ação civil; mas pode existir essa sem aquele, isto é, haver ação de condenação específica, ainda com a reintegração, e a de indenização, tendo havido absolvição do crime contra a honra". Quanto à calúnia: "A calúnia tem, em direito constitucional e civil, extensão maior do que em direito penal; não é preciso que o ato ou omissão que se atribui, ou o fato, seja crime, que o Código Penal definiu"*.

A proteção à honra encontra-se: a) na retratação (ato de desdizer-se, retirar o que disse) de origem penal, mas também como forma civil de tutela, quando o ofensor, de forma espontânea e oportuna, satisfaz a pessoa que teve a honra violada; b) no exercício do direito de resposta ou retificação, previstos nos arts. 29 e ss da Lei de

[161] Pontes de Miranda, *Tratado do direito privado,* 1954, v.7, p. 45, *apud* José D' Amico Bauab, *Direito à honra: visão macroscópica do tema.* Disponível em http://puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/ revista/online/rev10_ze.html, Acesso 21.09.05, às 20.49 h.

Imprensa; c) na publicação de sentença condenatória decorrente de processo criminal, prevista também, a publicação das explicações; e d) reparação civil, impondo-se, quando houver abuso, o pagamento de indenização por dano moral, material e patrimonial.

4.5. Direito à imagem

Dos direitos da personalidade é o que mais vem dificultando a adequação à liberdade de expressão e comunicação. Na legislação alienígena, a França, na Constituição de 04.10.1958 não trata diretamente do direito à imagem, mas, mesmo sem a proteção constitucional, o Código Civil, no art. 9º, garante o direito à vida privada. Na Itália, o Código Civil, de 1942, art. 10, trata do tema. O mesmo ocorre com a Constituição portuguesa, no art. 26 e a Constituição espanhola, no art. 18 (ambas prevêem de forma autônoma e expressa o direito à imagem).

No Brasil, a Constituição atual inovou, pois nas anteriores não havia a proteção expressa ao direito à imagem (art. 5º, inc. X). Esta inovação demonstra que o legislador fez uma distinção entre dano moral e dano à imagem. Se entender que dano moral é aquele que fere um direito da personalidade, constata-se que o direito à imagem está incluído nesse rol e, assim, sua violação acarretaria um dano moral. Mas o legislador, ao tratar de forma autônoma o dano à imagem, assinala que, em determinadas situações, podem estar configurados danos materiais, morais e à imagem, analisados de forma autônoma e quantificados da mesma forma. Em algumas situações, pode haver somente indenização por dano à imagem e em outras, só pelo dano moral.

Os tribunais brasileiros, normalmente têm fixado a indenização pelo dano à imagem como um dano moral (exposição da

imagem denigre a imagem da pessoa). Mas nem sempre a divulgação da imagem de uma pessoa denigre essa pessoa, podendo ocorrer a simples exposição sem a devida autorização (violação ao direito à imagem).

Em ações que tenham essa natureza, os pedidos pelos ofendidos têm sido na direção do dano moral, inviabilizando, na sentença ou acórdão, a diferenciação entre o dano moral e o dano à imagem. Conforme a Constituição há distinção.

A Constituição atual brasileira situa o direito à imagem como direito autônomo, e não como direito autoral, afinal o titular da imagem não foi quem a criou, este foi quem a fez. Tem direito autoral, entretanto, o fotógrafo que tira a fotografia, mas este direito deve ser compatibilizado com o direito do retratado à imagem, conforme estabelece art. 79 da Lei 9.610, de 19.2.98 (Lei de Direito Autoral - LDA):

> *LDA. Art. 79. O autor de obra fotográfica tem direito a reproduzi-la e colocá-la à venda, observadas as restrições à exposição, reprodução e venda de retratos, e sem prejuízo dos direitos de autor sobre a obra fotografada, se de artes plásticas protegidas. §. 1º. A fotografia, quando utilizada por terceiros, indicará de forma legível o nome de seu autor. § 2º. É vedada a reprodução de obra fotográfica que não esteja em absoluta consonância com o original, salvo prévia autorização do autor.*

Com a invenção da máquina fotográfica é que o problema surgiu. Anteriormente, a retratação da imagem alheia ficava restrita a eventual conflito entre o artista e seu modelo.

O direito à imagem também não é absoluto, sofrendo, inclusive, inúmeras limitações. Na doutrina brasileira os limites são encontrados nos acontecimentos da atualidade, nas pessoas públicas, na cultura e nas obras didáticas ou científicas; no interesse público, na caricatura ou no humorismo.

Como determinar quando é caso de direito à informação e quando é violação ao direito à imagem? Se a informação for transmitida genericamente, sem necessidade de recorrer-se à imagem de determinada pessoa, ou se esta imagem estiver inserida em um contexto mais amplo, não há que se cogitar em direito à imagem. Deve ficar claro, na composição da fotografia, que o propósito principal foi o acontecimento, e não a identificação da pessoa. Assim, se a imagem do retratado for captada no contexto do ambiente, aberto ao público, de modo que sua imagem aderisse ao local, ou àquele acontecimento, não há lesão alguma à sua imagem. Mas, se a fotografia publicada demonstra, ao contrário, que o objetivo da composição fotográfica é, justamente, o de explorar a imagem de alguém, cabe indenização.

> *Acórdão: Indenização. Direito à imagem. Danos morais. Matéria jornalística. Ofensa. Inocorrência. O direito/dever de informar se constitui em conquista moderna, e deve ser mesmo exercido com as cautelas recomendáveis, evitando o exercício fácil da ofensa à dignidade das pessoas a que se refere a notícia. Evidencia de objetivo meramente informativo, envolvendo matéria carregada de interesse público, não coberta pelo manto do sigilo e tratada com o respeito devido ás pessoas referidas. Decisão. (TJRJ. Apel. Cível 46.963/2005. Rel. Des. Jair Pontes de Almeida, 4ª Câm. Cível, v.u, j. 14.02.2006)*.

Há uma forte tendência de vincular o direito à imagem a uma concepção patrimonial, só reconhecendo proteção à imagem em caso de dano ou prejuízo. A proteção à imagem só deve ocorrer quando houver, em decorrência da divulgação, ofensa à pessoa, sendo este o entendimento da corrente restritiva. Enquanto, para a corrente ampliativa, se a pessoa humana é um ser social, normalmente está em exposição, ao olhar do público e a captação de sua imagem não deve ensejar violação alguma. Mas, para o titular da imagem, a captação pode reviver, suscitar momento que não deseja. Nesse caso, entende-se que há violação, abuso.

Não há respostas absolutas, mas ponderadas, conforme o caso concreto. É possível que, em determinadas situações, a simples divulgação desautorizada da imagem alheia, fora daqueles casos em que isso é admitido, já enseje a tutela jurisdicional, por dano moral consistente na pública exposição.

Têm direito à imagem, não só pessoas públicas ou famosas, mas também as humildes. A nova lei civil substantiva (CC/2002) permite que uma pessoa se insurja contra a divulgação, quer pelos meios de comunicação, quer por outros meios, quando estes violarem sua imagem ou honra, requerendo, via tutela jurisdicional, que cesse o constrangimento. O mesmo texto infraconstitucional, no que tange ao instituto imagem, no art. 20 deu a este tratamento divergente do texto constitucional e da doutrina dominante, à medida que a simples exposição da imagem de uma pessoa, sem a devida autorização, independentemente de atingir a sua honra, gera o direito à indenização. Assim, a exposição da imagem de alguém, mesmo que para fins institucionais, também permite ao ofendido a reparação do desse dano, tornando desprezível a expressão *"... ou se se destinarem a fins comerciais".* Por este tratamento dado, embora não de forma clara quanto à extensão da indenização do dano à imagem, basta a utilização não autorizada, bem como sua utilização extrapolada, para ser passível de indenização. Assim, mesmo que utilizada para fins institucionais, uma vez não estando autorizada, poderá o titular pleitear indenização.

A Lei 10.406/2002 (CC/2002) em seu art. 20, trata da imagem:

> ***CC/2002. Art. 20****. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem*

> *prejuízo da indenização que couber, se lhes atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.*

Há que se interpretar corretamente este novo dispositivo, caso contrário, pode significar um sério golpe na liberdade de expressão e comunicação. A questão a ser enfrentada é saber se o art. 20 do Código Civil já executou a ponderação de interesses entre a liberdade de expressão e comunicação e o direito à imagem. Se sim, não caberia ao intérprete ponderar de outro modo. Somente se estivesse contrário aos valores da própria Constituição, é que poderia o intérprete afastar a norma infraconstitucional e proceder à ponderação.

Aparentemente, foi isso que ocorreu com o art. 20 do novo Código Civil, pois este dispositivo privilegia, demasiadamente, o direito da personalidade em detrimento da liberdade de expressão e comunicação, extrapolando o caráter axiológico que se extrai da Constituição. Pretender que a liberdade de expressão e comunicação somente prepondere sobre a honra, a boa fama e a respeitabilidade das pessoas, quando for *necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem publica* é adotar uma opção axiologicamente não indicada pela Constituição. Em muitos casos, para que a liberdade de informação seja exercida plenamente, necessária se faz violar a respeitabilidade, a honra e a boa fama de algumas pessoas, em nome do interesse público da notícia ou, simplesmente, em respeito ao direito de informação da sociedade. A opção do legislador pelo direito da personalidade, importa em valorar diferente do que o fez e se propôs a Constituição, que não estabeleceu esse privilégio.

Assim, entende-se que se deva interpretar o art. 20 do novo Código Civil, em conformidade à Constituição, isto é, que não há prevalência apriorística do direito à imagem sobre o direito à informação, devendo ambos ser compatibilizados caso a caso, de

acordo com a ponderação de interesses. Caso contrário, tornaria inconstitucional, pela falta de razoabilidade e por violar os valores implícitos e explícitos da Constituição.

Decisões do Superior Tribunal de Justiça, mesmo sendo anterior ao CC/2002, são pertinentes ao tema, ora em análise. Entendimento a favor da indenização, pelo uso de imagem sem autorização, em face do não interesse jornalístico, que tem como referencial o interesse público:

> *STJ. Ementa: "Direito de imagem. Reprodução indevida. Lei 5988/73 (art. 49, I, f). Dever de indenizar. Código Civil (art. 159). A imagem é a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana, e a emanação da própria pessoa, e o eflúvio dos caracteres físicos que a individualizam. A sua reprodução, conseqüentemente, somente pode ser autorizada pela pessoa a que pertence, por se tratar de direito personalíssimo, sob pena de acarretar o dever de indenizar que, no caso surge com a sua própria utilização indevida. É certo que não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem; todavia, não se deve exaltar a liberdade de informação a ponto de se consentir que o direito à própria imagem seja postergado, pois a sua exposição deve condicionar-se à existência de evidente interesse jornalístico que, por sua vez, tem como referencial o interesse público, a ser satisfeito, de receber informação, isso quando a imagem divulgada não tiver sido captada em cenário público ou espontaneamente. Recurso conhecido e provido. Decisão: por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento." (Acórdão REsp – 5810/SP. REsp 1994/00389404-3. Rel. Min. César Asfor Rocha. Órgão julgados: 4ª T., j.16.09.1997, v.u., Fonte: DJ 09.3.1998, p. 114).*

Entendimento pela não indenização, pois a autora consentiu no uso de sua imagem, e depois da transmissão da entrevista, sofreu represálias:

> *STJ. Responsabilidade civil. Indenização. Dano moral. Imprensa. Entrevista televisiva. Consentimento da autora. Uso da imagem, em termo mosaico, em noticiário jornalístico. Identificação e represálias sofridas que não podem ser*

> *atribuídas à emissora. Expressa manifestação da vontade em ser televisionada. Ação improcedente. Recurso não provido. Apelação cível 82.637-4. Bauru. (Voto 10.141). Acórdão. Ementa oficial: Se a parte concorda em dar entrevista televisiva, ainda que colocada no ar sua imagem em 'termo mosaico' (serve para inidentificar as pessoas entrevistadas, muito embora quem as conheça consiga saber de quem se trata), mas que permite vir a ser identificada e vir a sofrer represálias por esse fato, não pode atribuir à emissora de televisão a culpa pelo infortúnio, já que houve manifestação expressa de vontade em ser televisionada. Recurso improvido.* LEX/STJ – 222/67.

Porém, há situações em que é tutelado o uso desautorizado da imagem, conforme dispõe o art. 46, inc, I, c, da LDA (9.610/98):

> *LDA. Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: I. A reprodução: (...) c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros*.

Recentemente suscitou discussão o fato ocorrido com a apresentadora *Soninha*, da TV Cultura, que foi dispensada após declarar a uma revista semanal que fumava maconha. Embora tenha confirmado esse fato, questionou o uso de sua imagem, na medida em que entendia que sua frase *"Eu fumo maconha"* teria sido proferida em outro contexto da matéria. Porém, se a asserção é verdadeira, cabe exclusivamente ao órgão de imprensa, desde que autorizado, divulgar o fato e escolher a melhor maneira de cativar seus leitores, elegendo livremente a melhor manchete.

4.5.1. Imagem-retrato e imagem-atributo

Sempre que houver utilização indevida da imagem, poderá seu titular se opor. A utilização indevida engloba qualquer das formas já citadas, bem como a *imagem-retrato* (CF/88, art. 5º, inc. X:

identidade física do indivíduo), publicação indevida de um retrato, ou a utilização da imagem de alguém como sua e a usurpação de fisionomia. Nesses casos, pode vir a ser recomendada a prestação jurisdicional rápida, a fim de num curto espaço de tempo restabelecer a situação anterior à violação.

Quando se fala em imagem-retrato, não é apenas a fisionomia que é protegida, mas partes do corpo, tais como, mãos, pés, pernas, bem como a voz para veiculação de publicidade, desde que estas sejam identificáveis.

O conceito que uma pessoa tem na sociedade, seu retrato moral, seja do indivíduo, seja do produto, seja da empresa, é considerado a *imagem-atributo* (CF/88, art. 5º, inc. V) - indivíduo dentro de suas relações sociais. Distingue-se do conceito de honra, pois esta diz respeito à consideração pública de uma pessoa, violada pelos meios de comunicação, envolvendo os crimes de calúnia, difamação e injúria, conforme dispõe o arts. 20/22 da Lei de Imprensa. No caso de imagem-atributo, não possui uma noção social.

Para Luiz Alberto David Araújo[162] imagem-atributo é conseqüência de vida em sociedade. Traz exemplo que clarifica a distinção entre imagem-atributo e honra: *"No campo religioso, o exemplo pode ser mais facilmente adaptado. Imaginemos a hipótese de um freqüentador de determinado grupo religioso. Uma notícia pode ferir sua imagem, divulgando fato inverídico a seu respeito. Da mesma forma, imaginemos um ateu radical que, pelo mesmo meio, tenha divulgado notícia equivocada mostrando sua dedicação a determinada religião. A honra não está presente nessas hipóteses, pois não traz um conceito social favorável ou não".*

[162] Luiz Alberto David Araújo, *A proteção constitucional da própria imagem*, p. 31, *apud* Gilberto Haddad Jabur, *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*, p. 271.

Já para E. Farias, a situação não distingue imagem-atributo de honra objetiva (reputação). A imagem-atributo está relacionada com o direito de resposta, o direito à informação, este previsto no art. 29 da Lei de Imprensa (5.250/67):

> *"Art. 29. Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusado ou ofendido, em publicação, feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou errôneo, tem direito a resposta ou retificação."*

O art. 21 do novo Código Civil tutela a imagem de pessoa falecida. Existem outros aspectos interessantes no direito à imagem, por exemplo, uso comercial da imagem, mas que não dizem respeito ao tema do conflito entre este direito e a liberdade de imprensa e de informação, razão pela qual não serão examinados.

A Lei de Imprensa continua a ter aplicação, na hipótese de violação dos direitos de uma pessoa pelos meios de comunicação, por violação ao direito à imagem, além dos danos materiais e morais, mesmo revogados os arts. 51, 52 e 56 pela Constituição atual. Isto devido aos demais dispositivos dessa lei, que asseguram o direito de resposta ou retificação, por exemplo.

4.5.2. Alcance

Embora protegido pela Constituição, de forma ampla, o direito à imagem não é absoluto. Em confronto com interesse coletivo, este prevalece. Nos casos de segurança pública, saúde pública, interesse público/coletivo, também prevalecem estes. Exemplo: se uma pessoa é portadora de doença infecciosa, de fácil e grave transmissão, ela não possui o direito de se rebelar contra publicação de sua imagem, para preservação da saúde pública e alerta à população.

As pessoas públicas, assim consideradas as pessoas com notoriedade, famosas, os políticos, as celebridades, os esportistas, os escritores, cientistas, enfim aquelas que se destacam em relação ao homem comum, não podem se opor à divulgação de sua imagem pela imprensa. O interesse da imprensa para com essas pessoas está no fato de que notícias sobre elas são de interesse do público, e nesse caso, estas não têm o direito de se insurgir contra a veiculação de suas imagens, exceto em caso de abuso ou intenção de denegrir a imagem dessa pessoa.

> *Cantora pedia indenização por danos morais com o argumento de que foi ofendida pela reportagem "Eu fui chipada", sustentando que o texto tinha conteúdo distorcido e jocoso, com exploração negativa de sua imagem, porque afirmava que ela queria apenas aumentar a venda dos seus discos com as declarações feitas durante um evento internacional de ufologia. TJSP. Acórdão. Indenização. Dano moral. Publicação jornalística que discorreu sobre crenças e convicções de artista brasileira, bem como suas atividades na área de ufologia e esoterismo. Alegação da cantora de que a matéria lhe causou danos morais, por tratar o assunto de forma jocosa e irônica. Ação julgada improcedente em 1ª instância e mantida improcedência. Entendimento dos elementos caracterizadores da responsabilidade em indenizar. Apel. Cível 289.078.4/9-00, 4ª Câm. de Direito Privado do TJSP, v.u., Rel. Des. Teixeira Leite, 22.09.2005.*

Interesse histórico também representa uma limitação ao direito à imagem.

Questão delicada e geradora de dúvida é a questão da limitação do direito à imagem em relação ao direito da comunicação.

As opiniões são controvertidas: René Ariel Dotti entende que é limitada pelo direito de informação, ao passo que Luiz Alberto David Araújo entende que não, Oduvaldo Donnini e Rogério Ferraz Donnini entendem que a imagem é limitada pelo direito da

comunicação, se o interesse na divulgação da imagem se restringe à veiculação da notícia, sem qualquer intenção de prática publicitária.[163]

Entende-se que o referencial para limitação da imagem ou não, deva estar na *utilização e no interesse da imagem nas matérias jornalísticas, em face deste interesse ser público, ou do público, ou, ainda, ser relevante para* a sociedade. Cite-se, como exemplo, o caso do moço, encontrado em SP e conduzido à UTI do Hospital das Clínicas. Houve necessidade de autorização judicial para publicar a foto nos veículos de comunicação, a fim de saber quem era, se tinha parentes por perto, enfim tentar ajudá-lo. Matéria divulgada nos dia 03 e 04.11.05, no jornal O Estado de São Paulo.

A retratação, explicação espontânea do meio de comunicação, ou o direito de resposta (divulgação da resposta), no que tange ao dano ao direito à imagem, tem pouca influência na diminuição da quantificação do valor da indenização, pois a imagem já foi veiculada. Porém, se houver outros danos, além do de imagem, por exemplo, honra e intimidade, é pertinente.

4.5.2.1. Divulgação de imagem de suspeito pela prática de crime

A publicação de fotografia, bem como a veiculação de imagem de suspeito pela prática de crime, sem que essa suspeita se concretize, gera ao ofendido o direito de pleitear indenização por dano à imagem, dano moral e material, estes dois últimos, se devidamente comprovados. Tratando-se de criminoso, tema já abordado, a divulgação de sua foto é outro limite ao direito à imagem, em face do interesse público. Quanto à imagem-retrato de mero suspeito, pode gerar polêmica. O interesse social deve prevalecer diante do risco

[163] Oduvaldo Donnini e Rogério F. Donnini, op.cit., p. 92.

eventual? Há que se analisar cada caso, mensurando os riscos. Mas, recomenda-se, no geral, colocar tarjas nos olhos, distorcer as imagens, de modo a não identificar o suspeito. Noticia-se o fato, sem incorrer em riscos.

Por outro lado, não se pode esperar da imprensa uma precaução excessiva, em face do cumprimento do dever de informar. Por haver a rapidez com que se tem que informar, não é viável aos jornalistas, na maioria das vezes, aguardar-se a comprovação dos acontecimentos. Há que se reconhecer que ao longo das últimas décadas, a imprensa tem sido fundamental para a apuração de fatos criminosos, haja vista a ineficiência das autoridades policiais. Ademais, a imprensa investigativa vem apontando, de forma eficiente, atos ilícitos praticados por membros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, empresários e demais integrantes da sociedade, diante da inércia de quem deveria estar apurando tais fatos. Preventivamente, a imprensa divulga fatos e imagens, a fim de informar e divulgar situações de perigo. Às vezes, a pedido das próprias autoridades policiais, como alerta (arrastões no RJ). Se, porventura, uma das pessoas que está nesse grupo não é criminosa, não é cabível indenização alguma pelo dano à sua imagem, na medida em que o meio de comunicação atendeu ao interesse público, policial e da sociedade. Quanto a possível dano, caberia ao Estado responder e não a empresa jornalística.

CAPÍTULO 5. INTERESSE PÚBLICO E OPINIÃO PÚBLICA

5.1. Interesse público e interesse do público

Item de extrema relevância haja vista a afirmação de que os direitos da personalidade em conflito com a liberdade de expressão e comunicação devem ceder quando houver o interesse público.

Não foi nada fácil a tarefa de encontrar definição, ou conceituação, para o que seja o tão citado "interesse público". Portanto, parte-se, na tentativa de construção do conceito, de textos de filósofos, sociólogos, juristas, jornalistas, sendo necessária, também, a parte deontológica.

Para José Afonso da Silva[164], interesse é sinônimo de satisfazer uma necessidade, de propiciar uma vantagem, individual e coletiva. Se o interesse é da comunidade em geral, indeterminadamente, tem-se o interesse geral. Interesse particular é aquele que satisfaz as necessidades privadas de um indivíduo.

Para a democracia, o melhor significado reside na sua relação com a *res publica*, podendo distinguir o interesse público do privado.

Interesse público e interesse privado: aquele equivale à contraposição do interesse do Estado ao interesse do indivíduo, com objetivo de atingir fins gerais das entidades públicas; interesse privado refere-se aos interesses entre os indivíduos, em seu inter-relacionamento. Mas essa clássica dicotomia, existente nos países de tradição romana do Direito, sofreu alterações de abrangência, deixando

[164] José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, p. 128.

o interesse público de ter como foco o interesse do Estado, para absorver o interesse da coletividade, do bem estar social.

Para Rousseau[165], a vontade geral (interesse público) é diferente da vontade de todos (vontade popular). A primeira, sempre tende para a utilidade pública, olha o interesse comum. Possui conduta lícita, interesse informativo, não equivale a curiosidade pública. Vontade de todos é a deliberação do povo e não tem a mesma retitude, olha o interesse privado, 'não se compra o povo, mas o engana, com freqüência'. Para Kant, no público da pessoa privada pensante há o desenvolvimento da concordância pública.

Giovanni Sartori[166] cita cinco níveis de elementos que compõem o público: a) no primeiro nível estão as idéias das elites econômicas e sociais; b) no segundo, as elites políticas e de governo; c) no terceiro, os meios de comunicação de massa e os profissionais de comunicação; d) no quarto, os líderes de opinião no âmbito local, somente 5 a 10% da população se interessa por assuntos públicos e se atualizam constantemente com o que é informado pelos veículos de comunicação social; e) no quinto e último, os cidadãos, meros receptores passivos da informação, que também tem papel ativo no processo de comunicação pública *("Elementos de teoria política", Madrid 1992*).

Mas, o que vem a ser interesse público?

Dentre vários livros, dicionários, artigos analisados, pesquisas em internet, constata-se que não é um dos temas preferidos para reflexões dos doutrinadores do direito, ainda mais ao querer obter referências no que tange na relação com o direito da liberdade de

---

[165] Paulo Ferreira da Cunha, *Teoria da Constituição*, Tomo II, p. 23.

[166] Giovanni Sartori, *Análise do papel dos meios de comunicação na sociedade atual*. Disponível em http://www.infoamerica.org/teoria/sartori.htm. Acesso 09.01.06, às 00.40h.

expressão e comunicação. Ora, se o limite da informação, na maioria das vezes, envolve o interesse público/social/coletivo/geral, ou o reflexo na opinião pública, dever-se-ia ter tratados sobre o tema. Mas, não foi o que se constatou.

É importante esclarecer que o interesse público não está em oposição ao interesse particular e tampouco poderia ser definido como a soma dos interesses particulares atendidos. Também há na questão uma dimensão filosófica essencial relacionada aos valores que produzem as regras, a fim de conceituar o que seja interesse público.

O interesse público pode estar simbolizado em determinados interesses particulares, o que evidencia a inexistência de oposição entre as duas instâncias. Por exemplo: o protesto de uma pessoa portadora de deficiência física, diante da impossibilidade de acesso ao transporte público ou a um hospital público para atendimento, ou até mesmo a um cinema particular. Além de ser manifestação de um interesse particular frustrado, constitui, também, a denúncia do desrespeito a um valor estabelecido pela sociedade, o de que, sendo todos os cidadãos iguais, torna-se uma injustiça intolerável a exclusão provocada pela deficiência física. O interesse público não estará, obviamente, no fato isolado. Mas, o fato isolado simbolizará o interesse público, porque manifesta a agressão a um valor estabelecido pela sociedade. Tem-se, então, no valor agredido e não no fato, as razões do interesse público.

Antônio Cláudio da Costa Machado[167] analisa o conceito de interesse público relacionado à intervenção do Ministério Público no processo, com base no que dispõe o art. 82, inc. III, do CPC: *(...) nas causas em que houver interesse público evidenciado pela natureza da*

[167] Antônio Cláudio da Costa Machado, *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro,* p. 335-337 e 367.

lide ou qualidade da parte. Depois de analisar algumas concepções, constrói um conceito de interesse publico que atenda às exigências processuais. Conceitua interesse público como interesse ou direito material indisponível, que se revela, pela sua essencialidade social, independentemente de quem seja o seu titular. A função do Ministério Público, no caso de o interesse público estar evidenciado pela natureza da lide, será sempre fiscalizadora; no caso de o interesse público estar relacionado à qualidade da parte, sua função será vinculada ou parcial, assumindo este, a função processual de um assistente diferenciado. No que tange aos direitos da personalidade (direito à honra, ao nome, à própria imagem, à liberdade de manifestação do pensamento, de consciência, à intimidade, ao segredo etc.), considerando-os indisponíveis, o Ministério Público há de intervir nos processos onde o pedido seja o reconhecimento de algum desses direitos. Quanto aos direitos à honra, imagem, intimidade etc. - se forem objeto de ações que visem a simples indenizações por ato ilícito, não serão direitos indisponíveis. Portanto, é necessário analisar se a pretensão deduzida traduz-se em interesse público, a fim de legitimar ou não a intervenção do Ministério Público. Conclui-se que, no que se refere ao tema do presente estudo, o interesse público está caracterizado pela sua essencialidade social, independentemente de quem seja o seu titular.

A deontologia, isto é, conjunto de regras ou normas jurídicas ou morais que controlam, julgam e condenam os comportamentos relacionados a uma profissão, por certo, tem relação com o interesse público. No Brasil, o termo deontologia é pouco utilizado, mas em outros países tem seu uso regular, sendo considerado o tratado dos deveres éticos profissionais, servindo, inclusive, de base para os códigos profissionais dos jornalistas e de outras categorias profissionais (Portugal, por exemplo). No Brasil, os códigos profissionais, são chamados de Códigos de Ética.

Mas a essência do interesse público não pode ser analisada somente sob a ótica da deontologia, sendo importante também os valores que esta procura preservar. Esses valores é que devem determinar os critérios e motivos do direito de informar. Como bem colocado pelo Professor de *Jornalismo na Universidade de São Paulo – Manuel Carlos Chaparro*[168]*: "Se para o jornalismo e os jornalistas a essência do interesse público estivesse na deontologia, poderíamos aceitar que não se deve matar, mentir ou roubar, ou agredir o direito à privacidade de quem quer que seja (e não apenas dos 'olímpicos'), somente porque tais atos são proibidos e puníveis".*

Talvez a exigência mais difícil e complicada do informar seja a de adequar as razões da notícia, do fato, do acontecimento, às razões do interesse público, e vice-versa. Até porque as relevâncias da atualidade estão, freqüentemente, nas contradições e confrontos entre os valores estabelecidos. Afirma que a agressão a valores fundamentais da sociedade humana, como o da privacidade e o do acesso à informação, só é aceitável se estiver em causa, como decorrência, a conquista ou a preservação de ganhos sociais significativos para o aperfeiçoamento da cultura e da vida.

A sociedade tem o direito de saber se um ator não paga os tributos, direta ou indiretamente, relacionados com o seu trabalho? Entende-se que a resposta deva ser sim, pois esse é um tema de interesse público.

O público tem o direito de ser informado da vida íntima de um cantor, ator, uma celebridade, como às vezes divulgam revistas de baixo conteúdo ético? Entende-se que a resposta deva ser não, pois

[168] Manuel Carlos Chaparro, artigo no *site* da ANJ.

essa questão envolve a esfera íntima da pessoa, cuja inviolabilidade é assegurada pela Constituição, exceto se autorizado por este.

Se, em uma entrevista uma pessoa conta segredos e deslizes cometidos, ou até mesmo intimidades, o fez porque quis. Mas, há que ressaltar que isto não é argumento de justificativa, para que o veículo de comunicação exponha ao público as intimidades e tampouco penetre nessa esfera da pessoa envolvida, sob pena de ser responsabilizado civil e criminalmente.

Quando não há interesse público, e dependendo da situação, a pessoa que se sentiu prejudicada tem, inclusive, o direito de recorrer à justiça, para proteger sua privacidade do sensacionalismo e da exploração.

Escândalos e intimidades de pessoas ricas ou famosas, as chamadas "celebridades", são, para alguns veículos, *commodities* no mercado da curiosidade, pois aumentam o índice de leitura ou audiência e também o faturamento. Contra esses abusos, tem-se a proteção constitucional, impondo limites e sanções.

Mesmo as autoridades públicas, que têm a obrigação de prestar contas, por que são sustentadas pelos contribuintes, isto é, com o dinheiro público, têm uma esfera privada que a mídia não pode violar. A não ser que o fato, a notícia envolvida tenha algum reflexo, ou relação com alguma posição adotada pela 'autoridade', ou esteja conflitante com alguma postura por ela adotada. A informação divulgada alertará o público quanto ao caráter dessa 'autoridade'.

A faixa privativa é ainda mais extensa no dia-a-dia de pessoas famosas que vivem do e para público, mas não precisam prestar contas de seus atos, como os artistas e celebridades. Você pode

adorar reportagens sobre a intimidade de Ronaldinho, Romário, Robinho, Fernanda Montenegro, Marilia Gabriela, Malu Mader, Angelina Jolie, Brad Pitt etc., mas não está correto dizer que você tem o direito de ser informado sobre a intimidade dessas pessoas. Porém, há aqueles que se expõem ao público, por alguns minutos de fama, cujo exemplo típico, são os participante do programa *Big Brother*.

Edwin Rekosh[169], Diretor executivo do *Public Interest Law Initiative*, Professor visitante na Universidade da Europa Central (Hungria) e Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Columbia (EUA), em sua palestra denominada *"Quem define o interesse público?"*, analisou, de forma não superficial, o "direito de interesse público" em países da Europa Centro-Oriental, sendo cabível ao presente estudo. Abaixo, os principais pontos por ele abordados. Texto na integra, pode ser obtido no endereço eletrônico na nota de rodapé, onde ele analisa profundamente as três concepções de direito de interesse público em países socialistas.

Rekosh inicia sua análise detendo-se em dois aspectos específicos da noção do que seja direito de interesse público: a) seu fundamento conceitual, que admite ser problemático; e b) as implicações práticas das estratégias para proteger os direitos humanos e promover a democracia e o Estado de Direito.

Já é lugar-comum entre os estudiosos desse tema, a dificuldade em defini-lo de forma generalizada, ou que implique alguma precisão intelectual. Ao invés de se empenhar em dar uma definição

[169] Edwin Rekosh, Trad. Regina de Barros Carvalho e Jonathan Morris. Este artigo é uma versão revista e ligeiramente ampliada de uma palestra realizada na Universidade Européia, em Budapeste, em 22.11.2000. © 2005. http://www.surjournal.org/conteudos/artigo.php?mt=26 Acesso 25.11.05, às 20.37h.

universal, pensou ser mais útil examinar as múltiplas camadas de significados presentes nessa expressão.

Explora três concepções distintas de "interesse público" e de "direito de interesse público": a concepção social, a substantiva e a processual.

Primeira concepção, a social, diz respeito ao aspecto social do direito de interesse público. A idéia de "direito de interesse público" originou-se nos Estados Unidos. Uma das primeiras pessoas a articular o fundamento conceitual do direito de interesse público, muitos anos antes de tal noção ser amplamente adotada, foi o advogado e mais tarde juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, Louis Brandeis.[170] Em uma célebre palestra na *Harvard Ethical Society*, em 1905, ele afirmou: "*Em vez de manter uma posição de independência entre os ricos e o povo, preparados para refrear excessos de ambos os lados, inúmeros advogados competentes consentiram em subordinar-se às grandes corporações, negligenciando sua obrigação de usar seus poderes para proteger a população*". Afirmou ainda: "*A grande oportunidade dos advogados americanos é, e será, erguer-se novamente, como fizeram no passado, prontos para proteger também os interesses do povo*". Muitos bacharéis em direito americanos passaram na década de 70, a se auto-identificar "advogados do interesse público", para diferenciarem-se daqueles que se "subordinavam às grandes corporações". Atribuíam-se o papel de representantes dos interesses dos pobres e demais sub-representados na sociedade, em parte para equilibrar a desproporcional influência de interesses economicamente poderosos.

[170] L. Brandeis, "The *Opportunity* in the Law", American Law Review, v. 39, pp. 55-63, 1905, *apud* Edwin Rekosh.

No entanto, embora alguns advogados pratiquem o direito de interesse público, não existe um corpo de leis de interesse público que eles aplicam. Nos Estados Unidos, a expressão não foi adotada para descrever um campo específico do direito, mas para identificar quem estava sendo representado por aqueles advogados. Em vez de defender interesses econômicos dos poderosos, haviam optado por advogar em defesa do "povo" – nas palavras do juiz Brandeis. Isso não significa que todos os advogados de interesse público nos Estados Unidos se vêem como defensores dos pobres. O campo do direito de interesse público americano abarca uma multidão de objetivos: direitos civis, liberdades civis, direitos do consumidor, proteção ambiental e assim por diante. Mas, em sua origem, esse campo está mais diretamente ligado à idéia de contrabalançar a influência dos interesses econômicos poderosos no sistema jurídico; independentemente de seus objetivos, os advogados de interesse público americanos continuam a ser inspirados pela ética do "lutar pelo joão-ninguém". Chamou-se isso de concepção social do direito de interesse público.

Uma segunda concepção do direito de interesse público pode ser pensada como substantiva. *"O que é exatamente o 'interesse público'* protegido por esses advogados, e quais são suas implicações substantivas, doutrinárias?". Mesmo sem haver um código de leis de interesse público, há inúmeras referências ao "interesse público" na legislação e na jurisprudência. Buscando a definição do termo, partiu para os dicionários de direito, e em alguns encontrou clara indicação de que a noção de "interesse público" possui implicações doutrinárias. No respeitado dicionário jurídico *Black,* interesse público é: *"(1) O bem-estar geral do público que assegura reconhecimento e proteção; e (2) Algo em que o público como um todo possui interesse; em especial um interesse que justifique a regulamentação por parte do governo".*[171]

[171] Bryan A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary*, ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, *apud* Edwin Rekosh.

Uma definição mais tautológica seria dizer que o interesse público consiste no interesse legal do público.

No *Barron*[172], encontrou que interesse público é "*aquilo que representa o melhor para a sociedade como um todo",* mas acrescenta tratar-se de "*uma determinação subjetiva por parte de um indivíduo, como um juiz ou um governador, ou de um grupo, como uma [...] legislação referente ao que é para o bem geral de todo o povo*".

A terceira concepção de direito de interesse público, talvez a que melhor se articula com a noção processual de esfera pública, conceito estreitamente associado a Jürgen Habermas[173], que afirma:

> *"A sociedade civil é composta por associações, organizações e movimentos que emergem mais ou menos espontaneamente e que, sintonizados com a ressonância dos problemas de âmbito social nas esferas da vida privada, selecionam tais reações e as transmitem, de maneira ampliada, para a esfera pública. O núcleo da sociedade civil compreende uma rede de associações que institucionalizam discursos de resolução de problemas de interesse geral no quadro das esferas públicas organizadas".*

Para Habermas, um fórum aberto ao debate que ele rotula como esfera pública, constitui o elemento crítico da democracia. A relação que Edwin Rekosh traça entre o pensamento de Habermas e o direito de interesse público, tem seu ponto forte em uma observadora - Hannah Arendt[174], que pouco depois de se mudar para Nova York, em 1946, escreveu em carta à Karl Jaspers, um de seus mentores: "as pessoas aqui se sentem responsáveis pela vida pública de um modo

---

[172] Steven H. Gifis, *Law Dictionary*, 4.ed., Nova York: Barron's Educational Services, 1996, *apud* Edwin Rekosh.

[173] Habermas, *Between Facts and Norms*: *Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy,* Trad. William Rehng, Cambridge: MIT Press, 1989, p. 27, *apud* Edwin Rekosh.

[174] Lotte Kohler & Han Saner (eds.), Hannah Arendt/Karl Jaspers: Correspondence, Nova York: Harcourt Brace & Company, 1992, p. 30, *apud* Edwin Rekosh.

como jamais vi em um país europeu". Para exemplificar o motivo de sua generalização, Arendt citou a tempestade de protestos, que se seguiu à detenção em campos de concentração de americanos descendentes de japoneses, durante a Segunda Guerra Mundial. Relatando uma experiência pessoal, ela escreveu na carta:

> *"Eu visitei na época uma família americana na Nova Inglaterra. Eram pessoas absolutamente comuns – o que se chamaria de "pequena burguesia" na Alemanha – e, tenho certeza, nunca tinham visto um japonês na vida. Como fiquei sabendo depois, eles e muitos de seus amigos escreveram imediata e espontaneamente a seu representante no Congresso, insistindo nos direitos constitucionais de todos os americanos, independente de sua ascendência, e declarando que, se algo daquele gênero podia ocorrer, eles mesmos já não se sentiam mais seguros (essas pessoas eram de ascendência anglo-saxã, suas famílias moravam no país há várias gerações etc.)."*

Rekosh observou, na sua ida à Hungria, que a grande diferença, em relação aos conceitos liberais, que compõem o direito de interesse público gira em torno da noção de esfera pública. Não havia espaço na teoria jurídica socialista para vozes alternativas, competindo por serem ouvidas no processo discursivo imaginado por Habermas. Os limites da consideração aos interesses públicos em geral eram definidos pela cúpula, em um processo não-democrático, e implementados de maneira hierárquica rigorosa pelas autoridades executivas e, nos tribunais, pela toda-poderosa procuradoria. O interesse do Estado equivale ao interesse público, e literalmente inexiste um vocabulário que distinga os interesses públicos daqueles do Estado, nos idiomas nacionais correspondentes. Quando não existe um código de leis, os operadores do direito e os tribunais exercem a contribuição necessária.

Em uma sociedade liberal quem define o interesse público talvez sejam: os próprios cidadãos/indivíduos, como participantes da definição do que é - e do que não é - de interesse público, sendo o interesse público elaborado no debate resultante de valores e opiniões.

Entende que a questão é: não é preciso preocupar-se tanto com o que é o interesse público, mas sim com quem consegue participar de sua definição e mediante quais meios, com o qual compactua-se.

Ainda não clarificado o conceito, prossegue-se na pesquisa.

Consultando a Enciclopédia do Advogado[175], quanto à definição ou conceito de interesse público, depara-se com a explicação de que "não é fácil definir o que seja". *"É uma noção que varia de acordo com a mentalidade de cada época. Interesse geral. Interesse que pode ter solução satisfatória geral. Interesse que não pode ter solução satisfatória através de iniciativa privada. Tudo o que diz respeito ao bem comum. Direitos e garantias individuais. Toda decisão que pode repercutir na vida de milhões de pessoas que não tomaram parte na discussão..."*

Em De Plácido e Silva[176], está assim exposto: "Interesse público. Ao contrário do particular, é o que assenta em fato ou direito de proveito coletivo ou geral".

A atual Lei de Imprensa utiliza o recurso do "interesse público" para a solução do conflito entre os direitos, ora em análise (art. 27, incs. III, IV e V). Porém, não o conceitua.

No Projeto de Lei 3.232, de 1992, que dispõe sobre a liberdade de imprensa, de opinião e de informação, elaborado para adequar a antiga (Lei 5.250/67) à Constituição de 1988 e institutos mais atuais, estipula no seu art. 26 a prevalência do interesse público

---

[175] Leib Soibelman, *Enciclopédia do Advogado*, 1996, p. 200.

[176] De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, vol. II, p. 850.

na liberdade de informação e os direitos de personalidade. Mas, não define o que seja. Eis a redação:

> *Art. 26. Os conflitos entre a liberdade de informação e os direitos de personalidade, entre eles os relativos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, serão resolvidos em favor do interesse público visado pela informação.*

Afinal, o que é interesse público?

Pode-se concluir que interesse público é o interesse que, em determinada sociedade, gera reflexo, repercutindo em todos, ou na maioria, direta ou indiretamente, traduzindo as necessidades gerais deste povo, em prol de seu bem-viver, variando conforme os valores da sociedade e cultura da região. Não tem solução posta em lei, mas sim na situação concreta. Tem como componentes intrínsecos ao seu conceito: a finalidade social e o bem comum.

Como o tema tratado no presente estudo é a liberdade de expressão e o direito à privacidade, as informações, notícias, fatos, podem envolver um leque vasto de interesses: política (eleições, administração pública, etc.), economia, sociedade, polícia, educação, esporte, viagem, curiosidades, etc.

Tem-se, também, o interesse do público, interesse em temas com reflexo na sociedade em geral, mas sem relação com a *res* pública (curiosidade pública, fofoca etc.).

Mas notícia de interesse público não se confunde com notícia de interesse do público. O público tem o direito de ser informado sobre quase tudo, e a sociedade, preferencialmente, dá mandato, aos veículos de comunicação, para agirem em seu nome, a fim de descobrirem fatos, curiosidades, investigarem autoridades, pessoas

famosas etc., para informá-los. A diferença é que a curiosidade do público, não necessariamente precisa ter limites, agora, os veículos de comunicação devem ter, inclusive, ter ética no que divulgam.

O jornalista Otávio Frias Filho[177] distingue curiosidade de informação autêntica (interesse do público e interesse público). Interesse público compreende os assuntos que dizem respeito à comunidade, seus problemas, seus valores, seu futuro; interesse do público, embora a forma de se expressar seja coletiva, não passa de mexerico, bisbilhotice.

Esclarece-se que não houve a pretensão em esgotar o assunto, apenas tentar delimitá-lo, para não esvaziá-lo.

5.2. Opinião pública

O conceito de opinião pública surgiu na filosofia, mais de dez anos antes da Revolução Francesa. Rousseau[178] (1712-1776) foi o primeiro autor a falar em *opinion publique*, em seu famoso discurso sobre a arte e a ciência, utilizando-a como contraponto entre opinião e crítica, fixada durante o século XVII, na França, como sinônimo de opinião coletiva incerta. Na Alemanha, a expressão 'opinião pública' aparece no século XVIII, com origem francesa; na Inglaterra, passa pela noção de interesse público. O conceito foi evoluindo, e perfazendo a união dos dois vocábulos em uma única expressão, consolidando-se nos séculos XVIII e XIX.[179]

---

[177] Folha de São Paulo, de 05.10.1997, Otávio Frias Filho, a respeito da morte de Diana, Cad. 8, p. 5. *apud* Gilberto Haddad Jabur, *Liberdade de pensamento e o direito à vida privada*, p. 340.

[178] Paulo Ferreira da Cunha, *Teoria da Constituição,* tomo II, p.23/24; Edilsom P. Farias, *Liberdade de expressão e comunicação*, p. 122.

[179] Vincent Price, *La opinion pública: esfera publica y comunicación.* Barcelona: Paidós, 1994, p. 27-28, *apud* Edilsom P. Farias, op.cit., p. 123.

Na construção da opinião pública, os líderes de opinião têm papel de relevância, pois a comunicação autônoma dos meios de comunicação de massa não substitui a comunicação pessoal. A esfera pública, categoria central das sociedades atuais, há um século está em crise, gerando um abismo entre o conceito de opinião pública (direito público) e a descaracterização desse conceito no campo da psicologia social (Habermas).

Dúvida existe quanto à autonomia da opinião pública em face do grande avanço dos meios de comunicação de massa, pois estes utilizam-se de meios que favorecem a manipulação ou a deformação da opinião pública. Opinião pública difere de pesquisa de opinião, sendo esta uma manifestação privada e realizada uma a uma, enquanto aquela se caracteriza pelo ato de haver debates públicos, tentando chegar-se a um consenso. Para Hegel, opinião pública é a expressão universal empírica dos pontos de vista e dos pensamentos de muitos. Pluralidade de opiniões na coletividade. As sociedades contemporâneas são policulturais, assim, a opinião pública pode estar contida nas opiniões de grupos étnicos, culturais; nas classes sociais, nos partidos políticos, nas organizações não-governamentais.

Manipulação da opinião pública pelos meios de comunicação de massa contempla aspectos positivos e negativos.[180] Aspectos positivos: contribui para socialização política dos cidadãos, favorece mudanças na estrutura tradicional, através de discussões políticas em sentido amplo, muito importante em países de terceiro mundo, que se encontram em fase de transição. Aspectos negativos: uniformiza consciências, linguagens, costumes e, através de intensa publicidade, resulta num individualismo conformista e conservador,

[180] Aspectos positivos: Jorge de Esteban, *Por una comunicacion democrática.* Valencia: Fernando Torres Editor, 1976, p. 81-82; Aspectos negativos: Jean-Jacques Becker. *A opinião pública*, p. 190-218. *apud* René Rémond *(org.), Por uma história política.*

prejudicial à solidariedade social; divulgam informações falsas, a fim de provocar, superficialmente, a reação da opinião pública.

Os veículos de comunicação prestam importante e relevante função social e cultural, aí se encontrando a garantia pleiteada pelos liberais clássicos, quando batalhavam para a liberdade ampla para os meios de comunicação. Dentre os veículos que compõem a infra-estrutura da comunicação pública, tem-se a imprensa, o rádio, a televisão, o cinema, sendo que o primeiro meio de comunicação social foi a imprensa. Hoje em dia, com as inovações tecnológicas, houve a proliferação de veículos: televídeo, videoconferência, audiotexto, videotexto, internet, multimídia etc.

A opinião pública tornou-se mais importante nas sociedades de massa, podendo ser entendida como o senso comum da coletividade, isto é, compartilhada por todos.

Há que estar ciente e consciente de que: quanto mais instruída e culta for a população, menos manipulada será pelos veículos de comunicação. Saberá discernir e entender quando está sendo ator (atuando ativamente) e quando está sendo espectador (reação passiva) dos fatos e acontecimentos.

CAPÍTULO 6. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO E PRIVACIDADE

6.1. Colisão entre direitos fundamentais

Devido à evolução das relações entre Estado e indivíduo, necessário se fez o estabelecimento de regras para garantia do respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. Após anos de ditadura e cerceamento de direitos e liberdades individuais, o movimento de redemocratização que se seguiu conduziu o Brasil à atual Constituição. Mas, mesmo sendo a atual Constituição um instrumento de garantias aos indivíduos contra os arbítrios e abusos, é impossível garantir proteção irrestrita a todos os direitos nela constantes, pois alguns destes, limitam-se reciprocamente. Nenhum direito ou garantia tem natureza absoluta. A limitação no âmbito de proteção desses direitos pode dar-se por outro direito, ou por valores coletivos da sociedade. Quando duas pessoas, titulares de dois ou mais direitos fundamentais, no exercício desses direitos, os mesmos se confrontarem, está-se diante de uma colisão, que acarretará um certo limite a um deles.

Encontram-se na doutrina alienígena, diversas teorias sobre a limitação aos direitos fundamentais. Ignácio de Otto y Pardo[181], tomando por base decisões da Corte Constitucional da Espanha, influenciada pela doutrina alemã, afirma existir majoritariamente dois princípios. O primeiro, quando a Constituição habilita o legislador a limitar um direito fundamental, deve-se entender que não o faz somente para proteger o bem em foco, mas, também, para impor outras limitações, desde que justificadas pela proteção aos demais direitos fundamentais e dos bens reconhecidos pela Constituição. O

[181] L. Martin-Retortillo e I. de Otto y Pardo, Derechos fundamentales y constitución, Madrid: Civitas, 1998 apud L.G.G.C.Carvalho, Liberdade de Informação e o Direito difuso à informação verdadeira, p. 40.

segundo, disciplina que apesar de certos direitos fundamentais não terem qualquer reserva de lei, isto é, sem previsão constitucional de limitação, são também limitáveis, desde que o justifique a necessidade de preservar outros bens constitucionalmente reconhecidos.

Por estes dois princípios, decorrentes da Sentença 11/1981, a Corte acolheu a teoria dos limites imanentes aos direitos fundamentais. O método é a ponderação de bens, que pretende resolver em que medida deve ceder um direito fundamental ao colidir com outro ou com outro bem constitucionalmente reconhecido.

Embora concordando com a jurisprudência espanhola, o autor critica o recurso da ponderação de bens, pois entende que não é uma questão de analisar os direitos em conflito e decidir qual é o mais valioso. Isso seria abandonar o terreno das reservas legais e adentrar em um terreno sem qualquer critério. Entende que a ponderação de bens não é o método para estabelecer qual o bem mais valioso, mas para estabelecer se a restrição ao direito fundamental, em razão de um bem constitucional, é adequada, se sua constitucionalidade se traduz em autorização legal, para limitar o direito fundamental. Sugere que sejam abandonadas as controvérsias doutrinárias, para buscar limitação na Constituição, isto é, na exata interpretação desta. Sustenta que existe um espaço entre a definição abstrata do direito e a construção dogmática ou predeterminação conceitual. Esse espaço é a liberdade que tem o legislador ordinário para graduar a proteção de condutas, que, em princípio, caberiam na definição abstrata, ou para poder excluí-las.

A Corte espanhola decidiu na Sentença 62/1982, que a moral pública deve ser reconhecida como um limite à liberdade de manifestação de pensamento, apesar de não estar prevista no texto

constitucional como elemento de limite daquele direito fundamental[182], e ainda, na Sentença 120/1983, não de forma majoritária, que a liberdade de imprensa deve atender não só aos limites expressos na Constituição, mas a determinadas pautas de comportamento previstas no art. 7º do Código Civil espanhol, dentre as quais está a exigência da boa-fé, agasalhando, desta forma, legislação infraconstitucional para limitar o direito fundamental em estudo.

Art. 20 da Constituição Espanhola:

> *Art. 20: 1. São reconhecidos e protegidos os direitos: a) de expressar e difundir livremente o pensamento e as idéias 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.*
> *2. O exercício destes direitos não pode ser restringido mediante qualquer tipo de censura prévia.*
> *3. As liberdades enunciadas no presente artigo têm como limite respeito dos direitos reconhecidos neste título, os preceitos das leis que o desenvolvem e, especialmente, o direito à honra, à intimidade à imagem e à proteção da juventude e da infância.*

A doutrina e jurisprudência alemã entendem ser possível limitar um direito fundamental (liberdade de opinião) por uma lei geral (moral pública). O Tribunal Constitucional da Alemanha exerceu grande influência sobre o método da ponderação de bens. Constituiu, ao longo dos tempos uma série de regras, a fim de atenuar as críticas quanto à subjetividade do julgador, ou a despositivação do sistema, supostamente provocadas pelo método da ponderação de bens. O Tribunal assentou três princípios para utilização desse recurso: da

[182] Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 108 e na p.114 o autor discorda das decisões mencionadas, p. 587 *apud* L.G.G.C. Carvalho, *Liberdade de Informação e o Direito difuso à informação verdadeira,* p. 43 e 45.

proporcionalidade, do meio mais idôneo, ou da menor restrição possível e da adequação entre o meio escolhido e o fim pretendido.

Para defender o método, Karl Larenz afirma que: "a ponderação de bens não é simplesmente matéria do sentimento jurídico, é um processo racional que não há-de-fazer-se, em absoluto, unilateralmente, mas que, pelo menos até certo grau, segue princípios identificáveis e, nessa medida, é também comprovável".

Há que se admitir que existem limites imanentes implícitos nos direitos fundamentais, e que, quando alguns tentam impor limites a esses direitos, especialmente à liberdade de informação, trava-se uma verdadeira batalha doutrinária.

6.2. Liberdade de expressão e comunicação e direito à privacidade: colisão

Já foram abordados os direitos fundamentais à liberdade de expressão e comunicação, e os direitos à privacidade (intimidade, vida privada, honra e imagem), igualmente fundamentais. Há, entre esses dois direitos, uma relação intrinsecamente conflitual, pois, embora exista uma esfera na qual a pessoa pode agir e representar-se com plena autonomia, sem qualquer intromissão, existe, também, outra esfera, a social, atributo do homem, pelo simples fato dele viver numa sociedade e não ser considerado um ser isolado. Um simples olhar na Constituição demonstra uma tensão normativa entre valores e bens jurídicos contrapondo-se, no que tange aos direitos ora em comento.

Constatou-se, no decorrer do presente estudo que não existe direito algum, nem fundamental, que possa ser considerado absoluto. Considerando que os direitos acima citados têm uma relação tão próxima, às vezes colidem, havendo a necessidade de resolver o

conflito, ou tentar estabelecer 'limites', pois não há prevalência de um ou de outro. É necessário verificar quando há colisão desses dois direitos fundamentais, se existe alguma regra, ou parâmetro para solucionar a questão.

Quando se depara, de um lado, com a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (CF/88, art. 5º, inc. IX) e, de outro lado, com o direito à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem das pessoas (CF/88, art. 5º, inc. X), surge um problema a ser resolvido: qual o direito que deve prevalecer? Por ser vedada a oposição, no sistema jurídico constitucional brasileiro, somente um deles será declarado válido.

Em caso de colisão, no que tange ao direito interno, poder-se-ia, a princípio, pensar nos seguintes critérios: a) hierárquico (lei superior revoga a inferior); b) cronológico (lei posterior revoga a anterior); e c) da especialidade (lei especial revoga a geral). Mas, não há hierarquia entre as diversas normas constitucionais e o sistema jurídico é um todo harmônico, assim, o conflito é apenas aparente.

Não há conflito, no plano normativo, entre as normas que garantem o direito à liberdade de expressão e comunicação e o direito à privacidade. Mas, no plano fático, a incidência delas sobre uma determinada situação, pode gerar uma colisão real entre esses direitos. Canotilho[183] distingue concorrência de direitos fundamentais (cruzamento ou acúmulo de direitos) e colisão de direitos fundamentais (choque, autêntico conflito). Exemplo: 1) concorrência: quando um comportamento do mesmo titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais (publicação literária põe em contato o direito à liberdade de imprensa e o direito à manifestação do

[183] Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, p.189.

pensamento); 2) colisão: quando o exercício de um direito fundamental, por parte de seu titular, colide com o exercício do direito fundamental, por parte de outro titular.

Materializada a hipótese de incidência, e pelo acima exposto, vê-se, de imediato, que nenhum desses critérios é viável, no caso de colisão entre dois direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos. Parte-se, então, para os princípios gerais que norteiam o sistema, cabendo ao intérprete analisar o caso concreto, conforme suas variáveis fáticas. Desta forma, as regras que nortearão a resolução do conflito devem estar construídas com base na hamonização de direitos e na prevalência de um bem em relação a outro.

No Estado Democrático de Direito, os veículos de comunicação precisam ser livres, independentes e imparciais, para cumprir sua função, assim, fica afastada qualquer censura prévia, do Legislativo ou do Judiciário. Sendo garantida a proteção à privacidade (intimidade, vida privada, honra e imagem) de todas as pessoas, físicas ou jurídicas, respeitando-se dois princípios fundamentais consagrados na Carta Magna: dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, inc. III), considerada núcleo dos direitos fundamentais, e prevalência dos direitos humanos (CF/88, art. 4º, inc. II).

A relativização desses direitos fundamentais faz com que o julgador tenha de analisar caso a caso. As circunstâncias particulares, dificilmente se repetem. Doutrina e jurisprudência tem se empenhado em fornecer critérios da hermenêutica, a fim de conduzirem racionalmente essa colisão. Para a solução deste conflito, devem ser levados em conta os seguintes fatores: a) o jornalista não pode estar movido por sentimentos de despeito, ânimo ou ciúme; b) exige-se do profissional a revelação de fatos importantes num certo momento e não

a utilização do material, de modo oportunista; e c) a relevância social da informação.

É válido supor que por envolver direitos da mesma ordem de grandeza, o problema deverá ser solucionado sob duas óticas distintas: ou pela positivação em normas ou estabelecidos em princípios. Há que existir solução que permita resolver a colisão, sem invalidar nenhum princípio, haja vista, serem os direitos e garantias fundamentais o que há de mais substancial em um ordenamento jurídico.

6.3. Princípio da proporcionalidade: solução

O princípio da proporcionalidade foi consagrado como uma evolução do princípio da legalidade, embora no início estive ligado somente às penas. Beccaria[184], por volta de 1765, já afirmava em sua obra "Dos delitos e das penas", que as penas devem ser proporcionais aos delitos: "*O interesse geral não se funda apenas em que sejam praticados poucos crimes, porém ainda que os crimes mais prejudicias à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para obstar os crimes, devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente. Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos".*

A partir dos Estados modernos ocorreu sua sedimentação e migração para o direito constitucional. No sistema jurídico do *commom law*, pode ser equiparado ao princípio da razoabilidade, enquanto na Europa Continental, recebeu o nome de princípio da proporcionalidade. No direito alemão é conhecido, também, como o

[184] Beccaria, *Dos delitos e das penas,* p. 61-63.

princípio da proibição do excesso, aferindo a compatibilidade entre meios e fins, de forma a evitar restrições desnecessárias ou abusivas em face dos direitos fundamentais.

Passa-se a analisar entendimentos de doutrinadores quanto a normas, princípios e regras. E qual a relação com o tema ora abordado.

Conforme Canotilho[185], a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios, sendo ambos, espécies do gênero normas, e havendo uma diferença qualitativa entre elas que pode ser traduzida a partir dos seguintes aspectos: a) Os princípios, enquanto normas jurídicas impositivas de uma otimização, são compatíveis com vários graus de concretização, de acordo com as condições fáticas e jurídicas; as regras, por sua vez, prescrevem imperativamente uma exigência (impõe, permitem ou proíbem), que é ou não cumprida; b) Por se constituírem em "exigências de otimização", os princípios permitem o balanceamento de valores e interesses, de acordo com seu "peso" e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes (não obedecem, assim, a lógica do "tudo ou nada"); as regras, ao contrário, não deixam espaço para uma solução diversa, pois, devendo ser cumpridas na exata medida de suas prescrições, valem ou não; c) Havendo um conflito entre princípios, eles podem ser ponderados, harmonizados, já que contêm apenas "exigências" ou *"standars"* que devem ser realizados; já as regras contêm "fixações normativas" definitivas, não podendo ser conferida validade simultânea a regras contraditórias; e d) os princípios suscitam problemas relativos à sua validade e peso (importância, ponderação); as regras geram apenas problemas de validade (não sendo corretas, devem ser alteradas).

[185] Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição,* p. 166-167.

Robert Alexy[186] divide as normas jurídicas em duas categorias: as regras e os princípios, baseando-se na sua estrutura e forma de aplicação. Regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção; princípios expressam deveres, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes, são mandamentos de otimização. No que tange a princípios, ensina: *"Quando dois princípios entram em colisão – tal como é o caso, quando, segundo um princípio, algo está proibido e, segundo outro princípio, está permitido - um dos princípios tem que ceder ante o outro. Mas, isto não significa declarar inválido o princípio desprezado, nem que no princípio desprezado haja que ser incluída uma cláusula de exceção. O que sucede, mais exatamente, e que, sob certas circunstâncias um dos princípios precede o outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isto é que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos, os princípios têm diferente peso e que prevalece aquele com maior peso. Os conflitos de regras resolvem-se na dimensão da validade; a colisão de princípios – como somente podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar mais além da dimensão da validade, na dimensão do peso".*

Para Willis Santiago Guerra Filho[187], a ordem jurídica se mostra um entrelaçado de regras e princípios. No que tange aos princípios: *"A decisão tomada, em tais casos, sempre irá privilegiar um (ou alguns) dos princípios, em detrimento de outro(s), embora todos eles se mantenham íntegros em sua validade e apenas diminuídos, circunstancial e pontualmente, em sua eficácia".*

---

[186] Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, Tradução: Garzón Valdés, Ernesto. Centro de Estúdios Constitucionales, p. 89.

[187] Willis Santiago Guerra Filho, *Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade.* RT 719:57-63.

As regras que regularão o conflito devem considerar a harmonização de direitos e prevalência de um bem em relação a outro, precedência esta que somente poderá ser determinada no caso concreto.

Na prática jurídica brasileira[188] quando se fala em princípio da proporcionalidade, o termo "princípio" é empregado com o significado de "disposição constitucional". Não tem o mesmo significado de princípio na distinção entre regras e princípios, na acepção da teoria de Alexy.

O princípio da proporcionalidade, tanto na doutrina lusitana quanto na brasileira, cuja influência é inegavelmente do conhecimento jurídico produzido na Alemanha, é formado por três elementos ou subprincípios: a) da adequação; b) da necessidade ou exigibilidade; c) da proporcionalidade em sentido estrito.[189] Willis Santiago Guerra Filho, sintetiza: *"Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens".*[190]

Ao citar o princípio da proporcionalidade e a relatividade dos direitos fundamentais, a função primária do princípio da proporcionalidade é a de preservar direitos fundamentais. Direitos estes, que, dada a carga axiológica neles inserida, vivem em uma tensão permanente, limitando-se reciprocamente. As normas constitucionais, sobretudo as definidoras de direitos fundamentais,

---

[188] Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 450, *apud* Luís Virgílio Afonso da Silva, *O proporcional e o razoável.* RT 798:23-50.

[189] Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 219; Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade*, p. 77.

[190] Willis Santiago Guerra Filho, *Ensaios de teoria constitucional*, 1989, p. 75, *apud* Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 220.

muitas vezes parecem conflitantes e até antagônicas. Com efeito, à primeira vista, podem parecer inconciliáveis o direito fundamental à liberdade de expressão e comunicação e o direito à privacidade.

Se a liberdade à informação for de relevante interesse público, social e histórico, o direito à vida privada deve ser afastado em detrimento desses interesses.

Para E. Farias[191], os parâmetros mais freqüentes para a solução do conflito entre direitos personalíssimos e liberdade de expressão e comunicação são três: a) princípio da concordância prática ou da harmonização: deve-se compatibilizar e harmonizar os direitos colidentes de maneira que se consiga, atendidas as circunstâncias concretas, a realização simultânea de todos em grau ótimo; b) princípio do núcleo essencial: em nenhum caso, as restrições dos direitos podem afetar o seu núcleo essencial, de modo a torná-lo descaracterizado e irreconhecível; e c) regra da proporcionalidade: deve haver proporcionalidade entre a restrição e o bem jurídico que se protege. Esses critérios, na prática, têm refletido, em certa preferência valorativa abstrata, a favor da expressão e comunicação.

Entende-se que há que observar-se três requisitos: 1) o da relevância social da informação ou da opinião envolvendo pessoas e assuntos públicos (transcendência social da notícia e do juízo de valor), podendo ser considerados a notoriedade e caráter público das pessoas a que se referem: políticos, desportistas, artistas etc., 2) o conteúdo da informação, referente à veracidade da informação difundida, isto é, antes da divulgação, o comunicador realizou uma verificação das fontes (verdade putativa); e 3) a continência ou adequação das expressões utilizadas na manifestação do pensamento e na divulgação do fato

[191] Edilsom P. Farias, *Liberdade de expressão e comunicação*, p. 252.

noticiado, evitando-se tom pejorativo, que em nada contribuem para o exercício da liberdade de expressão e comunicação.

Os órgãos jurisdicionais, ao julgarem os casos concretos levados até eles, podem definir restrições, ao tentarem conciliar o *jus narrandi* com os direitos fundamentais dos cidadãos ou com os interesses superiores da coletividade. Haja vista não existir legislação, especialmente nas leis processuais, respeitando o direito dos meios de comunicação de massa de divulgarem os atos processuais ou de reproduzirem os seus termos (crônica judiciária).

Podem, assim, restringir a transmissão ao vivo, pela televisão, de audiências e outros atos processuais, para proteção do direito à privacidade, bem como para resguardar a integridade e imparcialidade do Poder Judiciário. Exs. Casos de julgamento que ocorrem no Tribunal do Júri.

TJSP confirmou decisão que concedeu, em sede de liminar, bloqueio dos serviços telefônicos de disque-sexo, por considerá-lo ofensivo ao direito dos jovens à educação, à dignidade e ao respeito (MS 22.738-0, Rel. Ney Almada, v.u., 20.10.94).

O art. 26 do Projeto da nova Lei de Imprensa, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, com base no substitutivo preparado pelo Deputado Vilmar Rocha, prevê que os conflitos entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade serão resolvidos em favor do interesse público visado pela informação. Mas, não conceitua o que é interesse público, donde se conclui que a solução da colisão desses direitos deve ser examinada em cada caso concreto, levando-se em conta as particularidades do caso e o princípio da proporcionalidade.

CAPÍTULO 7. DANO MORAL

7.1. Limite entre a liberdade de expressão e comunicação e a privacidade

Um dos temas que mais têm despertado a atenção na seara jurídica é a questão dos danos morais, decorrentes de notícias divulgadas através dos meios de comunicação. Com a consolidação do processo democrático no País, a liberdade de expressão e comunicação passou a ocupar importantíssimo papel no cenário brasileiro. Compete aos veículos de comunicação, através de seus profissionais, narrar os fatos do presente e projetar luzes quanto a incerteza do futuro.

Toda pessoa tem o direito à informação, conforme a atual Constituição Brasileira, art. 5º, inc. XIV, direito de ser informada sobre o que está acontecendo, para que possa fazer suas escolhas, possa opinar, decidir seu futuro, ou o futuro do país; enfim, contribuir, de alguma forma, para uma sociedade melhor e, conseqüentemente, um mundo melhor, mais consciente, mais esclarecido. Conhecendo os fatos, pode livremente optar pelo que considera mais adequado à sua pessoa, conforme suas ideologias, seus valores, suas convicções, suas necessidades etc. As informações devem abranger todas as áreas do conhecimento, pois todas têm sua importância, assim, nesse contexto, pode-se falar em notícias referentes à política, às apenas informativas, às sociais, às culturais, às educacionais, às relativas a entretenimento, lazer, esporte etc. Com o advento da internet e o grande avanço das telecomunicações, a importância da informação tomou uma dimensão ainda maior. Hoje, faz todo o sentido falar em globalização e não mais em territórios. A pessoa tem condição e, querendo-o de saber tudo o que acontece no mundo, no exato momento em que acontece.

Mas, a liberdade de expressão e comunicação mesmo sendo ampla, não é irrestrita. O seu primeiro limite está no art. 220, § 1º, da Constituição, que mesmo ratificando a amplitude dessa liberdade, estipula que sejam observadas as disposições de alguns incisos do art. 5º, incluindo o da inviolabilidade da privacidade (intimidade, vida privada, honra e imagem); assim como no art. 221, impõe que a produção e programação das emissoras de rádio e de televisão, deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família (inc. IV).

Desta forma, aqueles que se sentirem ofendidos pela divulgação de fatos, notícias ou acontecimentos, através dos veículos de comunicação, têm o direito constitucional de pleitear danos morais, materiais e à imagem, bem como de buscar o direito de resposta. Os danos moral, material e à imagem, estão consagrados na CF/88, art. 5º, incs. V e X. É interessante notar que a Constituição expressou a reparabilidade de três hipóteses de dano, material, moral e à imagem, podendo parecer, a princípio que pretendeu separar o dano moral do dano à imagem. Entretanto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho[192], comentando o art. 5º, incs. V e X, esclarece que "o texto em estudo parece distinguir entre dano moral e dano à imagem. Entretanto, o dano à imagem, isto é, a perda da estima pública, é, obviamente, uma espécie de dano moral, talvez a principal de todas". E, acrescenta sobre honra e imagem que: "A honra é o respeito devido a cada um pela comunidade. Assim, o direito da inviolabilidade da honra se traduz na proibição de manifestações ou alusões que tendam a privar o indivíduo desse valor. A honra veste a imagem de um indivíduo determinado. Esta, a imagem é, antes, a visão social a respeito de um indivíduo determinado".

[192] Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, V. 1, p. 32 e 35.

A interação entre dano moral, direito à liberdade de expressão e comunicação e direito da personalidade é muito estreita. A inserção constitucional dos direitos da personalidade e do dano moral consagra a evolução desses dois institutos. Dano moral, liberdade de expressão e comunicação e direito da personalidade, todos possuem natureza não patrimonial. A reparabilidade decorre de ato ilícito, assim entendido aquele praticado por terceiro que venha refletir danosamente sobre o patrimônio da vítima ou sobre o aspecto peculiar da pessoa como ser moral. Não restando dúvida de que existe a obrigação de indenizar o dano moral, aquele ocorrido na esfera da subjetividade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana, ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive, mesmo que sejam os danos morais puros, independentes de conseqüências patrimoniais, exigível em razão do fato.

Os direitos da personalidade sempre esbarraram na dificuldade em se encontrar um mecanismo viável de tutela jurídica, quando violados. Para os patrimonialistas, os direitos da personalidade passaram à margem da dogmática civilista. Do mesmo modo, os danos morais ressentiam-se de parâmetros materiais seguros para sua aplicação, gerando a crítica mais dura que sempre receberam, por serem deixados ao arbítrio judicial e à verificação de um fator psicológico de aferição problemática: a dor moral. Os tribunais vêm delineando situações de inversão do ônus da prova, na medida em que estabelecem presunções que a dispensam, como tem decidido o Superior Tribunal de Justiça. Porém, também há situações em que o suposto dano, entendido como causado pela divulgação da notícia, pelo autor da ação, não o seja assim entendido nos Tribunais. Ocorre quando se leva em consideração o interesse público e o caráter informativo do fato, acontecimento ou evento.

Cite-se jurisprudência, onde não se configurou o ato ilícito:

> *TJSP. Responsabilidade civil. Indenização. Dano moral. Publicação, em jornal local, de carta de deputado estadual criticando os desmandos do Executivo municipal, no trato com o desvio de verbas com 'funcionários fantasmas'. Conduta regular que apenas buscou assegurar o direito constitucional à livre manifestação do pensamento. Verba indevida. Apel. 032.224-4/6. 3ªCâm., j. 28.4.98, v.u, rel. Des, Ênio Santarelli Zuliani.* [RT 756/211]

O direito brasileiro, ao proteger a dor moral, protege o mais inalienável dos direitos, a própria vida, que vai muito além do conceito dado no sentido biológico.

José Afonso da Silva[193] ressalta que: *"A vida humana, que é o objeto do direito assegurado no caput, do art. 5º, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). [...] No conteúdo de seu conceito, se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana [...], o direito à privacidade [...], o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito da existência."* Afirma ainda, que a vida humana é um conjunto de elementos materiais, integrados com valores imateriais e morais. E a Constituição valoriza a moral, como valor ético-social da pessoa e da família, que deve ser respeitado pelos meios de comunicação social (art. 221, inc. IV). A Constituição tornou o valor moral individual indenizável (art. 5º, incs. V e X), valor este que sintetiza a honra da pessoa, a boa fama, o bom nome, a reputação, isto é, a dimensão imaterial da vida humana, sem a qual, a pessoa seria reduzida à condição de animal de pequena significação. Daí, o respeito à integridade moral do indivíduo assumir feição de direito fundamental.

[193] José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 201-204.

7.2. Origens da reparação por dano moral

As origens da reparação por dano moral surgiram na Mesopotâmia com o Código de Hamurabi[194], Rei da Babilônia, no século XVII a.C. Ainda que de forma primitiva, era garantida ao oprimido, ao mais fraco, demonstrando, desta forma, preocupação com os lesados. A reparação era exatamente equivalente à lesão, constituída da regra 'olho por olho, dente por dente'. Esse código também definia outra forma de reparação do dano, com pagamento em pecúnia, iniciando-se aí, o que hoje se denomina teoria da compensação econômica, para satisfação dos danos extrapatrimoniais. Estipulava valores e foi eficiente para sua época, mas não sobreviveu ao futuro e suas mudanças.

Na seqüência, as leis de Manu (Manu Vaivasvata), personagem indiano, muitíssimo respeitado, sendo sua obra legislativa muito importante, a qual denominou-se Código de Manu, no século XIII a.C.. Era muito religioso, considerado o pai do hinduismo (religião ainda hoje predominante na Índia), e pela sua influência religiosa e política, registra o feito de ter promovido a organização geral da sociedade. O seu Código avançou muito em relação ao Código de Hamurabi, pois retratava a reparabilidade do dano em pecúnia, contemplando valores ético-sociais, colocando, assim, fim à vingança. A atividade humana era baseada na tríade *dharma*, *artha* e *kama*. O homem é movido pelos valores do bem (*dharma)*, do útil (*artha)* e do agradável (*kama*). Também abrangia os campos comercial, civil, penal, laboral etc., apresentava formas de administração da justiça, meios de prova e formas de julgamento. Quando houvesse erro, ou condenações injustas de juízes, ou ministros, o Rei aplicava penalidades a estes.[195]

---

[194] Emanuel Bouzon, *O Código de Hamurabi*; João Casillo, *Dano à pessoa e sua indenização*, p. 30-37.

[195] Wilson de Souza Campos Batalha, *Introdução ao estudo do direito*, p. 477 a 483.

Na Grécia, seu sistema jurídico atingiu um desenvolvimento grande, graças a seus pensadores. Foi lá que pela primeira vez se ouviu falar em democracia e civilização. As leis davam proteção jurídica aos cidadãos, sendo a reparabilidade do dano pecuniária.

Em Roma havia uma profunda preocupação com a honra. Ulpiano protagonizou o direito comum a todos os seres. A partir daí, com a vinda da norma, todo e qualquer ato lesivo ao patrimônio ou à honra demandava a conseqüente reparação, por intermédio do direito escrito. No direito romano, a responsabilidade civil obedecia a seguinte divisão: A *Lei das XII Tábuas* (450 a.C.), a *Lex Aquilia* (286 a.C.) e a *Legislação Justiniana* (528/534 a.C.), que por sua vez subdividia-se em *As Institutas*, "*O Codex Justinianus*" e o "*Digesto*". As vítimas de injúria, no direito romano, utilizavam-se da ação pretoriana denominada *injuriarum aestimatoria*, pleiteando a reparação em dinheiro, que por sua vez ficava ao arbítrio do juiz, o qual deveria sopesar todas as circunstâncias e fatores para fazê-lo de forma moderada. O objetivo era separar e proteger os interesses do ofendido. O direito romano não chegou a construir uma teoria sobre a responsabilidade civil, uma vez que o pagamento devido pelo ofensor ao ofendido sempre conservou o caráter de multa, de pena pecuniária.[196]

Já no direito luso, as referências sobre o instituto do dano moral são poucas. Nas Ordenações Manuelinas, Livro III, Título 71, § 31 e, Filipinas, Livro III, Título 86, § 16, estando assim disposto:

> *"... E se o vencedor quiser haver, não somente a verdadeira estimação da causa, mas segundo a affeição que ella havia, em tal caso jurará elle sobre a dita afeição; e depois do dito juramento pode o juiz taxá-lo, e segundo a dita taxação, assim*

[196] Wilson de Souza Campos Batalha, *Introdução ao estudo do direito*, p. 493 a 500.

condenará o réu, e fará execução em seus bens, sem outra citação da parte ...".

No direito canônico, nas *arras esponsalícias*, assegurava-se a reparação dos danos e prejuízos pela ruptura da promessa de casamento. Em 1983, com o Novo Código Canônico, a indenização por danos morais ficou caracterizada com o Cân. 220:

> *Cân. 220 - a ninguém é lícito lesar ilegitimamente a boa fama de que alguém goza, nem violar o direito de cada pessoa de defender a própria intimidade.*

Na Declaração Universal dos Direitos dos Homens, proclamada em 10.12.1948, pela Organização das Nações Unidas, a honra vinha tutelada no art. 12:

> *Art. 12 - Ninguém será objeto de intromissões arbitrárias em sua vida particular, em sua família, em seu domicílio, ou em sua correspondência, nem padecerá, seja quem for, atentados à sua honra e à sua reputação".*

Verifica-se que, desde que o direito passou a ser codificado, o ressarcimento por danos morais sempre esteve presente, de uma ou de outra forma.

7.3. Dano moral no direito brasileiro

Antigamente, pelo fato de o revogado Código Civil omitir-se sobre o tema, o ofendido poderia buscar a reparação com suporte em legislação esparsa e nem sempre clara. Antes da atual Constituição, o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62) e a Lei de Imprensa (Lei 5.250/67) serviram de suporte. Esta, de 09.02.67, passou a permitir que aquele que se sentisse ofendido pudesse pleitear do ofensor a responsabilidade, tanto na esfera civil, quanto na penal, além do direito de resposta e pedido de esclarecimentos. Para o escopo

deste estudo, a responsabilidade analisada será somente a civil.

O Código Civil de 1916 (CC/16) não continha uma regra sobre dano moral. O seu art. 76 afirmava que para propor ou contestar uma ação, era necessário ter legítimo interesse econômico ou moral. Esse art. não tem correspondência no Código Civil/2002 (CC/2002). Eram utilizados, também, os arts. 1547 e 1550 do CC/16, correspondentes aos arts. 953 e 954, do CC/2002. Na exegese do art. 159, do CC/16, está o pilar da teoria da responsabilidade civil, correspondente aos arts. 186 e 187 do CC/2002, conjuntamente com o art. 927:

> ***CC/2002. Art. 927.*** *Aquele que, por ato ilícito (arts. 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 a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*
> ***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.*

A atual Constituição, art. 5º, incs. V e X, expressamente garante a indenização por dano moral, material e à imagem:

> ***CF/88. Art. 5º*** *(...)* ***V*** *- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral, material e à imagem; (...)* ***X*** *– são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização por dano material ou moral decorrente da violação.*

Uma questão, de particular questionamento, refere-se ao prazo decadencial da Lei de Imprensa, que estipula em seu art. 56 a limitação temporal de três meses da data da publicação, ou

transmissão que lhe deu causa, para a propositura da ação indenizatória por dano moral.

Ocorre que a CF/88 quando, em seu art. 5º, *caput*, estabeleceu a igualdade de todos perante a lei, e no inc. X, prescreveu a inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas, também assegurou o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, igualando os dois efeitos, sem ressalvas, revogando, implicitamente o citado prazo decadencial de três meses da Lei de Imprensa. Para Darcy A. Miranda[197] nem seria compreensível um prazo tão restrito para um dano tão grave como é o dano moral em relação ao dano material, que não tem prazo. Seria evidente cerceamento de defesa uma tal disposição, pois o indivíduo ofendido que estivesse ausente do local na data da publicação da ofensa, em viagem, e voltasse após transitados os três meses, ficaria sem defesa, marcado pela ofensa à sua honra, só podendo reclamar dano material que viesse a existir.

Posição majoritária dos tribunais brasileiros, pela não recepção do art. 56 da Lei de Imprensa e conseqüente não existência mais da limitação temporal dos três meses (prazo decadencial de três meses para ajuizar ação, com base na Lei 5.250/67):

Algumas Câmaras do TJSP mantêm esse entendimento*:*

Apel. Cível 6.609-4 SP, 7ª Câm., Rel. Benini Cabral, 18.03.98, v.u; Apel. Cível 24.940-4 SP, 5ª Câm., Rel. Rodrigues de Carvalho, 19.02.98, v.u; Apel. Cível 024.339-4 Jundiaí, 2ª Câm., Rel. Cezar Peluso, 10.03.98, v.u; Apel. Cível 57.583-4 SP, 6ª Câm., Rel. Mohamed Amaro, 11.02.99, v.u; Apel. Cível 76.884-4/SP, 10ª Câm., Rel. Quaglia Barbosa, 20.04.99, v.u.

[197] Darcy Arruda Miranda, *Comentários à Lei de Imprensa*, p. 697.

Atualmente, há entendimento que a regra são três anos, conforme CC/2002, art. 206, § 3º, inc. V, com a qual se coaduna. Porém, há quem entenda que a regra deva ser a do art. 205, do mesmo diploma legal, ou seja, dez anos.

> ***CC/2002. Art. 205****. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.*
> ***Art. 206****. Prescreve: (...) § 3º. Em três anos. (...) V. A pretensão de reparação civil.*

Na prática, o limite não ultrapassa os três anos. Na grande maioria dos processos, que envolvem os direitos examinados nesse estudo, após a pessoa tomar ciência do que foi divulgado, e se sentir ofendida, ou lesada em seu direito à privacidade, ajuíza ação imediatamente, ou semanas após a divulgação, ou, ainda, no máximo dentro do primeiro ano. Após esse prazo, constata-se que o percentual é mínimo.

Mas existem na doutrina entendimentos contrários. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery[198], em comentários ao art. 5º da CF/88, citam o acórdão do STF, de 1997, tendo como relator o Min. Marco Aurélio Mello, que decidiu recepcionar o art. 56 da Lei de imprensa pela Constituição, nos seguintes termos:

> *Imprensa. Dano moral. Decadência. "O art. 56, da L 5250/67 foi recepcionado pela CF/88, 5º, caput e inc. V, no que cuida da indenização por dano material, moral ou à imagem. A garantia constitucional norteia, é certo, a legislação ordinária. Isso não implica dizer que o exercício do direito projeta-se no tempo de forma indeterminada, podendo o titular escolher o momento propício para o ajuizamento da competente ação. A segurança jurídica reclama a previsão de prazos para a irresignação, em juízo, quanto à inobservância de um certo direito. Em detrimento da prevalência deste, potencializa a ordem jurídica em vigor a estabilidade das relações, afastando da vida gregária situações de verdadeira intranqüilidade. Daí, concluir-se, frente ao sistema da Carta Política da República, e esta dispõe sobre prescrição relativamente à demanda*

[198] Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, CPC comentado, p. 35.

visando a alcançar reconhecimento de prestação alimentícia, pela recepção do art. 41 da L 5250, de 9.2.1967, no que fixa no caput, prazo prescricional para o ajuizamento da ação penal e no § 1º, prazo decadencial para o exercício do direito de queixa ou representação. A mesma óptica serve à regra do art. 56 da citada lei, ao revelar que à ação para haver indenização por dano moral poderá ser exercida separadamente da ação para haver reparação de dano material, e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa". (STF, Ag. 18973-0/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 7.4.1997, DJU 28.4.1997, p. 15736).

7.4. Dano moral: conceito e classificação

A palavra dano deriva do latim *damnum*, que, por sua vez, provém de *demere*, que significa tirar, diminuir. Moral possui conceito amplo, permitindo várias interpretações subjetivas e extensivas. O que é moral no plano jurídico? No filosófico? No psicológico? No social? Entende-se que o conceito de moral transcende o aspecto jurídico, pois antes de estar previsto em lei, moral já era uma preocupação, cuja origem está na própria civilização humana. Foi abordada por Platão, Aristóteles, na Bíblia, passando pelo renascimento, iluminismo, modernismo, até os dias atuais. Muitos são os conceitos desse instituto, dano moral, podendo-se trabalhar com o significado de diminuição do patrimônio incorpóreo de uma pessoa, imaterial de natureza ética, bens de ordem moral, os referentes à sua liberdade, particularmente no que tange aos direitos da personalidade e seus cinco ícones: vida, nome, honra, imagem e intimidade.

Entende-se por dano moral o dano que não se reflete no patrimônio material. São lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, este, entendido em contraposição ao patrimônio material, ou seja, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valoração econômica. Refere-se a bens de ordem puramente moral ou psíquica (dor, humilhação,

angústia, sofrimento, tristeza). Clóvis Bevilacqua já escreveu que o interesse moral diz respeito à própria personalidade da pessoa. Seu elemento característico é a dor.

Dano moral em sentido próprio ou restrito, causa dor, tristeza, desgosto, amargura, depressão. Em sentindo impróprio ou amplo, abrange qualquer lesão à personalidade (honra, liberdade, opção sexual, opção religiosa etc.).

Podem, ainda, ser classificados quanto à necessidade de prova e quanto à pessoa atingida: 1) quanto à necessidade de prova, em face de sua projeção na esfera valorativa da vítima ou no seu relacionamento no meio em que vive, pode ser: a) dano moral subjetivo (aquele que necessita ser provado, sendo regra geral da jurisprudência); ou b) dano moral objetivo (aquele presumido, não necessitando de prova, como nos casos de: morte de pessoa da família, perda de parte do corpo, abalo moral de crédito etc.); 2) quanto à pessoa atingida, conforme sejam sentidos diretamente e apenas na esfera mais íntima da personalidade do lesado: a) dano moral direto (atinge a própria pessoa, a sua honra objetiva ou subjetiva); b) dano moral indireto ou reflexo, ricochete (atinge a pessoa de forma reflexa, atingida a personalidade, vislumbram-se, também os danos patrimoniais pela repercussão do mesmo fato gerador).

Yussef Said Cahali[199] ensina que: *"Diversamente, a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que a indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de*

[199] Yussef Said Cahali, *Dano moral,* p. 42.

pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa".

A indenização por dano moral divide-se em três aspectos distintos: compensatório, sancionador e pedagógico.

O compensatório consiste na necessidade de minimizar os sacrifícios suportados por força dos danos ocorridos, ou quiçá, de reconstituir a situação pessoal. No passado a doutrina envolveu-se em discussão acerca da impossibilidade da reparação, sob o argumento de que a dor não tem preço, sendo inaceitável atribuir-lhe um valor – *pretium doloris.*

Esse entendimento é rejeitado por José Eduardo Callegari Cenci[200], que entende como Carvalho de Mendonça e Caio Mário da Silva Pereira, quando afirmam que o dinheiro na reparação de danos morais não desempenha função da equivalência, como, em regra, nos danos materiais, mas, concomitantemente, a função satisfatória.

Quanto ao aspecto sancionador, no início gerou polêmica. Alguns entendiam ser incompatível com o direito privado a imposição da pena. Compartilhavam desse entendimento Carbonnier, Adriano De Cupis, Rossel e Mentha, e Espínola Filho.[201] Mais modernamente, o ressarcimento ou reparação caracteriza-se por sua natureza mista: de uma lado compõe danos, de outro, certa sanção, pois o próprio dever de indenizar representa uma obrigação imposta em função do ato ilícito. Segundo Carnelutti, para induzir alguém a abster-se de violar um preceito, o direito deve ameaçá-lo com a cominação de um mal maior

---

[200] José Eduardo Callegari Cenci, *Considerações sobre o dano moral e a sua reparação,* RT 683/47.

[201] *Apud* Yussef Said Cahali, *Dano moral*, p. 33.

do que aquele que lhe provocaria a sua observância, o que geraria a sanção econômica do preceito.

Já o aspecto pedagógico volta-se para o ofensor e para a sociedade. Pois a simples condenação na reparação do dano moral produz efeitos pedagógicos em relação ao ofensor, à medida que desestimula a reincidência e alerta a coletividade sobre o resultado negativo da conduta reprovável.

Hodiernamente, a doutrina vem entendendo que a reparação civil tem os efeitos compensatório, repressivo e punitivo, aí englobado o aspecto pedagógico. Ressarce-se o prejuízo acarretado ao psiquismo do ofendido e aplica-se uma sanção contra o culpado, para desestimulá-lo à repetição de situações semelhantes.

Para reparação, há que ter relação entre o ato, o dano e o nexo de causalidade. O silogismo da reparabilidade do dano moral tem como premissa básica a noção da dignidade da pessoa humana.

7.5. Dano material: conceito e classificação

Diz respeito à perda ou prejuízo que fere, diretamente, um bem patrimonial, diminuindo o valor dele, restringindo sua utilidade, ou até mesmo, anulando-a. É o prejuízo ou a perda efetiva ocorrida à coisa. Chamam-no, também, de dano patrimonial.

Pode ser subclassificado em: 1) dano emergente ou dano positivo, refere-se a valores que a pessoa já desembolsou. Ex: Caso Escola Base, a escola foi apedrejada e depredada, os donos tiveram prejuízo econômico para consertá-la; 2) lucros cessantes ou dano negativo, referem-se a valores que a pessoa deixa de receber, isto é, quando houver frustração do lucro. Ex: perda de emprego, decorrente

de ter tornado pública uma determinada notícia. Escola Base - o ganho que os dirigentes deixaram de ganhar, em decorrência da notícia divulgada, pela situação de descrédito a que foram expostas.

Dano material à privacidade (honra, imagem, vida privada e intimidade), se entende o prejuízo patrimonial, quando ocorrer ofensa ou redução de determinados valores de ordem econômica, causando diminuição no patrimônio, ou ofendendo interesse econômico do lesado.

Foi sempre pacífico, no direito brasileiro, que o dano material decorrente do abuso na liberdade de expressão do pensamento deveria ser reparado. O mesmo não ocorrendo com o dano moral. A jurisprudência começou, pioneiramente, a reconhecer a possibilidade de indenização por dano moral. A CF/88 assegura, de forma inequívoca, o direito à reparação do dano, tanto moral quanto material. Para reparação, há que estar revestido de certeza. Implica no binômio: lesão e reparação a um bem.

Abstraindo-se à questão, no que tange aos direitos da personalidade e sua tutela, a doutrina majoritária, classificando os danos em materiais ou morais (ou patrimoniais e extrapatrimoniais), observa, tão-somente, a esfera jurídica atingida pela conduta lesiva.

Carlos Alberto Bittar[202] leciona que: *"(a) são patrimoniais os prejuízos de ordem econômica causados por violações a bens materiais ou imateriais de seu acervo, inclusive os de natureza ética; (b) são pessoais os danos relativos ao próprio ente em si, ou em suas manifestações sociais, como por exemplo, as lesões do corpo, ou ao psiquismo, componentes intrínsecos da personalidade, como a*

[202] Carlos Alberto Bittar, *Reparação civil por danos morais,* p. 28 e 32.

liberdade, a imagem e a intimidade; (c) morais, os relativos à sociedade, vale dizer, dos elementos que a individualizam como ser, de que se destacam a honra, a reputação e as manifestações do intelecto".

E, que os danos morais e materiais são aspectos particulares dos danos reparáveis, isto é, alguma distorção verificada na esfera jurídica geral de qualquer titular de direitos.

7.6. Dano moral e material: quantificação do dano

Esgotada a discussão sobre o tema da indenizabilidade, o foco teórico e prático deslocou-se para os aspectos da valoração dos danos morais, e com mais intensidade para a quantificação da indenização a ser paga, bem como, para os critérios adotados pelos juízes para o arbitramento do valor indenizatório.

Hoje, o instituto do dano moral enfrenta dois grandes questionamentos: o da **caracterização do dano moral**; e o ***quantum* indenizatório**. (grifos do autor)

Regular a reparação do dano moral é tarefa do legislador ordinário. Porém, ressalte-se que esta tarefa não é das mais fáceis. Mas, o legislador ordinário terá de enfrentá-la.[203] Porque, embora não reste dúvida de que existe a obrigação de indenizar o dano moral, apesar da evolução conceitual jurídica, como se discutia anteriormente, ficou reconhecido que o mal feito à integridade corporal ou psíquica de alguém, seja em suas derivações de danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, é plenamente ressarcível.

[203] Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1, p. 32.

Apesar de tudo isto, ainda restam alguns aspectos controvertidos, desafiando a aplicação deste direito. Referem-se à quantificação do dano moral em valor econômico para reparar o ofendido, uma vez que a dor moral não se mede monetariamente. Quando de trata de dano material, o valor da indenização consiste no exato desfalque sofrido pela vítima em seu patrimônio. Mas, quando se trata de dano moral, a apuração do *quantum* indenizatório se complica porque o bem lesado não possui dimensão econômica ou patrimonial.

O dano patrimonial decorre de uma simples operação matemática, que tem como base a relação causa e efeito entre o prejuízo e o evento culposo. O mesmo, não se diz em relação ao dano que atinge somente o foro íntimo das pessoas.

O problema da quantificação do dano moral tem preocupado o mundo jurídico, principalmente em virtude da proliferação de demandas, sem que existam parâmetros seguros para sua estimação. Tornando-se delicada a situação dos magistrados, na fixação do *quantum debeatur* em casos de indenização de dano moral, pois fica a seu prudente arbítrio. Assim, a fixação da compensação em danos morais tem se revelado uma questão muito polêmica.

Essa dificuldade contribui para a ausência de acordos, refletindo, também, em que nenhuma das partes fique satisfeita, quando da prolatação da sentença pelo juiz, na qual este determina o valor da indenização. O que acarreta, na maioria das vezes, autor e réu recorrerem, simultaneamente, em face da insatisfação quanto ao valor. No entender do autor da ação, a quantia que lhe foi outorgada é mínima, e o réu, pelo seu lado, por entender que o juiz foi 'generoso' e arbitrou uma importância excessiva.

Doutrina e jurisprudência auxiliam criando parâmetros para determinar a valoração dessas indenizações, quando há conflito entre os princípios da legalidade e da isonomia, bem como a fim de evitar que o ressarcimento seja determinado pelo puro e livre arbítrio dos magistrados.

Tem-se recorrido à analogia e à aplicação de várias legislações para determinar parâmetros ao arbitramento das indenizações por dano moral.

Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei 4.657, de 04.09.42 (LICC), arts. 4º e 5º: analogia para determinar parâmetros ao arbitramento das indenizações por dano moral, partindo-se dos art. do Novo Código Civil. Assim:

> ***LICC. Art. 4º****. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.* ***Art. 5º****. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*

Código Civil, Lei 10.406, de 10.01.2002 (CC/2002), na Parte Especial, Livro I, Título IX - Da Responsabilidade Civil, trata da indenização no Capítulo II, abrangendo os arts. 944 a 954.

> ***CC/2002. Art. 944.*** *A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.*
> ***Art. 945****. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.*
> ***Art. 946.*** *Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar. [Observar os arts. 603 a 611 do CPC].*
> ***Art. 947.*** *Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.*

Quase sempre o legislador, ao colocar parâmetros à quantificação do dano moral, o faz de forma lacunosa, como se extrai, por exemplo, do art. 953:

> ***Art. 953****. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.*
> *Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.*

Os arts. 948 a 952 e 954, embora estejam no Capítulo referente à indenização, não são pertinentes ao presente estudo.

Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei 4.117, de 27.08.62 (CBT), art. 84, com alteração do Decreto-Lei 236/67, ora revogada pela Lei Geral das Telecomunicações (Lei 9.472/97), salvo quanto às disposições penais, por estas não disciplinadas, e às relativas à radiodifusão.

> ***CBT. Art. 84.*** *Na estimação do dano moral, o juiz terá em conta notadamente a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão da ofensa.*

Lei de Imprensa, Lei 5.250, de 09.02.67 (LI), segue a mesma linha, para dano por ofensa à honra, em decorrência da informação, mas cita valoração nos arts. 51 e 52 e no art. 53 os critérios para arbitramento:

> ***LI. Art. 49.*** *Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar:* ***I*** *- os danos morais e materiais, nos casos previstos nos arts. 16, II e IV (ligados a instituições bancárias e mercado financeiro), no art. 18 (extorsão) e de calúnia, difamação ou injúrias; II- os danos materiais, nos demais casos.*
> ***§ 1º****. Nos casos de calúnia e difamação, a prova da verdade, desde que admissível na forma dos arts. 20 (calúnia) e 21 (difamação), excepcionada no prazo da contestação, excluirá a*

responsabilidade civil, salvo se o fato imputado, embora verdadeiro, diz respeito à vida privada do ofendido e à divulgação não foi motivada em razão do interesse público.
***§ 2º**. Se a violação de direito ou o prejuízo ocorre mediante publicação ou transmissão em jornal, periódico, ou serviço de radiodifusão, ou de agência noticiosa, responde pela reparação do dano a pessoa natural ou jurídica que explora o meio de informação ou divulgação (art. 50).*
***§ 3º**. Se a violação ocorre mediante publicação de impresso não periódico, responde pela reparação do dano: a) o autor do escrito, se nele indicado, ou b) a pessoa natural ou jurídica que explora a oficina impressora, se do impresso não consta o nome do autor.*

***Art. 51**. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia, imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia: **I** - a 2 salários mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (arts. 16, II e IV); **II** - a 5 salários mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decoro de alguém; **III** - a 10 salários mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém; **IV** - a 20 salários mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 2º).*
Parágrafo único. (define quem são considerados jornalistas profissionais, para efeito deste art.)

***Art. 52**. A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no art. anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50. (200 salários mínimos)*

***Art. 53.** No arbitramento da indenização em reparação por dano moral o juiz terá em conta notadamente: I– a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; II– a intensidade do dolo ou grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação em anterior ação criminal ou cível, fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação. III. (...)*

Os arts 51 e 52, da Lei de Imprensa foram derrogados pela CF/88, pois conforme o art. 5º, incs. V e X, não se permite a tarifação do dano moral. Mas, na prática, pela falta de critérios objetivos, alguns magistrados, indiretamente recorrem aos arts. da Lei

de Imprensa.

Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11.09.90 (CDC), art. 6°, incs. VI e VII, que assegura ao consumidor, como direito básico, *"a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais..."* e *"o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vista à prevenção ou reparação de danos materiais (patrimoniais) e morais"*, respectivamente. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Lei 8.069, de 13.07.90 (ECA), arts. 17 e 201, incs. V, VIII e IX.

Porém não se notou qualquer contribuição sobre regras para seu arbitramento, pois as disposições limitam-se ao destaque e possibilidade de cumulação de danos moral e patrimonial.

Lei de Direitos Autorais, Lei 9.610, de 19.02.1998 (LDA), determina parâmetros a serem seguidos, em seu art. 103, parágrafo único e art. 107, inc. IV. Mas, mesmo assim, continua tarefa difícil fixar o dano moral.

> ***LDA. Art. 103.*** *Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preços dos que tiver vendido.*
> *Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de 3.000 (três mil) exemplares, além dos apreendidos.*
> ***Art. 107.*** *Independentemente da perda dos equipamentos utilizados, responderá por perdas e danos, nunca inferiores ao valor que resultaria da aplicação do disposto no art. 103 e seu par. único, quem: (...).*
> ***Art. 108.*** *Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhes a identidade da seguinte forma: (....).*

As dificuldades encontram-se no caso de não se tratar de

obra inteira do autor (um livro, por exemplo), como é o caso de um artigo em um jornal, em um periódico. Não é justo, nem razoável, que todos que tenham matérias no jornal ou no periódico, paguem, na mesma proporção pelos danos decorrentes da apreensão; e os que ali anunciaram, como forma de investir em seu negócio, também sejam prejudicados. O preço do exemplar, também, é composto pelo todo. Na hora de decidir, o magistrado deverá levar em consideração todos esses pontos e o reflexo de sua decisão nos terceiros envolvidos no assunto.

No que tange à correção monetária, Supremo Tribunal Federal (STF) sumulou:

> ***STF. Súmula 562***. *Correção monetária. Na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito cabe a atualização de seu valor, utilizando-se, para esse fim, dentre outros critérios, dos índices de correção monetária.*

No que tange à cumulação de indenizações por danos material e moral, decorrentes do mesmo fato gerador, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também já firmou entendimento na Súmula 37:

> ***STJ. Súmula 37***. *Dano material e moral. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.*

A clássica dicotomia do sistema jurídico está em encontrar a relação entre a natureza e extensão do dano moral e a situação econômica do ofensor. Deduz-se que, para o arbitramento indenizatório, somente deverá ser considerada a posição social e cultural do ofensor e do ofendido, partindo-se do padrão ético-social do que seja considerado homem médio.

Nota-se que as legislações ainda se apresentam muito indefinidas, aumentando, desta forma, a responsabilidade dos magistrados. Que nessa contextura, ao condenarem o dano moral,

valem-se do seu bom-senso e sentido de eqüidade para determinar o cumprimento da lei, procurando restabelecer o equilíbrio social.

Há que ser destacado que a indenização aplicada ao dano moral, não compensa, nem faz desaparecer a dor do ofendido, e por isso mesmo não compreende uma avaliação destes sentimentos em dinheiro. Pois a dor não pode ser mensurada monetariamente. Assim, a importância a ser paga a título de indenização, deverá obedecer a um poder discricionário, mas de acordo com o prudente arbítrio dos magistrados quanto à sua fixação, que, frise-se, não visa reparar o dano, no sentido literal, porque a dor, a alegria, a vida, a liberdade, a honra são valores inestimáveis.

O montante do ressarcimento do dano moral, como já citado, situa-se no plano compensatório/satisfativo/pedagógico. A pessoa lesada deve receber uma quantia com o intuito de que o emprego do dinheiro possa propiciar-lhe alguma satisfação que minimize, de alguma forma, a dor causada pelo ato ilícito contra ela cometido. A reparação deverá compreender todas as conseqüências dolorosas imediatas e mediatas do ato que as causou. Desta maneira, a satisfação se dará na justa medida do abalo sofrido, sem, contudo, gerar um enriquecimento sem causa e também sem deixar impune o agente do dano moral, na medida que for suficientemente expressiva, para compensar a vítima pelo sofrimento, tristeza ou vexame sofrido.

Sem dúvida, o argumento dessa não conversão da dor em dinheiro é que constitui o não avanço legislativo nessa questão. Mas isso não tem sido empecilho para que seja fixado um valor compensatório, a fim de amenizar as conseqüências do dano sofrido. Mas, há discrepâncias.

O próprio juiz é quem deve fixar, na sentença, o *quantum*

da reparação da dor moral, em cada caso concreto, porém não deve jamais se distanciar do bom senso e da eqüidade, com o objetivo de alcançar um valor adequado ao lesado pelo vexame, ou pelo constrangimento experimentado, não para apagar os efeitos da lesão, mas para reparar os danos, sendo certo que não se deve cogitar em mensurar, de forma estática e definitiva, o sofrimento, ou de provar a dor, porque esses sentimentos são intrínsecos ao espírito humano.

A casuística do Tribunal de Justiça, no que tange aos parâmetros do *quantum debeatur,* demonstra que a Corte atua mais num sentido de restrição de excessos, do que propriamente, em prévia definição de parâmetros indenizatórios a serem seguidos pela instância inferior. A jurisprudência, na maioria dos casos, mantém a ponderação, proporcionalidade e razoabilidade, pertinentes a cada caso.

Há que se admitir, entretanto, que ainda hoje, em algumas decisões, o embasamento na sustentação do pedido indenizatório reporta-se à antiga legislação esparsa, quando se depara com a fixação do *quantum debeatur*.

7.6.1. Arbitramento do dano moral: elementos

Na esmagadora maioria das ações de indenização, envolvendo supostos abusos da liberdade de expressão e comunicação, o valor do prejuízo, cuja reparação se busca, não é indicado na petição inicial. O pedido formulado é genérico, restando para a liquidação a determinação do valor do prejuízo. Por não se ter valores determinados na inicial, os elementos para arbitramento do dano moral, são de grande relevância. A questão do pedido certo e determinado, será tratada no item que abrange as questões processuais.

Quando da reparação do dano moral, da fixação do valor

a ser indenizado, Caio Mario da Silva Pereira[204] ensina e ressalta que na reparação do dano moral estão conjugados dois motivos, duas causas: 1) punição do infrator pela ofensa praticada a bem imaterial da vítima; e 2) dar à vitima compensação capaz de lhe conseguir satisfação de qualquer espécie. Assim, deve haver a preocupação de não deixar a indenização à vitima tornar-se causa de enriquecimento injustificado: "*(...); pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é um pretium doloris (preço da dor), porém um meio que pode amenizar a amargura da ofensa e, de qualquer maneira, o desejo de vingança. Na ausência de um padrão ou de uma contra-prestação que dê o correspectivo da mágoa, o que prevalece é o critério de atribuir ao juiz o arbitramento de indenização (...), moderadamente arbitrada (...).* ***A indenização não pode ter o objetivo de provocar o enriquecimento do ofendido, para que não se converta o sofrimento em móvel de captação de lucro***". (grifo do autor).

O juiz deve observar a teoria do desestímulo (valor não deve enriquecer ilicitamente o ofendido), mas há de ser suficientemente elevado para desencorajar novas agressões à privacidade alheia. Defensores da teoria do desestímulo, Carlos Alberto Bittar, Fátima Nancy Andrighi e Caio Mário da Silva Pereira.

Para se evitar que cresça a indústria do dano moral, como já foi, por várias vezes, exposto em entrevistas e artigos, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, impõe-se a observância de padrões de prudência e eqüidade, sendo que, obrigatoriamente, deverão estar presentes na análise do magistrado as duas posições, sociais e econômicas, da vítima e do ofensor, não devendo se limitar em fundamentar a condenação isoladamente, na eventual fortuna de um ou, na eventual pobreza do outro.

[204] Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*, p. 317.

No sentido de que a reparação por dano moral deve ser moderadamente arbitrada, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo:

> *STJ. Civil. Dano Moral (...) É de repudiar-se a pretensão dos que postulam exorbitâncias inadmissíveis, com arrimo no dano moral, que não tem por escopo favorecer o enriquecimento indevido. Isso porque a indenização não se trata de 'enriquecer um necessitado' nem de 'aumentar a fortuna de um milionário', mas apenas mitigar o dano experimentado pelo ofendido. Dessa forma, se de um lado se faz necessário levar em conta a capacidade patrimonial do ofensor, para medir a extensão da indenização imposta, de outro lado, tem-se também que levar em conta a situação e o estado do ofendido. Se a indenização não tem o propósito de enriquecê-lo, tem-se que lhe atribuir aquilo que na sua situação seja necessário para proporcionar apenas a obtenção de satisfação equivalente ao que perdeu (Ag. Rg. 108.923-0/SP. Rel. Sálvio de Figueiredo, 4ª T, v.u., j. 24.09.96. Bol. 17, STJ, de 14.11.96, p. 17).*
>
> *TJSP. Indenização - Danos físicos e morais – Arbitramento pelo Juiz – Admissibilidade – Voto vencido. "O arbitramento do dano fica ao inteiro arbítrio do juiz que, não obstante, em cada caso, deve atender a repercussão econômica dela, a dor experimentada pela vítima e o grau de dolo ou culpado ofensor". (TJSP; Ap. 219.366-1/5; 8ª Câm.; j. 28.12.94; rel. Des. Felipe Ferreira)* [RT 717/126]

Deve-se levar em consideração, quando da fixação do dano moral, as condições pessoais do ofensor, de forma que o valor possa ser justo e suficiente. Não devendo ser tão elevado, pois pode prejudicar-lhe o futuro, e no caso de empresa, até encerrar suas atividades, e nem tão insignificante, que possa incentivá-lo a persistir na ofensa. Quanto à situação da vítima, conforme já abordado, deverá ser analisado o seu modo de vida no geral, idade, estado civil, sexo, atividade social, o local em que vive, vínculos familiares e outras circunstâncias de natureza objetiva e subjetiva, conforme o caso oferecer.

A título de mero exemplo: alguém que tenha vida social intensa e que se apresente em público constantemente, como é o caso

dos artistas, pessoas famosas, celebridades, por certo que, tratando-se, principalmente das do sexo feminino, um 'excesso de peso', terá muita relevância, do ponto de vista jurídico e do direito de danos, na esfera moral, do que para uma pessoa comum, em cuja profissão isso não será relevante.

Conclui-se, até aqui, que os elementos para arbitramento do dano moral, nas ações que envolvam direito à liberdade de expressão e comunicação e os direitos da personalidade devem ser: **1)** natureza do dano sofrido; **2)** repercussão na esfera pública e privada do ofendido; **3)** posição social, cultural, política e econômica do ofensor e do ofendido, partindo-se do padrão ético-social do que se considera homem médio; **4)** quanto ao ofendido: analisar o seu modo de vida no geral, idade, estado civil, sexo, atividade social, local em que vive e vínculos familiares; **5)** quanto ao ofensor: que o valor possa ser justo e suficiente, não devendo ser tão elevado, pois pode prejudicar-lhe o futuro, e no caso de empresa, até encerrar suas atividades, e nem tão insignificante, que possa incentivá-lo a persistir na ofensa; **6)** a intensidade do ânimo de ofender (grau de dolo ou culpa do ofensor); **7)** dor experimentada pela vítima; **8)** existência de retratação espontânea; **9)** condenação anterior fundada em abuso no exercício da liberdade de expressão e comunicação; e **10)** precedentes existentes no STJ sobre a questão.

7.6.1.1. Fixação do valor: estágios e sistemas

Historicamente, no que tange à fixação do valor ideal, justo, da indenização do dano moral, no cenário mundial, podem-se identificar três estágios: 1) no primeiro, os tribunais franceses tinham como suficiente a imposição meramente formal ao ofensor, pois a valorização deveria ser quanto ao aspecto moral, em detrimento ao econômico. A indenização era simbólica, equivalente a um franco; 2) no

segundo, entendeu-se que a indenização não poderia ser tão irrisória, inexpressiva economicamente, mas, deveria, de igual forma, ser evitado que se alcançassem cifras capazes de traduzir-se em fonte de enriquecimento; e 3) no terceiro, o caráter punitivo da reparação é enaltecido, tomando como base as *punitive damages* (danos punitivos) do direito norte-americano. As conseqüências práticas desse último entendimento são as condenações exorbitantes de que os jornais têm dado notícia, capazes por si só de obrigar à cessação das atividades de órgãos de imprensa.[205]

Ressalte-se, aqui, que embora assemelhado aos *punitive damage* do direito norte-americano, o caráter punitivo adotado no Brasil, através da teoria do desestímulo, diferencia-se daquele, em forma e substância. No Brasil, o caráter punitivo tem a finalidade de servir como fator de desestímulo; por meio da imposição de um valor considerado suficiente, pune-se o ofensor, a ponto de demovê-lo de novas práticas lesivas, o mesmo que caráter pedagógico.

No direito norte-americano, ultrapassam e muito o valor compensatório, pois o valor do dano é tarefa de júri popular, formado por cidadãos comuns, geralmente, leigos em ciências jurídicas, sem domínio da técnica legislativa e jurídica, expressando, apenas, juízo de valor empírico, sem fundamento científico, realçando o caráter vingativo da punição aplicada. Ao passo que no Brasil, a tarefa do cabimento e quantificação, conforme atual ordenamento jurídico, fica a cargo de juízes de direito, desembargadores e tribunais, isto é, com profissionais com formação técnico-jurídica, preparados, teoricamente, para interpretar os fatos com a lei.

Quanto à aferição do *quantum* reparatório do dano moral,

[205] José Ignácio Botelho de Mesquita, RJ 251, set. 98.

no que tange aos sistemas postos pelo direito, a doutrina os divide em sistema tarifário e sistema aberto.

No sistema tarifário, o equivalente ao valor da indenização encontra-se pré-determinado. Cabendo, ao magistrado, tão-somente, aplicá-lo ao caso concreto, atentando-se para os limites fixados para cada situação.

No sistema aberto, fica atribuída ao juiz a competência para estabelecer o valor da indenização, de forma subjetiva, em face de seu livre convencimento, cujo valor corresponderá à possível satisfação da lesão experimentada pela parte. Sistema este, adotado pelo nosso ordenamento jurídico, a despeito das posições contrárias.

Rui Stoco[206] afirma que "um sistema aberto de indenização conduziria, sem dúvida, ao cerceamento do direito de informação e expressão e, conseqüentemente, ao nanismo, ao acovardamento e à pusilanimidade. E, o que é pior, à autocensura."

7.6.1.2. Limites legais e o livre arbítrio pelo juiz

Doutrinariamente, ainda se discute a questão do valor da indenização, no que tange a respeitar os limites mínimos e máximos, fixados legalmente (como, por exemplo, os estabelecidos pela Lei de Imprensa, cuja reforma está sendo discutida no Poder Legislativo), ou se deve ser entregue, ao prudente arbítrio do juiz, a este cabendo estimar livremente e conforme seu convencimento, o *quantum,* verificadas as particularidades de cada caso concreto.

[206] Rui Stoco, *Lei de Imprensa - sujeito passivo na ação de indenização,* RT 752:42-46.

Quanto aos limites impostos pela Lei de Imprensa, ressalte-se que não foram recepcionados pela atual Constituição, conforme decisões firmadas pelo STJ:

> *STJ. Ementa: Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Notícia jornalística. Dano moral. Revogação da indenização tarifada pela Constituição de 1988. Precedentes. Ajuizamento da ação civil contra a empresa jornalística. Lei 5.250/67, art. 29. Extinção do direito de resposta. Ausência de prejuízo. Nulidade não reconhecida. Recurso parcialmente acolhido. I. A responsabilidade tarifada da Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição de 1988, restando revogada a norma limitadora (art. da Lei 5.250/67), pelo texto constitucional. II. Em obséquio ao princípio da instrumentalidade das formas, que caracteriza o processo civil moderno, não deve declarar nulidade processual que a lei não haja expressamente cominado, quando a parte que a argüi não demonstra a ocorrência de qualquer prejuízo processual, em concreto. REsp 74.446/RJ, Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T, j. 02.06.1998. DJ de 14.09.1998, p. 61.*
>
> *STJ. Civil. Lei de Imprensa. Notícia jornalística. Abuso do direito de narrar. Responsabilidade tarifada. Inaplicabilidade. Não recepção pela CF/88. Precedentes. (...) O outro ponto do recurso diz respeito à limitação da Lei de Imprensa. Segundo se tem assinalado, a vigente Constituição, ao prever indenização do dano moral por ofensa à honra, pôs fim à responsabilidade tarifada prevista na referida lei especial, que previa um sistema estanque, fechado, de responsabilidade dos danos praticados pela imprensa. Arruda Miranda, a refletir a doutrina, se põe com tal posicionamento, sustentando que "a CF/88 acabou com as limitações de tempo e valor para as ações de reparação de danos materiais e morais, ao dispor, em seu art. 5º, X, que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação" (Comentários à Lei de Imprensa, p. 697). REsp 153.512/RJ, Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T, j. 25.08.1998.*

Frise-se que o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que o *quantum* compensatório, a título de dano moral, deve ficar ao livre e prudente arbítrio do juiz, único legitimado a aferir, a partir de seu convencimento e experiência, a extensão da lesão e o valor cabível que a esta corresponda (Súmula

281, de 28.04.2004, DJ 13.05.2004). E, conforme recomenda: o juiz deve orientar-se pelos critérios recomendados pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, proporcionalidade e eqüidade, atento à realidade e às peculiaridades de cada caso concreto.

> ***STJ. Súmula 281.*** *A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa (5.250/67).*

Desta forma, para a maioria, portanto, onde a lei infraconstitucional previa limite ao valor indenizatório por danos morais, foi tachada de ineficaz por inconstitucionalidade flagrante, e o mesmo se dará com qualquer lei que venha a ser editada com o mesmo objetivo. Mas, mesmo o ordenamento jurídico brasileiro adotando o sistema aberto, não se pode permitir ignorar as opiniões dos juriscivilistas a respeito do sistema tarifário.

Humberto Theodoro Júnior[207] está entre os que defendem a imposição de limites legais, sugerindo: "Para fugir aos cálculos arbitrários, no caso de indenização por dano moral nas relações de consumo, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento sugere o recurso à analogia, com base no art. 4º da Lei de Introdução. Uma vez que o Código do Consumidor não cuidou de apontar qualquer critério, poder-se-ia lançar mão dos dados constantes do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62), onde existem cálculos reparatórios organizados em função de certos números de salários mínimos *(Responsabilidade civil no Código do Consumidor, Rio, Aide, 1991, nº 15, pág. 102)".*

---

[207] Humberto Theodoro Júnior, *Responsabilidade civil - danos morais e patrimoniais - acidente do trabalho – ato do preposto*, ST 84, jun/96, p. 7, *apud* Rogério Campos Ferreira, *Indenização por dano moral: fixação do quantum debeatur*. Disponível em http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto,asp?id=962. Acesso 25.12.05, às15:36 h.

A jurisprudência também tem recorrido à analogia, para tentar fugir da falta de critérios objetivos, tais como ás regras da Lei de Telecomunicações e da Lei de Imprensa:

> *Indenização. Dano moral – Critérios para fixação – Aplicação analógica dos arts. 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações e art. 52 da Lei de imprensa – Inteligência dos arts. 4º e 5º da LICC. Considerando-se as dificuldades da positivação, traços, contornos do 'dano moral', deve-se levar em conta para a sua fixação a regra do art 84 do CBT (Lei 4.117/62), que prevê a reparação do dano moral de 5 a 100 salários mínimos, por injúria, difamação e calúnia, considerando-se, ainda, o art. 52 da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), que permite o arbitramento do dano moral até 200 salários mínimos, sendo também matéria de ponderação os dispositivos dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. 1º TACivSP, Ap. 516.041/8, 4ª Câm., Rel. Juiz Octaviano Santos Lobo, j. 12.05.1993.* [RT 698/104]

Outro importante defensor da fixação dos limites legais é Botelho de Mesquita[208], entendendo que, por suas peculiaridades, a indenização do dano moral puro se configura como pena pecuniária, ou multa, sendo pena civil. Enquanto tal está sujeita ao princípio da legalidade das penas, conforme se acha expresso na CF/88: não haverá nenhuma pena "sem prévia cominação legal" (art. 5º, XXXIX). Reduz-se, pois, a um falso problema a dificuldade de estimar a indenização do dano moral *ex post facto*. É que, por ter a natureza de pena civil, não pode essa sanção ser criada *ad hoc*, depois de ocorrido o fato danoso. Não cabe ao juiz, mas ao legislador, estabelecer os seus limites máximos e mínimos e, para isso, o legislador nunca teve dificuldade alguma. Basta consultar o Código Penal para comprová-lo de imediato. E constando de lei a pena pecuniária, nunca teve nenhum juiz dificuldade maior em ajustá-la a cada caso concreto, graduando-a segundo os fins que lhe são próprios, mas dentro dos limites e critérios previamente fixados pelo legislador. Nem é preciso ir tão longe, pois é

[208] José Ignácio Botelho de Mesquita, RJ 251, set. 98.

intuitivo que, em matéria civil, não cabe ao juiz, por sentença, criar multas, que antes não existiam, ou aumentar as que já existissem. Em certos casos, admite a lei que o juiz fixe uma multa diária, mas apenas para a hipótese de futuro descumprimento da sentença, podendo o obrigado evitá-la prestando o que seja devido; jamais para fatos passados e para os quais não se houvesse estipulado, antes, pena alguma.

A conclusão, para ele, portanto, é a de que seria inconstitucional a nova Lei de Imprensa se, alterando o ordenamento de direito positivo brasileiro nessa parte, atribuísse ao juiz, em movimento retrógrado, o poder de escolher, em cada caso, graduando, segundo seu prudente arbítrio, a reparação devida pelo dano moral.

Araken de Assis[209], embora defensor da fixação de limites legais para o *quantum* indenizatório, para os casos em que estes não existam, se preocupa com os atinentes ao direito da personalidade, advertiu em Simpósio realizado em 11.04.1997, que: *"A prudência consistirá em punir moderadamente o ofensor, para que o ilícito não se torne, a este título, causa de ruína completa. Mas, em nenhuma hipótese, deverá se mostrar complacente com o ofensor contumaz, que amiúde reitera ilícitos análogos".*

Sérgio Pinheiro Marçal[210] está dentre os mais radicais no combate à fixação de valores elevados para a reparação moral, e, também, defende o estabelecimento legal de limites indenizatórios. Porém, teme que com a rápida mudança *"de um sistema que amparava*

---

[209] Araken de Assis, *Indenização do dano moral*. Palestra proferida, em 11.04.1997, Simpósio "Direito Civil: Responsabilidade Civil e Família", Canela/RS, Editora Síntese, RJ 236, p. 5.

[210] Sérgio Pinheiro Marçal, *Reparação de danos morais - teoria do valor do desestímulo*, Jornal Síntese n.º 7, set/97, p.10, *apud* Rogério Campos Ferreira, *Indenização por dano moral: fixação do quantum debeatur*. Disponível em http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto,asp?id = 962. Acesso 25.12.05, às 15:36 h.

a quase irresponsabilidade por danos morais, para um sistema que perigosamente vem procurando se aproximar dos padrões norte-americanos dos punitive damages", distorçam totalmente o instituto da reparação do dano moral.

Entende-se que nesse momento deve ser observado pelo juiz o aspecto pedagógico, quando de seu pronunciamento, cuja finalidade é conscientizar o ofensor de que reiterações futuras custar-lhe-ão muito mais.

Mário Moacyr Porto[211], em seu artigo "O efêmero e o eterno no direito", cita o filósofo francês Anatole France, que em 1959, já afirmava que: *"Eu não teria medo das más leis se elas fossem aplicadas por juízes bons. Diz-se que a lei é inflexível, mas eu não acredito. Não há texto que se não deixe solicitar. A lei é morta. O magistrado está vivo. Ele tem uma grande vantagem sobre ela"*.

Para Yussef Said Cahali[212], quando trata da liquidação do dano moral preceitua que: *"Se existem dificuldades para identificar na dor, no sofrimento, na angústia, na tristeza dos familiares, a existência do dano moral, quid para a procedência da ação indenizatória, também as existem para a fixação do quantum da condenação; o juiz, por dever de ofício, está investido da atividade judicante, e se presume esteja dotado de bom senso, experiência e moderação que o habilitam a desvencilhar-se daquelas dificuldades (a de identificar na dor a existência do dano moral para a procedência da ação e a fixação do quantum da condenação)"*.

---

[211] Mário Moacyr Porto, *O efêmero e o eterno no direito.* SP, RT 285/7.

[212] Yussef Said Cahali, op.cit., p. 173.

Carlos Maximiliano[213] considera que a lei não decide sobre casos isolados, ela é genérica e formula os princípios gerais. Assim, cabe ao juiz, como intérprete estendê-la a circunstâncias semelhantes, aos fatos análogos. E, que estipular um valor preestabelecido, não seria a melhor alternativa para se realizar a justiça, pois colocar a questão em termos legais objetivos seria tarifar a dor, seria uma hipótese absurda.

Nas leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, a limitação deve ser adequada, necessária e proporcional (Canotilho). Há entendimento de que a limitação da Lei de Imprensa, não mensura o dano de forma justa ou na justa medida. Outros diferem e mantém esses limites:

> *Açao Indenizatória. Dano Moral. Ofensas dirigidas a determinada pessoa em programa radiofônico. Injúria caracterizada. Ocultação da identidade do ofendido por alcunha ou apelido que não afasta a responsabilidade. Verba devida. Limite da verba indenizatória prevista no art. 52 da Lei 5.250/67. Aplicabilidade somente quando o dano resultar de ato culposo.(Apel. 384/97, Câm. Única do TJAP, v.u., j. 30.09.1997, rel. Juiz Raimundo Vales).* [RT 748/323]

Na prática, a jurisprudência tem adotado o posicionamento, de arbitrar como dano moral, algo em torno da importância de duzentos salários mínimos. Prevalece, porém, o entendimento de que devem ser fixados com excepcionalidade em parâmetros maiores, entre quinhentos e mil salários mínimos ou, ainda, mais, quando, por exemplo, o dano moral atinge os governantes, ministros, representantes de certas classes sociais e as celebridades, conforme esta estiver no 'auge', ou não.

> *Responsabilidade Civil. Dano Moral. Amplitude da Reparação – Apontado como exemplo de ligação da Justiça com a contravenção, o magistrado sofreu dano moral, que cumpre*

[213] Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 57.

reparar. A Câmara tem decidido fixar, sempre, o dano moral em, pelo menos, duzentos salários mínimos (TJRJ, Apel. 6.228/94).

Registra-se a iniciativa da APAMAGIS (Associação Paulista de Magistrados) que acionou empresa jornalística pela acusação precipitada e ofensiva à honra de juiz da capital paulista, acusado de favorecimento a certo megainvestimento, em processo de falência de empresa. A condenação confirmada pelo Tribunal de Justiça fixou a indenização em novecentos salários mínimos (Apamagis/SP, março/1997, p. 25).

Para estes magistrados, o cidadão comum tem uma esfera delimitada de irradiação, diferente da de um juiz, parlamentar, ministro, governador etc. Pois, nesses casos, o alcance da ofensa à honra não é subjetiva e pessoal, mas objetiva, abrangendo todo um órgão ou classe, a que estes pertencem. Justificam que a desigualdade no arbitramento, que gera a igualdade, atendendo-se assim os ditames do princípio constitucional da igualdade. No caso acima, houve duas reparações, uma para o funcionário e outra, para o ente público a que pertence.

Desta forma, constata-se grave disparidade nas decisões que fixam importâncias tão diferentes, em casos semelhantes, levando o Judiciário a ser comparado a uma 'caixa de surpresa', ou, a um 'jogo de loteria'.

As decisões abaixo foram selecionadas dentre as várias existentes no *site* da Associação Nacional dos Jornais – ANJ[214]:

A atriz Malu Mader venceu em 2ª instância a ação por danos morais e materiais contra o jornal Extra, do RJ. A decisão judicial prevê indenização de R$ 2 milhões. A atriz moveu a

[214] Disponível no *site* da ANJ em http://www.anj.org.br. Acesso em 27.12.05, às 00:40 h.

ação por conta da publicação, na 1ª página do jornal, de foto em que aparece nua, na época em que a Rede Globo exibia a minissérie Labirinto, protagonizada por ela. A sentença de 1ª instância foi promulgada em 29.09.2000, pelo juiz Antonio Carlos Esteves Torres, da 39ª Vara Cível, que deu ganho de causa à atriz, condenando a empresa a pagar R$ 1 milhão à título de indenização por danos morais e mais R$ 1 milhão por por danos materiais. Em março/2001, a sentença foi confirmada em 2ª instância, pela 9ª Câmara Cível do TJRJ.

Em 23.10.2000, a justiça Mato Grosso puniu Silvio Carvalho, repórter do jornal A Gazeta, que denunciou o comércio clandestino de armas no Shopping Popular, bairro do Porto, em Cuiabá. Ele comprou uma arma, denunciou em uma reportagem a venda fácil de armamentos ilegais e depois entregou a arma às autoridades. Por essa razão, o jornalista foi acusado de porte ilegal de arma durante uma hora, conforme o promotor Élio Américo. Formalizada a denúncia, Silvio Carvalho foi orientado por seu advogado a optar pela suspensão condicional da pena para evitar se expor à possibilidade de uma sentença condenatória e à perda da condição de réu primário. Para isso, ele se obrigou a cumprir as seguintes determinações da justiça: durante dois anos (até 10/2002), não poderia sair de casa após 23 horas, nem se ausentar da cidade por mais de 30 dias; durante seis meses doar quatro cestas básicas, no valor de R$ 25,00 cada, para uma instituição de caridade. Até 10/2002, ele continuou se apresentando mensalmente no Fórum Criminal.

Aguarda julgamento do STJ o recurso impetrado pelo jornal Debate, de Santa Cruz do Rio Pardo, município de 40 mil habitantes, localizado a 375 Km a Oeste da cidade de SP, estado de São Paulo. O recurso é contra sentença que condenou o semanário a pagar indenização superior a R$ 300 mil ao juiz de Direito Antônio José Magdalena, da Comarca de Santa Cruz do Rio Pardo. O jornal existe há 24 anos, sofreu duas ações judiciais, a partir de 1995, movidas pelo juiz Magdalena e pelo promotor Carlos Aparecido Rinard, que trabalhava na mesma Vara Cível. Juntas, elas somariam R$ 600 mil e significariam o fechamento da empresa jornalística, de oito funcionários e faturamento médio de R$ 13 mil reais/mês, segundo o diretor-proprietário Sérgio Fleury Moraes. Em 2000, o TJSP reduziu os valores da indenização reivindicada pelo promotor a R$ 25 mil, quantia confirmada pelo STJ no início de 2001. Na ação movida pelo juiz Magdalena, de 1800 salários mínimos fixados em sentença de 1ª instância, o valor foi reduzido para 1000 salários mínimos pelo TJSP - cerca de R$ 300 mil em valores atuais, com os acréscimos de juros e correção monetária. O TJ negou provimento ao recurso interposto pelo jornal e, em fev/2001, o

ministro Ari Pargendler, do STJ, também não aceitou agravo apresentado pela empresa jornalística. Em maio, porém, o ministro reconsiderou a decisão e aceitou o REsp, que já tinha sido aceito pelos 5 ministros que compõem a 3ª Turma do STJ.
A 1ª condenação em 1ª instância ocorreu em 1995 quando o jornal publicou que o juiz Magdalena tinha casa e telefone gratuitos, custeados pela Prefeitura Municipal.

A 3ª Turma do STJ confirmou no dia 13.02.2001, que o jornal Zero Hora, de Porto Alegre/RS, terá de pagar uma indenização de R$ 1.191.088,00 (equivalente a 7.960 salários mínimos) ao ex-senador José Paulo Bisol (PSB) por danos morais, Além da indenização, a empresa jornalística deverá arcar com as despesas de honorários advocatícios, estipulados em R$ 178.663,20. O ex-parlamentar sentiu-se ofendido por uma série de 58 reportagens nas quais foi acusado de manipular verbas orçamentárias e superfaturar emendas para obras que beneficiariam sua fazenda. As reportagens foram publicadas em 1994, quando Bisol era candidato à vice-presidência da República, na chapa de Luiz Inácio Lula da Silva (PT). Segundo o processo, o jornal também publicou que o ex-Senador teria se aposentado com apenas sete meses de atividade como Desembargador, praticado nepotismo e conseguido empréstimo bancário privilegiado na Caixa Econômica Estadual.

O jornal Tapera, de Salto, a 102 Km da cidade de São Paulo foi condenado a pagar indenização de R$ 100 mil ao ex-presidiário Valério Francisco de Moraes, de 45 anos, por ter publicado notícia baseada em um Boletim de Ocorrência colocado à disposição da imprensa pela Polícia Civil. A nota informava que, no dia 22.01.2000, quando cumpria prisão em regime semi-aberto, Moraes fora indiciado em inquérito porque teria tentado entrar na cadeia com uma porção de maconha. O carcereiro de plantão, Ednilson Padilha do Amaral, acusou o preso de tê-lo tentando subornar com uma nota de R$ 10,00. O caso gerou um processo, no qual Moraes foi absolvido. Isso levou o preso a ingressar na justiça com uma ação de indenização de dano moral, alegando que a reportagem teve cunho "absolutamente sensacionalista e irresponsável, com o evidente intuito de alavancar vendas do jornal Tapera". Alegava, ainda, que se tratava de investigação de crime hediondo, realizada em segredo de justiça. O advogado do preso avaliou que, com a divulgação do fato, seu cliente sofreu "dano moral em grau elevadíssimo. E pediu indenização de R$ 800 mil. Jornal defendeu-se alegando que a notícia sequer foi a manchete principal da página policial daquele dia, não teve chamada de primeira página e não apresentou foto. Além disso, baseou-se em boletim da própria polícia, a ação foi julgada pelo juiz da 3ª. Vara de Salto, Caramuru Afonso Francisco, o mesmo que

absolveu Valério da acusação de pretender entrar com maconha na cadeia. O valor foi fixado em R$ 100 mil".
Os advs. Mário Dotta e Mário Dotta Jr recorreram da sentença, alegando que a obrigação do sigilo nos casos em segredo de justiça é dos funcionários do Estado e não do jornal. Eles afirmaram que a notícia é uma cópia fiel do BO e que o jornal não apresentou nenhum comentário adicional ou conclusão pessoal do autor da matéria. Os advs alegaram ainda que o preso nunca demonstrou apreço pela própria honra, "já que foi condenado em vários processos criminais, além daquele, objeto da matéria jornalística".
Numa certidão juntada ao processo, consta que ele, depois de ser absolvido no processo criminal pelo juiz da 3ª Vara, teve expedido alvará de soltura, mas não foi colocado em liberdade por ter outras condenações. O diretor-editor Walter Lenzi disse que, se a condenação for mantida, terá de fechar o jornal, que funciona há 37 anos.
Os advs. de Divino José de Matos, o Divino 45, entraram, no dia 27.03.2001, com recurso no STF para tentar adiar a execução da pena a que ele foi condenado, de 14 anos de prisão em regime fechado, pelo assassinato do jornalista Mário Eugênio, em 11/1984. É mais uma tentativa de evitar o cumprimento de mandato de prisão expedido contra Divino após a decisão do STJ de 14.03.2001. Divino 45 foi condenado em dois julgamentos pelo crime cometido há 17 anos, mas não passou um dia na prisão.

O Grupo de Comunicações Três, editora da revista IstoÉ, foi condenado, em 08.05.2001, a pagar indenização por danos morais de R$ 800 mil, com juros e correção, ao juiz de direito Luiz Beethoven Giffoni Ferreira. A sentença proferida pelo juiz Maurício Habice, da 19ª VC da Comarca de São Paulo, é referente a uma reportagem de 11/1998, na qual Ferreira é acusado de irregularidades na adoção de crianças.

A Rádio Eldorado foi condenada a indenizar Tarso Genro, prefeito (PT) de POA/RS, que ganhou na justiça processo contra a Rádio Eldorado, do Grupo O Estado de SP, por danos morais. Ele moveu uma ação indenizatória contra a rádio por ter veiculado diversas chamadas em sua programação, em 1998, indicando-o como concorrente ao "Troféu Cara-de-Páu – O Oscar da Baixaria". A indicação – feita pelo voto dos ouvintes – deveu-se à defesa pública que o prefeito fez pela renúncia do presidente Fernando Henrique Cardoso ao segundo mandato, em artigo publicado na imprensa logo após a sua reeleição. A juíza Vivian Wiptli Zanelli, da 33ª VC de SP, condenou a Rádio Eldorado, no dia 27.05.2001, a pagar uma indenização de 200 salários mínimos ao prefeito, acrescidos de juros, correção monetária e honorários advocatícios, por entender que as

chamadas, veiculadas pelo rádio extrapolaram a narrativa jornalística.

Por questão de imparcialidade, procurou-se o posicionamento do Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ministro Edson Vidigal. No V Encontro Regional sobre Liberdade de Imprensa, realizado no dia 08.06.2005, pela Associação Nacional de Jornais (ANJ), com o apoio da UNESCO, e que encerrou o ciclo de debates para divulgar a Rede em Defesa da Liberdade de Imprensa, o ministro condenou com veemência "a indústria do dano moral" e considerou desnecessária a Lei de Imprensa no Estado Democrático de Direito, haja vista tudo estar previsto em outras legislações, sendo esta, fruto da ditadura, quando se buscou cercear e tutelar o funcionamento dos meios de comunicação.[215]

Questionado sobre a chamada 'indústria do dano moral' e a profusão de ações e condenações de jornais e jornalistas por supostos crimes contra a moral, que resultam em penas pecuniárias altíssimas, respondeu:

> *"Primeiro, acho que é importante a gente contextualizar essa questão (....). No regime militar, veio a Lei de Imprensa, com a figura da indenização por delito de imprensa, equivalente a até 200 salários mínimos. Ficou então estabelecido, de forma absolutamente equivocada em minha opinião, "a honra tabelada". Ou seja, a honra de alguém podia variar de um a 200 salários mínimos. A honra mais intocada era aquela de 200 salários mínimos. Mas, depois, a Constituição de 88 definiu, no seu art. 5º, que caberia indenização pelo dano moral decorrente da violação da honra das pessoas, sem estabelecer limites. A partir daí, quem se julgava caluniado ou ofendido na honra por matérias jornalística passou a se valer desse preceito constitucional e não da Lei de Imprensa. E juízes de instâncias inferiores, erradamente no meu ponto de vista, passaram a definir penas altíssimas, desproporcionais ao suposto delito cometido. De uns dois anos para cá, nós do STJ, temos buscado corrigir essa situação, definindo, quando é o caso, penas proporcionais aos delitos eventualmente cometidos.*

[215] Disponível no *site* da ANJ: http://www.anj.org.br/jornalanj/?q=node/632. Acesso em 06.10.05, às 19:40 h.

> *Nossa jurisprudência tem sido no sentido de repelir os exageros em relação ao dano moral nessas ações. O entendimento é o de que a indenização por dano moral não pode ser fator de enriquecimento e deve guardar uma proporcionalidade com a suposta calúnia, injúria ou difamação. Tivemos casos de decisões de instâncias inferiores em que o dono de jornal não poderia pagar a indenização nem que vendesse todo o patrimônio da empresa. No STJ, buscamos corrigir situações como essas."*

Questionado sobre os Projetos de Lei que tramitam, a fim de estabelecer faixas e limites para o dano moral, assim se posicionou:

> *"Eu sou contra isso, porque é tabelar a honra. A honra é "intabelável", se é que existe essa expressão. (...) Em minha opinião, a saída nesses casos é mesmo uma mudança gradual da cultura e da mentalidade jurídicas, coisas que já está acontecendo. É um processo que demanda tempo, mas é natural que seja assim."*

Para o ministro, há dispositivos na CF/88, que constituem melhor forma de coibir excessos, eventualmente praticados por empresas de comunicação e profissionais do setor. No que tange aos valores, estes devem ser razoáveis e devem ir para instituições de caridade, ou para um fundo de defesa dos direitos humanos, de pesquisa jornalística etc. A 'penalização' deveria recair sobre o patrimônio maior do jornalista ou do meio de comunicação, que não é o dinheiro, mas a dignidade e credibilidade. Que jornalistas, ao quererem dar o 'furo' não deveriam, por exemplo, acreditar demais nas fontes que se escondem no anonimato, de policiais, de representantes do Ministério Público, como acontece hoje. A informação deve ser apurada.

Nesse evento, foi apresentado o levantamento feito pelo *site* Consultor Jurídico, sob base de dados de 2003, demonstrando que tramitam quase 3.400 processos por danos morais, só no eixo Rio-São Paulo. Sendo a maioria movida por juízes, promotores, políticos e advogados. Ainda, de acordo com este *site*, entre 1993 e 2002 multiplicou por cinqüenta o número de ações por danos morais no STJ.

Esse grande aumento aconteceu após a CF/88. Antes, os casos de danos morais relacionados aos meios de comunicação, eram remetidos à Lei de Imprensa, que estabelecia critérios e limites. Para se ter uma idéia das punições milionárias impostas pela Justiça atualmente, basta citar o caso do jornal Folha de Niterói. Foi condenado a pagar R$ 2 milhões ao ex-secretário de Justiça do estado do Rio de Janeiro, Sérgio Zveiter, por tê-lo citado em matéria sobre irregularidades na distribuição de 'quentinhas' em presídios do Rio. O jornal tem capital social de R$ 10 mil, uma sala e três computadores.

O Presidente da ANJ, Nelson Sirotsky ressaltou que os jornais brasileiros não defendem a impunidade, mas alguns limites e critérios para as penas pecuniárias nas ações de indenização por dano moral.

Embora o presidente do STJ considere desnecessária a Lei de Imprensa, no Estado Democrático de Direito, haja vista, tudo estar previsto em outras legislações, bem como ser esta, fruto da ditadura, encontrou-se entendimento contrário.

Acórdãos do STJ no sentido de que há prevalência da responsabilidade civil da lei específica (Lei da Imprensa) e não a norma genérica (Código Civil):

> *Ementa. Imprensa. Responsabilidade Civil. Existindo lei específica, regulando a responsabilidade civil, em caso de violação de direito, no exercício da liberdade de informação, essa haverá de ser aplicada e não a norma genérica do art. 159 do Código Civil (atual art. 186 no NCC). Jornalista. Charge de caráter ofensivo. Poderá o ofendido demandar indenização por dano moral, diretamente do autor do desenho. Indenização. Limite, ainda, admitindo esteja em vigor o teto estabelecido pela lei 5250/67, só é aplicável tratando-se de procedimento culposo. STJ. Acórdão REsp 154837-RJ. REsp 1997/0081185-9. Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª T, j. 15.12.1997. Fonte: DJ 20.04.1998, p. 82.*

Ementa. Danos morais. Lei de Imprensa. Direito comum. Legitimidade passiva. Existindo lei específica, regulando a responsabilidade civil, em caso de violação de direito, no exercício da liberdade de expressão, essa haverá de ser aplicada e não a norma genérica do art. 159 do Código Civil (atual art. 186 no NCC). Possibilidade de o ofendido obter reparação de quem fez as declarações ao jornal ou concedeu a entrevista, não estando adstrito a buscá-la exclusivamente junto a quem as divulgou. Súmula 221. Decisão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Min. da 3ª T., STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, v.u., não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Min. Waldemar Zveiter, Ari Pargendler, Menezes Direito e Pádua Ribeiro. Acórdão REsp 172100-DF. REsp 1998/0030066-0. Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª T, j. 01.06.2000. Fonte: DJ 16.10.2000, p. 307.

Reconheça-se o importante papel que o STJ vem desempenhando, na matéria em comento, revertendo, na maioria das vezes, os valores absurdos, determinados pelas sentenças de 1ª e 2ª instâncias, tanto no aumento quanto na diminuição destes.

A decisão abaixo[216] valida o supracitado. A 3ª Turma do STJ reduziu de R$ 723.000,00 para R$ 50.000,00 a indenização, que o Banco do Brasil (BB) tem de pagar ao desembargador José Liberato Costa Póvoa, do Tocantins. O magistrado entrou com ação pedindo indenização por danos morais, em face de reportagens publicadas no Jornal do Tocantins. Nelas, um representante do BB concedeu entrevista, em que afirmava que o juiz era seu devedor e teria insinuado que, por esse motivo, ele havia julgado processos desfavoráveis ao banco.

Para a instituição financeira, o desembargador deveria se considerar impedido de julgar os processos. O BB chegou a pedir a suspeição do desembargador do Tribunal de Justiça do Tocantins, com o argumento de que ele era fiador de um contrato celebrado com

[216] Revista Consultor Jurídico, 10.06.2004. Disponível em http://conjur.estadao.com.br. Acesso em 25.12.05, às 14.35 h.

terceiro. E propôs ação de cobrança contra o magistrado. O desembargador Póvoa, por sua vez, afirmou que o contrato de fiança não passou das tratativas iniciais. Por isso não se considerou impedido de julgar ações do banco. Ele entrou com o pedido de indenização, alegando que não era de fato devedor do BB e teve a imagem manchada em razão da indevida atuação do banco em juízo, da repercussão do caso e da publicação das matérias jornalísticas em seu desfavor. Também sustentou que a verdadeira intenção do banco não era realizar a cobrança da suposta dívida, mas sim provocar sua suspeição, para que fosse afastado do julgamento dos processos.

Em primeira instância, o pedido foi julgado procedente e o juiz condenou o BB a pagar 20 vezes o valor de R$ 36.160,74, que cobrava do desembargador em juízo. Ou seja, R$ 723.214,80. O banco recorreu, mas a decisão foi mantida pelos colegas do magistrado. Diante da decisão, o BB ajuizou recurso no STJ. O relator do processo, ministro Humberto Gomes de Barros, votou pela rejeição do recurso por considerá-lo intempestivo. Então, a ministra Nancy Andrighi pediu vista do processo.

Manteve a condenação do banco, mas reduziu o valor da indenização por danos morais para R$ 50 mil. Segundo a ministra, "é pacífico na jurisprudência do STJ que o valor da indenização por dano moral está sujeito a controle quando se mostrar irrisório ou excessivo em razão das circunstâncias que levaram à sua fixação". E, para ela, o valor de R$ 723.000,00 "não observa os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, em especial se consideradas forem as circunstâncias fáticas da causa". Para fundamentar sua decisão, Nancy Andrighi citou cinco acórdãos firmados pelo STJ, em que juízes também tiveram pedidos de indenização por danos morais atendidos. Nas decisões citadas pela ministra, a indenização de maior valor foi arbitrada em 400 salários mínimos.

Abaixo, a integra do voto, embora extenso, altamente elucidativo quanto a tudo o que já foi exposto no presente estudo.

RECURSO ESPECIAL N° 510.299 – TO (2003/0006903-6)
RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Cuida-se do recurso especial interposto pelo Banco do Brasil S/A contra acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça do Tocantins. José Liberato Costa Póvoa, ora recorrido, propôs ação de conhecimento sob o rito ordinário em face do recorrente, objetivando a sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Sustentou que, em 07.10.1997, o recorrente firmou contrato de abertura de crédito em conta corrente com Nelson Bergamasco no valor de R$ 10.000,00. Na ocasião, havia tratativas de assinatura de contrato acessório de fiança com o recorrido para garantia daquele contrato. Contudo, não restou firmado em razão da negativa de outorga uxória. Em 30.01.1998, a dívida do contrato principal ultrapassava o seu próprio valor, mas o recorrente continuou a conceder crédito a Nelson Bergamasco.

Paralelamente, o recorrente litigava com o Grupo Quatro Tocantins S/C Ltda. perante o TJTO. Na época, o recorrido participou do julgamento dos processos que envolviam as duas partes. Denegou, inclusive, alguns pedidos liminares formulados pelo recorrente nessas ações.

Sob a alegação de que o recorrente fora prejudicado com os julgamentos por vontade do recorrido, argüiu a sua suspeição perante o TJTO, sob a alegação de ser ele seu devedor em razão do contrato de fiança supostamente firmado para garantia a dívida de Nelson Bergamasco. Contudo, o recorrido não se considerou suspeito para apreciação dos processos.
Não satisfeito, o recorrente anunciou que proporia ação de cobrança em face do recorrido com lastro nos contratos firmados, como de fato fê-lo. Ademais, o recorrente, por intermédio de preposto, concedeu entrevistas sobre o caso no Jornal do Tocantins, em três diferentes datas, sobre os fatos que se passavam.

O recorrido, considerando que não era de fato devedor do recorrente, e sentindo-se difamado e com a honra lesada diante da indevida atuação do recorrente em juízo, da repercussão do caso e da publicação das matérias jornalísticas em seu desfavor, e alegando lisura e probidade em sua conduta funcional, propôs ação indenizatória por danos morais e materiais em face do recorrente.
Sustentou que a verdadeira intenção dele não era realizar a cobrança da suposta dívida, mas de provocar a suspeição do recorrido para que fosse afastado do julgamento dos processos em que não obtivera êxito. Alegou também a nulidade do contrato

acessório de fiança, ante a ausência de outorga uxória, e a inexistência do alegado débito.

O Juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido formulado pelo recorrido para condenar o recorrente ao pagamento de indenização arbitrada em 20 vezes o valor cobrado pelo réu (R$ 36.160,74), perfazendo um total de R$ 723.214,80.

Inconformado, o recorrente apelou ao TJTO. Teve o recurso desprovido por acórdão assim ementado:
"Processual civil - Interesse de agir - Legitimidade de parte - Atos praticados por instituição financeira em perseguição de eventual crédito - Divulgação pública de dívida - Aptidão do devedor para o manejo da demanda reparatória face ao banco credor. Processual civil - Reparação de danos - Ilícito praticado através de declaração prestada à jornal - Inaplicabilidade do prazo de manejamento previsto na "Lei de Imprensa" - Incidência das normas de direito comum. Processual civil e constitucional - Fundamentação da decisão - Liberdade do julgador - Exposição dos elementos que lhe serviram à formação de seu posicionamento - Desobrigação de explicitar acerca de provas não abraçadas no 'decisum' - Cerceamento de defesa inexistente. Civil - Reparação de danos - Aforamento de ação de cobrança - Exclusão do apontado devedor da lide - Inexistência de dano - Exercício regular de direito pelo credor - Divulgação de dados bancários por meio de declaração de preposto da instituição financeira prestada à órgão da imprensa - Quebra do sigilo bancário caracterizada - Comprometimento de imagem do cliente - Dano moral - Indenização devida. Detém interesse processual aquele que, possuindo eventual débito junto à instituição financeira, sente-se lesado por atos praticados pela mesma na perseguição da dívida ou na guarda dos dados financeiros e contratuais que lhe foram confiados, sendo o banco parte legítima para compor o pólo passivo da lide reparatória. Nas ações que visam à reparação por danos produzidos por meio de declaração prestada a jornal de grande circulação na comunidade, não incide o prazo de aforamento previsto no art. 56 da 'Lei de Imprensa', não devendo se confundir os ilícitos praticados pelo órgão de divulgação (jornal, rádio, revista, etc.) com aqueles praticados por meio dos mesmos. Incidência à espécie das normas de direito comum.

O julgador possui liberdade para colher nos autos os elementos que lhe parecem mais convincentes para a formação de seu posicionamento, estando obrigado a explicitar apenas estes quando do proferimento de sua decisão, a fim de cumprir a exegese contida no art. 93, IX, da Constituição Federal. O não acolhimento desta ou daquela prova produzida pela parte sucumbente, sob nenhuma hipótese, caracteriza cerceamento de defesa.

Não caracteriza ilícito, descabendo assim indenização, o aforamento de ação por parte de instituição financeira contra seu suposto devedor, ainda que julgada improcedente, posto que o credor

encontra-se no regular exercício de direito que lhe é conferido pela Magna Carta, o 'direito de ação'. Entretanto, a divulgação de dados do suposto débito por preposto do banco, através de declaração publicada em órgão de imprensa, caracteriza a indubitável quebra de sigilo bancário, comprometendo a imagem do apontado devedor perante a comunidade. Devida a indenização pelas lesões morais amargadas, a quantia arbitrada deverá levar em conta diversos fatores, entre os quais o grau de culpa, a capacidade do ofensor, a posição social da vítima e a repercussão do ilícito, alcançando valor que se revele justo a compensar o ofendido. Recurso conhecido e improvido."

Em razão da não unanimidade de julgamento quanto ao montante fixado a título de indenização por danos morais, o recorrente interpôs embargos infringentes. Tiveram seguimento negado pelo il. Relator, ao entendimento de que não seriam cabíveis em razão do novo regramento do art. 530 do CPC, posto que não houve reforma da sentença de mérito.

Interposto agravo 'regimental' contra a decisão proferida, teve provimento negado por acórdão assim ementado:

"Processual civil - Embargos infringentes - Acórdão proferido em apelação - Cabimento - Reforma não unânime da decisão de mérito do juízo singular. O manejo de Embargos Infringentes contra acórdão proferido em sede de Apelação, apenas tem cabimento se a decisão colegiada houver reformado, por maioria, a sentença de mérito proferida pelo juízo singular. A interposição divorciada das condições exigidas pelo art. 530 do CPC autoriza o relator a promover o estancamento imediato da insurreição (art. 557 do CPC). Recurso conhecido e improvido".

Irresignado, o recorrente interpõe recurso especial, com fulcro no art. 105, inc. III, "a" e "c" da CF/88, sob a alegação de ofensa aos arts:

a) 535, II, do CPC - o TJTO restou omisso ao deixar de se manifestar sobre questões suscitadas em sede de embargos de declaração;
b) 56 da Lei 5.250/67 - houve a decadência do direito material perseguido pelo recorrido;
c) 159 do CC16 - não existe ato ilícito indenizável, porquanto o recorrente agiu no exercício regular de um direito;
d) 530 do CPC - é cabível a interposição de embargos infringentes, pois o acórdão proferido não foi unânime e a lei exige o esgotamento das instâncias ordinárias para a interposição de recursos para os tribunais superiores;
e) 20, §4.º, do CPC - o valor arbitrado a título de honorários advocatícios é desproporcional.

Também alegou dissídio jurisprudencial em relação ao REsp 148.212, Rel. Min. Barros Monteiro, em razão da fixação de indenização por danos morais em contrariedade aos princípios da razoabilidade e moderação.

O il. Relator, Ministro Humberto Gomes de Barros, não conheceu do recurso especial, sob o fundamento de ser esse intempestivo.

É a reprise dos fatos.

I - Preliminar de não conhecimento do recurso especial
O ora recorrente interpôs embargos infringentes contra o acórdão proferido em sede de apelação, que, por maioria de votos, confirmou a sentença condenatória, instalada a divergência somente quanto ao valor arbitrado a título de indenização por danos morais.
Por decisão unipessoal do relator dos embargos infringentes, posteriormente confirmada pelo TJTO em sede de agravo "regimental", não se conheceu do recurso, por serem incabíveis, considerando a nova redação do art. 530 do CPC, dada pela Lei 10.352, de 26.12.2001. Por força da decisão pelo não cabimento dos embargos infringentes, não teria sido suspenso o prazo para a interposição do recurso especial, e, por via de conseqüência, o referido recurso seria intempestivo. O acórdão impugnado pelos embargos infringentes foi publicado no dia 25.04.2002, menos de um mês após a entrada em vigor da Lei 10.352/2001, já que de três meses o período da vacatio legis. A aludida lei alterou o art. 530 do CPC para redimensionar o cabimento dos embargos infringentes, restringindo sobremaneira as suas hipóteses de cabimento.
Não obstante se afirmar que o recurso de embargos infringentes foi interposto sob a égide da nova lei, a sua aplicação imediata merece reflexão, quer sob o prisma da jurisprudência consolidada no STJ a respeito do tema, especialmente a Súmula 207, quer pelo estatuído no art. 498 do CPC, também alterado pela novel lei. No momento da interposição dos embargos infringentes, o recorrente se defrontou com a exigência de esgotamento das vias recursais ordinárias para acesso ao recurso especial prevista na Súmula 207/STJ, e com a recentíssima (28 dias) redação do art. 530 do CPC. Essa situação, induvidosamente, deixa o profissional perplexo. O recorrente, em atitude justificável de precaução, interpôs os embargos infringentes, que posteriormente foram considerados incabíveis.

É preciso consignar que a perplexidade vivenciada pelo recorrente para a interposição dos embargos infringentes, sem correr o risco da perda do prazo para a interposição do recurso especial, estava respaldada no estatuído no art. 498 do CPC, in verbis:
"Art. 498. Quando o dispositivo do acórdão contiver julgamento por maioria de votos e julgamento unânime, e forem interpostos embargos infringentes, o prazo para recurso extraordinário ou recurso especial, relativamente ao julgamento unânime, ficará sobrestado até a intimação da decisão nos embargos".

Parágrafo único. Quando não forem interpostos embargos infringentes, o prazo relativo à parte unânime da decisão terá como dia de início aquele em que transitar em julgado a decisão por maioria de votos."

Note-se que o art. 498 do CPC, ao dispor sobre o sobrestamento do prazo de interposição do recurso especial, não prevê nenhuma regra impeditiva para a sua aplicação, isto é, não afasta o sobrestamento do prazo, seja na hipótese de não cabimento, seja na ausência dos requisitos de admissibilidade do recurso de embargos infringentes.

No caso concreto, ao interpor os embargos infringentes, o recorrente cumpriu todas as exigências formais relativas ao recurso, quais sejam: tempestividade, preparo e regularidade de representação. Assim, forçoso concluir que estava calçado na segurança do efetivo sobrestamento do prazo para interposição do especial, por força do disposto no art. 498 do CPC.

Dessa forma, ainda que se considere incabíveis os embargos infringentes interpostos contra a parte não unânime do acórdão, há o sobrestamento do prazo para interposição de recurso especial contra a parte unânime até que seja publicado o acórdão de julgamento dos embargos infringentes.

Porquanto o recurso especial fora interposto contra a parte unânime do acórdão, não há motivo para se deixar de se atestar a sua tempestividade, já que o acórdão proferido em embargos infringentes foi publicado em 22.08.2002 e o recurso especial foi interposto em 06.09.2002, ou seja, dentro do prazo de 15 dias.
Outro fator que justifica o comportamento adotado pelo recorrente quanto à certeza do sobrestamento do prazo para a interposição do recurso especial é a jurisprudência assente no STJ quanto aos embargos de declaração, que, mesmo não conhecidos por não se configurar hipótese de cabimento do recurso, produzem o efeito de interrupção do prazo para outros recursos.
Nesse sentido:

"Embargos de declaração. Interrupção do prazo para a interposição de outros recursos. Precedentes da Corte. 1. A interposição de embargos declaratórios, pouco importando sejam os segundos, impõe a interrupção do prazo para a manifestação de outros recursos. A pena para os embargos protelatórios não é a suspensão do benefício processual, mas, sim, a pecuniária, como assentado em precedente da Corte.2. Recurso especial conhecido e provido". (REsp 174193/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 18.10.1999).

Assim, o recorrente, obediente à Súmula 207/STJ, em pleno vigor, confiante na segurança advinda do art. 498 do CPC quanto ao efetivo sobrestamento do prazo para interposição do recurso especial por causa da interposição dos embargos infringentes,

considerando as restrições colocadas pela nova redação do art. 530 do CPC, justificadamente acautelou-se, e numa atitude de proteção aos seus direitos, interpôs os embargos infringentes. Tal fato deve ser considerado como interruptivo do curso do prazo para a interposição do recurso especial.
Por todas essas razões e, principalmente, diante das peculiaridades do caso concreto, peço vênia para divergir do il. Ministro e considerar tempestivo o recurso especial interposto.

II – Mérito

a) ***Art. 535 do CPC*** *- Alega o recorrente que o acórdão recorrido é omisso por não ter se pronunciado sobre questões suscitadas em sede de embargos de declaração. Analisando-se o acórdão recorrido, verifica-se, contudo, que todas as questões indispensáveis ao deslinde da controvérsia foram devida e fundamentadamente apreciadas pelo acórdão recorrido, ainda que contrariamente aos anseios do recorrente. Assim sendo, não há se falar em ofensa ao aludido dispositivo legal.*

b) ***Art. 56 da Lei 5.250/67*** *- Sustenta o recorrente que houve a decadência do direito material perseguido pelo recorrido, de modo que não seria cabível qualquer indenização. Nesse ponto, é assente na jurisprudência do STJ entendimento no sentido de que o prazo decadencial previsto no mencionado dispositivo legal não há de prevalecer por não ter sido recepcionado pela Constituição Federal. Nesse sentido, confiram-se o REsp 489.404, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 12.08.2003 e o AgREsp 404.070, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 24.02.2003, esse último assim ementado: RESPONSABILIDADE CIVIL. LEI DE IMPRENSA. ART. 56. PRAZO DECADENCIAL. INAPLICABILIDADE. CF/88. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO. A sistemática da reparação do dano moral prevista na Constituição de 1988 não acolheu o prazo decadencial estabelecido no art. 56 da Lei de Imprensa.*

c) ***Art. 159 do CC/16*** *- Alega o recorrente que não existe ato ilícito, porquanto o recorrente agiu no exercício regular de um direito. Acrescentou também que as informações publicadas foram obtidas pelos próprios jornalistas subscritores da matéria, e não por declarações prestadas por preposto do recorrente. Assim sendo, não seria cabível qualquer indenização. Compulsando os autos, verifica-se que o TJTO, ao decidir pela prática de ato ilícito, pela ocorrência do dano e pela existência de nexo em causalidade entre ambos, e assim concluir pela responsabilização do recorrente pela ocorrência do evento danoso, lastreou-se no acervo fático-probatório carreado aos autos. Uma suposta modificação do julgado nesse ponto, como pretende o recorrente, não há como ocorrer em sede de recurso especial, em razão do óbice imposto pela Súmula 7/STJ.*

d) ***Art. 530 do CPC*** *- Assevera o recorrente ser cabível a interposição de embargos infringentes, pois o acórdão proferido não*

foi unânime e a lei exige o esgotamento das instâncias ordinárias para a interposição de recursos para os tribunais superiores. O argumento do recorrente não há como subsistir. Com a nova redação dada ao art. 530 do CPC, só cabem embargos infringentes nas hipóteses de reforma da sentença de mérito por acórdão não unânime proferido em grau de apelação ou de julgamento de procedência do pedido formulado em ação rescisória por acórdão não unânime. Como no caso concreto houve a confirmação da sentença de mérito por acórdão não unânime, tal fato não autoriza o cabimento de embargos infringentes.

e) ***Art. 20, § 4º, do CPC*** *- Sustenta o recorrente que o valor arbitrado a título de honorários advocatícios é desproporcional. Nesse ponto, reservo-me à análise do recurso especial após manifestação sobre o alegado dissenso pretoriano.*

f) ***Dissídio jurisprudencial*** *- Por fim, alega o recorrente que o arbitramento dos danos morais se deu em contrariedade aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que devem ser observados quando da fixação da verba indenizatória. Assinala o recorrente que "a presente condenação foge às raias de qualquer parâmetro" e que "representa, à época da sentença, 12.02.2001, mais de 4.820 salários mínimos" (fl. 468).*

Alega dissídio jurisprudencial em relação ao Recurso Especial 148.212, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 07.12.2000.

É pacífico na jurisprudência do STJ que o valor da indenização por dano moral está sujeito a controle quando se mostrar irrisório ou excessivo em razão das circunstâncias que levaram à sua fixação (REsp 585.610, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 26.04.2004 e REsp 564.552, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 16.02.2004).

O valor fixado a título de indenização por danos morais *(R$ 723.214,80), que equivalente a 20 (vinte) vezes o valor do débito (R$ 36.160,74),* ***não observa os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, em especial se consideradas forem as circunstâncias fáticas da causa****, as quais envolvem:*

a) primeiro, a existência de uma campanha difamatória produzida e deduzida em veículos de informação (mídia), o que irradia, a um número indeterminado de pessoas, as ofensas proferidas, decorrentes de uso indevido de informações bancárias sigilosas;

b) segundo, a condição de autoridade pública da vítima, o que potencializa a extensão dos danos causados, considerado que o zelo à imagem e à reputação social constituem pressupostos ao exercício de atividade profissional pública; e

c) terceiro, a ausência de similitude do montante fixado pelo TJTO com valores determinados pelo STJ em precedentes análogos,

envolvendo a ofensa a honra de magistrados através da mídia, a saber:

***- REsp 169.867**, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ de 19.03.2001 - em ação de indenização proposta por juíza de direito em face de deputado federal que, em entrevista à televisão, atribuiu a ela o envolvimento com fraude eleitoral, o STJ arbitrou indenização por danos morais em 200 salários mínimos, à época correspondente a R$ 30.000,00;*

***- REsp 213.811**, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 07.02.2000 - em ação de indenização proposta por juiz de direito em face de jornal (O Estado de São Paulo), objetivando a reparação de dano moral advindo de publicação intitulada "Juiz acusado de fraude eleitoral obtém promoção", o STJ fixou a verba indenizatória em 400 salários mínimos;*

***- REsp 556.066**, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 15.12.2003 - em ação reparatória proposta por juíza de direito em face de jornalista, objetivando a condenação dele ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes da publicação de matéria em que atribui a ela a culpa pela queda de teleférico que levou à morte três pessoas, o STJ manteve a condenação em R$ 20.000,00;*

***- REsp 148.212**, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 10.09.2001 - em ação indenizatória proposta por juiz trabalhista em face de representante sindical, objetivando a reparação de danos morais decorrentes de calúnia (atribuição de crime de cárcere privado e realização de comícios partidários com o dinheiro do contribuinte) e injúria (manobras para se manter na Presidência do TRT), o STJ reduziu o quantum indenizatório, inicialmente arbitrado em 1000 salários mínimos, para 100 salários mínimos;*

***- REsp 52.842**, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 27.10.1997 - em ação de indenização proposta por magistrado em face de jornal (O Dia), objetivando a sua condenação por danos morais em razão da publicação de matéria jornalística que lhe atribui envolvimento no crime de extermínio de menores, o STJ limitou a verba indenizatória a dez vezes o vencimento do magistrado, à época.*
Assim sendo, considerando-se a natureza do dano sofrido, a sua repercussão na esfera pública e privada do ofendido e a sua condição de magistrado, e tendo também por lastro os precedentes já exarados pelo STJ sobre a questão, é de se concluir por desproporcional e excessivo o valor indenizatório arbitrado no caso em exame.

Portanto, a redução do valor da indenização por danos morais para R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais) afigura-se razoável e apta a ensejar tanto à efetiva reparação do dano sofrido pelos recorrido quanto à coibição da prática de condutas similares pelo recorrente.

Forte em tais razões peço vênia ao il. Ministro Relator para CONHECER PARCIALMENTE do presente recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional e, nessa parte, DAR-LHE PROVIMENTO, para reduzir o valor da indenização por danos morais para R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), a serem atualizados da data deste julgamento.

Modificado o julgado nesse particular, a verba honorária há de ser redimensionada. Assim sendo, com lastro no art. 20, § 3º, do CPC, fixo os honorários advocatícios em 10% do valor da condenação. Conseqüentemente, julgo prejudicado o recurso especial no tocante à ofensa ao art. 20, § 4º, do CPC.

As despesas processuais serão rateadas na proporção de 50% para o recorrente e 50% para o recorrido. **(grifos do autor)**

Para visualizar melhor, montou-se o quadro abaixo, conforme os cinco acórdãos citados e a decisão deste Recurso Especial:

REsp	**Relator Min.**	**Data - DJ**	**Autor (a) da ação**	**Fato gerador**	**Condenação pelo STJ**
510.299	Nancy Andrighi	08.06.2004	Des.	matéria jornalística (divulgação de que por ter dívida com o BB, julgava os processos do BB, de forma desfavorável)	Redução de R$723.000,00 para R$50.000,00
556.066	Castro Filho	15.12.2003	Juíza	Matéria em jornal (atribuição de culpa pela queda de teleférico)	R$ 20.000,00
148.212	Barros Monteiro	19.09.2001	Juiz	Matéria em jornal (calúnia e injúria)	Redução de 1000 para 100 SM
169.867	César Asfor Rocha	19.03.2001	Juíza	Entrevista à televisão (fraude eleitoral)	200 SM
213.811	Ruy Rosado Aguiar	07.02.2000	Juiz	Matéria em jornal (fraude eleitoral)	400 SM
52.842	Carlos Alberto Menezes Direito	27.10.1997	Juiz	Matéria em jornal (calúnia e injúria)	10 vezes o vencimento do magistrado. Se traduzidos em salários mínimos, seriam 200 SM

* SM = Salário Mínimo [Salário mínimo em dez/2005 = R$ 300,00]

Recente decisão, publicada em março de 2006, corrobora as divergências encontradas no que tange à fixação de valoração para as indenizações por dano moral, bem como os entendimentos, dos julgadores de segunda instância. Nesta ação, em primeira instância o juiz entendeu que houve extrapolação do direito de informar, ocorrendo ofensa à honra do autor. Houve condenação ao pagamento de 625 salários mínimos de indenização, além da publicação de resposta, acompanhada de foto. O TJRJ, por unanimidade, considerou que a matéria tinha relevância pública, e, portanto, não houve abuso.

> *Ação Indenizatória. Danos morais e materiais, direito de imagem. Lei de Imprensa. A publicação de notícia calcada em documento público não gera ofensa a caracterizar a possibilidade do direito de indenização, traduzindo-se a matéria em exercício regular do direito de informar, assegurado pela CF/88. Indenização Indevida. Reforma da sentença. Julgando-se improcedente o pedido. TJRJ, 9ª Câm., Apel. Cível 2005.001.40104, Rel. Des. Luiz Felipe Francisco, v.u., j. 16.02.2006.*

Permite-se destacar trechos do relatório, por serem altamente elucidativos às matérias abordadas, nesse estudo:

> *"Na ação de indenização, através da qual objetiva o autor a reparação por danos materiais e morais relativos à sua imagem, assim como ao direito de resposta, decorrente de publicação na revista semanal, que circulou em 30.08.2000. Alega que a matéria denegriu sua honra. Envolve conflito entre dois princípios constitucionais. O primeiro, consubstanciado na liberdade de manifestação do pensamento, de que trata o art. 5º incs. VI e IX e o art. 220 da CF/88, enquanto o segundo, o da proteção da honra e imagem, amparado no inciso X, do art. 5º da mesma Constituição. Concluem que deve preponderar o princípio da livre manifestação do pensamento, principalmente levando-se em conta que as críticas dirigidas ao autor, ora apelado, apesar do aparente rigor e da seriedade das increpações, não denotam a intenção e o ânimo de pura e simplesmente denegrir a personalidade do autor. Assim, no julgamento do feito há de se buscar não suprimir totalmente um deles, para que prevaleça o outro, devendo buscar-se qual deles deve preponderar para aplicação no caso concreto. Verdade é que é sempre uma situação tormentosa para o Julgador ter que apreciar uma lide em que dois valores tão*

importantes precisam ser devidamente apreciados e tutelados judicialmente. De um lado, a tremular a bandeira da livre manifestação do pensamento e liberdade de expressão, através da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, e de outro, não menos importante, a inviolabilidade à intimidade, á vida privada, à honra e à imagem, com eventual garantia de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. O art. 220 da CF preordena a liberdade de expressão e direito de informar, devendo este prevalecer sobre o direito à honra, quando a notícia é verdadeira e não configura lesão. Deve, entretanto, preponderar sempre a prevalência do interesse público, a legitimar a liberdade de expressão, de informação e de veiculação do nome de pessoa, como exercício regular de direito, se não ofensiva à honra alheia".

Quanto à repercussão, por se tratar de pessoa pública, no caso ator de cinema e televisão, assim se posicionou o relator:

"(...) o autor exerce profissão e atividade que o coloca mais sujeito à crítica pública, do que aqueles outros que se dedicam ao exercício de funções dirigidas aos interesses meramente particulares. Não é preciso ressaltar que, na medida em que se ganha notoriedade, mais se expõe o indivíduo a ter sua vida vasculhada, tornando-se mais sujeito a ser alcançado por opiniões e comentários.... (...) as informações trazidas a público resultaram da divulgação de conclusões constantes de documentos públicos e que por envolver verbas disponibilizadas pelo Governo Federal, tornam-se de interesse nacional.

Em outra decisão, de 15 de fevereiro de 2006, a Corte Especial do STJ, negou majoração de indenização a advogado e ex-procurador-geral do Maranhão, que alegou ter sofrido dano moral, em razão de matérias veiculadas no jornal "O Estado do Maranhão":

STJ. A Corte Especial do STJ manteve sentença de 3ª T., que condenou a Gráfica Escolar, editora do jornal "O Estado do Maranhão", a pagar ao advogado e ex-procurador-geral do Maranhão Pedro Leonel Pinto de Carvalho, indenização de R$ 5.000,00 por danos morais em função de ter publicado o nome do advogado em matérias difamatórias. O advogado teve o nome relacionado a uma "indústria de indenizações milionárias", nas reportagens publicadas pelo jornal. Entrou com ação pedindo indenização de 10.800 salários mínimos por

danos morais e R$ 100.000,00 por danos materiais, mas o juiz de 1º grau reconheceu somente direito ao dano moral de 2.000 salários mínimos. O advogado apelou e o TJMA reduziu o valor para 1.500 salários mínimos. A Gráfica Escolar recorreu e a 3ª T. do STJ reduziu novamente a reparação para R$ 5.000,00, por considerar excessivos os 1.500 salários mínimos. O advogado apresentou embargos de divergência na Corte Especial alegando que a 1ª, 2ª e 4ª Turmas, bem como a 1ª Seção do STJ, teriam entendimento contrário ao da 3ª T. Sustentou, ainda, que o valor seria irrisório e fora dos parâmetros adotados pelo STJ. O pedido foi rejeitado sob o entendimento de que os embargos de divergência não são cabíveis para discutir o valor fixado a título de danos morais em razão da peculiaridade de cada situação trazida a juízo. (EREsp/MA 472790. Rel. Min. José Delgado, j. 15.02.2006, v.u.). [217]

No voto, o Relator aprecia, o aspecto processual de que os embargos de divergência não são cabíveis para discutir valoração de dano moral; e no mérito, quanto ao aspecto do inconformismo do embargante, no que tange ao valor indenizatório fixado em razão da publicação ofensiva pela imprensa, o qual alega ser irrisório, fora dos parâmetros comumente adotados pelo STJ, expõe que:

"Todavia, o apelo não se mostra apto a ser acolhido, em razão de o acórdão embargado haver decidido situações que, embora guardem alguma semelhança com os paradigmas indicados, em verdade não possuem identidade suficiente para caracterizar a pretendida divergência. (...) A despeito do não cabimento dos embargos de divergência para o fim de alterar o valor fixado pela 3ª T. a título de indenização, não há como negar que o fato de 'por em dúvida sobre a sua participação na suposta indústria de ações milionárias' justificou a redução da indenização de 1.500 salários mínimos para R$ 5.000,00 pela 3ª Turma".

7.7. Alternativas para reduzir a subjetividade no arbitramento do dano moral

Atualmente, não se tem critérios de validez geral para a quantificação do dano moral, ficando atrelado a um critério subjetivo,

[217] Tribuna do direito, março/2006, p. 23; Site do STJ: http://www.stj.gov.br/webstj/Processos/Justiça/detalhe.asp?numreg=200501354393&pv=80. Acesso em 16.03.2006, às 19 h.

que é o 'prudente' arbítrio do juiz. Mas, cada ser humano tem suas características pessoais e personalidades próprias, o que acaba gerando dualidades e incertezas. Em face dessa realidade, necessário seria ter soluções comuns e mais gerais, pelo menos no que tange, à essência do caso concreto, para não ocorrer fixações díspares e injustas, por fatos não idênticos, mas com pontos em comum.

O Centro de Estudos Jurídicos Juiz Ronaldo Cunha Campos, em agosto de 1998, reuniu os membros do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, promovendo um amplo debate pertinente à reparação do dano moral e divulgaram a título de sugestão para o respectivo arbitramento: **1-** *Pedido de dano moral por inclusão indevida do nome em SPC, SERASA ou Cartório de Protestos: até 20 salários mínimos;* ***2-*** *Pedido de dano por morte de esposo, esposa e filhos: 100 salários mínimos;* ***3-*** *Outras bases de pedidos: até 90 salários mínimos;* ***4-*** *Com atenção ao caso concreto, cada juiz tem inteira liberdade na aquilitação dos valores indenizatórios. As sugestões, no entanto são válidas, como parâmetros orientadores, no comum dos 'casos'. (DJMG. Cad. II, 08.10.1998).*

Se o assunto já mereceu constar de pauta para reflexão, entende-se que ele é preocupante, principalmente quanto às decisões de 1ª e 2ª instâncias. Sendo relevante, desta forma, a iniciativa do Tribunal de Minas. Mas, necessário frisar, que em reparação de lesão de ordem moral, nunca se chegará a qualquer tipo concreto de equivalência entre o prejuízo e o ressarcimento. Os critérios a prevalecer nas indenizações, mesmo que semelhantes, não podem seguir planos rígidos e pré-fixados, de simples cálculos aritméticos, em função do patrimônio do considerado culpado, ou em função da espécie de lesão, ou qualquer outro parâmetro.

Em face das disparidades das decisões, há quem pense ser melhor optar pela solução do 'tarifamento', pelo qual o *quantum* das indenizações seja prefixado, a fim de evitá-las (sistema fechado). O legislador, já o fez no referido Código de Telecomunicações, estimou o dano extrapatrimonial, de cinco a cem salários mínimos, e na Lei de imprensa (5.250/67), elevou o teto para duzentos salários mínimos. Ambos, não recepcionados pela atual Constituição, como já comentado nesse estudo.

Interessante artigo de Robson Zanetti[218], "A vida é o limite do dano moral", no qual afirma não querer entrar nos limites do dano moral, mas, sim, abordar o limite do dano moral, que segundo ele, é a vida. Assim, todos os demais direitos protegidos, como por exemplo, a honra, a imagem, o crédito etc., não devem ter um valor arbitrado superior aquele causado pela perda da vida. Cita o Projeto de Lei (PL), que tramita na Câmara Federal sob nº 7.124/2002, que fixa valores, que variam conforme a natureza da ofensa, como uma das alternativas viáveis, com limite entre R$ 20.000,00 e R$ 180.000,00.

Admite, como já citado, que nossos tribunais utilizam certos elementos para a fixação do dano moral e que estão incluídos no PL acima, como por exemplo, entendimento da 4ª Turma do STJ:

> *Na estipulação do valor do dano moral deve-se observar os limites dos bons princípios e da igualdade que regem as relações de direito, para que não importe em um prêmio indevido ao ofendido, indo muito além da recompensa ao desconforto, ao desagrado, aos efeitos do gravame suportado. REsp 337771/RJ, STJ, 4ª T, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 16.04.2002, decisão publicada no DJ em 19.08.2002, p. 175.*

[218] Robson Zanetti, doutorando pela Universitè de Paris (Panthéon/Sorbonne), especialista em direito comercial pela Università Statale di Milano – Itália, *A vida é o limite do dano moral,* de 09.07.2004. Disponível em http://www.conjur.estadao.com.br/static/text/9450,1. Acesso em 01.01.2006, às 15.36 h.

O STJ não chegou ao cerne da questão para apreciar a lesão ao bem jurídico atingido. Cita que nossos tribunais precisam avaliar qual a intensidade do direito que foi lesado, a vida, o patrimônio, a imagem etc., para a partir daí avaliarem as circunstâncias para então se valorar o dano. Isto também falta ao PL 7.124/02.

Questiona sobre qual o direito imaterial mais valioso protegido juridicamente. Entende que seja a vida. E, conforme julgados dos tribunais que comparou, concluiu que muitas vezes, alguém é condenado a ressarcir danos morais causados a outrem pela violação da imagem em 300 salários mínimos, e em outro caso, alguém é condenado a ressarcir 200 salários mínimos em virtude da morte. Isto implica em que a lesão da imagem tem um valor juridicamente protegido maior do que a vida?

Mesmo concordando com tal posicionamento, não se deve esquecer, que diante da CF/88, qualquer tentativa de tarifar a indenização do dano moral, pode resultar em flagrante inconstitucionalidade, pois o princípio geral de não causar dano a outrem, possui hierarquia constitucional.

Para Carlos R. Gonçalves[219]: "O inconveniente desse critério é que, conhecendo antecipadamente o valor a ser pago, as pessoas podem avaliar as conseqüências da prática do ato ilícito e as confrontar com as vantagens que, em contrapartida, poderão obter, como no caso do dano à imagem, e concluir que vale a pena, no caso, infringir a lei".

Ora, se não tem aplicação em nosso ordenamento

[219] Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade Civil*, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 569, *apud* Dahyana Siman Carvalho da Costa, *Liquidação de Dano Moral*. Disponível em https://apriori.com.br/cgi/for/viewtopic.php?t=885. Acesso em 06.10.2005, às 19:48h.

jurídico, o critério da tarifação, em face do estipulado na CF/88, predomina o critério do arbitramento pelo juiz, a teor do disposto no art. 946 do Código Civil, que determina seja a liquidação da obrigação indeterminada apurada na forma da lei processual. O Código de Processo Civil prevê a liquidação por artigos ou por arbitramento, sendo esta última a mais adequada para a quantificação do dano moral (CPC, arts. 603 a 611).

A lei submetendo apenas a critério, livremente escolhido, pelo juiz, não há defesa eficaz contra o valor estimado por este, haja vista, que a estimativa, exorbitante ou não, está em conformidade com a legislação, essa é a crítica que se faz à fixação do valor atualmente.

Quanto à necessidade em se fixar parâmetros, seria viável a adoção de um sistema que, sem a rigidez de uma tarifação, concedesse ao juiz uma faixa de atuação, através da qual pudesse graduar a reparação, conforme o caso concreto. A solução não é a tarifação, mas para encontrar o justo equilíbrio e evitar decisões tão conflitantes, quando se trata do *quantum* indenizatório, convém uma regulação normativa, condutora e flexível, que, pelo menos, indique as ferramentas a serem utilizadas para ressarcir cada dano moral.

Hoje, para servir de consolo, há tentativa de Projetos de Lei em andamento, no afã de tentar uniformizar as decisões, no que tange ao montante indenizatório, para casos similares, evitando-se, assim, indenizações valoradas de forma tão díspare.

Ressalte-se que o juiz fica submetido, necessariamente, ao princípio inserido na CF/88, art. 93, inc. IX e à previsão do art. 131 do CPC, devendo fundamentar e motivar os elementos de sua convicção quanto aos aspectos norteadores do arbitramento em curso, explicitando o caminho percorrido até chegar ao montante

indenizatório. Tendo-se os motivos e fundamentos do convencimento deste, pode-se dele extrair algumas métricas, alguns parâmetros que possam ser comuns, em situações análogas.

> ***CF/88. Art. 93 ... IX**. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, 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. [Inciso com redação dada pela Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004].*
> ***CPC. Art. 131**. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento.*

A Lei de Imprensa prevê critérios, elementos (arts. 51/52/53) para se chegar ao valor justo da indenização, à época em que foi publicada: a) repercussão do ato da divulgação da imagem, no meio social em que vive a vítima; b) natureza da ofensa, gravidade e o efetivo sofrimento da vítima, existência ou não de dolo pelo ofensor, ou grau de culpa; c) situação econômica e social das partes; d) probabilidade de o ofensor repetir a ofensa (verificar se o ofensor é contumaz na prática desse tipo de ofensa); e) verificar se a divulgação da imagem trouxe dano à honra, intimidade e vida privada da pessoa ofendida, o que, uma vez comprovado, aumentará a reparação, pois trata-se de mais de uma ofensa; f) verificar a penetração do veículo de comunicação (tiragem do jornal ou revista, dimensão da distribuição: local, regional, municipal ou nacional); e g) se a pessoa lesada é famosa ou desconhecida do grande público.

Doutrina e jurisprudência manifestam-se, em sua maioria, no sentido de que o julgador deverá, em princípio, considerar: (i) a extensão e gravidade do dano; (ii) as circunstâncias (objetivas e subjetivas) do caso; (iii) a situação pessoal e social do ofendido e a condição econômica do lesante, na busca de relativa objetividade com

relação à satisfação do direito atingido, preponderando, como orientação central, a idéia de sancionamento do ofensor, como forma de inibir a reiteração de casos futuros. Considerando, atrelado a todos esses aspectos, as circunstâncias concretas do caso, com a devida prudência e razoabilidade.

Isto é, doutrina e jurisprudência, via oblíqua, mantém, na essência, os critérios da Lei de Imprensa e do Código Brasileiro de Telecomunicações (revogados), seja sob que denominação for. Mas, frise-se, critérios, elementos ou parâmetros estão quase que "padronizados", mas a questão ainda continua, quanto à valoração.

Tenha-se em mente que mesmo com a aplicação de 'limites', há que se ter o balizamento, de forma a se evitar distorções e desproporções. O Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisões recentes, atribuiu a título de danos morais, as seguintes quantias:

> *- 500 salários mínimos: ação de adolescente contra a Fazenda do Estado de São Paulo, em razão de ter sido baleada dentro do estabelecimento de ensino, resultando em paraplegia (Apel. Cível 58.495.5/5, Rel. Des. Xavier de Aquino, em 13.03.2000).*
>
> *- 1000 salários mínimos: ação de jovem contra clube esportivo, em virtude de acidente em piscina, resultando em tetraplegia (Apel. Cível 98.452-4/9-00, Rel. Des. Carlos Renato, em 31.08.2000).*
>
> *- R$10.000,00: ação de pais contra o Município de Araçatuba, em virtude da morte de filha de 25 anos, em acidente de trânsito (Apel. Cível 58.968-5/4-00, Rel. Des. Luiz Ganzerla, em 18.08.2000).*
>
> *- A desproporcionalidade: notícia jornalística se esvai na memória de terceiros e da própria Apelada, perdurando não mais do que alguns meses, enquanto um problema físico pode ser pela vida inteira. Valor da condenação não pode extrapolar parâmetros indenizatórios que vêm sendo repetidamente aplicados em pedidos feitos por magistrados, em virtude de matéria jornalística, supostamente causadora de dano moral. O*

Min. César Asfor Rocha asseverou: "Em diversos precedentes, tenho me pronunciado no sentido de fixar com muita moderação o valor indenizatório, decorrente de dano moral. Aliás, esta turma tem adotado como parâmetro, ainda que sem muita rigidez, o limite máximo de no valor correspondente a 500 salários mínimos, para reparação de dano moral, e ainda assim, quando se cuida de perda de ente próximo e querido. Quando se trata de magistrado ofendido pela imprensa, tenho entendido que a reparação por ele perseguida deverá estar muito mais próxima da satisfação íntima de obter reconhecimento judicial de que o ofensor de sua honra errou, mentiu ou transbordou das pautas normais de comportamento, do que meramente ser compensado com algum tipo de pecúnia, o dinheiro não nos anima, nem nos conforta nessas ações. Por esses pressupostos, acompanho o eminente Min. Barros Monteiro em todos os pontos abordados em seu judicioso voto, discordando de Sua Exa apenas para fixar o valor da condenação no correspondente a 100 salários mínimos". (4ª T, STJ, REsp 148.212/RJ, provendo parcialmente o recurso, reduziu para 100 salários mínimos uma indenização fixada pelo Tribunal de origem em 1.000 salários mínimos).

Reforça-se que o texto maior prevê a indenizabilidade irrestrita. Assim, a tarefa fica para os Tribunais estabelecer quantias compatíveis, proporcionais ao abuso do exercício da liberdade de imprensa. STJ exerce o controle de valores, ora aumentando, ora diminuindo.

7.7.1. Projetos de Lei: fixação de valores e critérios

Conforme números do STJ, para onde converge esse tipo de ação, os processos se multiplicam a cada ano. Dispararam de 728 casos em 1999 para 1.348 em 2000 e para 1.666 em 2001. Dado este que vai ao encontro do citado no item 7.6.1.2 desse estudo, conforme pesquisa feita no *site* Consultor Jurídico, com base de dados de 2003, mostra que tramitam quase 3.400 processos por danos morais, só no eixo Rio-São Paulo, bem como que entre 1993 e 2002 multiplicou por 50 o número de ações por danos morais no Superior Tribunal de Justiça.

Da mesma forma, têm sido freqüentes os pedidos de indenizações exorbitantes. Exemplo recente mais notável é a sentença, emitida pela Justiça do Maranhão, favorável a um pedido de reparação moral no valor de R$ 258 milhões contra o Banco do Brasil, pela devolução indevida de um cheque de pouco mais de R$ 600,00. A decisão foi revista pelo STJ. **Os Ministros** não só rebaixaram a indenização para R$ 3.600,00 como **decidiram estabelecer um teto indenizatório de 500 salários mínimos para ações do gênero**. (grifos do autor)

O Poder Legislativo está estudando uma forma de parametrizar as reparações por danos morais. A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) do Senado deu parecer favorável, após análise do Projeto de Lei nº 150, de 1999, do Senado Federal, que aprovou limites para fixação de valores a serem arbitrados em casos de pleitos por danos morais. Aguarda para ser submetido ao plenário da Casa, seguindo depois para a Câmara dos Deputados. Conforme o substitutivo aprovado, haveria limites de valores de acordo com a gravidade da ofensa, variando de R$ 20.000,00 a R$ 180.000,00.

A proposta dos Senadores ocorre em um momento em que se discute a multiplicação das ações por danos morais no Brasil, bem como os recorrentes pedidos de indenizações milionárias. Esse movimento já foi classificado por magistrados como a 'indústria de indenizações'.

Dentre os defensores do Projeto que fizeram parte do grupo de magistrados que tomou a decisão acima citada, está o Ministro do STJ, César Asfor Rocha.[220] Ele entende o PL do Senado, como uma

[220] Fonte: Folha Online, 17/06/2002. Disponível http://www.tecnolink.com.br/dsv/cadejur/forum/vermensagem.asp?cod=5&cod2=28. Acesso 25.12.05, às 14.58h.

tentativa de disciplinar a matéria, mas que deve ser avaliada com cautela.

> *"O problema é que não há critérios objetivos para quantificar o dano moral", afirmou o Ministro. "Como estabelecer o que deve ser pago a quem perde um filho? E quem fica com seqüelas de uma cirurgia plástica, ou sofre uma ofensa por intermédio da imprensa? Ou seja, o espectro é amplíssimo. Já é difícil especificar o dano, quanto mais o limite da indenização".*

Asfor Rocha afirma que, pessoalmente, é favorável a que se estabeleça um limite, com a intenção didática de evitar abusos. *"Mas a Constituição determina que a reparação deve ser ampla e total e, em alguns casos, poderá ser superior a R$180 mil".*

Afirma que a solução seria uma "brecha" na legislação, que contemplasse "as situações excepcionais" que merecessem indenização superior ao teto. Por valer a pena, ser razoável, permite-se concordar com tal pensamento.

Tramita, também o PL 7.124/2002, da Câmara Federal, com o mesmo objeto do PL do Senado, que fixa valores nos casos de ofensas de natureza leve e média, entre R$ 20.000,00 e R$ 90.000,00; para as graves, entre R$ 90.000,00 e R$ 180.000,00 e quanto aos parâmetros, também são similares. Hoje, R$ 180.000,00 equivaleria a 600 salários mínimos, considerando o salário mínimo de R$ 300,00 (base dez/2005).

Os critérios para determinação da gravidade da ação, conforme o PL são: os reflexos pessoais e sociais; a possibilidade de superação física ou psicológica; e a extensão e duração dos efeitos da ofensa. Na fixação do valor da indenização, o juiz levará em conta, ainda, a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas; as condições em que ocorreu a ofensa ou prejuízo moral; a intensidade

do sofrimento ou humilhação; o grau de dolo ou culpa; a existência de retratação espontânea; o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão; e o perdão, tácito ou expresso.

Entretanto, se aprovado qualquer destes Projetos de Lei, um óbice deve aparecer de imediato, como já citado nesse estudo, uma possível argüição de inconstitucionalidade. Pois, o escalonamento de indenização por danos morais já constava da Lei de Imprensa, quando danos fossem causados por culpa, arts. 51 e 52, não sendo, portanto, novidade. No entanto, a clara fixação de limites escalonados por gravidade dos danos, de forma crescente e proporcional, conforme o tipo de lesão, para os tribunais superiores está afastada, em face do entendimento de que a determinação de indenização por danos morais da CF/88 é incompatível com qualquer parâmetro limitativo.

Há, ainda, tramitando, o PL 3.232, de 1992, para atualizar a Lei de Imprensa. Em seu art. 6º não fixa critérios concretos para o valor da indenização nas condenações devidas pelos meios de comunicação, cumprindo, assim, os ditames da CF/88, ao estabelecer a indenizabilidade irrestrita, conforme art. 5º, inc. V. Mas considera interessante o critério, para se atingir o valor da indenização, na hipótese de condenação numa ação de reparação de danos proposta contra qualquer meio de comunicação social, que atrela esse valor ao faturamento do ano anterior da empresa.

Permite-se, aqui, discordar de tal entendimento quanto à esse critério, por entender ser inviável, pois se está trabalhando sob dois referenciais, totalmente distintos. Uma condenação ser baseada no faturamento, é esquecer de vez os princípios, já citados, da proporcionalidade, razoabilidade e do 'valor justo'. Pois, no faturamento, computam-se todas as entradas, e nenhuma saída, tais como os tributos, as vendas não recebidas (inadimplentes),

investimentos, folha de pagamento e reflexos, empréstimos, e todos os custos que se tem para manter-se uma empresa operando, num país que tem a mais alta carga tributária do mundo. Deste modo, a diferença entre um e outro é que mantém as empresas operando. Ao se utilizar o faturamento ou a receita bruta como referência principal para o cálculo, para uma indústria que não possui filiais e o valor da receita deverá ser o nacional, no caso de uma ação que tramita em determinado estado, pois nem sempre se consegue trazer a ação para a sede da empresa, é um verdadeiro absurdo financeiro. Conclui-se que é uma sanção exagerada que merece ser revista.

Para a maioria dos magistrados e ministros do STJ, a CF/88 estipula que a reparação deve ser integral. Deste modo, uma lei infraconstitucional não pode estabelecer um teto, uma compensação tarifada, mesmo com o parecer favorável da CCJC, considerando que a proposição tem por objetivo disciplinar o instituto do dano moral e oferecer parâmetros ao juiz para a fixação do *quantum* indenizatório, complementando, assim, o disposto no art. 5º, incs. V e X da CF/88, de sorte a entender ser compatível e complementar a esta.

Os que militam na área defendem que o dano moral é necessariamente inquantificável, e forma fixa e definitiva. São realmente inestimáveis, pois cada um tem sua moral, sua sensibilidade, sua formação e sente os efeitos dos atos da vida de forma diferente. Mas, são danos inestimáveis mesmo, ou seja, jamais serão estimados, nem mesmo ao longo da instrução processual, tanto que a indenização que se lhe confere não tem cunho reparatório, mas compensatório. Sem esquecer de citar o caráter educativo-pedagógico, inibindo novos ataques morais pelo ofensor.

Em virtude disso, entende ser necessário adotar critérios mínimos básicos, para a indenização, ficando a valoração final, a cargo

do magistrado, que exercerá papel fundamental, para aumentar ou reduzir, conforme o caso concreto.

7.8. Indenização por dano moral na Lei de Imprensa e na Constituição Federal de 1988

Como já citado, com a promulgação da CF/88, fazendo referências à liberdade de expressão e comunicação e à obrigação de indenizar, em caso de atitude ilícita ou abusiva, causar dano à pessoa, surgiu a discussão: teria a CF/88 derrogado parcial ou totalmente a Lei de Imprensa (5.250/67), ou teria ela sido recepcionada em sua plenitude, pelo princípio da recepção?

No que tange à fixação do *"quantum"* indenizatório, com limitação de teto máximo, como disciplinado pela Lei 5.250/67, constata-se que na CF/88 nenhuma fixação é mencionada no art. 5º, inc. X: *"são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*". Assim sendo, admitir um teto indenizatório, fixo e definitivo, constituiria numa incompatibilidade à CF/88.

A CF/88, no art. 5º, inc. V, dispõe: "*é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material ou moral ou à imagem*". Aqui, idem, não é mencionada qualquer limitação, e ainda permite que após o direito de resposta seja cabível a indenização.

> *STJ. RESPONSABILIDADE CIVIL. Lei de Imprensa. Notícia Jornalística. Abuso do direito de narrar. Responsabilidade tarifada e prazo decadencial. Inaplicabilidade. Não-recepção pela CF/88. Dano moral. Pedido certo, mesmo se não quantificado o valor indenizatório. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Quantum indenizatório. Controle*

pelo STJ. Valor excessivo. Caso concreto. Precedentes. Doutrina. Recurso provido apenas para reduzir o valor indenizatório. I - Na linha de entendimento da Turma, é "desnecessária, na ação de indenização por dano moral, a formulação, na exordial, de pedido certo relativamente ao montante da indenização postulada pelo autor". II - A responsabilidade tarifada da Lei de Imprensa, assim como o prazo decadencial nela previsto, não foram recepcionados pela CF/88. III - O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do STJ, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do autor e, ainda, ao porte econômico do réu, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. IV - Na espécie dos autos, o valor fixado a título de danos morais não se mostrou razoável, notadamente em razão dos precedentes da Turma em casos mais graves. V - Não há negativa de prestação jurisdicional quando examinados todos os pontos controvertidos dos autos. Ademais, os embargos de declaração não são a via apropriada para que a parte interessada demonstre seu inconformismo com as razões de decidir. REsp 243093/RJ. (REsp 1999/0118316-2 Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4ª T, j. 14.03.2000, DJ 18.09.2000, p. 135).

Mas, entende-se que a CF/88 não derrogou toda a parte referente à responsabilidade civil, prevista na Lei de Imprensa. O que se verifica, é que não é admitido qualquer limite a valor.

Na prática, a jurisprudência pós-Constituição tem se manifestado das mais diversas maneiras. Nos idos de 1990 até 2000 eram mais comuns julgados fazerem referência aos arts. derrogados da Lei de Imprensa e valorarem, conseqüentemente, por eles. Depois, constata-se que os parâmetros continuam sendo utilizados, bem como os do Código Brasileiro de Telecomunicações, cujos arts. também estão derrogados, mas o *quantum,* na maioria dos julgados de primeira instância, não é mais obedecido. Muito pelo contrário, foi elevado, na maioria dos casos, de forma abusiva, principalmente quando envolve juízes, delegados federais, políticos e determinados artistas, como

citado em jurisprudências neste estudo. Cabendo, então ao STJ, adequar o valor ao dano causado.

7.9. Questões processuais

7.9.1. Pedido certo e determinado

Não será aprofundado o estudo no que tange às questões processuais, mas fica a advertência de que elas são decorrentes das disparidades que hoje se têm, no que tange à reparação do dano moral.

Uma das primeiras questões que se apresenta é a de que deveria o pedido ser certo (expresso, explícito) e determinado (definido em sua quantidade), quanto ao valor da indenização por danos morais, cujo reflexo imediato seria sobre o valor atribuído à causa.

Assim a questão relevante que surge é se o pedido constante da petição inicial deve ser certo e determinado, isto é, se deve o autor fixar um valor, a título de danos morais, ou formular um pedido genérico de indenização, com base no CPC, art. 286, inc. II.

> ***CPC. Art. 286.*** *O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico: (...)* ***II.*** *Quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito.*

Entende-se que este dispositivo não autoriza o pedido genérico em ações de indenização para reparação de dano moral. Havendo dificuldade para se chegar ao *quantum*, caberá ao autor determinar seu pedido, sob pena de não dar ao réu, condição de defesa. Somente o autor poderá mensurar o *quantum* que será suficiente para minimizar os sentimentos de revolta e indignação. Deste modo, nas ações indenizatórias de dano moral o correto seria fazer pedido certo e determinado.

Pontes de Miranda[221], em seus comentários, afirma que no pedido genérico exige-se que seja certo e preciso na sua generalidade. Fora daí, é vago, e inepta a petição, por se tratar de incerteza absoluta. Assim, apesar da lei admitir pedido genérico, isto não quer dizer que o autor esteja dispensado de apresentar, pelo menos, elementos determinados para valoração do prejuízo, deixando para a execução a demonstração desse valor. Embora se entenda que para o dano moral o pedido deveria ser certo e determinado.

Moacyr Amaral dos Santos[222] ensina que: *"o pedido é certo e determinado no tocante ao an debeatur (o que nos é devido), indeterminado no tocante ao quantum debeatur (quanto nos é devido)".*

O pedido não pode ser simples protesto por perdas e danos. Decisões nesse sentido:

> *Ação Indenizatória. Dano moral. Valor da causa. Autor que deve, de pronto, na inicial, estimar o valor de sua pretensão. Ausência de menção do quantum pretendido que não dará ao réu a possibilidade de contrariar o pedido de forma pontual, obstando o direito à ampla defesa e ao contraditório. Ementa oficial: Nas ações indenizatórias por dano moral, o autor da demanda deve, de pronto, na inicial, estimar o valor da sua pretensão, pois, em não sendo mencionado o quantum pretendido, não se dará ao réu a possibilidade de contrariar o pedido de forma pontual, com objetividade e eficiência, obstando, assim, o seu direito à ampla defesa e ao contraditório. TJSP, AgIn 143.520-4/1-00, 8ª Câm., Rela. Desa. Zélia M. A. Alves, m.v, j. 15.5.2000.* [RT 781/232]

Do relatório da Desa. Zélia Maria Antunes Alves, na decisão acima citada, há comentários, com os quais harmoniza-se:

> *"Imperioso acrescentar que só a própria vítima do dano moral tem condições de saber a profundidade da lesão sofrida e o*

[221] Pontes de Miranda, C*omentário ao Código de Processo Civil,* T. IV, p. 34.

[222] Moacyr Amaral dos Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil,* vol. 2. p. 132; Enciclopédia do Advogado (*an et quantum debeatur* - o que se deve e quanto se deve), p. 31.

quanto bastaria, em termos de dinheiro, para reparar, satisfatoriamente, a sua dor moral, o seu desconforto, o seu sofrimento, enfim, para recompor a sua dignidade, a sua honra. Assim, a vítima, por ser a única que tem condições de quantificar o valor exato do dano moral, deve informar ao julgador, de pronto, na inicial, qual o valor que pretende ser indenizado – valor estimado, para a fixação da indenização".

Decisão, da 7ª Câmara, abaixo transcrita, cujo relator foi o Des. Leite Cintra menciona que as ações indenizatórias por danos morais decorrentes de suposta ocorrência de crime contra a honra do autor, a natureza do pedido não se enquadra nas hipóteses legais em que se permite ao autor a formulação de pedido genérico. Ressalta que, por força das peculiaridades do pedido de indenização por danos morais, a fixação do valor, embora obrigatório, possui caráter estimativo, não estando o juiz intrinsecamente adstrito aos seus termos.

Dano moral. Indenização. Necessidade de que o pedido da verba seja certo e determinado para não ficar a fixação ao arbítrio do Juiz e possibilitar ao réu contrariar a pretensão. Ementa oficial: É de rigor que o pedido de indenização por danos morais seja certo e determinado, para que não fique somente ao arbítrio do juiz a fixação do 'quantum', como também para que seja dada ao réu possibilidade de contrariar a pretensão do autor de forma pontual, com objetividade e eficácia, de modo a garantir-lhe o direito à ampla defesa e ao contraditório. TJSP, 7ª Câm., Rel. Des. Leite Cintra, AgIn 091.263-4/5, v.u., j. 11.11.1998. [RT 761/242]

Porém, há quem entenda que não podendo o autor mensurar o dano, é cabível o pedido genérico, permitido em lei, para tais situações, tratadas como exceção. A sentença vai determinar a obrigação de indenizar, deixando para a liquidação a determinação do valor. Mas, é fundamental, para qualquer ação, que o autor indique a sua pretensão econômica mínima, que claramente difere da estimativa de dano.

Decisões nesse sentido:

Valor da causa. Ação indenizatória. Dano moral. Pedido genérico. Admissibilidade. Valor da demanda que deve ser sempre estimativo, para fins exclusivamente fiscais, desde que não seja exagerado. Inteligência do art. 286 do CPC. O valor da verba indenizatória nas ações de indenização por dano moral, somente será arbitrado pelo juiz no momento da prolação da sentença, com o encerramento da instrução, quando, então, serão apurados todos os elementos que permitirão uma justa estimativa. Assim, a petição inicial, para estar correta, deve conter pedido genérico, nos moldes do art. 286 do CPC, pois o valor da causa, em tal hipótese, deve ser sempre estimativo, para fins exclusivamente fiscais, desde que não seja exagerado. 1º TACivSP, 4ª Câm. AgIn 968.797-6, , v.u., Rel. Juiz Rizzatto Nunes. [RT 790/294]

Dano moral. Indenização. Pedido formulado de forma genérica. Irrelevância, que o pedido de indenização por dano moral tenha sido proposto de forma genérica, uma vez que cabe ao prudente arbítrio do juiz a fixação do quantum a título de reparação. 2º TACivSP, AgIn 538896-00/0, Rel. Carlos Stroppa, j. 15.9.1998. [RT 760/310]

Indenização. Dano moral. Não indicação do quantum na inicial. Irrelevância. Inteligência do art. 286, II, do CPC. Ementa oficial: Não resulta em inépcia da inicial o pedido genérico de indenização para reparação por dano moral, vez que seu valor é fixado pelo prudente arbítrio do juiz da causa. Ementa da redação: No dano moral, o pretium dolores, por sua própria incomensurabilidade, fica a critério do Juiz, que fixa o respectivo valor, de acordo com seu prudente arbítrio, o que não configura cerceamento de defesa do réu. STJ. [RT 730/307]

Dano moral. Exigência judicial de formulação de pedido certo do quantum pretendido a título de indenização. Dispensabilidade. Valor da causa. CPC, arts. 286, II, e 258. Incidência. I. Desnecessária, na ação de indenização por dano moral, a formulação, na exordial, de pedido certo relativamente ao montante da indenização postulada pelo autor. Aplicação à espécie do art. 286, II, da lei adjetiva civil. II. Valor da causa regido pelo preceito do art. 258 do CPC. III. Recurso especial conhecido e provido. REsp 175362/RJ; 1998/ 0038513-4. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª T, j. 07.10.1999, DJ 06.12.1999, p. 95.

Entende-se que apesar do CPC admitir pedido genérico, o autor não está dispensado de apresentar, pelo menos, elementos

determinantes da valoração. Embora, frise-se novamente, ninguém melhor do que o autor para delimitar na inicial, o valor da indenização pretendida.

7.9.2. Valor atribuído à causa

Decorrente da polêmica obrigatoriedade do autor indicar na ação de indenização por dano moral, envolvendo a atuação dos meios de comunicação, o valor da indenização pretendida, o reflexo prático direto está na fixação do valor da causa. Ato processual, requisito da petição inicial, e de onde decorrem várias repercussões processuais: custas iniciais, definição do procedimento, fixação dos honorários, definição de competência etc.

> ***CPC. Art. 258****. A toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato.*

Nas ações de indenização por dano moral, o valor da causa não encontra parâmetros no art. 259 do CPC, mas sim no art. 258 do mesmo estatuto.

O valor da causa tem três funções fundamentais: interesse fiscal (recolhimento das custas do processo), fixação de competência (alçada) e composição dos honorários advocatícios. O interesse fiscal pode prejudicar a ampla defesa do réu e acesso ao segundo grau de jurisdição, se atribuído valor exagerado à causa, em especial quando o autor é beneficiário da assistência judiciária gratuita e, nessa condição, fica dispensado, ao menos enquanto permanecer nessa situação, do pagamento das custas.

Na decisão abaixo, a autora pleiteia aproximadamente 2.000 salários mínimos (R$ 272.000,00), sendo beneficiária da justiça

gratuita. O pólo passivo apresentou impugnação ao valor da causa. O agravo considerou que o altíssimo valor da demanda cria um óbice para o exercício da ampla defesa, em face do custo elevado da taxa a ser recolhida para preparo de recursos e outras despesas afins, e que o correto seria atribuir a importância de cem salários mínimos (R$ 13.600,00), o máximo do Código de Telecomunicações. A Turma Julgadora recomendou escolher outro método para apurar o preço certo da causa, reservando debates sobre quais os critérios definidores do arbitramento da indenização por dano moral:

> *Valor da causa. Ação de indenizatória. Dano moral. Pedido determinado para indenização. Quantia que deve prevalecer para a demanda por corresponder ao benefício patrimonial pretendido. Inteligência dos arts. 258 e 259 do CPC. Se o pedido é certo e determinado, deve ser este o valor da causa, conforme dispõe o art. 259, CPC. Se genérico, isto é, se o autor não estipular um valor certo, aplica-se o art. 258, CPC. (TACivSP, 5ª Câm., Rel. Álvaro Torres Júnior, AgIn 931.653-2, v.u. , j. 16.08.2000).* [RT 786/306]

> *Valor da causa. Ação indenizatória. Dano moral. Demanda ajuizada com estimativa de altíssima expressão monetária, gerando elevado custo no preparo de recursos. Juiz que, em tal hipótese, deve exercer um controle efetivo sobre a fixação do quantum atribuído à causa. Observância da par condicio, base do princípio da igualdade processual. Cumpre ao juiz exercer um controle efetivo sobre a questão do valor da ação de indenização por dano moral (art. 258 do CPC, sob pena de violentar a par condicio, base do princípio da igualdade processual, pelo elevado custo do preparo de recursos em demandas ajuizadas com estimativas de altíssima expressao monetária. (AgIn 136.389.4/6- 3ª Câm., j. 30.11.99, v.u., Rel Ênio Santarelli Zuliani).* [RT 775/243]

> *STJ. 4ª T. Ementa: Processual civil. Impugnação ao valor da causa. Reparação de danos moral e material. Valor econômico previamente estabelecido pelo autor na inicial. Art. 259 do Código de Processo Civil. O valor da causa, em ação de reparação de danos morais, é o da condenação postulada se esta já foi de antemão economicamente mensurada pelo autor na inicial. Recurso provido. REsp 143.553/RJ. Rel. César Asfor Rocha, j. 25.11.1997. DJ de 20.4.98, p. 91*.

No que tange às ações de indenização por dano moral, em face da liberdade de expressão e comunicação *versus* os direitos da personalidade, nota-se que os autores litigam atribuindo baixos valores às demandas no valor da causa e pleiteando valores exorbitantes, pois elencam, no pedido, vários critérios para o 'livre convencimento do juiz', permitindo-se projeções milionárias. Quando o autor perde a ação, ele não é punido por tentar a 'sorte grande' ante ao Poder Judiciário. Gerando o pagamento de ínfimas custas, em caso de derrota, sem considerar a questão dos honorários advocatícios. Mas, para este item, há o questionamento ético do profissional que a patrocinou.

Por trás da questão do valor da causa há a preocupação de ordem moral, que é evitar o ingresso de demandas abusivas.

Nada impede que o réu impugne o valor atribuído à causa pelo autor, não podendo, porém, o juiz modificá-lo de ofício, a não ser que haja pedido com valor certo e determinado, bem como critérios fixados em lei. Porém, há momento oportuno para impugnar o valor da causa.

> ***CPC. Art. 261.*** *O réu poderá impugnar, no prazo da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor. A impugnação será autuada em apenso, ouvindo-se o autor no prazo de cinco dias. Em seguida o juiz, sem suspender o processo, servindo-se, quando necessário do auxilio de perito, determinará, no prazo de dez dias, o valor da causa. Parágrafo único. Não havendo impugnação, presume-se aceito o valor atribuído à causa na petição inicial.*
>
> *Não pode haver modificação do valor da causa, 'ex officio', em 2ª instancia. (RTJ 128/810, voto do Min. Aldir Passarinho, p. 812).*

Antônio Cláudio da Costa Machado[223] traz a seguinte orientação:

> *"Havendo impugnação do valor da causa em ação onde se pleiteie indenização por dano moral, cabe ao juiz fixá-lo de acordo com a relevância e o significado da causa para as partes (...). A lei, em tal caso, não fixa o valor que deva ser indicado na inicial (...). Para que não prevaleça sempre o arbítrio da parte, faculta a lei que a outra, inconformada, o impugne (art. 261, CPC). E assim sendo, não estabelecendo a lei processual regra específica (art. 259, CPC), resta ao magistrado, sopesando as circunstâncias, fixar o valor da causa (TJSP, 8ª Câm. AgIn 14.176-2, Rel. Álvares Cruz – Arruda Alvim, Jurisprudência, cit., v. 16. p. 229)".*

Por outro lado, quando é atribuído elevado valor à causa, a parte vencida encontra-se impossibilitada de arcar com as custas de preparo para recorrer. Nesse caso, o juiz pode exercer o controle efetivo do valor da causa, diminuindo a quantia atribuída, para que não seja violado o princípio da igualdade processual.

7.9.3. Liquidação da sentença

O Código de Processo Civil no art. 286 possibilita que o autor formule pedido genérico (inciso II), permitindo ao juiz prolatar uma sentença sem liquidez. Para completá-la com o requisito da liquidez, determinando o valor da condenação, na parte que trata do processo de execução, no mesmo ordenamento, encontram-se disciplinadas para as execuções em geral, as formas de liquidação da sentença (CPC, arts. 603 a 611). A liquidação por arbitramento, art. 606, cuja finalidade é a definição do *quantum debeatur,* é a que interessa ao presente estudo.

Normalmente, a sentença é prolatada de maneira

[223] Antônio Cláudio da Costa Machado, Manual do valor da causa. SP: Saraiva, 1995, p. 74, *apud* Álvaro Couri Antunes Sousa, *O valor da causa nas ações indenizatórias por danos morais*, RT 783/194.

genérica em razão da natureza do objeto da liquidação, que depende da participação de um perito na quantificação do dano, e se for necessária perícia, esta se processará, conforme o art. 605, do CPC. A liquidação de sentença por arbitramento torna a prestação jurisdicional mais lenta.

O arbitramento está previsto no CC/2002, no art. 953. Assim, judicializada a lide e, finda a instrução probatória, têm-se suficientes elementos para condenação, cabendo ao juiz desde logo, na sentença, proceder ao arbitramento do valor da indenização, isto é, no momento imediatamente posterior à verificação da prova do fato danoso e da obrigação de indenizar. Arbitramento este, impropriamente tido como liquidação da indenização.

Utiliza-se o art. 459 do CPC, embora este cite o pedido certo, mesmo nos casos do art. 286, inc. II, do mesmo diploma legal, que permite a possibilidade de pedido genérico, o entendimento atual é de que o juiz na sentença fixe o valor da condenação.

> ***CPC. Art. 459****. O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá de forma concisa. Parágrafo único. Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida.*

O ideal é a fixação do valor na sentença, pelo juiz, pois os parâmetros para quantificação dos danos morais à privacidade são indicados pela doutrina e jurisprudência, o que possibilita atingir o justo valor da indenização. Sendo, atualmente consenso jurisprudencial e firmado entendimento doutrinário, no sentido de que a fixação do valor da indenização, por arbitramento do juiz, deve ocorrer na própria sentença condenatória. Posicionamento este reiterado em recente julgado do STJ:

O magistrado pode, e deve, fixar desde logo o valor da indenização por dano moral, ainda que a inicial tenha requerido a apuração por arbitramento, quando presentes as condições para tanto. STJ. 3ª Turma, REsp 399.024/RS, Rel. Min. Menezes Direito, j. 29.11.02, deram provimento parcial, v.u., DJU 24.02.03, p.223.

"... o arbitramento da indenização por danos morais pode, sim, ser feito desde logo, mesmo que haja pedido para que o quantum seja apurado em liquidação, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional". (REsp 331.295, SP, Rel. Min. Sálvio F. Teixeira, DJU 04.02.2002).

Pedido de indenização. Ainda que o pedido seja genérico, o juiz que disponha de elementos para desde logo arbitrar o valor da condenação poderá fazê-lo. STJ. 4ª T., REsp 285.630/SP, Rel. Min. Ruy Rosado, j. 16.10.01, v.u., DJU 04.02.02, p. 377.

Este momento decisório é de grande importância, justamente porque materializa a entrega efetiva da prestação jurisdicional reivindicada. Encerra-se o processo de conhecimento e inicia-se o processo de execução.

Não se pode deixar de mencionar a recente Lei 11.232/2005, de 22.12.2005, publicada em 23.12.2005, contendo nove artigos e *vacatio legis* de seis meses, que altera o modelo do atual Código de Processo Civil de 1973, em que Alfredo Buzaid previu conhecimento e execução, como dois processos autônomos. Sendo a pretensão uma só, não é razoável que sejam necessários duas fases processuais. Em 2002, a Lei 10.444 suprimiu o processo autônomo de execução para as sentenças não condenatórias (arts. 461 e 461-A). A Lei 11.232/05 elimina o processo autônomo de execução nas sentenças condenatórias, fazendo com que seja uma continuação dentro do processo de conhecimento. Dessa forma, a partir de 23.06.2006 o processo de execução não será como é hoje, um processo autônomo ao de conhecimento.

Sérgio Shimura[224] analisando as propostas da nova Lei, afirma que estas visam a tornar a execução da sentença como mera fase, subseqüente à fase de conhecimento, num sincretismo processual, unindo num único processo as duas atividades, cognitiva e satisfativa. A liquidação e o cumprimento da sentença vão para o livro do processo de conhecimento, o que tornará mais célere a satisfação do direito da parte no processo. Pois hoje, terminado o processo de conhecimento, inicia-se o da execução, que se arrasta por longos anos. E é a execução que satisfaz o direito obtido. Abaixo, apertada síntese das alterações.

A primeira alteração é a que se dá no art. 162, §1º, com a mudança do conceito de sentença, acabando com a idéia de que põe fim ao processo e com a ruptura entre os processos de conhecimento e execução.

No que tange à liquidação da sentença, ela foi transportada para o processo de conhecimento, como já citado, saindo do Livro II do CPC e formando o Capítulo IX do Título VIII, do Livro I, denominado "Da liquidação da sentença", resultando na renumeração e alteração de alguns artigos, em seqüência à etapa do processo de conhecimento (arts. 475-A a 475-H). A apuração do *quantum debeatur* seguirá uma dessas três formas: a) indicação do valor pelo próprio credor; b) por arbitramento; e c) por artigos. A primeira se dá quando a apuração pode ser realizada mediante simples cálculo aritmético, apresentados pelo credor ou apurados pelo contador judicial (art. 475-B). A segunda forma ocorre quando a sentença assim o determina ou há convenção das partes, ou, ainda, quando exige a natureza do objeto da liquidação (art. 475-C). Normalmente, a liquidação por arbitramento é cabível quando são necessários conhecimentos técnicos específicos para a fixação do valor. A por artigos é feita quando, para determinar o

[224] Sérgio Shimura, *Cumprimento da sentença*, p. 242. *In:* Sérgio Shimura e Daniel A. Assumpção Neves (coord.), *Execução no processo civil: novidades & tendências.*

valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo (art. 475-E).

Para a fase de liquidação de sentença, a parte será, simplesmente, intimada na pessoa de seu advogado (art. 475-A, § 1º). Essa inovação tem como finalidade agilizar a prestação jurisdicional, considerando que a intimação do devedor é sempre mais difícil. Poderá ser requerida a liquidação, mesmo estando pendente de recurso contra a decisão condenatória ilíquida. Anteriormente à nova lei, a parte somente poderia dar início à liquidação da sentença após julgamento do recurso de apelação recebido com efeito suspensivo, julgamento este que poderia levar anos. Com a nova lei, a liquidação será processada em autos apartados, no juízo de origem, cumprindo ao liquidante instruir o pedido com as peças processuais pertinentes (art. 475-A, § 2º). Da decisão de liquidação caberá agravo de instrumento, por se tratar de decisão interlocutória (art. 475-H).

Embora, nesse item do presente estudo, esteja-se tratando da liquidação da sentença, importante citar as alterações no cumprimento da sentença. Referida lei criou o Capítulo X do Título VIII do Livro I, designado "Do cumprimento da sentença", composto pelos arts. 475-I a 475-R, podendo-se afirmar que esse é ponto onde haverão as mais significativas mudanças no mundo dos fatos.

O art. 475-I, § 1º conceitua execução definitiva e provisória, adotando posição consolidada pelo STJ: definitiva a execução da sentença transitada em julgado, e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.

O art. 475-J estipula que a execução não será mais efetuada em autos apartados, não requerendo nova petição inicial.

Quando a condenação for em quantia certa ou se já liqüidada na sentença, o devedor deverá efetuar o pagamento em quinze dias, sob pena de incidência automática de multa, de caráter punitivo, no percentual de 10% sobre o valor da condenação. Caso o devedor não pague espontaneamente, o credor requererá o cumprimento da sentença e apresentará memória de cálculo da condenação, na qual estará inserido o valor da multa. Apresentada a memória de cálculo pelo credor, será imediatamente expedido mandado de penhora e avaliação. O direito de nomear bens à penhora fica reservado ao credor (art. 475-J, § 3º), e a avaliação será feita, em princípio, pelo oficial de justiça. A dúvida reside na questão do dia em que esse prazo começa a contar. Entende-se que sejam quinze dias do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nas execuções provisórias, não deve incidir a multa, haja vista o devedor não ter o dever de cumprir espontaneamente a sentença que não transitou em julgado.

Se o pedido for genérico e o juiz não fixar na sentença a valoração, deve ocorrer a fixação do seu valor antes do início do processo de execução, conforme dispõe o art. 586 do CPC a execução deve fundar-se em título líquido, certo e exigível. Embora deixe de ser processo de execução autônomo, continua a ter natureza de atividade executiva, pois modifica o mundo de fato, buscando satisfazer o direito do credor.

A defesa do devedor passa a ser a da impugnação, mero procedimento incidental do processo de conhecimento, no prazo de quinze dias, contados da respectiva intimação da penhora e da avaliação, e não mais da juntada da prova da intimação. A impugnação não suspende o curso do processo, porém o juiz poderá atribuir esse efeito, desde que relevantes seus fundamentos e haja risco de dano

grave ou de incerta reparação ao executado (art. 475-M). Mesmo que seja concedido efeito suspensivo, é lícito ao credor prosseguir na execução se oferecer caução suficiente e idônea (art. 475-M, § 1º). Poderá ser dispensada a caução para alienação de domínio ou levantamento de depósito em dinheiro, na execução provisória, no que é pertinente ao tema tratado nesse estudo, ou seja, decorrente de ato ilícito, nas hipóteses que envolvam a quantia de até sessenta salários mínimos e o credor demonstrar situação de necessidade, ou no caso de pendência de agravo de instrumento junto ao STF ou ao STJ (art. 475-O, § 2º, incs. I e II).

A execução poderá se dar perante os tribunais, nas causas de sua competência originária ou no juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição (art. 475-P, parágrafo único), essa competência opcional quanto ao foro competente (competência concorrente), tem a finalidade de atender ao princípio da brevidade e economia processual.[225]

Para José Ignácio Botelho de Mesquita[226] suprimindo a defesa do devedor por meio da ação de embargos, amputa-lhe o direito de ampla defesa assegurado pela CF/88. Mas, reconhece que do ponto de vista de mera aceleração do processo, "não poderia haver solução mais eficiente, consentânea e adequada à nossa realidade e aos tempos atuais". Afirma que as alterações foram criadas a esmo, sem a menor preocupação quanto às suas conseqüências práticas e não acredita que haja motivo para crer que o processo de execução atual seja demorado por falta das inovações que estão sendo implantadas. "Mais lento, contudo, é o Poder Público em aparelhar o processo de execução do que

---

[225] Sérgio Shimura, *Cumprimento da sentença*, p. 245. *In:* Sérgio Shimura e Daniel A. Assumpção Neves (coord.), *Execução no processo civil: novidades & tendências.*

[226] José Ignácio Botelho de Mesquita, *A nova execução da sentença civil. Mais alterações*, Revista do Advogado, abril/2005, nº 81, p. 60-63.

necessita para andar rápido. Rápido só é o Poder Público em reclamar dos processualistas soluções que eles não têm para dar, a não ser as que suprimem ou restringem o devido processo legal e que, compreensivelmente, são as que mais rapidamente transitam pelas casas do Congresso Nacional".

É válido supor que será preciso aguardar a aplicação da nova lei para verificar se efetivamente as mudanças culminarão em celeridade processual, pois algumas modificações são apenas semânticas ou topológicas, outras, porém, parecem que importam efetivas mudanças de paradigmas. As alterações não podem apenas importar em substituição de uma forma por outra, pois, nesse caso, permanecem as reais causas que impedem uma prestação jurisdicional rápida e efetiva, entre elas, o número reduzido de juízes, a carência de servidores e o excesso de recursos.

CONCLUSÕES

1. Não existe direito algum, nem mesmo os fundamentais, que possa ser considerado absoluto. Nem é viável, nos dias atuais, conseguir delimitar o público e privado de forma total e definitiva, pois não se pode deixar de considerar que o público e o privado, na modernidade, ficam cada vez mais dominados pela idéia de um direito social, patrocinado por um Estado social cuja função é zelar pelo bem-estar dos que compõem sua estrutura.

2. A atual Constituição Federal Brasileira assegura a liberdade ampla de expressão e comunicação, mas também assegura a inviolabilidade à privacidade da pessoa (intimidade, vida privada, honra e imagem). Portanto, nenhum dos dois é absoluto e finito em si, não existindo uma linha que os separe, mas sim um limite que permite que se harmonizem.

3. A liberdade de expressão e comunicação e a privacidade envolvem informações, notícias, fatos e acontecimentos sobre política (eleições, administração pública etc.), economia, sociedade, polícia, educação, cultura, esporte, viagem, curiosidades etc.

4. Havendo conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade da pessoa, pública ou não, o magistrado deve decidir, levando em consideração o princípio da proporcionalidade e o interesse público.

5. No que tange à censura hoje, no Brasil, tem-se liberdade de informação, positivada e garantida na Constituição. Mas, historicamente, nem sempre foi assim. Períodos de censura foram constatados na época do Estado Novo e mais recentemente, de 1964 a 1984. Censura é diferente de controle jurisdicional no que tange à

natureza deles: censura é ato de natureza política, e controle jurisdicional tem a natureza de ato judicial. Controle jurisdicional da legalidade, no exercício da liberdade de comunicação, é função típica reservada aos juízes e tribunais da democracia constitucional. Mediante provocação, o Poder Judiciário pode e deve exercê-lo.

6. Pode impor pena de apreensão de publicações ilegais, em alguns casos, suspensão de programas de rádio ou televisão, sanções pela veiculação ou transmissão, bem como proibir a publicação quando houver discriminação étnica, porém com ressalvas e responsabilidade e, acima de tudo, obedecendo ao princípio da legalidade. Entende-se que não só os veículos de comunicação exercem função social, mas também o Poder Judiciário. Se aqueles devem agir com responsabilidade e baseados em princípios éticos e da legalidade, assim, também deverá atuar o magistrado, ao conceder medida cautelar, liminar ou tutela antecipada. Mas, na prática, constatam-se alguns abusos de sua parte, principalmente na concessão destas.

7. Interesse público, argumento de fundamentação em decisões judiciais para impor limites aos direitos abordados no presente estudo, pouco se localizou, em termos de doutrina jurídica, sendo necessário recorrer a outras áreas para delimitá-lo, a fim de não esvaziá-lo. Ao final, conclui-se que é o interesse que em determinada sociedade gera reflexo, repercutindo em todos, ou na maioria, direta ou indiretamente, traduzindo as necessidades gerais dos membros desta sociedade, em prol de seu bem-estar, variando conforme os valores da sociedade e cultura da região. Difere da denominação 'interesse do público', interesse este em temas com reflexo na sociedade em geral, mas sem relação com *res* pública, ou seja, curiosidade pública, fofoca, mexerico etc. Notícia de interesse público, portanto, não se confunde com notícia de interesse do público. O público tem o direito de ser informado sobre 'quase' tudo, e a sociedade, preferencialmente, dá

mandato, aos veículos de comunicação, para agirem em seu nome, a fim de descobrirem fatos, curiosidades, investigarem autoridades, pessoas famosas etc., para informá-los. A diferença é que a curiosidade do público, não necessariamente precisa ter limites, mas, os veículos de comunicação devem ter, inclusive, ética no que divulgam.

8. Opinião pública tornou-se importante nas sociedades de massa, equivalendo ao senso comum da coletividade. Contempla aspectos positivos ao socializar politicamente os cidadãos, favorecendo o pluralismo destes e gerando mudanças na estrutura tradicional, decorrentes de discussões políticas. E, aspectos negativos ao conduzir a coletividade, através de intensa publicidade, divulgando informações falsas, para que a ela se manifeste, de forma superficial, mas reacionária, dentro do cenário preparado para tal. É a manipulação da opinião pública pelos veículos de comunicação de massa. Os líderes de opinião têm papel de relevância na formação da opinião pública, pois a comunicação autônoma dos veículos de comunicação de massa não substitui a comunicação pessoal. Opinião pública difere de pesquisa de opinião, sendo esta uma manifestação privada e realizada uma a uma, enquanto aquela se caracteriza pelo ato de haver debates públicos, tentando chegar-se a um consenso.

9. Quanto à necessidade de um sub-ramo do direito civil (direito da comunicação), abrangendo tudo que se relacione com a informação e telecomunicação, tecem-se as seguintes considerações: a) é necessário retomar o Projeto de Lei (PL 3.292/92) para atualizar a antiga Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), haja vista que este PL tramita desde 1992 e teve o último andamento em 1997 (há quase 10 anos), quando obteve texto final aprovado em votação unânime pela CCJC; b) é necessário também, agilizar o trâmite do PL da Lei de Comunicação de Massa ou Lei de Comunicação Social, que abrangerá toda a comunicação social eletrônica. Esta Lei, que era para estar concluída até

2004, ainda não o foi, sendo que, no final de 2005, o governo criou um grupo de estudos para analisar os seus impactos. Supõe-se, assim, que tão cedo, nenhum dos dois esteja concluído. Se não for aprovado e sancionado nenhum desses dois Projetos de Lei, entende-se que um ramo específico seria produtivo, o qual deveria reunir: imprensa, autoral, imagem (fotografia), propaganda, publicidade, cinema, audiovisual, bem como o tratamento a ser dado a estes, nos novos veículos de comunicação: televisão por assinatura (MMDS, Cabo ou satélite), *internet,* TV Digital, *Voz sobre Internet Protocol* (VoIP) e toda a convergência que já existe no país.

10. É cabível falar-se em direito da comunicação, haja vista que as questões relacionadas a este direito não se enquadram em um campo específico do direito já existente, isto é, nem totalmente pode ser considerado público, nem privado. Enquanto comunicação social, o direito constitucional é o suporte; quando aborda as concessões, permissões, autorizações para o serviço de radiodifusão de sons e imagens, utiliza-se do direito administrativo; no que tange a responsabilidade civil, o suporte vem do direito civil; a responsabilidade penal socorre-se do direito penal e, quando a informação é tratada como bem de consumo, o suporte é o Código de Defesa do Consumidor.

11. Divulgada a informação, fato ou notícia, por qualquer veículo de comunicação e determinada pessoa sentir que houve excesso, abuso ou inverdade no que foi divulgado, atingindo sua privacidade, mesmo que por via oblíqua, a ela é assegurado pleitear direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral e imagem.

12. No que tange às ações de indenização por dano moral, constata-se que, pelo fato de não se ter critérios objetivos básicos mínimos para nortear as decisões, há grandes disparidades,

principalmente nas de primeira e segunda instâncias. A Constituição de 1988 derrogou os artigos da Lei de Imprensa (5.250/67) e do Código Brasileiro de Telecomunicações (4.117/62), que estipulavam critérios e valores, deixando que o arbitramento do dano moral seja concedido com base no livre convencimento do magistrado, após processo de conhecimento, ou através de perícias, isto é, adotou-se o sistema aberto, ficando vedada qualquer 'tarifação' para a 'dor moral'.

13. Os dois problemas que hoje se apresentam, no que tange à reparação por dano moral são: especificar o dano e o limite da indenização. Desta forma, o não estabelecimento de critérios objetivos para quantificar o dano moral gera sérias distorções, às vezes valorando menos para quem perdeu um filho (bem envolvido - a vida), em relação a outra pessoa que teve a sua imagem utilizada sem autorização (direito à privacidade: intimidade, vida privada, honra e imagem), como visto em diversas decisões nesse estudo.

14. Entretanto, se aprovado qualquer um dos Projetos de Lei, no que tange à valoração (PL 7.124/02 e 150/99), um óbice deve aparecer de imediato, uma possível argüição de inconstitucionalidade. Pois, o escalonamento de indenização por danos morais já constava da Lei de Imprensa, quando estes fossem causados por culpa (arts 51 e 52), não sendo, portanto, novidade. No entanto, a clara fixação de limites escalonados por gravidade dos danos, de forma crescente e proporcional, conforme o tipo de lesão, para os tribunais superiores está afastada, em face do entendimento de que a determinação de indenização por danos morais da Constituição é incompatível com qualquer parâmetro limitativo.

15. Tramita, também, o PL 3.232/92, para atualizar a Lei de Imprensa, e em seu art. 6º não fixa critérios concretos para o valor da indenização nas condenações devidas pelos meios de comunicação,

cumprindo, assim, os ditames da Constituição, quando estabelece a indenizabilidade irrestrita, conforme art. 5º, inc. V. Mas, considera o critério para se atingir o valor da indenização, na hipótese de condenação numa ação de reparação de danos proposta contra qualquer meio de comunicação social, que vincule esse valor ao faturamento do ano anterior da empresa.

16. Discorda-se quanto a esse critério, por ser inviável, pois se está trabalhando sob dois referenciais, totalmente distintos. Uma condenação baseada no faturamento é esquecer de vez os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e do 'valor justo'. Pois, no faturamento, computam-se todas as entradas, e nenhuma saída, tais como os tributos, as vendas não recebidas (inadimplência), investimentos, folha de pagamento e reflexos, empréstimos, e todos os custos para manter-se uma empresa operando, num país que tem a mais alta carga tributária do mundo. Deste modo, a diferença entre um e outro é que mantém as empresas operando. Não se estaria valorando a indenização por dano moral, sob bases equânimes e racionais. Conclui-se que é uma sanção exagerada que merece ser revista.

17. Para evitar excessos e abusos, recomenda-se considerar como elementos norteadores para o arbitramento do dano moral, nas ações que envolvam direito à liberdade de expressão e comunicação e os direitos à privacidade: 1) natureza do dano sofrido; 2) repercussão na esfera pública e privada do ofendido; 3) posição social, cultural, política e econômica do ofensor e do ofendido, partindo-se do padrão ético-social do que se considera homem médio; 4) quanto ao ofendido: analisar o seu modo de vida no geral, idade, estado civil, sexo, atividade social, local em que vive e vínculos familiares; 5) quanto ao ofensor: que o valor possa ser justo e suficiente, não devendo ser tão elevado, pois pode prejudicar-lhe o futuro, e no caso de empresa, até encerrar suas atividades, tampouco tão insignificante, que possa

incentivá-lo a persistir na ofensa; 6) a intensidade do ânimo de ofender (grau de dolo ou culpa do ofensor); 7) dor experimentada pela vítima; 8) existência de retratação espontânea; 9) condenação anterior fundada em abuso no exercício da liberdade de expressão e comunicação; e 10) precedentes existentes no STJ sobre a questão.

18. Enquanto não se têm critérios mínimos básicos, estabelecidos por lei, para as indenizações por dano moral, não se pode negar o importante papel que o Superior Tribunal de Justiça vem exercendo. Atualmente, na maioria das decisões, ao constatar a disparidade entre o dano causado e o valor arbitrado em primeira e segunda instância, ajusta a valoração, conforme se constatou no decorrer do presente estudo. Mas, infelizmente, para isso, às vezes são necessários vários pedidos de vista, o que provoca demora na concretização do direito.

19. Quanto à questão da fixação de limites legais compete ao legislador, e não ao juiz, estabelecer os limites mínimos e máximos, pois entende-se que, pelas peculiaridades da indenização do dano moral, esta configura-se como pena pecuniária ou multa, sendo, assim, pena civil, sujeita ao princípio da legalidade (CF/88, art. 5º, inc. XXXIX). E, frise-se que o legislador nunca teve dificuldade para tal, citando-se o Código Penal como exemplo típico. E, nenhum juiz teve dificuldade de adequar a cada caso concreto, graduando a pena, conforme os fins que lhe são próprios, mas dentro dos limites e critérios previamente fixados pelo legislador.

20. Assim sendo, compete ao legislador dar andamento aos Projetos de Lei que tramitam, tanto no Senado Federal quanto na Câmara Federal, ou talvez, juntando-os, com o auxílio das Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC), estabelecendo critérios mínimos básicos de valoração, e, alterando sua redação, a fim de que

seja mantida a flexibilidade para o magistrado, que aumentará ou diminuirá, conforme cada caso concreto, de modo que não fira a Constituição e iniba a indústria do dano moral.

21. Desta forma, quanto à necessidade em se fixar parâmetros, entende-se ser viável a adoção de um sistema que, sem a rigidez de uma tarifação fixa, concedesse ao juiz uma faixa de atuação, através da qual pudesse graduar a reparação, conforme o caso concreto. A solução para encontrar o justo equilíbrio e evitar decisões tão conflitantes, quando se trata do *quantum* indenizatório, convém uma regulação normativa, condutora e flexível, que, pelo menos, indique as ferramentas a serem utilizadas para ressarcir cada dano moral.

22. O próprio juiz é quem deve fixar, na sentença, o *quantum* da reparação do dano moral, em cada caso concreto, porém não deve jamais se distanciar do bom senso e da eqüidade, com o objetivo de alcançar um valor adequado ao lesado pelo vexame, ou pelo constrangimento experimentado, não para apagar os efeitos da lesão, mas para reparar os danos, sendo certo que não se deve cogitar de mensurar o sofrimento, ou de provar a dor, porque esses sentimentos são intrínsecos ao espírito humano. Mas parâmetros básicos mínimos até o próprio Código Penal, para crimes contra a vida, bem maior a ser protegido, os têm.

23. Recomenda-se, por último, ao Poder Judiciário, enquanto estiverem indefinidos os Projetos de Lei acima citados, usufruir as vantagens que as novas tecnologias oferecem, e preparar um banco de dados, contendo o *quantum* fixado em decisões, planilhar os objetos, as causas de pedir, os meios de prova, os parâmetros fixados nelas, que levaram ao convencimento do magistrado, pelos Tribunais, e estipular métricas, diante dos casos similares. Resolveria,

pelo menos, os casos de disparidade em situações, embora não semelhantes, mas com vários pontos em comum. Ciente se está de que os casos raramente se repetem e, dependendo das circunstâncias, repercutem de maneira mais ou menos intensa, porém, levando em conta uma e outra situação, poderá o juiz graduar esse montante, com mais eqüidade, e em menor tempo.

24. Assim, se alcançaria a tão almejada segurança jurídica, no que tange ao *quantum* indenizatório e a celeridade processual, que com a EC 45, de dezembro de 2004, passou a ser um direito assegurado constitucionalmente (CF/88, art. 5º, inc. LXXVIII).

BIBLIOGRAFIA

ABRAGÃO, Severino Ignácio de. **O Dano Moral na Prática Forense**. Rio de Janeiro: Idéia Jurídica, 1998.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. da Tedesca de 1986 por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVES, Gláucia Correa R. Barcelos. Sobre a dignididade da pessoa. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano Moral e Pedido Genérico de Indenização. **Revista dos Tribunais** (Doutrina civil – Segunda seção). São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 89, v. 781:33-50, nov. 2000.

ASSIS, Araken. **Indenização por Dano moral** (Palestra). In: Simpósio "Direito civil: responsabilidade civil e família". Canela. Rio Grande do Sul: Síntese, junho, 1997.

BALDESSAR, Maria José. **Nem McLuhan, nem McBride: e agora?** Disponível em http://www.bocc.ubi.pt/pag/baldessar-maria-jose-mcluhan-mcbride.pdf. Acesso em 22 mar. 2006.

BARBI, Lety Maria. **A transparência da administração pública brasileira.** Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina, 1991.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Eficácia e Efetividade do Direito à Liberdade**. XVII Conferência Nacional dos Advogados. Rio de Janeiro, 1999.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Introdução ao estudo do direito: os fundamentos e a visão histórica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BAUAB, José D' Amico. **Direito à honra**: visão macroscópica do tema. Disponível em http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev10_ze.html. Acesso em 21 set. 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**.Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. **O direito da comunicação e da comunicação social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. (org.) **Coletânea de legislação de comunicação**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 5ª ed., atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. Tutela judicial civil de direitos personalíssimos. **Revista dos Tribunais** (Doutrina civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 84, v. 718:13-17, ago. 1995.

_____. **Reparação Civil por Danos Morais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais** (Doutrina civil - Terceira seção). São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 85, v. 733:83-85, nov. 1996.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho, 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações, 1997.

_____. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília: Polis, 1989.

_____. **A teoria das formas de governo**. 4ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BOUZON, Emanuel. **O Código de Hamurabi**. Rio de Janeiro: Vozes, 1976.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida Privada, Liberdade de Imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 13ª tiragem. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CANTO-SPERBER, Monique. (org.) **Dicionário de ética e filosofia moral**. Vol. 1. Trad. Ana Maria Ribeiro Althoff. et al. Coleção Idéias Dicionários. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2003.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **A informação como bem de consumo.** Disponível em http://www. mundo_jurídico.adv.br/sis_artigo.asp?código-31. Acesso em 30 jan. 2006.

CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em Colisão com outros Direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CENCI, José Eduardo Callegari. Considerações sobre dano moral e sua reparação. **Revista dos Tribunais** (Doutrina civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 81, v. 683:45-48, set. 1992.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Programa de Mestrado em Direito. **Manual de elaboração de dissertação de mestrado.** Brasília, 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COELHO, Luis Fernando. **Introdução Histórica à Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados Direitos da Personalidade. In: FACHIN, Edson Luiz (coord.). **Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COSTA, Dahyana Simam Carvalho da. **Liquidação do dano moral.** Disponível em: http://www.apriori.com.br/cgi/for/viewtopic.php?t=885 - Acesso em 06 out. 2005.

COULON, Olga Maria A. Fonseca e PEDRO, Fábio Costa. Apostila **"Dos Estados Nacionais à 1ª Guerra Mundial"**. Minas Gerais: UFMG, 1995.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Teoria da Constituição - Mitos, Memórias e Conceitos.** Tomo I. Lisboa: Verbo, 2002.

_____. **Teoria da Constituição - Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. Tomo II. Lisboa: Verbo, 2000.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas/SP: Romana, 2004.

CURY, Garrido & Marçura. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Apontamentos sobre o Estado Democrático de Direito**. Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Disponível em: http://www.iamg.org.br/site/revista/14.htm - Acesso em 21 abr. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Processo Civil**, V, IV. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Nova era do processo civil**. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria geral do direito civil**. V. 1, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Código Civil Anotado**, Lei 10.406/2002. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DONNINI, Oduvaldo e DONNINI, Rogério Ferraz. **Imprensa Livre, Dano Moral, Dano à Imagem, e sua Qualificação: a Luz do Novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2002.

ESTEVES, Paulo. et al. **Dano moral**: observações sobre a ação de responsabilidade civil por danos morais decorrentes de abuso da liberdade de imprensa. São Paulo: Fisco e Contribuinte, 1999.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FLACH, Daisson. O Direito á Intimidade e à Vida Privada e a Disciplina dos Meios de Comunicação. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Milton. Os direitos da personalidade e o Estado de Direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, nº 50. Belo Horizonte, jan. 1980.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. A liberdade como autonomia recíproca de acesso à informação. In: GRECO, Marco Aurélio e MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Vol. 1 e 2. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA, Rogério Campos. **Indenização por dano moral: fixação do *quantum debeatur***. Disponível em: http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto,asp?id=962 - Acesso em 25 dez. 2005.

FIUSA, Ricardo, e outros. **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANÇA, Rubens Limongi. Reparação do dano moral. **Revista dos Tribunais** (Doutrina civil). São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 77, v. 631:29-37, maio 1988.

_____. Institutos de proteção à personalidade. **Revista dos Tribunais** (Doutrina civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 391:20-25, maio 1968.

_____. Direitos Privados da personalidade: subsídios para a sua especificação e sistematização. **Revista dos Tribunais** (Doutrina civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 370:7-16, ago. 1966.

FREITAS NOBRE, José. **Lei da Informação (imprensa, rádio, televisão e agência de notícias)**. São Paulo: Saraiva, 1968.

GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade civil nos meios de comunicação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.

GOMES, Orlando. Direitos da Personalidade. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 216: 5-10, 1966.

GONÇALVES, Maria Eduarda. **O direito da informação**. Livraria Almedina, Coimbra, 1994.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. 2ª tir. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 14ª ed., Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: RCS, 2005.

_____. **A filosofia do Direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Para uma Filosofia da Filosofia (Conceitos de Filosofia)**. 2ª ed. Ceará: UFC - Casa de José de Alencar, 1999.

_____. Direitos Fundamentais: Teoria e Realidade normativa. **Revista dos Tribunais** (Doutrina civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 84, v. 713:45-52, mar. 1995.

_____. Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade. **Revista dos Tribunais** (Doutrina civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 85, v. 719:57-63, set. 1995.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. V. 6, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e o direito à vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KARAM, Francisco José Castilhos. **Jornalismo, ética e liberdade**, (Coleção Novas buscas em comunicação, v. 54). São Paulo: Summus, 1997.

LACERDA, Galeno. Indenização do dano moral *(Parecer)*. **Revista dos Tribunais** (Pareceres Civis). São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 85, v. 728:94-101, jun. 1996.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

LARENZ, Karl. **Derecho justo - fundamentos da ética jurídica.** Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo. Madrid, Civitas, 1993.

LAGO JÚNIOR, Antônio. **Responsabilidade civil por atos ilícitos na internet**. São Paulo: LTr, 2001.

LIMA. George Mamelstein. **Limitações ao direito fundamental à ação**. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp - Acesso em 28 nov. 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos Morais e Direitos da Personalidade. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, nº 284. jun. 2001.

LOPES, Edgard de Oliveira. **Os direitos *fundamentais sob a ótica da influência ético-filosófica,*** *consoante o magistério de Hans Kelsen, Miguel Reale e Willis Santiago Guerra Filho.* Disponível em: http://www1.jus.com.br/ doutrina/ texto.asp?id-=2872. Acesso em 22 ago. 2005.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito à informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil interpretado:** artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 4ª ed. São Paulo: Manole, 2004.

_____. **A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MACHADO, Agapito. Princípios da isonomia e os privilégios processuais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 82, v. 693:7-11, jul. 1993.

MALACHINI, Édson Ribas. Pedido certo e sentença ilíquida. Adendo, apresentando no I Congresso Estadual da Magistratura, ao trabalho **"Das Nulidades no Processo Civil"**; apresentado no V Seminário Regional da Magistratura Paranaense, em 26.06.1976, em Maringá/PR; **Revista Forense** nºs 261:163 e 265:458-461. Rio de Janeiro: Forense, 1975. **Revista dos Tribunais** (Notas e Comentários - Cível). São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 521:314-318, mar. 1979.

MAMEDE, Gladston. Ampla Liberdade de Imprensa: Entre as Limitações Profissionais e o Direito de Informar e de Opinar pela Mídia Impressa e Eletrônica. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, nº 05, maio-junho, 2000.

MANCUSO, Rodolfo. Interesse difuso à propaganda televisiva de boa qualidade e a sua tutela jurisdicional. **Revista dos Tribunais** (Doutrina Cível). São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 83, v. 705:51-62, jul. 1994.

MARCATO, Antonio Carlos (coord). **Código de Processo Civil Interpretado**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais.** Disponível em: http://www.jusnavegandi.com.br - Acesso em: 25 mar. 2005.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual**. Campinas: Millennium, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Danos à pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza de sua reparação**. Revista dos Tribunais** (Doutrina Civil – Primeira Seção). São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 90, v. 789:21-47, jul. 2001.

MARTINS, Mílton dos Santos. Da Sentença ilíquida. (Artigo 459, parágrafo único, do CPC). **Revista dos Tribunais** (Doutrina Cível). São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 86, v. 499:22-26, mai. 1997.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Dano Moral, Dano Material e Reparação**. 4ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21ª ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1996.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A nova execução da sentença civil. Mais alterações. **Revista do Advogado** - AASP, São Paulo. Ano XXV nº 81:60-63, abril, 2005.

_____. Dano moral na Lei de Imprensa. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, nº 251, set. 1998.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à Lei de Imprensa**. 2ª ed. rev. e atual. V. 1 e 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional - Preliminares: O Estado e os Sistemas Constitucionais.** Tomo I, 7ª ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. **Manual de Direito Constitucional - Constituição.** Tomo III, 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

_____. **Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais**. Tomo IV, 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. **Ressarcimento de Danos**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA. José Carlos Barbosa. O habeas data brasileiro e sua lei regulamentadora. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Habeas data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MURITIBA, Sérgio Silva. Tutela inibitória e os direitos da personalidade. **Revista do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 122:22-40, abr. 2005.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEGRÃO, Theotonio e GOUVÊA, José Roberto F. **Código de Processo Civil** e Legislação Processual em vigor. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NETO, Miguel Kfouri. Graus de culpa e redução eqüitativa da indenização. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 94, v. 839:47-68, set. 2005.

NETO, Alfredo Sérgio Lazzareschi. Internet, Lei de Imprensa e prazo decadencial. In: KAMINSKI, Omar (coord.). **Internet legal: O direito na tecnologia da informação**. Curitiba: Juruá, 2003.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado:** Lei 8069/90. São Paulo: Saraiva, 1991.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. V. 3, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1971.

NOVAES, Washington. **A Quem Pertence a Informação?** Petrópolis: Vozes, 1989.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual de Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Manual da Monografia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1997.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto e CALDEIRA, Mirella D'Angelo. **O Dano Moral e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 113: 9-21, janeiro e fevereiro, 2004.

PACHECO, Cláudio. **Novo tratado das constituições brasileiras**. 2º Vol. Brasília: Offset, 1992.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 3ª ed. [Coleção temas jurídicos]. São Paulo: Atlas, 2001.

PAILLET, Marc. **Jornalismo: O Quarto Poder**. São Paulo: Brasiliense, 1974.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade em ambiente da internet. In: DE LUCCA, Newton e FILHO, Adalberto Simão (coord.). **Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Edipro, 2000.

PORTO, Mário Moacyr. O efêmero e o eterno no direito. **Revista dos Tribunais** (Doutrina Cível). São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 285:7-20, jul. 1959.

PORTO, Ricardo Cunha. **A indenização do dano puramento moral e sua limitação**. Natal, 2001. Disponível em: www.jfrn.gov.br/docs/doutrina69.doc - Acesso em 27 dez. 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de direito**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Filosofia do Direito**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Novo Código Civil Brasileiro:** Lei 10.406, 10.01.2002: estudo comparativo com o Código Civil de 1916 (coord.). TAPAI, Giselle de Mello Braga, Prefácio de Miguel Reale. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REKOSH, Edwin. **Quem define o interesse público?** Palestra em Budapeste, 2000. Trad. Regina de Barros Carvalho e Jonathas Morris. Disponível em: http://www.surjournal.org/conteudos/artigo.php?mt=26. Acesso em 25 nov. 2005.

REMOND, René (org.). **Por uma história política.** 2ª ed. Rio de Janeiro. FGV, 2003.

RODRIGUES, Ruben Tedeschi. **Prática de Dano Moral**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 14ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROSAS, Roberto. Devido processo legal: Proporcionalidade e Razoabilidade. **Revista dos Tribunais** (Doutrina civil - Primeira Seção). São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 90, v. 783:12-41, jan. 2001.

RUBIO, Valle Labrada. **Introducción a la teoria de los derechos humanos**: Fundamento, historia, Declaración universal de 10 de diciembre de 1948. Madrid: Civitas, (s/d).

SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo:** de acordo com o novo código civil, Lei 10.406, de 10.01.2002. São Paulo: Atlas, 2002.

SAMANIEGO, Daniela Paes Moreira. **Direito Humanos**. Disponível em: http://www.1.jus.com.br/doutrina/texto,asp?id=76 - Acesso em 22 ago. 2005.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 2ª ed. São Paulo: Lejus, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de direito processual civil**. V.2, 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SANTOS, Robison dos. **A educação moral segundo Kant**. Disponível em: http://www.espacoacademico.com.br/046/46csantos.htm. Acesso em 02 jun. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgand. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ª ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARTORI, Giovanni. **Análise do papel dos meios de comunicação na sociedade atual**. Disponível em: http://www.infoamerica.org/teoria/sartori.htm – Acesso em 09 jan. 2006.

SHIMURA, Sérgio Seiji e NEVES, Daniel A. Assumpção (coords.). **Execução no processo civil: novidades & tendências.** São Paulo: Método, 2005.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Ed. universitária, vols I, II, III e IV. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade:** de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

_____. Direitos de Personalidade – Os direitos de personalidade são inatos? **Revista dos Tribunais** (Doutrina civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 82, v. 694:21-34, ago. 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, v. 212:89-94, abr./jun. 1998.

SILVA, Luis Virgilio Afonso da. O Proporcional e o Razoável, **Revista dos Tribunais** (Doutrina civil – Primeira seção). São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 91, v. 798:23- 50, abr. 2002.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. **Brevíssimas considerações sobre a metodologia das ciências e o pensamento científico de Hans Kelsen**. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3906. Acesso em 21 abr. 2005.

SILVA, Wilson Melo da. **O Dano Moral e sua Reparação**. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOIBELMAN, Leib. **Enciclopédia do Advogado**. 5ª ed. rev. e atual. pelos Profs. A. Fontes, M. Delmas, R. Reis Fride. Rio de Janeiro: Thex Biblioteca Universidade Estácio de Sá, 1996.

SOUSA, Álvaro Couri Antunes. O valor da causa nas ações de indenizações por danos morais. **Revista dos Tribunais** (Jurisprudência sistemática civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 90, v. 783:183-196, jan. 2001.

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

STOCO, Rui. Lei de Imprensa – sujeito passivo na ação de indenização. **Revista dos Tribunais** (Doutrina civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 87, v. 752:42-46, jun. 1998.

SUANNES, Adauto. A indenização do dano moral praticado por intermédio dos meios de comunicação. **Revista dos Tribunais** (Doutrina civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 86, v. 744:61-68, out. 1997.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua Tutela**. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os Direitos da Personalidade. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, nº 305, mar. 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 4ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. O Dano Moral e a sua Reparação. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, nº 351:83-93, 1996.

TORRES, José Henrique Rodrigues. A censura à imprensa e o controle jurisdicional da legalidade. **Revista dos Tribunais** (Doutrina civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 83, v. 705:24-33, jul. 1994.

VALVERDE, Carlos. **Antropología Filosófica**. Vol. XVI, 2ª ed. rev. y ampl. Valencia: Edicep, 1995

ZANETTI, Robson. **A vida é o limite do dano moral**. Disponível em: http://www.conjur.estadao.com.br/static/text/9450,1 - Acesso em 01 jan. 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de e TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A Crise da execução e alguns fatores que contribuem para sua intensificação. **Revista do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 109:134-147, jan./mar. 2003.

WARREN, Samuel e BRANDEIS, Louis D. **The right to privacy (Direito à privacidade)**. The Harvard Law Review, 193 (1890). Disponível em: https://netfiles.uiuc.edu/ehowes/www/w-b.htm. Acesso em 04 jan. 2006.

Constituição da República Federativa do Brasil, 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

Constituição da República Portuguesa, 4ª rev. Setembro, 1997. Lisboa: Texto, 4ª ed. Junho, 1998.

OS PENSADORES (Coleção):

- **A História da Filosofia**. Organização e texto final de Bernadette Siqueira Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

- **Aristóteles**: Poética, Organon, Política. Constituição de Atenas. Trad. de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

- **Habermas (Jürgen Habermas).** São Paulo: Abril Cultural, 1972.

- **Hegel (Georg Wilhelm Friedrich Hegel:** Estética (A idéia e o ideal). Estética (O belo artístico ou o ideal). Trad. de Orlando Vitorino. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

- **Kant (Immanuel Kant)**: Crítica da razão pura. Trad. de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

- **Nietzsche (Friedrich Wilhelm Nietzsche)**. Obras incompletas. Seleção de textos de Gerard Lebrun; tradução e notas de Rubens Rodrigues Torres Filho; posfácio de Antônio Cândido. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

- **Platão**: A República. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

- **Rousseau (Jean Jacques Rousseau)**. O Contrato Social. 5ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1991.

- **Santo Agostinho**: Confissões. Trad. J. Oliveira, S. J., e A. Ambrósio de Pina, S. J. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

- **Sócrates**. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Trad. Enrico Corvisieri e Mirtes Coscodai. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

SITES: Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Presidência, Planalto, Senado, Câmara e Mundo dos Filósofos.

REVISTAS JURÍDICAS (impressa e eletrônica): Revista Forense (RF), Revista dos Tribunais (RT), Revista do Processo (RePro), Revista Brasileira de Estudos Políticos, Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil, Revista de Direito Administrativo (RDA), Boletins e Revista do Advogado (AASP), Revista Jurídica (RJ), Revista do Consultor Jurídico.

JORNAIS (impresso e eletrônico): Tribuna do Direito, O Valor Econômico, O Estado de São Paulo, Folha de São Paulo, O Globo, O Dia e Gazeta Mercantil.

REVISTAS (Periódicos): Veja, Época, Playboy, Caras, Isto*É*, Carta Capital, Você SA., Exame e Placar.

ASSOCIAÇÕES - (sites e publicações): **ANJ** - Associação Nacional de Jornais, FENAJ – Federação Nacional dos jornalistas, **ABERT** - Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, **ABTA** - Associação Brasileira de Televisão por Assinatura, **ABDI -** Associação Brasileira de Direito de Informática e Telecomunicações, **ANATEL –** Agência Nacional de Telecomunicações.