



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM RELAÇÕES SOCIAIS E NOVOS DIREITOS

FELIPE VENTIN DA SILVA

**A TUTELA PREVENTIVA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E A
LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA**

SALVADOR – BAHIA

MARÇO - 2011

FELIPE VENTIN DA SILVA

**A TUTELA PREVENTIVA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E A
LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia - UFBA.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Roxana Cardoso Brasileiro Borges

Área de concentração: Relações Sociais e Novos Direitos

Linha de pesquisa: Direitos Fundamentais e Reflexos nas Relações Sociais.

SALVADOR – BAHIA

MARÇO – 2011

FELIPE VENTIN DA SILVA

**A TUTELA PREVENTIVA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E A
LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia - UFBA.

Aprovada em ____ de _____ de 2011.

Dedico a

Um, mais que

Nunca,

“Kompanheiro” especial,

exemplo de superação

“Sem música a vida seria um erro”

(Friedrich Nietzsche)

AGRADECIMENTOS

Costuma-se dizer que a dissertação de mestrado é um projeto solitário. De fato, por ser um trabalho monográfico incumbe ao autor empreender todo o seu esforço intelectual para lograr êxito na sua atividade. Entretanto, se engana quem pensa que uma investigação científica é feita apenas de leituras individuais, anotações pessoais e redação às vezes notívaga. Muitos outros personagens contribuem para que esse mister seja menos parecido com um *solo* e muito mais identificado com o esforço coletivo de uma *orquestra* ou uma *banda*. No final, a *sinfonia* é fruto da criatividade individual, mas que não se completa sem o acompanhamento de um bom *conjunto*.

Finalizar essa *composição* dissertativa em pleno verão baiano, conhecido pelas suas altas temperaturas e seus atrativos culturais não seria possível sem a ajuda, primeiramente de **Deus**, força inexplicável que depende apenas da nossa fé e nos faz superar quaisquer obstáculos, e também de minha **família**: meus pais, avós, tios, primo e irmão.

Agradeço a **Sara**, minha companheira deste, de passados e futuros trabalhos, que soube mais uma vez ter paciência com o momento vivido, incentivando a todo o tempo.

Aos **amigos** e **amigas**, todos sem exceção, sendo impossível nominar individualmente para não cometer qualquer injustiça. À querida **Simone Klein**, pela ajuda com o idioma alemão. Aos colaboradores do Programa de Pós-graduação em Direito, em especial ao Sr. **Jovino** e a **Luíza**. Aos colegas do mestrado, em especial **Guilherme Pereira**.

Ao **CAPES/CNPq**, que proporcionou a tranquilidade suficiente para a produção desse trabalho. Muito importante salientar a importância das bolsas de incentivo para a evolução da produção intelectual e científica no Brasil.

À **Professora Roxana Borges**, minha orientadora e à **Professora Mônica Aguiar**, coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA e que nos honra em ter como examinadora deste trabalho.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA E CENSURA.....	20
2.1.	Os primórdios da imprensa: o surgimento do jornal, do rádio e da televisão.	20
2.2.	Evolução histórica da imprensa e da censura no Brasil	25
2.2.1.	Período monárquico.....	25
2.2.2.	República Velha	28
2.2.3.	República Populista	29
2.2.4.	República Militar	33
2.2.5.	República Nova.....	39
2.3.	As transformações da liberdade de informação jornalística na modernidade.....	42
2.3.1.	Novos paradigmas estabelecidos pelo caso do site WikiLeaks	50
2.4.	O termo “imprensa” e sua evolução através do tempo.....	55
2.5.	Da liberdade de pensamento à liberdade de informação jornalística.....	60
2.6.	A positivação das liberdades nos tratados internacionais	68
2.7.	Controle estatal e censura: faces da mesma moeda?	71
2.7.1.	Censura e responsabilidade civil do Estado	74
2.7.2.	Classificação Indicativa	76
2.7.3.	Lições do direito comparado.....	77
2.7.4.	Regulação dos meios de comunicação: o controle social, a defesa do pluralismo na imprensa e a vedação da propriedade cruzada	81
2.8.	A Liberdade de informação jornalística como direito fundamental	89
3	DIREITOS DA PERSONALIDADE	96
3.1.	Características dos direitos de personalidade e proteção constitucional	103

3.2.	Liberdade de informação jornalística como direito de personalidade	111
3.3.	Intimidade, vida privada e privacidade	114
3.4.	Honra.....	122
3.5.	Imagem.....	127
4	A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	134
4.1.	Aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais em debate	139
4.2.	Métodos de interpretação da constituição.....	141
4.3.	Os princípios e as regras.....	146
4.4.	A proporcionalidade.....	150
4.5.	Critérios de ponderação dos interesses em colisão.....	155
4.5.1.	As possíveis fronteiras à liberdade de informação jornalística.....	155
4.5.2.	As possíveis fronteiras à vida privada, honra, imagem e intimidade.....	167
5	A TUTELA PREVENTIVA	179
5.1.	A tutela inibitória	180
5.2.	A antecipação da tutela na ação inibitória.....	187
5.3.	Distinções entre a ação inibitória e a ação cautelar	193
5.4.	Distinções da tutela inibitória com as tutelas reintegratória e ressarcitória.....	196
5.5.	O controverso uso da tutela inibitória para proteção dos direitos de personalidade e a liberdade de informação jornalística	199
6	ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADPF Nº 130	217
6.1.	A petição Inicial	219
6.2.	A decisão monocrática cautelar e a chancela do plenário.....	221
6.3.	O voto do relator e o início do julgamento de mérito	222
6.4.	Os votos dos ministros	228

6.4.1.	Menezes Direito	229
6.4.2.	Cármem Lúcia	230
6.4.3.	Ricardo Lewandowski	230
6.4.4.	Joaquim Barbosa	232
6.4.5.	César Peluso	233
6.4.6.	Ellen Gracie	234
6.4.7.	Marco Aurélio Mello	236
6.4.8.	Celso de Mello	237
6.4.9.	Gilmar Mendes	239
6.5.	Conclusões sobre a ADPF nº 130	242
6.6.	Análise de casos após a ADPF nº 130	244
6.6.1.	Caso Fernando Macieira Sarney x Estado de São Paulo	244
6.6.1.	Conclusões preliminares	254
7	CONCLUSÕES	257
8	REFERÊNCIAS	275

RESUMO

Esta pesquisa analisou o uso das tutelas preventivas, em especial a inibitória, para a proteção de direitos de personalidade como vida privada, intimidade, honra e imagem, em especial quando há ameaça de lesão pelos meios de comunicação social. Tais instrumentos processuais visam impedir a perpetração do ato ilícito - protegendo tais direitos fundamentais na sua forma específica e evitando o mero ressarcimento pelo equivalente em dinheiro - sendo fruto de moderna visão do processo civil. Entretanto, a intervenção judicial que vise coibir a veiculação de uma notícia ou imagem sempre foi taxada de censura prévia pela imprensa. Entendimento que parece haver sido solidificado pelo julgamento da Ação de Arguição de Descumprimento Fundamental (ADPF) nº 130 no Supremo Tribunal Federal, que declarou a Lei nº 5250/1967 (Lei de Imprensa) como não recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Segundo análise do Tribunal, a liberdade de informação jornalística é plena e goza de posição preferencial em relação a outros direitos de personalidade, não comportando restrições prévias, mas apenas responsabilidade civil e criminal em casos de abusos.

Palavras-chave: liberdade de informação jornalística, direitos de personalidade, tutela preventiva, censura prévia.

ABSTRACT

This investigation analyzed the precautionary injunctions, especially taken by restraining orders and gag orders, to protect personality rights as privacy, intimacy, honor and image, especially when threatened by the media. Those lawsuits prevents unlawful acts, protecting these fundamental rights entirely avoiding the indemnity by money reward and are the result of modern vision of civil procedure. The court intervention to prior restraint the broadcast of an information or image has always been branded as censorship by the press. Conclusion that seems to be adopted by the Supremo Tribunal Federal (STF), the Brazilian Supreme Court, in the trial (ADPF number 130) that declared the Press Act (Law number 5.250 of the year of 1967) as not accepted by the 1988's brazilian Constitution. For the court, freedom of press is full and enjoys a preferred position compared to other personality rights, which does not include prior restraints, but only civil and criminal liability in cases of abuse.

Key-words: press freedom, personality rights, restraining order injunction, prior restraints.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABI – Associação Brasileira de Imprensa
a.C. – antes de Cristo
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADC – Ação Direta de Constitucionalidade
ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AI – Ato Institucional
ANJ – Associação Nacional de Jornais
ARENA – Aliança Renovadora Nacional
art. – artigo
arts. – artigos
BBC – *British Broadcasting Company*
BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemão)
Câm. – Câmara
CBS – Columbia Broadcasting System
CC – Código Civil
CF – Constituição Federal
CP – Código Penal
CPC – Código de Processo Civil
Co. – *Company*
CPC – Código de Processo Civil
CRM – Conselho Regional de Medicina
DIP – Departamento de Imprensa e Propaganda
DJ – Diário da Justiça
DJe – Diário da Justiça eletrônico
DL – Decreto-lei
DOPS – Departamento de Ordem Política e Social
Doi-Codi – Destacamento de Operações e Informações e Centro de Operações de Defesa Interna
DPJ – Diário do Poder Judiciário
€ – Euro
EC – Emenda Constitucional
FENAJ – Federação Nacional Dos Jornalistas Profissionais
HC – Habeas Corpus
IAPA – Associação Interamericana de Imprensa
Inc. – *Incorporation*
j. – julgado
LSN – Lei de Segurança Nacional
Ltda. – Limitada
MC – Medida Cautelar
Min. – Ministro(a)
MS – Mandado de Segurança
nº – número

NCz\$ – Cruzado novo
NBC – *National Broadcasting Company*
OEA – Organização dos Estados Americanos
ONG – Organização não-governamental
ONU – Organização das Nações Unidas
p. – página
PDS – Partido Democrático Social
PEC – Proposta de Emenda Constitucional
PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos
PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PNDH – Programa Nacional de Direitos Humanos
PT – Partido dos Trabalhadores
R\$ – Real
Rel. – Relator(a)
RE – Recurso Extraordinário
REsp. – Recurso Especial
RCL – Reclamação
SLAPP – *Strategic Lawsuit Against Public Participation*
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo
TJBA – Tribunal de Justiça de São Paulo
TJRJ – Tribunal de Justiça de São Paulo
TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TRF – Tribunal Regional Federal
TV – Televisão
US\$ – Dólar norte-americano
UFBA – Universidade Federal da Bahia
v. – volume
WAP – *World Association of Newspapers*

1 INTRODUÇÃO

O Brasil experimentou, por décadas, um regime governamental que restringiu garantias e liberdades individuais. Após a deposição do presidente João Goulart em 31 de março de 1964, uma junta militar tomou o poder instaurando a revolução. Para alguns historiadores, em verdade, não houve revolução e sim “golpe” de Estado (que não teria ocorrido em 31 de março, mas em 1º de abril daquele ano, “dia da mentira”). O que se sucedeu a partir daquela data foi um período conturbado da história brasileira.

Durante o regime de exceção, o Estado Democrático de Direito foi suprimido, em especial no período conhecido como “anos de chumbo”. Este momento histórico foi levado a cabo pela imposição do Ato Institucional nº 5, em 1968, e inaugurado pelo advento da Constituição de 1967, que suspendeu direitos políticos, cassou mandatos eletivos, cerceou diversas garantias individuais e institucionalizou diversos mecanismos de repressão, dentre os quais a censura aos meios de comunicação e a atividade artística e intelectual que fosse rotulada como subversiva.

O período de governo militar chegou ao seu fim em 1985, quando da eleição indireta de Tancredo Neves para a presidência. Entretanto, o grande marco inicial de um novo período democrático foi a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988. Com o advento da “Carta Cidadã”, a livre manifestação do pensamento foi novamente consagrada, trazendo consigo a garantia da livre atividade de comunicação, o acesso à informação e a plena liberdade de informação jornalística, sendo vedada a censura de natureza política, artística e ideológica.

O poder constituinte garantiu, também, a inviolabilidade dos direitos de personalidade - como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem - elegendo, ainda, como fundamento da república a dignidade da pessoa humana.

Neste momento, surge um período único da história do Brasil. Graças à reconquista da democracia, a sociedade retomou - após anos de embaraço - o direito de expressar livremente suas ideias, e a imprensa de noticiar os fatos sem o crivo da censura prévia. Este fato consolidou o progresso do Estado Democrático de Direito e das liberdades individuais e coletivas, mas também marcou o início de uma era de franco debate acerca dos limites, tendo o alcance e a efetividade dos direitos fundamentais.

Atualmente, a sociedade globalizada experimenta uma revolução comunicacional e informacional, fruto das novas tecnologias e, sobretudo, da *internet*. Embora a colisão entre direitos fundamentais não seja fenômeno novo, ganha especiais contornos a partir dessa nova era que se descortina, na qual a informação, o fato, a foto, a notícia, quando disponibilizados na grande rede, podem ser acessados em qualquer lugar do mundo. O alcance e o poder da informação ultrapassaram as fronteiras nacionais para ganharem impacto universal.

Portanto, se hoje os meios de comunicação podem informar à população sobre qualquer fato (sem necessariamente serem de relevante interesse público), por outro lado, no ato de comunicar, correm o risco de afrontar a dignidade da pessoa humana e violar bens de personalidade como a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem, igualmente protegidos pela Constituição Federal.

Os juristas ainda procuram entender o fenômeno da nova era da informação digital e o Direito tenta acompanhar o ritmo com que a realidade se descortina para normatizá-la. Destarte, a função do Poder Judiciário de interpretar e aplicar os direitos e garantias fundamentais tem ganhado novos contornos, sendo necessárias novas ferramentas. A missão do magistrado não parece se esgotar apenas na mediação de conflitos eventualmente surgidos entre cidadãos, que temem a possível violação da sua personalidade, e a mídia, que se propõe a trabalhar em prol do interesse público ao noticiar determinados fatos. O juiz deve fazer valer o texto constitucional, equilibrando a relação entre a dignidade da pessoa humana e a liberdade de informação jornalística.

Cabe esclarecer de antemão que, no presente trabalho, optou-se pela utilização do termo **liberdade de informação jornalística**, tal como se apresenta no texto constitucional, em detrimento de **liberdade de imprensa**, amplamente consagrado. Embora sejam tratados como sinônimos pela doutrina e pela própria interpretação do STF, esta pesquisa adotou o primeiro termo, por entender que ele exprime, por si só, um conteúdo mais determinado e abrangente, além de ser mais moderno do que o segundo. Outros motivos para o emprego da expressão são desenvolvidos no bojo da pesquisa.

O nosso interesse pelo estudo da relação entre a liberdade de informação jornalística e os direitos de personalidade já nos acompanha de longa data, mais precisamente desde 2004, quando da elaboração do Projeto de Iniciação Científica intitulado: *Limites à liberdade de imprensa e conflito entre princípios constitucionais*.¹

A partir deste primeiro trabalho, prosseguimos com a investigação científica, inserindo a análise do instituto processual, denominado tutela inibitória, na problemática colisão entre a liberdade de informação jornalística e os direitos de personalidade. Tal pesquisa culminou, ao final do ano de 2007, na defesa da monografia para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Como será demonstrado no decorrer desta dissertação, a literatura jurídica tem esboçado o uso de tutelas preventivas, como é o caso da ação inibitória pura, na proteção dos direitos de personalidade. Por atuar previamente a perpetração do ato ilícito, prevenindo o dano causado por aquele, a tutela inibitória seria instrumento útil à preservação dos direitos fundamentais na sua forma específica. Vale ressaltar que a Constituição em seu art. 5º, inciso XXXV, não excluiu da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹ PINTO, Marília Muricy Machado. (Orientadora); OLIVEIRA, Cláudio Azevedo da Cruz; SILVA, Felipe Ventin da. *Limites à liberdade de imprensa e conflito de princípios constitucionais*. PIBIC UFBA 2004/2005. Trabalho apresentado no XXIV Seminário Estudantil de Pesquisa da UFBA. Salvador, jun./2005.

Assim, a evolução da ciência jurídica elegeu como meta a busca pela efetividade dos direitos fundamentais. Para esta nova perspectiva, deve-se buscar a proteção específica, integral e efetiva dos direitos de personalidade, em detrimento da tutela ressarcitória, que oferece apenas a reparação em dinheiro pela violação daqueles bens extrapatrimoniais, o que se constitui em verdadeiro simulacro e ficção jurídica.

No mesmo passo, os estudiosos da hermenêutica indicam os métodos de interpretação constitucional, de ponderação de interesses e do uso da proporcionalidade como ferramentas hábeis a solucionar hipóteses de colisão entre direitos fundamentais, sem a necessidade de exclusão de um ou de outro princípio do ordenamento jurídico (tal como no conflito de normas constitucionais). Assim, tais ferramentas indicariam a prevalência - apenas no caso concreto e não *a priori* - da liberdade de informação jornalística ou do direito de personalidade em eventual colisão destes princípios.

Por outro lado, a concessão de tutelas de urgência, as conhecidas liminares, medidas cautelares e antecipação dos efeitos da tutela - que são fruto de uma análise probabilística e cognição sumária dos fatos pelo juiz - em ações cíveis e até penais, não são bem vistas pelos profissionais de imprensa, associações e meios de comunicação em geral. Para estes, qualquer forma de controle ou intervenção estatal constitui embaraço à plena liberdade de expressão e também de informação jornalística e, portanto, se constituiria como censura prévia.

Historicamente, a relação entre Imprensa e Governo sempre foi tensa, calcada em críticas mútuas e tentativas de controle estatal. Esse antagonismo, aliás, sempre foi entendido como salutar ao pleno exercício da democracia. Entretanto, recentemente, o que se tem notado no Brasil é uma intensificação das críticas da Imprensa, direcionadas ao governo do Partido dos Trabalhadores (PT), que é acusado de acenar com tentativas de regulação do setor.

Além do Poder Executivo, a mídia tem apontado como atual ameaça à liberdade de informação jornalística o Poder Judiciário, assumindo, cada vez mais, o papel de

protagonista no cenário republicano brasileiro e atuando de forma mais ativa e (porque não?) política. Além do deferimento de tutelas preventivas, que impeçam ou suprimam a publicação de informações sob o argumento da proteção da dignidade do particular, tem sido bastante criticadas as condenações dos meios de comunicação ao pagamento de indenizações por danos morais. Em especial para esta pesquisa, interessa a análise da intervenção judicial preventiva na proteção dos direitos de personalidade, que tem sido taxada como censura prévia. E, de fato, nem sempre os atores deste conflito (partes e juízes) visam proteger tais direitos, mas apenas cercear a plena liberdade de informação jornalística, culminando em flagrantes casos de censura.

Com o julgamento perante o Supremo Tribunal Federal da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130, em Abril de 2009, um novo paradigma parece haver sido lançado sobre o problema investigado. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a não recepção, pela Constituição Federal de 1988, de todo o conteúdo da Lei nº 5.250/67, que regulava a liberdade de manifestação de pensamento e de informação, e era considerada um “entulho legislativo” do regime governamental militar.

A presente dissertação contempla um capítulo inteiro para a análise do julgamento da ADPF nº 130, relatada pelo Ministro Carlos Ayres Britto, dada a sua importância, posto que, além de revogar a Lei de Imprensa, produziu também, profunda e complexa reflexão acerca da liberdade de informação jornalística, sua relação com os direitos de personalidade e sobre o papel do Poder Judiciário diante da colisão destes princípios.

Por conta do julgamento da referida ação, o STF considerou que a “plena” liberdade de informação jornalística é proibitiva de qualquer tipo de censura prévia, havendo uma verdadeira sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional, que se colocariam como superiores bens de personalidade representando a mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, em consonância com o pensamento do Pretório Excelso, poder-se-ia concluir que, em situações de colisão-limite prevaleceria a liberdade de informação jornalística em detrimento dos direitos de personalidade, por prioridade cronológica. Para a Corte, os direitos de personalidade incidiriam *a posteriori*, sob o plano da responsabilização, já que a Constituição de 1988 proibiu a censura prévia.

Levando em conta este novo panorama, indaga-se agora: nem mesmo o Poder Judiciário, no uso do seu poder geral de cautela e hermenêutico, com previedade, antes mesmo da notícia circular, da informação ser veiculada e da criação ser publicada, poderia intervir? Dessa forma, diante do entendimento do STF, seria inconstitucional o manejo de ação inibitória para a proteção dos direitos de personalidade?

Esse questionamento principal deu ensejo a uma série de reflexões que pretendem ser abordadas na presente dissertação, trabalho apresentado como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia – PPGD/UFBA.

2 LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA E CENSURA

2.1. Os primórdios da imprensa: o surgimento do jornal, do rádio e da televisão.

A história da imprensa e da notícia começa a ser escrita (ou talhada, para ser mais original) no ano de 59 a.C., devido à vontade e ordem do imperador Júlio César. Neste período, surgem em Roma as *Acta Diurna*, publicações meramente informativas dos atos oficiais do Império, esculpidas em metal ou pedra e dispostas em locais públicos da cidade.

Nessa fase histórica, não havia de se falar propriamente em imprensa, nem tampouco em jornalismo, informação ou outro termo que lhes sejam correlatos. É certo que o homem dissemina conhecimento através dos signos e da escrita há pelo menos seis mil anos, desde a época da civilização egípcia, mesopotâmica e suméria, experimentando significativo avanço com a criação do papiro pelos egípcios e do papel pelos chineses, já no primeiro século antes de Cristo.

Porém, a disseminação da informação ganha relevo no período da Idade Média, através dos escribas e dos monges. Entretanto, é apenas por volta de 1439, com o desenvolvimento da prensa móvel de Gutenberg é que foi possível reproduzir de maneira mais rápida cópias de livros, que ainda eram reproduzidos manualmente em grande parte. Surge então o termo **imprensa**, que deriva do engenho produzido por aquele inventor alemão.

Os historiadores identificam as primeiras circulações noticiosas, que mais tarde seriam chamados de **jornais**, no final do século XVI e início do século XVII, na Itália, Inglaterra,

França e especialmente Alemanha, terra natal de Gutenberg e país conhecido pelo seu pioneirismo na produção de máquinas. A World Association of Newspapers – WAP reconhece que foi entre 1605 e 1609 que se deu a edição do primeiro jornal, o *Relation aller Fürnemmen un gedenckwürdigen Historien*, de Johann Carolus, publicação em língua alemã da cidade francesa de Estrasburgo, que faz fronteira com a Alemanha.²

Interessante anotar que até a criação da tipografia, as produções literárias e acadêmicas eram em sua maioria manuscritas. O conhecimento era elitizado, concentrado especialmente nas Universidades, controladas pela Igreja. Por conta deste monopólio da escrita e da informação, além da relação próxima entre Igreja e Estado, Aristocracia e Clero, na Idade Média e Moderna, a censura à liberdade de manifestação era bastante rígida, sobretudo no período da Inquisição.

Porém, a criação da prensa institui um novo parâmetro nas relações sociais na medida em que disseminava com muito mais rapidez as informações, conseguindo driblar a forte censura monárquica e eclesiástica. Muito embora, a grande massa da população não soubesse nem ler nem escrever e os primeiros panfletos e jornais fossem produzidos por e para uma pequena parcela de intelectuais, a velocidade que a tecnologia propiciou a disseminação das ideias possibilitou a propagação das revoluções reformistas e burguesas do vindouro século XVII.

Marco histórico da Liberdade de Imprensa é o panfleto *Aeropagitica* de John Milton, de 1644, frequentemente traduzido como “Discurso pela Liberdade de Imprensa ao Parlamento da Inglaterra”, no qual Milton defende o direito dos cidadãos poderem imprimir em papel suas ideias sem a necessidade de prévia licença, como ocorria na Inglaterra do século XVII.

² World Association of Newspapers (WAN). *La prensa: ¡cuatro siglos de juventud!*. Disponível em: <<http://www.wan-press.org/article6469.html>>. Acesso em: 03 março 2011.

É de maneira mais contundente que, no século XVIII, a imprensa toma novos rumos, deixando de ser simples registradora de fatos, para tornar-se divulgadora de novas ideias, novas crenças e transformadora dos costumes político-sociais. Desde então, a imprensa começa a repercutir os efeitos da liberdade de expressão e de pensamento, em todos os aspectos da vida humana.³

O pensamento liberal-burguês influenciou fortemente os ideais de Liberdade, Igualdade e Fraternidade da Revolução Francesa. Com a ruptura do antigo regime, foram postas novas bases da sociedade moderna, surgindo assim os direitos e garantias fundamentais do homem, aliados à consolidação das liberdades públicas. Tal mudança estrutural repercutiu no ordenamento jurídico francês, tendo como consequência a positivação da liberdade de expressão, sempre obliterada pelos regimes absolutistas.

O primeiro documento histórico a positivar a liberdade de imprensa foi a Declaração da Virgínia (1776), cujo art. XIV é enfático ao expressar que “a liberdade de imprensa é um dos mais fortes baluartes da liberdade do Estado e só pode ser restringida pelos governos despóticos”.

No esteio das primeiras cartas que garantem as liberdades públicas é promulgada, na França, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) que institui em sua cláusula XI que: “a livre comunicação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode falar, escrever e imprimir livremente, respondendo pelos abusos dessa liberdade nos casos previstos em lei”.

Por sua vez, a primeira emenda da Constituição americana restringe o poder do legislativo em cercear a liberdade de imprensa e também o direito de reparação, quando estabelece que “o congresso não deve fazer leis a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o seu livre exercício; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o

³ ALBERT, Pierre; TERROU, Fernand. *História da imprensa*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas”.⁴

Postas as bases jurídicas daquilo que se denominou imprensa - afinal, a informação só era ainda disseminada pela sua forma escrita e impressa - eis que a tecnologia descortina ao homem uma nova forma de se comunicar. Primeiramente, através do telégrafo, foi possível transmitir mensagens escritas sem a necessidade de um meio físico como a carta. Posteriormente, por volta de 1887, com os estudos do físico alemão Henrich Rudolph Hertz, que se utilizando das equações matemáticas do inglês James Maxwell, conseguiu comprovar a propagação das ondas eletromagnéticas através do ar, surgiu o **rádio**.

Há quem atribua ao padre brasileiro Roberto Landell de Moura, ter realizado a primeira transmissão de palavra falada, sem fios, através de ondas eletromagnéticas, já em 1893, sendo este considerado o pai do rádio brasileiro.⁵

Em 1896, o italiano Guglielmo Marconi demonstrou em território inglês a aplicação do rádio nas comunicações comerciais e militares, estabelecendo em Londres a primeira empresa de desenvolvimento e comercialização de aparelhos radiofônicos.

A primeira transmissão oficial de rádio no Brasil ocorre em 07 de setembro de 1922, por ocasião do Centenário da Independência, tendo sido transmitido o pronunciamento do Presidente Epitácio Pessoa. A história da radiodifusão no Brasil só se inicia de fato, com característica de imprensa, após a inauguração da Rádio Sociedade do Rio de Janeiro, por Edgar Roquette-Pinto e Henrique Morize, em Abril de 1923.

⁴ Texto original: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances”. (Cornell University Law School. *United States Constitution*. Disponível em: <<http://topics.law.cornell.edu/constitution/billofrights#amendments>>. Acesso em: 03 março 2011.)

⁵ SANTOS, César Augusto Azevedo dos. *Landell ou Marconi, quem é o pioneiro?* In: CUNHA, Mágda Rodrigues da; HAUSSEN, Doris Fagundes (org.). *Rádio brasileiro: episódios e personagens*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 167.

Durante as décadas de 1930 e 1940 o rádio no Brasil experimentou o seu período áureo, pois além de atuar como meio informativo de longo alcance, propiciava ao ouvinte o desfrute do entretenimento, sobretudo da música e das radionovelas, lançando artistas e músicos de renome e prestígio nacional.

Com o avançar da tecnologia, o tráfego de informações, notícias e entretenimento crescia exponencialmente. E é com o advento da **televisão** que se experimenta uma nova etapa de evolução para os meios de comunicação e um novo paradigma para o conteúdo da liberdade de expressão e informação jornalística e, porque não dizer, para os bens de personalidade.

A tecnologia que permitiu a invenção do aparelho televisor surge ainda no final do século XIX, com a descoberta das propriedades fotocondutoras do elemento químico selênio, por Willoughby Smith, em 1873, e do disco transmissor de imagens de Nipkow, em 1884. Houve grandes avanços até a década de 1930, com as primeiras transmissões da BBC, na Inglaterra, em 1926, e da CBS e NBC, nos Estados Unidos, em 1930. Entretanto, é apenas no período pós Segunda Guerra que ela experimenta um forte avanço e expansão para todo o mundo.

Em especial, no Brasil, a primeira emissora de televisão foi a TV Tupi, fundada pelo empresário Assis Chateaubriand, em 1950, que era dono dos Diários Associados, um grande conglomerado de comunicação da época, que incluía jornais, rádios e revistas. É a partir de então que as telecomunicações sofrem uma verdadeira revolução, cujos efeitos serão constatados e mais detidamente analisados nos capítulos seguintes.

O fenômeno da *internet*, por não se enquadrar neste período originário daquilo que se denominou imprensa, e por se constituir em uma verdadeira convergência da informação em forma de palavra, som e imagem, conhecida como multimídia, será tratado mais adiante, quando da análise da imprensa na modernidade.

É inegável que o cinema, o teatro, a pintura, a música, a fotografia e outras formas de arte também são importantes formas de expressão e de comunicação humana. Entretanto, por

guardarem uma relação menos íntima com o fenômeno imprensa, e por questão de recorte epistemológico, o presente trabalho pretende abordar tão somente os meios de comunicação mais emblemáticos para o conteúdo da liberdade de informação jornalística, ou liberdade de imprensa, como os jornais, revistas, o rádio, a televisão e, por último, a *internet*.

2.2. Evolução histórica da imprensa e da censura no Brasil

2.2.1. Período monárquico

Em meio às revoluções iluministas e à crescente dominação de territórios do Império Napoleônico, a Coroa Portuguesa, como forma de não sucumbir diante do poderio francês, decide cruzar o Oceano Atlântico em fuga, transferindo-se para a Colônia, em 1808, iniciando a uma série de transformações na sociedade brasileira.

O contexto da imprensa no Brasil, antes da chegada da Família Real, era da circulação de raras publicações que passavam pela censura rigorosa dos oficiais do Santo Ofício e da mesa de Desembargo do Paço. A importação de quaisquer tipos de jornais era proibida. Travou-se, então, uma “guerra obcecada e sem tréguas à livre comunicação do pensamento”,⁶ operando-se o confisco de material de imprensa em Pernambuco e no Rio de Janeiro.

Em 13 de Maio de 1808 foi assinado o decreto que instituía no Brasil a imprensa régia, à qual competia a impressão de leis, papéis diplomáticos, atos oficiais e obras particulares

⁶ FRANCA, Geminiano da. *A imprensa e a lei*. Rio de Janeiro: Ed. A. Coelho Branco F. 1936, p. 35

licenciadas. A imprensa ficou subordinada a uma comissão eclesiástica que coibia tudo que parecesse hostil à religião, à metrópole e à Coroa.⁷

Com a revolução constitucionalista do Porto, em 1820, uma nova constituição foi jurada pelo príncipe Dom Pedro I como forma de acalmar aqueles que queriam o retorno da Família Real a Portugal. Nota-se que as bases desta carta, no tocante à liberdade de imprensa, reproduziam os dispositivos da francesa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Em seguida, para atender de algum modo à impaciência da corrente liberal, expediram-se decretos que flexibilizaram a censura. Neste contexto, diversas eram as publicações de cunho panfletário que bradavam pela independência da Colônia, pelo fim da escravidão, e por uma Constituição essencialmente brasileira.⁸

Após ser declarada a Independência, é formada a Assembléia Imperial Constituinte, em maio de 1823, cujo projeto apresentava a liberdade de imprensa no art. 25, assim proposto: *“Os escritos não serão sujeitos à censura, nem antes, nem depois de impressos; ninguém é responsável pelo que estiver escrito ou publicado, salvo nos casos e pelo modo que a lei apontar”*. Já o art. 34 entregava aos bispos a faculdade de censurar os escritos sobre dogma e moral. Porém, a Assembléia é dissolvida por D. Pedro I, que recrudesce a censura sob o argumento de que o abuso à liberdade de imprensa leva ao abismo da guerra civil e da anarquia, mesmo reconhecendo a sua importância para governos constitucionais.

Surge então a primeira Lei de Imprensa do Brasil, que dispunha em um de seus trechos o seguinte: *“A liberdade de imprensa é proclamada, ficando, porém, o autor de qualquer obra e seus impressos sujeito a responder pelos ataques a religião.”* Com medidas semelhantes a estas, o Imperador perde popularidade e, pressionado, convoca nova

⁷ JORGE, Fernando. *Cale a boca, jornalista! O ódio e a fúria dos mandões contra a imprensa brasileira*. 4. ed., rev. e aum. São Paulo: Vozes, 1992.

⁸ SODRÉ, Nelson Werneck. *História da Imprensa no Brasil*. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

Constituinte que, em seu art. 179, inciso IV, assegurava a ampla liberdade de expressão do pensamento, nos termos a seguir transcritos:

Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

Já em 20 de setembro de 1830, como tentativa de efetuar um maior controle sobre a Liberdade de Imprensa, foi instituída lei que regulava os abusos, proibindo escritos ofensivos aos poderes públicos e à família imperial. Tal controle, segundo HÉLIO VIANNA, foi buscado por motivos pertinentes, pois “nunca a imprensa entre nós desceu tão baixo, não poupando a vida íntima dos moderados, governantes ou não, e até invadindo o lar da família de uns e outros”.⁹

De acordo com HÉLIO VIANNA “foram nos anos de 1832 e 1833 aqueles em que a imprensa assumiu entre nós maior grau de exaltação; dos 35 periódicos, 14 sustentavam o governo e 21 faziam guerra aberta”,¹⁰ mostrando nitidamente o alto grau de insatisfação populacional. O assassinato do jornalista Líbero Badaró e a demissão de todo o Ministério, só colaboraram para o aumento da revolta popular, que culminou na fuga do Imperador e na proliferação do pensamento republicano entre as classes liberais, dando início ao período regencial.

A regência adotou medidas pouco significativas no tocante à liberdade de imprensa, entendendo que os abusos deveriam ser reprimidos e que a apuração da responsabilidade dos que cometiam exageros deveria ser eficaz. Entretanto, todos os projetos de lei enviados à Câmara foram impugnados.

⁹ VIANNA, Hélio. *Contribuição a história da imprensa brasileira*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1945, p. 151.

¹⁰ VIANNA, Hélio. *Op. Cit*, p. 149.

Neste período, o Ministério passa a exercer grande pressão sobre a Assembléia Legislativa, adiando o funcionamento da Câmara. A Assembléia, irresignada com a pressão externa, conspira e leva ao trono D. Pedro II. A partir daí, a imprensa brasileira muda de postura: aquela que “enxovalhava os homens públicos e maculava a honra das famílias”,¹¹ deu lugar a uma imprensa com feições acentuadamente partidárias, graças à fundação de dois partidos constitucionais.

2.2.2. República Velha

Neste período é nítido o processo de profissionalização da imprensa com a formação de algumas empresas jornalísticas. Acima de todas as transformações econômicas da sociedade, ganhou relevo a promulgação de uma nova Carta Política, em 1891, que em seu art. 72 assegurava aos cidadãos a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, disciplinando nos seguintes termos a liberdade de imprensa:

Art. 72 (...)

§ 12 - Em qualquer assunto é livre a manifestação de 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.

De acordo com ANTONIO COSTELLA “a proclamação da república (...) não implicou em qualquer alteração imediata em nossa imprensa”.¹² Malgrado advinda uma nova Constituição, em poucos aspectos esta inovou a tutela da manifestação do pensamento, trazendo apenas como novidade a vedação do anonimato, de forma a possibilitar a punição daqueles que extrapolassem os limites impostos pelas leis vigentes.

¹¹ FRANCA, Geminiano da. *Op. Cit.*, p. 69.

¹² COSTELLA, Antonio F. *O controle da informação no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1970, p. 82.

Sob o pretexto de reprimir as ameaças de cunho socialista e anarquista, os Governos, em diversos períodos, se utilizaram da medida constitucional de exceção denominada Estado de Sítio, que restringia as liberdades, inclusive as de expressão, de pensamento e de imprensa. Em especial, devemos ressaltar a importância do Decreto nº. 4.269/1921 e da Lei Celerada de 1927 para o estudo do controle da informação. Tais normas tornaram-se “violento instrumento legal de combate ao jornalismo panfletário”¹³ e proletário. No mesmo viés, dois anos mais tarde, foi editada a primeira lei de imprensa do Brasil, conhecida como Lei Adolfo Gordo, que para o Governo se fez necessária devido aos excessos cometidos na invasão da vida privada de homens públicos e para conter o avanço anarquista no país. Além disso, trouxe o direito de resposta em seu art. 16.

A partir de então, cresce a insatisfação do povo com a República, entoada pelas manifestações da imprensa. Enquanto no cenário mundial ganha força a Revolução Russa, cresce no Brasil o medo de revoltas de cunho comunista, o que induz uma grande parte da sociedade a simpatizar com o movimento de 1930.

2.2.3. República Populista

A chegada de Getúlio Vargas ao poder assinala um período de abruptas mudanças no regime republicano brasileiro. “Um tigre vestido de ovelha poderia ser a caricatura perfeita da revolução de 30”. Muito embora tenha despertado o sentimento de esperança por mais liberdades, como na edição do Decreto-Lei 19.395 que concedeu anistia a civis e militares, logo depois o novo regime mostrou as suas garras.¹⁴

Em 1934 é promulgada uma nova Constituição que, embora garantisse em teoria a liberdade de expressão e pensamento, legitimava as práticas do *varguismo*, que continuava a impor censura à imprensa. Pouco antes, o Decreto 24.776, considerado a

¹³ *Ibidem*, p. 89.

¹⁴ ARAÚJO, Fátima. *História e ideologia da imprensa*. João Pessoa: Ed. Ilustrada, 1983.

segunda lei de imprensa brasileira, já proclamava a liberdade de imprensa, consagrando a clássica fórmula: “é livre a manifestação de pensamento independente de censura” e repetindo o diploma anterior de 1923 em sua maior parte.

Com a ascensão do pensamento comunista, é editada a Lei de Segurança Nacional como meio de “cercear, de maneira ampla e geral, todos os meios através dos quais se pudesse ameaçar ou violentar a ordem política e social”.¹⁵ Ainda não se vivia a tônica da censura rígida vista à época do Estado Novo, entretanto, o poder executivo dava nítidos sinais de enrijecimento no paulatino caminhar em direção à ditadura *getulista*.

O Governo não demorou a mostrar novamente sua voracidade em neutralizar as possíveis ameaças. Enquanto o mundo assistia ao fortalecimento das ideologias nazi-fascistas, no Brasil é promulgada a Constituição de 1937, inspirada no modelo *salazarista* português. Em seu art. 122, inciso 15, alínea “a” disciplina a Carta, que a lei poderia prescrever:

a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;

Esta autoridade censora, a qual se referia a Constituição, materializou-se com a criação de dois órgãos: o Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP) e o Departamento de Ordem Política e Social (DOPS), que desempenhavam a função de vetar o registro de diversos jornais e revistas e regular a vida dos cidadãos através de atozes policiais, respectivamente.

Durante o Estado Novo, a imprensa foi tratada como função de caráter público estando sujeita aos desmandos e ao controle do aparelho estatal. Assim, a censura tornou-se tão severa que foi proibida a edição de novos jornais e autorizado o fechamento dos já existentes. Porém, na contramão dos episódios, um poderoso império da comunicação se consolidou: os Diários Associados, de propriedade de Assis Chateaubriand. Ferrenho

¹⁵ COSTELLA, Antonio F. *Op. Cit.*, p. 108.

apoiador do regime *getulista*, o empresário paraibano ganhou tanto poder à época que pronunciou a célebre frase: “Se a lei é contra mim, vamos ter que mudar a lei”.¹⁶

A sucumbência do nazi-facismo no cenário político mundial provocou reflexos diretos no Brasil. Ao apoiar as forças aliadas na 2ª Guerra Mundial, o governo caiu em uma infeliz contradição: ao passo em que apoiou uma ideologia liberal e democrata, cultuou também, práticas totalitárias e repressoras, então combatidas pelos aliados. Tal fato, somado ao relaxamento e as constantes falhas dos órgãos oficiais de censura, já não provocavam o temor de outrora às vozes dissidentes, abrindo, então, terreno fértil para a redemocratização brasileira.

Em mais uma de suas geniais ideias políticas, Getúlio Vargas decide anunciar o desejo de reformas constitucionais e de novas eleições. Temerosos, no entanto, de mais uma das artimanhas políticas do Presidente, a opinião pública e os militares depõem-no. Para o seu lugar foi eleito o General Eurico Gaspar Dutra que delega à Assembléia a edição de uma nova Constituição, que repete quase que integralmente o dispositivo referente à liberdade de manifestação de pensamento da Carta política de 1934. A promulgação do texto constitucional de 1946 dá vazão à repriminção da lei de imprensa que volta a vigor. São anos de liberdade e fortalecimento da imprensa, que culminaram numa grande mudança dos paradigmas da informação no Brasil.

É por volta dos anos 1950 que uma revolução na mídia e na comunicação acontece. A chegada da televisão ao Brasil redimensiona o modelo de imprensa e dos meios de informação. O jornalista, antes baluarte das transformações sociais que opinava e debatia, vincula-se, agora, a uma empresa jornalística, estando comprometido com um discurso massificado, passando a ser mero transmissor e narrador de fatos.

Neste novo cenário retorna ao poder Getúlio Vargas, desta vez, eleito pelo povo. Para FÁTIMA ARAÚJO “mesmo tentando, Vargas não pôde mais controlar os jornais como o fizera

¹⁶ *Ibidem*, p. 108.

em seu governo ditatorial, principalmente porque se voltava, agora, para normalizar a situação econômica e financeira do país, seriamente abalada”.¹⁷ Ressentida da perseguição dos tempos do Estado-novo, a imprensa não apontou seus olhares para outro foco, senão para o presidente. O atentado da Rua Tonelero, em agosto de 1954, como ficou conhecida a tentativa de assassinato do jornalista Carlos Lacerda, ferrenho opositor de Getúlio, culminou em uma gigantesca revolta social. Vargas, pressionado, suicida-se dezoito dias depois do ocorrido.

No bojo destes acontecimentos ocorre a edição, em 12 de Novembro de 1953, da terceira lei de imprensa do Brasil - Lei nº. 2.083. A “nova/velha” legislação foi recebida de modo indiferente pelos meios de comunicação, por ser totalmente anacrônica, visto permanecer “confinada ao regime da imprensa periódica”.¹⁸ Ao deixar de “ampliar à radiodifusão e à televisão o regime especial de imprensa cometeu uma falta indesculpável”, como asseverava NÉLSON HUNGRIA.¹⁹

Entre o suicídio de Getúlio Vargas, em 1954 e a posse de Juscelino Kubitschek, em 1956, o país viveu sob estado de sítio vários meses, reaparecendo, assim, a censura de forma pontual. O novo presidente tentou imputar à imprensa, embora sem sucesso, a categoria de serviço público, mesmo ponto de vista de Mussolini, Hitler e Napoleão, buscando o controle dos excessos da liberdade.

Com a mudança de governo e a renúncia de Jânio Quadros, em agosto de 1961, assume de forma conturbada o poder, seu vice, o populista João Goulart, em 08 de setembro de 1961. Na década de 1960, permeada por conflitos sociais e políticos, o populismo era encarado como sinônimo do *bolchevismo*, o que levou a imprensa a defender a tríade de família, igreja e propriedade, além de uma “revolução gloriosa”. A mídia anticomunista,

¹⁷ ARAÚJO, Fátima. *Op. Cit*, p. 46

¹⁸ HUNGRIA, Nelson. Conferência pronunciada na Faculdade de Direito de São Paulo em Maio de 1954. In: COSTELLA, Antonio F. *Op. Cit*, p. 119-120.

¹⁹ COSTELLA, Antonio F. *Op. Cit*, p. 119-120.

com seu discurso conservador, e a sociedade atemorizada com os “desalmados vermelhos”, ofereceram terreno fértil e legitimidade à “revolução de março de 1964”, que inicia restrições às liberdades públicas.²⁰

2.2.4. República Militar

Com o golpe instaurado e o medo devidamente incutido na população, o Regime Militar encontrou bases sólidas para fincar fortes pilares em busca do estabelecimento da “ordem no país”. Nos dois primeiros anos de governo foram editados Atos Institucionais de questionável caráter supraconstitucional, sendo o AI-1 o documento básico do “movimento revolucionário”. Não se referiu expressamente à liberdade de comunicação, muito embora tenha gerado exceções no que tange aos direitos e garantias individuais. Já o AI-2 haveria de fazer expressa menção às questões atinentes à imprensa, recortando, de forma a tolher a liberdade de imprensa, o § 5º do Art. 141 da Carta de 1946.²¹

Em 1966 é convocado, extraordinariamente, o Congresso Nacional para discutir e votar o projeto de Constituição apresentado pelo Presidente Castelo Branco. Neste momento fez-se necessária uma sistematização legislativa, haja vista a Constituição democrática de 1946 estar totalmente dilacerada por atos institucionais e complementares. Carecia o Governo de um suporte constitucional que amparasse a arbitrariedade de seus atos. Assim, em 15 de março de 1967 é promulgada a Constituição, que em seu art. 150, § 8º tratou da liberdade de expressão, da seguinte forma:

É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da

²⁰ SODRÉ, Nelson Werneck. *Op. Cit.*, 1978.

²¹ MATTOS, Sérgio. *Os controles dos meios de comunicação*. Salvador: EDUFBA, 1996.

autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

É Interessante anotar que durante os primeiros anos do regime, a grande imprensa brasileira experimentou um grande acúmulo de capital e forte renovação tecnológica, o que parece tê-la feito apoiar o governo militar, que gozava também de bons índices econômicos e relativa aprovação popular. Assim, constata EMILIANO JOSÉ que “os interesses dos meios de comunicação, portanto, estavam organicamente vinculados à manutenção daquela específica situação política, que lhes dava segurança quanto aos investimentos que realizavam”.²²

Segundo aquele autor, “a grande imprensa apoiou entusiasticamente a empreitada militar” e que “as mobilizações de massa que ocorreram em favor da solução autoritária contaram com o apoio engajado de vários órgãos de comunicação”.²³ Portanto, deve-se concluir que a imprensa não foi apenas vítima nesse processo, contribuindo para a legitimação daquele regime de exceção.

Ainda em 1967, o Ministro da Justiça Alfredo Buzaid envia ao Executivo um Projeto de Lei de Imprensa, por entender que a então lei vigente nº 2.083/53, reclamava urgente reforma em vista das deficiências reveladas em sua execução, decorridos mais de 13 anos de sua entrada em vigor. Em contrapartida da opinião que sustentava o regime militar, a imprensa repudiou de forma veemente tal Projeto de Lei, no qual sugeriu, por meio de associações e sindicatos, diversas modificações. A discussão em torno do Projeto não levou mais que três dias e culminou na edição da Lei nº 5.250/67, após sensíveis mudanças no esboço inicial. Neste mesmo ano, dando mais sinais de enrijecimento, foi

²² JOSÉ, Emiliano. *Imprensa e poder: ligações perigosas*: a CPI do PC, do Collor e do Orçamento numa análise inédita. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2010, p. 24.

²³ JOSÉ, Emiliano. *Op. Cit.*, p. 25.

editada a Lei de Segurança Nacional – LSN, que chegou a prever até a pena de morte para os subversores.²⁴

Com a chegada ao poder de Arthur da Costa e Silva, segundo presidente do regime militar, atingiu-se, também, o auge da censura no Brasil. Com a instituição do AI-5, em 1968, severas restrições foram impostas às liberdades individuais e a censura ganhou *status* de pilar para a manutenção do regime. Nota-se que, somente com o advento do AI-5, somado à Emenda Constitucional nº 1, o controle estatal revelou-se despididamente. Nesta, a redação do art. 150, §8º foi alterada com a finalidade de não mais resguardar a independência de autorização para a circulação de jornais. Foi ainda adicionado dispositivo que impunha a intolerância a publicações e manifestações contrárias à moral e aos bons costumes. Este conceito amplo e aberto deu margem aos mais autoritários atos de censura prévia, visto que a moral é conceito axiológico extremamente mutável e os “bons costumes” eram valores que comungavam com o pensamento da classe dominante. Esta Emenda Constitucional culminou na edição do Decreto-lei nº. 1.077/70, que regulamentou a censura aos meios de comunicação, dando eficácia às normas postas na Carta Magna.²⁵

Desta forma, foi estabelecida a autocensura, na qual os meios de comunicação deveriam realizar uma prévia consulta aos manuais disponibilizados pelo Governo, para que não sofressem as penas previstas na Lei de Segurança Nacional - LSN. Além disto, aplicava-se, é claro, a censura prévia e o controle rigoroso de todas as ideias, teoricamente ameaçadoras, que eram proferidas na televisão, nos jornais e até mesmo nas residências. Pronto, estava formado todo o estoque normativo que o Regime Militar necessitava para alargar o arbítrio e castrar a possibilidade do cidadão pensar de forma livre.²⁶

²⁴ MATTOS, Sérgio. *Op. Cit.*, p. 47.

²⁵ JORGE, Fernando. *Op. Cit.*, p.68.

²⁶ *Ibidem.*

O Governo, naquele momento, necessitava de órgãos que impusessem, mesmo que à força, o comando legal. E assim foi feito. A chegada do General Emílio Garrastazu Médici à presidência, em outubro de 1969, mesmo com a aprovação do Congresso Nacional e prometendo volta ao regime democrático, foi marcada pelo início das atividades do Doi-Codi (Destacamento de Operações e Informações e Centro de Operações de Defesa Interna) e por isso considerado pelos historiadores o mais obscuro do período militar. Médice instaurou um rígido controle estatal sobre a liberdade de expressão, restando a coragem a alguns militantes políticos e à imprensa o papel de contestar a censura de maneira inteligente e irônica. Passou-se a compor um cenário atroz que, posteriormente, foi denominado de “anos de chumbo”. Neste período, o Brasil atingiu um momento de expressivo crescimento, conhecido como milagre econômico brasileiro, que aliado à política do ufanismo patriótico, ampliou o apoio popular ao regime.

A célebre ideia da restrição prévia à liberdade de expressão pode ser exemplificada na frase do censor CORIOLANO FAGUNDES, pra quem “a censura, por tradição, é prévia à primeira encenação pública do espetáculo e assim continuará sempre sendo”.²⁷ Felizmente, não foi sempre assim.

Com o fim do “milagre econômico”, a crise do petróleo, em 1973, e as atrocidades cometidas pela tortura, pelo exílio forçado imposto a políticos, artistas e intelectuais e pela censura à imprensa, o Regime Militar ficou exposto a pressões internacionais e também internas, com forte resistência de grupos paramilitares de esquerda e a revoltas estudantis. Em 1974, o General Ernesto Geisel assumiu o poder com a promessa de uma abertura “lenta, gradual e segura”.

Segundo assevera Emiliano José, “no governo Geisel, a convivência amistosa entre a ditadura e a imprensa tornou-se mais explícita. Passou a desenvolver-se um padrão de

²⁷ FAGUNDES, Coriolano de Loiola Cabral. *Censura e liberdade de expressão*. São Paulo, 1974, p. 27.

colaboração mais ativo, chegando a se constituir um grupo de donos de jornais, editores e jornalistas que davam sustentação ao projeto político autoritário”.²⁸

Em 1978, ainda no governo de Ernesto Geisel, revoga-se o AI-5, dando sinais de que a era mais negra para garantias e liberdades individuais estava chegando ao fim. Entretanto, como lembra SÉRGIO MATTOS, “apesar do AI-5 ter sido revogado (...) os meios de comunicação continuaram a sofrer vários tipos de pressões, sempre visando o controle do conteúdo das informações veiculadas”.²⁹

Em 1979, já no governo do último presidente militar, João Figueiredo - que prometeu fazer a abertura democrática - é sancionada a Lei 6.683, que concedia anistia aos perseguidos pelo regime e também aos militares que tivessem praticados crimes políticos no período de exceção. As imagens da volta de diversos exilados políticos, transmitidas pela televisão, ecoam até hoje na memória do povo brasileiro. No mesmo ano de 1979 é retomado o pluripartidarismo.

Para EMILIANO JOSÉ, na época do governo Figueiredo, a imprensa experimenta uma nova conjuntura rumo à democracia, mas que culmina na demissão de jornalistas considerados como de senso crítico mais apurados “quem sabe como forma de começar a implementar um novo modelo, mais controlado, menos disposto à crítica”.³⁰

Nos anos de 1980 e 1981, uma série de atentados a bomba - sendo o mais emblemático conhecido como o caso do Rio-Centro - expôs os sinais de que ainda havia setores do exército que não concordavam com a abertura política e tentavam impedir o processo, tentando incutir um clima de temor na população. A explosão da bomba dentro de um carro, no Rio-Centro, em 30/04/1981, durante um show musical de artistas de esquerda,

²⁸ JOSÉ, Emiliano. *Op. Cit.*, 2010, p 87.

²⁹ MATTOS, Sérgio. *Op. Cit.*, p. 43.

³⁰ JOSÉ, Emiliano, *Op. Cit.*, p. 27.

demonstrou outro fato grave: a liberdade de imprensa ainda não havia sido totalmente consolidada no Brasil.

Em função de ter informado que os ocupantes do carro que explodira eram militares e que mais duas bombas, desativadas por peritos, foram encontradas no veículo, a redação do Jornal Nacional da TV Globo foi ocupada no dia seguinte por militares, que obrigaram a emissora a “desmentir” o que haviam veiculado sobre o atentado. Segundo o jornalista Armando Nogueira (1927-2010), essa foi uma de suas maiores frustrações como diretor de jornalismo e “representou para os militares um grande telhado de vidro, por isso eles praticamente ocuparam a Rede Globo e [...] nos censuraram o tempo todo”.³¹

Apesar da ainda latente censura, em 1982, o Partido Democrático Social (PDS), sucessor da Aliança Renovadora Nacional (ARENA), partido que congregava em seus quadros os apoiadores do regime militar, sofre emblemáticas derrotas nas eleições em âmbito estadual e municipal. Dez governadores de oposição foram eleitos, a exemplo de André Franco Montoro (1916-1999), do PMDB, para o governo paulista. Entretanto, o PDS ainda consegue eleger considerável número de governadores, senadores e deputados federais e estaduais naquele pleito.

Em março de 1983 é apresentada pelo então Deputado Federal Dante de Oliveira (PMDB-MT) a Proposta Emenda Constitucional nº 5 que pretendia instituir eleições diretas. No ano seguinte ganha força um massivo movimento popular conhecido como "Diretas já". Inicialmente, com temor de represálias por parte dos militares, a imprensa evitou noticiar as manifestações populares. O *site* Memória Globo explica que, “se por um lado segmentos da sociedade pressionavam a Rede Globo para se engajar nas manifestações pelas Diretas, por outro, a emissora vinha sendo pressionada pelos militares a não cobrir

³¹ Globo.com. *Memória Globo: Atentado do Riocentro*. Disponível em: <<http://memoriaglobo.globo.com/Memoriaglobo/0,27723,GYN0-5273-250544,00.html>>. Acessado em: 03 março 2011.

os eventos”.³² Mais uma vez os ecos da censura voltavam a ressoar. O *site* descreve ainda o seguinte episódio:

Em abril a campanha empolgou definitivamente o país. No dia 10, cerca de um milhão de pessoas se reuniram na Candelária, no Rio de Janeiro. A Globo cobriu, então, com grande destaque o evento. [...] Mais tarde a cobertura do comício ocupou 16 dos 21 minutos do Jornal da Globo. Naquele momento a pressão dos militares sobre a Rede Globo atingiu seu ápice. Naquele dia, chegou mesmo a adquirir a forma de intimidação pessoal. Antes de o Jornal Nacional ir ao ar, um helicóptero do Exército sobrevoou de maneira ameaçadora a sede da emissora, no Rio de Janeiro, postando-se na altura da janela da sala do então vice-presidente executivo, Roberto Irineu Marinho.³³

Apesar da intensa mobilização noticiada pela imprensa, com comícios em todo o país, a proposta não foi aprovada na Câmara dos Deputados, em 25 de abril de 1984, gerando uma grande frustração na população brasileira.

2.2.5. República Nova

Após a derrota da Emenda Dante de Oliveira, como ficou conhecida a PEC nº 05/83 que propunha eleições diretas para a presidência da República, o PMDB se mobiliza junto a outros partidos para formar a Aliança Democrática, a fim de concorrer às eleições para presidente da República no Colégio Eleitoral de 1985. Com 480 votos, o candidato da Aliança Democrática, Tancredo Neves, vence o governista Paulo Maluf, que somou apenas 180 votos.

Apesar de eleito de forma indireta, Tancredo Neves contava com um forte apoio popular. No entanto, na véspera de sua posse, é internado no Hospital de Base de Brasília, com fortes dores abdominais. A imprensa acompanhou intensamente os trinta e nove dias de

³² Globo.com. *Memória Globo: Comícios das Diretas Já*. Disponível em: <<http://memoriaglobo.globo.com/Memoriaglobo/0,27723,5270-p-21751,00.html>>. Acessado em: 03 março 2011.

³³ *Idem*.

agonia do presidente eleito até a sua morte, em 21 de abril de 1985, gerando uma forte comoção nacional.

De forma conturbada, com Tancredo ainda hospitalizado, assume a presidência José Sarney, em 15 de março de 1985. Tinha nas mãos uma tarefa de grande responsabilidade: tentar proporcionar o retorno definitivo da democracia ao país, com a realização de eleições diretas e a promulgação de uma nova Constituição.

Em 1987, a Assembléia Nacional Constituinte foi convocada para a elaboração de uma nova carta política. Posteriormente, em 05 de outubro de 1988, a nação brasileira recebeu, com esperança, a apelidada “Constituição Cidadã” que alterou de forma substancial o ordenamento jurídico, equiparando em igualdade de condições os três poderes e fortalecendo a democracia no Estado brasileiro. Afirmadas em um diploma regular e democraticamente elaborado, as garantias individuais, políticas e processuais foram restabelecidas. Assim, as liberdades de pensamento, expressão e de informação jornalística foram garantidas pela Constituição em seus art. 5º, IV e IX e art. 220, §§1º, 2º e 6º.³⁴

O panorama brasileiro pós-Constituição de 1988 foi marcado pela estabilização da democracia e a imprensa teve papel decisivo nesse período de reabertura política. Apoiada em um diploma constitucional que retirava o peso da censura e possibilitava a plena liberdade de informação jornalística, em 1989, o povo brasileiro pôde então

³⁴ Art. 5º [...]

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

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

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

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

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

§ 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade

acompanhar as primeiras eleições presidenciais diretas, após um período de vinte e oito anos.

Entretanto, o fato mais marcante da imprensa no início da nova era democrática foi o debate entre os dois candidatos à presidência, Fernando Collor de Melo e Luis Inácio Lula da Silva, promovido pela Rede Globo às vésperas do segundo turno e cuja versão editada pela emissora foi transmitida pelo Jornal Nacional. Segundo alguns, a edição do debate favoreceu Collor em detrimento de Lula, constituindo fator decisivo para a vitória daquele candidato nas urnas.³⁵

Segundo Emiliano José, a imprensa apoiava Collor, pois havia um verdadeiro sentimento de frustração pela morte de Tancredo e pelo governo de Sarney, um político que representava o antigo. Assim, Collor se apresentava como “um novo salvador: valente, corajoso, jovem, intrépido, vigoroso. [...] É este *outsider* que será carinhosamente recepcionado pela imprensa desde os seus primeiros passos em direção à presidência da República. E que será apoiado por ela durante quase todo o seu governo”. Para o autor, o apoio da imprensa, em especial da Rede Globo e da Revista Veja, também tem relação com a proposta neoliberal de Collor, que casava perfeitamente com os interesses empresariais dos meios de comunicação, que preferiam uma menor ingerência do Estado no livre mercado.³⁶

Chegando à presidência, “o caçador de marajás”, tinha o desafio de domar a inflação galopante. Um dia após a sua posse, em 16 de março de 1990, foi anunciado o Plano Collor I, que, dentre tantas medidas, impunha o congelamento dos depósitos que excedessem a NCz\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzados novos). Embora a imprensa tenha qualificado o plano como correto, posteriormente os analistas econômicos classificaram de desastrosa a política econômica do governo.

³⁵ GOULART, Alexander. A mais polêmica edição do Jornal Nacional. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos.asp?cod=473MCH002>>. Acesso em: 31 janeiro 2011.

³⁶ JOSÉ, Emiliano. *Op. Cit*, p. 23-24.

Entretanto, a maior crise enfrentada pelo presidente tomou forma em maio de 1992, por conta de uma bombástica entrevista concedida à Revista Veja pelo seu irmão Pedro Collor, que denunciava esquemas de corrupção com o empresário Paulo César Farias. Foi instaurada então uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito no Congresso, que concluiu ter o presidente Fernando Collor se locupletado pessoalmente com recursos públicos.

Em meio às investigações, o movimento dos estudantes “caras-pintadas” sai às ruas exigindo a saída do presidente e encontra grande repercussão na mídia nacional, que a essa altura já não mais oferecia apoio ao presidente.

Em 29 de setembro de 1992 é aprovado por grande maioria no Congresso a abertura do processo de *impeachment* do presidente, que se afasta do cargo em 2 de Outubro e renuncia em 29 de dezembro do mesmo ano, pouco antes do julgamento do processo, a fim de não perder os direitos políticos. Entretanto, o *impeachment* é julgado da mesma forma.

Poucos fatos relevantes sobre a liberdade de imprensa acontecem no período em que esteve na presidência Itamar Franco, vice de Collor, entre 29 de dezembro de 1992 e 01 de janeiro de 1995. Este período destaca-se, sobretudo, pela estabilização econômica e pelo lançamento do Plano Real, em 1994, possibilitando a eleição de Fernando Henrique Cardoso para a presidência da república logo em seguida.

2.3. As transformações da liberdade de informação jornalística na modernidade

Como visto anteriormente, muitos direitos, garantias e liberdades foram obliterados pelos governos militares que se sucederam no poder entre os anos de 1964 e 1985. Com o advento da Constituição de 1988, a liberdade de expressão foi consagrada e trouxe consigo a garantia à **liberdade de informação jornalística**, termo utilizado pelo legislador

constituente em detrimento de **liberdade de imprensa**. Esta surgiu como demanda prioritária após um período em que a independência dos meios de comunicação era nula, por conta dos mecanismos de repressão utilizados pelo governo, dentre os quais a censura.

Neste momento, surge um período único da história do Brasil. Graças à reconquista da democracia, a sociedade retomou, após anos de embaraço, o direito de expressar livremente suas ideias e a imprensa de noticiar os fatos sem o crivo da censura prévia. Este fato consolidou o progresso do Estado Democrático de Direito e das liberdades individuais e coletivas, mas também marcou o início de uma era de distorções e excessos no uso destas garantias constitucionais.

O fim do período ditatorial, marcado por censuras políticas e ideológicas estatais, repristinou a ideia liberalista clássica de que “tudo é permitido”. E foi lastreado nesta plena liberdade que se passou a noticiar na década de 1990. O jornalismo, agora mais visto sob o caráter empresarial, recém saído da regulação atroz do Período Militar, se deparou com um dispositivo normativo que homenageava o Estado Democrático de Direito, repulsando a prática de medidas que viessem a tolher a plena liberdade de comunicação.

Entretanto, na incipiente experiência do Estado Democrático Brasileiro, que com pouco mais de duas décadas de vida ainda aprende a livrar-se no ranço do colonialismo e da arbitrariedade, a imprensa parece ainda buscar entender o seu novo papel na sociedade moderna.

Para SIMONE SCHREIBER as circunstâncias históricas propiciaram “a consolidação da ideia de que a liberdade de expressão é um direito absoluto.” Daí se estabeleceu uma verdadeira dicotomia, onde qualquer tentativa de regulamentação ou restrição à liberdade de expressão é identificada como um retorno ao regime autoritário, enquanto a defesa da plena liberdade de expressão vira sinônimo de democracia. Isto acaba por empobrecer o

debate a respeito do conteúdo do direito fundamental à liberdade de expressão, entendido em sentido largo, que abarca também a liberdade de informação.³⁷

Tais idas e vindas da história brasileira nos direcionam no sentido de encontrar pontos de contato com o princípio da *enantiodromia*, estudado pelo psiquiatra suíço Carl Jung, mas que remonta aos filósofos Heráclito e Platão. O vocábulo é derivado do grego *enantios* (contrário, oposto) e *dromos* (corrida) e pode ser caracterizado como um verdadeiro movimento de contra-reação identicamente oposto àquele inicialmente experimentado. A *enantiodromia* é tipicamente associada a sintomas de neurose e geralmente prenuncia o renascimento da personalidade. Assim, é possível identificar o atual período histórico como de busca por um assentamento, uma conciliação entre os princípios colidentes e de maturação democrática, a fim de escapar da crise neurótica da *enantiodromia*.³⁸

Em palestra, o Ministro Ayres de Britto salientou que os órgãos de mídia estão atordoados após a declaração de não recepção da Lei nº 5.250/67 pela ADPF nº 130, em uma busca por uma nova identidade. Para o Ministro, a imprensa sente “a insustentável leveza” da liberdade reconquistada, fazendo um paralelo com a obra literária de Milan Kundera intitulada *A Insustentável Leveza do Ser*.³⁹

Não é de hoje que situações da vida cotidiana evidenciam a colisão entre liberdade de informação jornalística e direitos de personalidade. Se por um lado a imprensa noticia todo e qualquer fato, protegida sob o argumento de levar à população informações de relevante interesse público, por outro, neste ato, pode ocorrer a violação aos direitos

³⁷ SCHREIBER, Simone. *Conteúdo e justificativa teórica da liberdade de expressão*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 781, 23 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7184>>. Acesso em: 8 fevereiro 2011.

³⁸ SAMUELS, Andrew; SHORTER, Bani; PLAUT, Alfred. *A Critical Dictionary of Jungian Analysis*. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1988.

³⁹ BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. *A legislação brasileira garante a liberdade de imprensa?* São Paulo, 26/11/2010. Palestra proferida no Seminário Cultura – Liberdade de Imprensa. Disponível em: <<http://www.tvcultura.com.br/seminario/blog/31939>>. Acesso em: 04 dezembro 2010.

individuais como a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem, igualmente protegidos pela Constituição Federal. Este não é um problema novo.

Historicamente os jornais sempre direcionaram suas críticas aos governos e aos seus mandatários, em uma esfera pública de debate, no qual temas como economia, política e direito sempre foram pautas principais. É verdade também que muitos desses governantes, na gestão da coisa pública, sempre se esquivaram das críticas alegando a proteção da honra ou da imagem para criminalizar a conduta dos jornalistas, fazendo-os calar. O entendimento da imprensa como um serviço público também possibilitou a ingerência dos governos sobre as redações, impondo a censura.

De qualquer forma, é também notório o crescente interesse da população sobre a vida privada das pessoas de um modo geral, principalmente após o advento da televisão e da *internet*. Antes, o interesse do público e da imprensa visava, sobretudo, a atuação dos agentes públicos, fiscalizando a sua tomada de decisões no que tange à coisa pública e também investigando a sua vida pregressa, os seus hábitos e costumes.

Hoje em dia, não só os políticos passaram a ser alvo do interesse público. Embora a fotografia já estampasse na capa dos jornais o rosto das pessoas notórias, a televisão e o cinema foram os responsáveis por projetar de forma mais contundente a imagem das pessoas, criando um culto às personalidades e às celebridades. Nesse ínterim, a publicidade capitalista disseminou a imagem de artistas, cantores, atores e modelos em seus anúncios, associando características e traços pessoais destas personalidades à qualidade dos produtos comercializados como forma de auferir lucro.

Retomando o percurso histórico da liberdade de informação jornalística na modernidade, anotamos que, embora se possa identificar já na primeira metade do século XX, a pujança de alguns conglomerados de comunicação, a exemplo dos Diários Associados, de Assis Chateaubriand, é nas décadas de 1960 e 1970 que ocorre a massificação da televisão. Nesse período, emergiu no Brasil o poder das Organizações Globo, líder de audiência em todo o país até os dias atuais.

Já no período da nova democracia brasileira, no início da década de 1990, se nota uma concentração de poder das grandes empresas de mídia, sobretudo com a concessão de emissoras de rádio e televisão a políticos e famílias influentes. Segundo FÁBIO KONDER COMPARATO, “atualmente no Brasil, apenas quatro megaempresas dominam o setor de televisão: a Globo controla 142 veículos; o SBT, 195; a Bandeirantes, 166; a Record, 142 e cada uma dessas redes representa um segmento de grupo que explora também o rádio, jornais e revistas”.⁴⁰

Tais empresas se encarregaram, hoje, de exercitar a Nova Ordem Constitucional posta no tocante à liberdade de informação. Como assinala SERRANO NEVES: “de idealista, a imprensa se transformou, no mundo inteiro, em fonte de renda”. E citando ALBERTO ROMERO, conclui que “o proprietário de um jornal passou de jornalista a homem de empresa”.⁴¹

Esses fatores tornaram-se, ao longo dos tempos, determinantes e imperativos para a sobrevivência das empresas de comunicação, o que gera um questionamento acerca da sua imparcialidade e independência. Os veículos difusores de informação não reproduzem (e talvez nunca hajam reproduzido) apenas o pensamento independente do jornalista, mas também implementam um discurso que pode servir aos interesses dos donos das redes de comunicação e também dos seus anunciantes, que patrocinam a publicidade e são tanto empresas privadas como até o próprio Governo.⁴²

Num segundo momento, os meios de comunicação passaram a experimentar o chamado jornalismo investigativo, justificado pela falência do Estado e da polícia em cumprir com o

⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Prefácio*. In: LIMA, Venício A. de. *Liberdade de expressão x liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia*. São Paulo: Publisher Brasil, 2010, p. 12.

⁴¹ NEVES, Francisco de Assis Serrano. *Direito de Imprensa*. São Paulo: Bushatsky, 1977.

⁴² Venício de A. Lima esclarece que a imprensa sempre sofreu de uma interdependência histórica com o Estado, se materializando por meio de subsídios, empréstimos bancários e financiamentos oficiais, isenções fiscais, publicidade legal obrigatória ou publicidade oficial. Destaca ainda que há na sociologia do jornalismo estudos que revelam que a prática do jornalismo profissional ocorre no contexto de uma subcultura própria, de rotinas produtivas e interferências editoriais que tornam sem sentido qualquer pretensão à existência do mito da objetividade jornalística ou de uma prática jornalística neutra e isenta. (LIMA, Venício A. de. *Liberdade de expressão x liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia*. São Paulo: Publisher Brasil, 2010, p. 114-115.)

seu papel institucional. São diversos os programas televisivos que acompanham incursões policiais, interrogam acusados, realizam escutas telefônicas e promovem até mesmo a investigação de casos de forma autônoma.

Há também, na atualidade, farta produção de periódicos, programas televisivos e *websites* voltados exclusivamente ao acompanhamento da vida e da intimidade das celebridades, que também se aproveitam da ampla publicidade para ganhar mais prestígio. Ocorre que muitas vezes esses veículos descambam para o sensacionalismo, buscando uma maior vendagem de exemplares ou grandes índices de audiência, com a devassa de escândalos, tragédias e situações vexatórias, de pouca função informativa.

O comprometimento prioritário de parte da imprensa com interesses econômicos e a prática do jornalismo denunciata geraram, então, um cenário onde o pleno exercício da liberdade de informar pode chocar-se com garantias como a integridade moral, a privacidade, a imagem e a intimidade dos indivíduos.

Dessa forma, a imprensa parece assumir um novo rumo na sociedade democrática da informação, pois ao mesmo tempo em que titulariza o direito fundamental da liberdade de informação jornalística, deve atentar para o valor da democracia em consonância com a dignidade da pessoa humana. É por isso que alguns teóricos identificam um novo papel da imprensa, imbuída em uma nova função socializante. É o que pontua WANISE CABRAL SILVA:

A liberdade de informação deixa de ser propriedade particular do empresário, direito privativo de uns poucos, e passa a ser patrimônio da sociedade, com funções sociais bem marcadas, inteiramente úteis e imprescindíveis. Os meios de comunicação se transformam, assim, na instituição imprensa. Desta forma, há uma inversão de valores no sentido de buscar-se alcançar a liberdade apregoada pelos antigos. Assim, o tesouro da teoria e da tradição democrática provém precisamente da reflexão provocada pela possibilidade do exercício da liberdade antiga.

Ou seja, de uma liberdade participativa com a presença de todos os cidadãos.⁴³

Como pontua LUIZ GUSTAVO GRANDINETTI em sua dissertação, a mídia vislumbra uma mudança de paradigma, para encontrar um conteúdo social:

A liberdade de imprensa surgiu com um caráter individualista. Mas vem sofrendo uma mudança de paradigma, uma vez que, no seu bojo, impregna-se de um conteúdo social, imbuindo-se de um interesse público. Assim, não é mais aquela liberdade semelhante à propriedade absoluta. Os meios de comunicação, desta forma, deixam de pertencer só a seu proprietário. E, uma vez posto em circulação, o veículo da imprensa assume um sentido público, adquire asas próprias e passa a voar na mesma direção do vento que a sociedade sopra.⁴⁴

No final da década de 1990 e no início do século XXI, o Brasil assiste a uma nova revolução globalizante. Com a chegada da era da informação digital, a liberdade de informação jornalística ganha novas projeções. Como enaltece VIDAL SERRANO, “o desenvolvimento tecnológico, incrementado à televisão, à radiodifusão, à informática, etc., veio a oferecer, no entanto, meios de difusão mais sofisticados, fazendo com que a antiga liberdade de imprensa assumisse também uma nova e mais moderna forma”.⁴⁵

A *internet* vem a ser o mais moderno meio de comunicação que se assomou aos tradicionais veículos como o impresso, o rádio e a televisão. Com o barateamento de componentes informáticos e a concorrência no mercado de banda larga, ocorre uma ampliação do acesso às novas tecnologias, de forma a permitir a inserção de todos na sociedade da informação, termo que se conhece por *inclusão digital*.

Segundo o IBGE, no ano de 2009, houve um crescimento de 112,9% no número de pessoas que declararam ter usado a rede mundial de computadores se comparado ao ano

⁴³ SILVA, Wanise Cabral. *Liberdade de imprensa x presunção de inocência*. In: Revista Diálogos Possíveis. Ano 4. nº 2. (ago/dez 2005): 137-160. Disponível em: <<http://www.fsba.edu.br>>. Acesso em: 03 março 2011.

⁴⁴ CARVALHO. Luiz Gustavo G. C. de. *Direito de informação e Liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar 1999, p. 30.

⁴⁵ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A proteção Constitucional da informação e o direito a crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1998, p. 34.

de 2005. Em 2009, informa a pesquisa, 67,9 milhões de pessoas declararam ter usado a *internet*, em comparação a 31,9 milhões em 2005.⁴⁶

Em vista desse crescente número de usuários, a sociedade tem experimentado contundentes transformações no vetor de informação. Se antes a televisão, o rádio e a mídia impressa monopolizavam a coleta e a transmissão dos fatos, hoje em dia são os leitores que contribuem diretamente na construção da notícia. Aparelhos celulares com câmeras fotográficas e diretamente conectados à *internet* permitem a rápida disseminação de imagens na rede e, muitas vezes, são utilizadas pelos próprios meios de comunicação como fonte.

Na pós-modernidade, a formação da opinião pública se molda também a partir do conteúdo gerado por *blogs*, *twitters* e outras ferramentas alimentadas diretamente por cidadãos comuns, “que passam a participar, comentar, falar, ouvir e ver uns aos outros numa arena livre de circulação de idéias”. Esses sujeitos fomentam relevantes discussões políticas e sociais, tendo papel de difusores de informação, oferecendo suas visões de mundo e também dando origem a iniciativas populares como, por exemplo, a Lei da Ficha Limpa, que ganhou força a partir de um abaixo-assinado na *internet*.⁴⁷

Por outro lado, a revolução em curso na maneira de disseminar a informação, com a predominância crescente das mídias digitais, vem expondo os meios tradicionais de comunicação a uma grave crise. Em 01/09/2010, o Jornal do Brasil, tradicional noticiário carioca, deixou de circular na versão impressa, disponibilizando seu conteúdo apenas via

⁴⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Nacional por Amostragem Domiciliar – PNAD 2009. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1708>. Acesso em: 23 fevereiro 2011.

⁴⁷ GUALDA, Diego de Lima. *Expansão da Cidadania e Desenvolvimento dos Institutos de Direito Digital: sobre a manifestação do pensamento*. In: Boletim CEDES, Outubro, 2010. Disponível em: <<http://cedes.iesp.uerj.br/PDF/2010/10outubro/Artigo%20-%20Diego.pdf>>. Acesso em 07 fevereiro 2011.

web. Especula-se, até, sobre uma possível intenção do New York Times em operar na *internet* de segunda a sábado e lançar uma edição impressa apenas no domingo.⁴⁸

Deve-se pontuar também que a “democratização” da geração de informação e sua nova “vetorização” geram um interessante panorama. As opiniões de celebridades artísticas na *internet* causam maior impacto e repercussão do que a de um intelectual ou um político nos dias atuais.⁴⁹ Há também anônimos que ao publicar suas ideias na *internet* ganham notoriedade.

Enfim, ao que parece, o monopólio da difusão da informação nos veículos tradicionais como o rádio, a televisão e os jornais tem perdido espaço para um contexto de mídia cada vez mais participativa, interativa e digitalizada, onde o cidadão comum não aparece apenas no papel passivo de ouvinte, telespectador ou leitor, assumindo um protagonismo ativo na nova sociedade da informação e da comunicação.

2.3.1. Novos paradigmas estabelecidos pelo caso do site WikiLeaks

Recentemente, tem ganhado notoriedade, primeiramente na *internet*, para depois estampar as principais manchetes de jornal do mundo inteiro, o *website* WikiLeaks (Leak

⁴⁸ REVISTA VOTO. *Versão impressa do New York Times vai acabar*. Notícia, 10/09/2010. Disponível em: <http://www.revistavoto.com.br/site/noticias_detalhe.php?id=1813&t=Versao_impressa_do_New_York_Times_vai_acabar>. Acesso em: 23 fevereiro 2011.

⁴⁹ Para se ter uma ideia, no microblog Twitter.com, o apresentador da TV Globo Luciano Huck é o brasileiro com maior número de seguidores, com 2.660.859. Com mais de 2,6 milhões de seguidores, o jogador de futebol Kaká aparece logo em seguida. O ranking ainda conta diversas outras personalidades do esporte, da música, do jornalismo e principalmente da comédia brasileira. Enquanto isso, a presidente Dilma Roussef tem pouco mais de 400.000 seguidores no site de relacionamentos. (Tweetrack. *Os mais seguidos do twitter no Brasil*. Disponível em: <<http://www.tweetrack.com.br/stats/os-mais-seguidos-do-twitter-no-brasil>>. Acesso em: 02 janeiro 2011.) Em nível mundial, as contas com maior número de seguidores são a de celebridades do mundo musical como Lady Gaga, com 7.909.276 seguidores, Justin Bieber, com 6.900.456 seguidores e Britney Spears, com 6.706.223 seguidores. O presidente americano Barack Obama só aparece na quarta posição com 6.459.447 seguidores em sua conta no twitter. (Twitaholic. Disponível em: <<http://twitaholic.com/>>. Acesso em: 02 janeiro 2011.)

em inglês significa vazamento), que se autodenomina como uma organização transnacional e sem fins lucrativos, cujo atual diretor é o australiano Julian Assange.

Lançado em Dezembro de 2006, o *website* tem o objetivo de revelar notícias e informações de interesse público, especialmente de cunho diplomático, ético e histórico, oferecendo aos internautas acesso a documentos confidenciais dos governos, com o objetivo de contribuir para uma sociedade global mais transparente.

Muito embora o tema central da nossa pesquisa seja a análise da relação entre a liberdade de informação jornalística e os direitos de personalidade - e o WikiLeaks se proponha a divulgar prioritariamente documentos governamentais⁵⁰ - este fenômeno midiático não pode escapar de uma reflexão, tanto pela comoção que vem causando, quanto por acenar para o estabelecimento de novas premissas legais e éticas no tema da liberdade de informação.

Segundo o site da organização, os princípios sobre os quais seu trabalho é desenvolvido são: a) defesa da liberdade de expressão e de publicação de informações; b) o aumento de uma base de dados histórica em comum e; c) o apoio a ideologia de que todos os seres humanos têm direito de criar uma nova história. Segundo divulgam, tais princípios estariam inseridos dentro da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em especial o artigo 19.⁵¹ Tal norma internacional afirma que “todos têm o direito à liberdade de opinião e expressão, no qual se incluem a liberdade de ter opiniões sem interferência e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

O WikiLeaks não tem qualquer relação com o Wikipedia, a enciclopédia virtual que conta com a colaboração dos internautas para a confecção dos verbetes. Ambos baseiam-se no

⁵⁰ Embora grande parte do material divulgado seja governamental, o WikiLeaks divulgou imagens da caixa de emails, de fotos e da lista de endereços da candidata republicana à vice-presidência dos EUA, Sarah Palin, nas eleições americanas de 2008.

⁵¹ Wikileaks. Disponível em: <<http://wikileaks.ch/About.html>>. Acesso em 26 janeiro 2011.

formato de mídia colaborativa “wiki”, mas, ao contrário da enciclopédia mencionada, o WikiLeaks não permite a edição de dados de forma aberta por qualquer internauta, recebendo informações de fontes anônimas, cujos dados são protegidos por tecnologia de criptografia.

A organização ganhou especial notoriedade quando publicou, em abril de 2010, um vídeo de aproximadamente dezessete minutos, gravado pela própria câmera de um helicóptero da Força Aérea Americana (e que se pressupunha de sigilo das autoridades daquele país) no qual são executadas diversas pessoas em uma operação no Iraque, dentre as quais crianças e dois jornalistas da agência de notícias Reuters.⁵²

O WikiLeaks tem sido contestado pelos governos de alguns países, em especial dos Estados Unidos, acerca da lisura e veracidade do conteúdo publicado. Recentemente, no final do ano de 2010, Julian Assange, diretor da organização, chegou a ser preso na Suécia, acusado de estupro e abuso sexual.⁵³ O fato é que os apoiadores da organização denunciam que esta mesma vem sofrendo um verdadeiro ataque conspiratório dos governos que tiveram os seus documentos secretos revelados, com tentativas, inclusive, de bloqueio, por parte das operadoras de cartão de crédito, do repasse de doações dos internautas à organização.⁵⁴

A ousadia da organização tem deixado os governos internacionais bastante preocupados. Primeiramente, por ser uma organização transnacional, a base dos seus dados não está alocada em um único país, sendo pulverizada em diversos supercomputadores situados em diversas partes do mundo. Portanto, uma vez divulgada a informação, seja ela um

⁵² O vídeo está disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=5rXPrfnU3G0>>. Acesso em: 26 janeiro 2011.

⁵³ REVISTA VEJA. *Assange, fundador do wikileaks é preso*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/internacional/assange-o-fundador-do-wikileaks-e-preso>>. Acesso em: 26 janeiro 2011.

⁵⁴ 180graus.com. *Criador do wikileaks critica o boicote de empresas dos EUA*. Disponível em: <<http://180graus.com/geral/criador-do-wikileaks-critica-o-boicote-de-empresas-dos-eua-385637.html>>. Acesso em: 26 janeiro 2011.

vídeo ou um documento secreto, ela tende a se espalhar de maneira viral, ou como um *meme*.⁵⁵

A organização se utiliza de modernas tecnologias para receber, decodificar e divulgar as informações recebidas pelas suas fontes anônimas, o que tem dificultado a execução de ordens judiciais. Segundo o WikiLeaks, seu sucesso em batalhas jurídicas se deve ao que o site chama de "hospedagem à prova de balas". O seu servidor encontra-se hospedado, principalmente, pelo provedor sueco PeRiQuito (PRQ), que ficou famoso por hospedar o site ilegal de trocas de arquivos de música *The Pirate Bay*, mas há diversos outros servidores espalhados e pulverizados por todo o mundo.⁵⁶

Em recente entrevista publicada pelo site da Revista Carta Capital, Julian Assange associa a distribuição de informação com a distribuição de poder. Assim, pontua que os Estados e as megacorporações mantêm seu poder sobre o pensamento individual ao negar informação aos indivíduos, sendo nesse vácuo de conhecimento que delinea quem são os mais poderosos dentro de um governo e quem são os mais poderosos dentro de uma corporação. Assim, o livre fluxo de conhecimento de grupos poderosos para grupos ou indivíduos menos poderosos é também um fluxo de poder e, portanto, uma força equalizadora e democratizante na sociedade.⁵⁷

⁵⁵ O termo "viral" tem sido empregado mais frequentemente para denominar vídeos que tem especial conteúdo de humor e que se disseminam com uma rápida velocidade através da rede, computando milhares de acessos. Outra expressão que tem sido bastante utilizada é "meme", que é uma combinação das expressões gene e de mimetismo, que em grego significa o ato de imitar. Segundo Susan Blackmore, a expressão foi inicialmente cunhada por Richard Dawkins em 1976 e guarda relação com a replicação de informações pelo ser humano e a teoria evolucionista. (BLACKMORE, Susan. *Evolution and Memes: The human brain as a selective imitation device*. Disponível em: <<http://www.susanblackmore.co.uk/Articles/cas01.html>>. Acesso em: 26 janeiro 2011.)

⁵⁶ Portal Último Segundo. *Saiba mais sobre o Wikileaks*. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/saiba+mais+sobre+o+wikileaks/n1237845622562.html>> Acesso em: 23 fevereiro 2011.

⁵⁷ CARTA CAPITAL. *Internautas brasileiros entrevistam Julian Assange, criador do Wikileaks*. Disponível em: <<https://cartacapitalwikileaks.wordpress.com>>. Acesso em: 03 fevereiro 2011.

Em fevereiro de 2011 o site foi indicado a receber o Prêmio Nobel da Paz.⁵⁸

É interessante identificar que a organização parece calcar-se em um princípio ético no qual o fim justifica os meios, o que parece subverter totalmente os padrões até então vigentes.

A sociedade da informação está sedenta pela livre e gratuita circulação de ideias. O formato de *internet* cada vez mais colaborativo demonstra esse protagonismo do cidadão comum em informar e ser informado. Ele quer consumir novas tecnologias que permitam um fluxo mais rápido e livre a essa informação globalizada. Essa pressão pelo livre acesso à informação é um fenômeno importante da pós-modernidade e tem levado a reformatação do entendimento sobre direitos autorais, por exemplo.

A ideia do WikiLeaks é devassar ao máximo os planos secretos dos governos, desnudando-os, por estarem a serviço da coisa pública. Entretanto, cabe a seguinte reflexão: tal como a personalidade humana, que necessita de uma esfera de privacidade para o seu livre desenvolvimento, também não seria aceitável uma esfera de confidencialidade na tomada de decisões governamentais?

Nos parece que esse meio termo seria o ponto de equilíbrio ideal. Entretanto, a sociedade permaneceu por anos sob o jugo do oligopólio do governo e das corporações, que detinham o poder da informação. Tais atores sociais sempre traçaram estratégias a partir da ideia de que o seu corpo de tecnocratas estava habilitado e legitimado a decidir os rumos da política e da economia, o que pode ser comparado à cena do filme *A Queda*: As

⁵⁸ A TARDE. *WikiLeaks é indicado para o Prêmio Nobel da Paz*. Disponível em: <<http://www.atarde.com.br/noticia.jsf?id=5681933>>. Acesso em: 03 fevereiro 2011.

Últimas Horas de Hitler, no qual o ditador escolhe alguns poucos generais e assessores para traçar o seu destino final, após ver-se isolado em seu *bunker*.⁵⁹

O WikiLeaks subverte esse entendimento, pois demonstra que a sociedade da informação pretende fiscalizar e controlar, de maneira mais contundente, o movimento enxadrístico do jogo democrático, interferindo de forma direta no processo decisório. Talvez estejamos vivenciando mais um exemplo de *enantiodromia* social, no qual, um movimento forte e excessivo por uma parte (repressão), faz gerar uma contra-reação tão forte quanto aquele primeiro movimento (libertação).

Assim como as Forças Armadas criaram a *internet* como meio de comunicação e de estratégia de defesa militar, na década de 1960⁶⁰, atualmente, a sociedade dela se apropria como instrumento de defesa dos seus direitos. E agora o quer também em outras esferas do poder. Munido desta ferramenta tecnológica, o cidadão avança em busca de novos territórios, para fazer valer a essência da democracia (poder do povo) em sua plenitude, doa a quem doer. É preciso aguardar para ver se esse novo modelo de democracia, cada vez mais direta e participativa, também não encontra o seu ponto de saturação e equilíbrio, para fazer cessar a neurose da instabilidade.

2.4. O termo “imprensa” e sua evolução através do tempo

Sem dúvida alguma o termo imprensa tem origem na máquina criada por Gutemberg, que revolucionou a circulação de informação no mundo pela sua funcionalidade. Assim, a simples máquina deu impulso à produção de jornais, revistas e panfletos (sem falar nos

⁵⁹ A QUEDA: *as últimas horas de Hitler*. Título original em alemão “Der Untergang”. Oliver Hirschbiegel (diretor). Alemanha, Itália e Áustria. Produção de Constantin Film Produktion, 2004. DVD, Duração: 156 min. Cor. Legendas em português.

⁶⁰ PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 10.

livros), permitindo que o homem se expressasse de maneira a alcançar um maior número de semelhantes, fazendo repercutir as suas ideias, opiniões, críticas, enfim, o seu olhar sobre os fatos e pessoas de sua comunidade e do mundo. O passar do tempo e a evolução da tecnologia e da sociedade transformaram o engenho de Gutemberg em um verdadeiro fenômeno social que se denominou imprensa.

Diversas leis e constituições tentaram conceituar imprensa, a fim de englobá-la em uma esfera de normatização, e porque não dizer, controle. Historicamente, na primeira lei de imprensa brasileira - o Decreto outorgado por D. Pedro I em 22 de novembro de 1823 - considerava-se imprensa as palavras e escritos que fossem expressos através de livros, jornais e periódicos.

A Lei nº 5.250/67, declarada como não recepcionada pela Constituição de 1988, após o julgamento da ADPF nº 130, e que regulava a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, utilizou o termo “empresas jornalísticas” para enquadrar em sua esfera de normatização os jornais, revistas e outros periódicos. Equiparava ainda os meios de radiodifusão, televisão e as agências de notícias. Embora fizesse referência também aos livros, impressos e periódicos, de forma bastante atécnica, parecia excluir os espetáculos e diversões públicas de seu alcance normativo, delegando a censura destes a uma outra lei.

Com o advento da Lei 7.300/85, que alterou o § 4º do art. 3º da Lei nº 5.250/67, o conceito de imprensa passou a incluir, também, as empresas cinematográficas. Por outro lado, excluiu-se a regulação das publicações científicas, técnicas, culturais e artísticas. O art. 12, parágrafo único, fez referência aos “serviços noticiosos” para qualificar os meios de informação e divulgação.

Mesmo após a declaração de não recepção da Lei de Imprensa pela ADPF nº 130, ainda tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3.232/92 que pretende, ou ao menos pretendia, revogar a Lei nº 5.250/67. O art. 1º, §1º, inciso I do Projeto de Lei de autoria do ex-senador baiano JOSAPHAT MARINHO, prefere o termo “meios de comunicação social” à

imprensa, incluindo, além dos tradicionais meios como rádio, televisão e jornais, as redes públicas de informática e o cinema.⁶¹

Diante da evolução tecnológica, este fenômeno social tem ampliado seus horizontes, incorporando diversas ferramentas para a reprodução de notícias e opiniões. Antes, o papel, posteriormente, as ondas de rádio e as imagens televisionadas e, por último (mas não por fim), o meio digital da *internet*, fizeram a imprensa alargar o espectro de leitores, ouvintes, espectadores e internautas que podem absorver o seu principal produto: a informação.

O dicionário contemplou no significado de imprensa tanto a máquina com que se imprimia ou estampava, o conjunto dos jornais e publicações congêneres - que se conhece por imprensa escrita - como também qualquer meio de comunicação de massa e os próprios profissionais que desempenham a atividade jornalística.⁶² Portanto, o léxico, incorporou em seu conjunto de significados o processo de mutação histórica no conceito de imprensa.

Decantando este fenômeno social e tecnológico identificado como imprensa, percebemos que existe uma substância primordial a ser trabalhada pelos meios de comunicação social, que é a notícia, a interpretação do fato, a informação jornalística por essência. Assim, a imprensa comporta tanto o sujeito que faz a notícia, que é o veículo de comunicação social, como também a informação propriamente dita.

Assim, **imprensa**, como levaria o vocábulo a entender originalmente, não é mais (há muito tempo, aliás) apenas aquela **impresa**, pois como adverte PEDRO FREDERICO CALDAS “deve ser

⁶¹ Projeto de Lei nº 3.232/92: Art. 1º [...] §1º [...] I - consideram-se meios de comunicação social rádio, televisão, cinema, redes públicas de informática, agências de notícia, jornais, revistas e similares que utilizem processos de impressão, caracterização gráfica, filmagem e gravação, ou que promovam emissão de ondas e sinais por meio de antenas, satélites, fibras óticas, cabo ou difusores semelhantes, com a finalidade de exibir, divulgar, exprimir, ou transmitir, publicamente, som, imagem, informação, notícias ou qualquer tipo de mensagem.

⁶² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

tomada sua acepção ampla de significar todos os meios de divulgação de informação ao público, principalmente quando através dos modernos e poderosos veículos de difusão como o rádio e a televisão, cujo alcance sobre a grande massa é ilimitado”.⁶³

Para LUIZ GUSTAVO GRANDINETTI a “imprensa hoje significa informação, jornalismo, independentemente do processo que o gerou, seja a prensa, seja a radiodifusão de sons. Neste conceito poder-se-ia incluir a atividade jornalística dos jornais, revistas, periódicos, televisão e rádio, pois o prepondera é a atividade e não o meio empregado para divulgá-la”.⁶⁴

Em seu voto, o Ministro-relator da ADPF nº 130, Carlos Ayres de Britto, constata que

objetivamente, a imprensa é uma atividade. Uma diferenciada forma do agir e do fazer humano. Uma bem caracterizada esfera de movimentação ou do protagonismo dessa espécie animal que Protágoras (485/410 a.C) tinha como “a medida de todas as coisas”. Mas atividade que, pela sua força de multiplicar condutas e plasmar caracteres, ganha a dimensão de instituição-ideia. Locomotiva sócio-cultural ou ideia-força. Nessa medida, atividade (a de imprensa) que se põe como a mais rematada expressão do jornalismo; quer o jornalismo como profissão, quer o jornalismo enquanto vocação ou pendor individual (pendor que é frequentemente identificado como arte, ou literatura).⁶⁵

Lembra o ministro, entretanto, que a Constituição Federal somente faz expresso uso do substantivo “imprensa” numa solitária passagem, e ainda assim como sinônimo de mídia impressa ou escrita, conforme se depreende do seu art. 139.⁶⁶

⁶³ CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 200.

⁶⁴ CARVALHO, Luis Gustavo G. C. de. *Op. Cit.* p. 85.

⁶⁵ STF. ADPF 130. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208, Divulgado em 05 novembro 2009. Publicado em 06 novembro 2009.

⁶⁶ Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 177, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: [...] III – restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei.

Ayres Britto exclui a *internet* (mas não os *websites* jornalísticos) do âmbito de incidência da norma constitucional sobre liberdade de informação jornalística. Para o ministro:

estamos a lidar com atividades e meios ou empresas de comunicação social que, no seu conjunto, encerram o estratégico setor da imprensa livre em nosso País. Ficando de fora do conceito de imprensa, contudo, por absoluta falta de previsão constitucional, a chamada Rede Mundial de Computadores - INTERNET. Artefato ou empreitada tecnológica de grandes e sedutoras possibilidades informativas e de relações interpessoais, sem dúvida, dentre elas a interação em tempo real dos seus usuários; ou seja, emissores e destinatários da comunicação internetizada a dispor da possibilidade de inverter as suas posições a todo instante. O fisicamente presencial a cada vez mais ceder espaço ao telepresencial (viagem que vai do concreto ao virtual), porém, ainda assim, constitutivo de relações sem a menor referência constitucional. O que se explica em função da data de promulgação da Carta Política brasileira (5 de outubro de 1988), quando os computadores ainda não operavam sob o tão refinado quanto espantoso sistema eletrônico-digital de intercomunicação que veio, com o tempo, a se chamar de “rede”.⁶⁷

Desta forma, utilizaremos no presente trabalho o termo imprensa para designar genericamente os meios de comunicação social ou empresas jornalísticas, cuja atividade-fim seja a notícia em sentido amplo. Interessa ao presente trabalho, portanto, a imprensa enquanto atividade profissional. Por isso, não consideramos imprensa as pessoas físicas comuns que se valham da liberdade de expressão para veicular suas opiniões e reproduzir notícias, seja por meio impresso ou digital (blogs, twitter, etc.), salvo as que se possuam finalidade lucrativa.

O termo liberdade de imprensa será considerado como sinônimo de liberdade de informação jornalística, tal como foi abordado pela ADPF nº 130. Assim, embora diversas citações façam uso do consagrado termo liberdade de imprensa, preferimos o uso da expressão “liberdade de informação jornalística”, em homenagem ao texto constitucional e também por questões metodológicas, que em tópico próprio serão esclarecidas.

⁶⁷ *Idem.*

2.5. Da liberdade de pensamento à liberdade de informação jornalística

É necessário se entender o conteúdo e a justificativa teórica e histórica das liberdades públicas fundamentais para alcançar o objetivo a que se propõe a positivação da liberdade de informação jornalística pela Constituição de 1988.

Primeiramente, a noção de liberdade de informação jornalística é fruto do reconhecimento jurídico da liberdade de manifestação do pensamento, “pois na raiz da liberdade de imprensa (...) está a liberdade de pensamento”.⁶⁸ Tanto estão interligadas que “a verdade é que a liberdade de imprensa de ordinário progride ou regride na razão direta da progressão ou regressão da liberdade de manifestação de pensamento”.⁶⁹

O ato de pensar seria atributo da própria existência humana, como se exprime da célebre frase de RENÉ DESCARTES: “penso, logo existo”. Nenhum governo ou ser humano conseguiria proibir o indivíduo de pensar, eis que é processo biológico causado involuntariamente por impulsos elétricos ocasionados no cérebro. Como bem pontua GILBERTO HADDAD JABUR: “pensar é acontecimento ininterrupto, que tem origem e se desenvolve no intelecto humano”.⁷⁰

Arriscamos a associação de que pensar e viver encontram identidade quase que uníssona. É possível afirmar que o direito à vida, tido como bem jurídico primordial, pode ser até relativizado como nos casos de poder declarar-se o óbito pela falência das atividades cerebrais. Entretanto, a ideia de pensamento que aqui nos interessa é a que está conectada à noção de opinião, do pensar opinativamente, valorando e criticando a si próprio e ao mundo em seu redor. Para PEDRO FREDERICO CALDAS “a opinião constitui um movimento do pensamento de dentro para fora; é forma de manifestação de

⁶⁸ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 56.

⁶⁹ CALDAS, Pedro Frederico. *Op. Cit.*, p. 65.

⁷⁰ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2000, p. 148.

pensamento, resume a própria liberdade de pensamento, encarada, aqui, como manifestação de fenômeno social”.⁷¹

E assim, de nada adianta refletir, imaginar e pensar sem exteriorizar este sentimento. JOSÉ AFONSO DA SILVA diz que: “a liberdade de pensamento em si mesmo, enquanto o homem não o manifesta exteriormente, enquanto não o comunica está fora de todo poder social, até então é do domínio somente do próprio homem, de sua inteligência e de Deus”.⁷²

Distinguiu PONTES DE MIRANDA que “a livre manifestação ou emissão do pensamento é direito de liberdade do indivíduo em suas relações com os outros, no que se distingue da liberdade de pensamento, que é direito do indivíduo sozinho, de per si”.⁷³

Já para PEDRO FREDERICO CALDAS a liberdade de pensamento

se revela sob dois aspectos. O primeiro deles se manifesta sob a liberdade de consciência, que é o pensar não extrovertido, impossível de ser patrulado por quem quer que seja. Exteriorizado, revela-se como liberdade de opinião, servindo não só de veículo de revelação do pensamento, mas, também, instrumento social valioso na medida em que é elemento de formação de opinião sobre algum fato ou tema.⁷⁴

Nesse esteio surge a liberdade de expressão, que se identifica com a liberdade de manifestação de pensamento. Assim é que “a livre comunicação do pensamento, da ideia, supõe liberdade de expressão que se traduz na liberdade de se dizer o que pensa, tenha ou não o intuito de captar as outras mentes para a sua forma de pensar”.⁷⁵ De nada serve a liberdade de pensamento sem a liberdade de expressão, pois o homem é um animal social e necessita propagar suas ideias, comunicá-las.

É dessa maneira que CELSO RIBEIRO BASTOS afirma não haver dúvida “que o homem é senhor quase absoluto da sua consciência, podendo em consequência nutrir e alimentar toda

⁷¹ CALDAS, Pedro Frederico. *Op. Cit.*, p. 59.

⁷² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 49.

⁷³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti; *apud* GODOY, Cláudio L. B. *Op. Cit.* p. 56.

⁷⁴ CALDAS, Pedro Frederico. *Op. Cit.* p. 60-61.

⁷⁵ *Ibidem*. p. 64-65.

sorte de opiniões” Desta forma, “a liberdade de pensamento [...] já necessita da proteção jurídica. Não se trata mais de possuir convicções íntimas [...]. É preciso, pois, que a ordem jurídica [...] regule os meios para que se viabilize esta transmissão”.⁷⁶

O sociólogo e jornalista VENÍCIO DE A. LIMA demonstra dificuldade em estabelecer distinções entre liberdade de expressão e liberdade de imprensa, defendendo em sua obra uma diferença mais acentuada do que os especialistas propõem. Para aquele autor “a primeira se refere à liberdade individual e ao direito humano fundamental da palavra da expressão. A segunda, à liberdade da sociedade e/ou empresas comerciais – a imprensa ou a mídia – de tornar público o conteúdo que considerem informação jornalística e entretenimento”.⁷⁷

O autor usa como critério inicial para a diferenciação, a tradução das palavras inglesas *speech* (palavra), *print* (imprimir) e *press* (imprensa), que segundo afirma, não é feita reiteradamente na língua portuguesa. Explica o autor, por exemplo, que o panfleto *Aeropagítica* (1644) de John Milton, intitulado comumente como “Discurso pela Liberdade de Imprensa ao Parlamento da Inglaterra” e citado por diversos autores como um dos primeiros documentos históricos a defender a liberdade de imprensa, utiliza o termo *print* e não *press* e para defender o direito do cidadão inglês poder imprimir suas ideias acerca do discutido divórcio. Pontua que naquele momento histórico sequer existiam “jornais e muito menos empresas comerciais de mídia [...] no sentido contemporâneo”.⁷⁸

Assim, pondera que as transformações históricas pelas quais passou a imprensa tornaram questionáveis os argumentos de que a liberdade de imprensa seja uma projeção da liberdade de expressão, muito embora ambas tenha raízes nas liberdades negativas. O autor identifica, portanto, que há verdadeira “*liberdade de empresas* cujos principais

⁷⁶ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1988.

⁷⁷ LIMA, Venício A. de. *Op. Cit.*, p. 21.

⁷⁸ *Idem. Ibidem*. Nota: Embora o autor faça essa observação, frisamos no item 2.1. *supra* da presente pesquisa, que o primeiro jornal que se tem notícia data de 1605, segundo a World Press Association (WPA).

objetivos são conferir lucratividade aos seus controladores e viabilizar sua própria permanência no mercado”.⁷⁹

JOSÉ AFONSO DA SILVA identifica a liberdade de comunicação como um “conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação”.⁸⁰ Portanto, a liberdade de comunicação englobaria tanto as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento, quanto o direito à informação e organização dos meios de comunicação. Assim, teríamos o espectro individual da manifestação de pensamento quando ela se dá de pessoa para pessoa na forma de diálogo, conversa, carta, telegrama, telefonema, havendo correlação com o direito de privacidade. Haveria também a dimensão coletiva da manifestação do pensamento quando feita por meio de livros, jornais, periódicos, revistas e *internet*, posto que não é endereçada a alguma pessoa em específico, mas a sujeitos indeterminados, à coletividade.⁸¹

Apesar das críticas, concordamos que a imprensa é o instrumento, manejado pelas empresas de comunicação social, pelo qual se faz ouvir o pensamento e as opiniões dos cidadãos, do Estado, das instituições e, também, da própria imprensa enquanto empresa. Mas não é só. A imprensa interpreta e narra ao seu modo as informações relacionadas a todos estes atores sociais. Ela é o *meio* canalizador da liberdade de informação (direito de informar e de ser informado), com o escopo de propagá-la para toda a sociedade, transcendendo os limites da atividade empresarial do jornal.

Portanto, a liberdade de imprensa, ou como preferiu o legislador constituinte, liberdade de informação jornalística, é na verdade um direito instrumental da liberdade de manifestação do pensamento e também da liberdade de informação. É a imprensa que desempenha o papel de oferecer o “menu” diário do que se discute em um país, seja na

⁷⁹ *Idem. Ibidem*, p. 127.

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 242.

⁸¹ *Idem. Ibidem*.

política, no esporte ou no entretenimento. Ela oferece uma gama de informações que serão apreciadas e discutidas em todos os âmbitos de uma sociedade. E essa informação não é neutral, nem mesmo imparcial, pois a imprensa também é intérprete dos fatos e qualquer interpretação é formada por compreensão e pré-compreensão como lembram HEIDEGGER e GADAMER.

Para entender a liberdade de informação jornalística, deve-se buscar diferenciar o direito à informação do direito de informar. Como lembra JOSÉ AFONSO DA SILVA o direito à informação é um direito coletivo, enquanto o direito de informar é um direito pessoal, objetivo e individual que muito se identifica com a manifestação do pensamento. Assim, a liberdade de informação em geral “compreende a procura, o acesso, o recebimento a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer”.⁸²

O direito à informação é conceituado por RENÉ ARIEL DOTTI, como “conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a tutela, a regulamentação e a delimitação do direito de obter e difundir ideias, opiniões e fatos noticiáveis”.⁸³ O autor enfatiza a ideia de liberdade de informação conexa às liberdades de opinião e de expressão, cuja inquietude manifesta-se em não conduzir as duas aspirações a confrontos que porventura tragam drásticas conseqüências para o desenvolvimento da cultura ou da civilização.

O direito de informar revela a própria expressão do pensamento em sentido amplo, ou seja, o direito do cidadão externar seu aforismo. Coadunam-se com o exposto, as palavras de PEDRO FREDERICO CALDAS, para quem “a liberdade de informação compreende tanto o direito de informar, que se confunde com a liberdade de manifestação de pensamento,

⁸² *Idem. Ibidem*, p. 245.

⁸³ DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 59.

como o de ser informado, que corresponde ao direito coletivo de receber a informação para que o receptor melhor edifique o seu pensamento”.⁸⁴

Importante recorrer às lições de PIERRE ALBERT E FERNAND TERROU para quem informação é “o conjunto de condições e modalidades de difusão para o público (ou colocado à disposição do público) sob formas apropriadas, notícias ou elementos de conhecimento, ideias ou opiniões”.⁸⁵

Informação é poder. Através da atividade informativa da imprensa é possível influenciar crenças, pensamentos e opiniões. A difusão da informação através dos veículos de comunicação social nesta era pós-moderna parece alcançar uma grande massa de pessoas em fração de segundos. Por isso, como adverte JOSÉ AFONSO DA SILVA é reconhecido aos jornalistas e empresas de comunicação um direito fundamental de informar ao público, “mas sobre ele incide o dever de informar à coletividade tais acontecimentos e ideias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original; do contrário, se terá não informação, mas deformação”.⁸⁶

A liberdade de informação é direito público subjetivo, difuso e coletivo de buscar, receber e divulgar informações livremente.⁸⁷ Assim, concorda conosco WANISE SILVA ao anotar que “o acesso à informação deve caracterizar-se como um verdadeiro direito difuso, na medida em que qualquer pessoa pode ser alcançada pelos meios de comunicação, podendo ser um titular em potencial ao direito de ser informado”.⁸⁸

Por ser um direito fundamental, deve ser resguardado pelo Estado, não sendo concernente a este. O direito à informação é o fundamento democrático à garantia da

⁸⁴ Ibidem. *Loc. cit.*

⁸⁵ ALBERT, Pierre; TERROU, Fernand. *História da imprensa*. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 40.

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 246.

⁸⁷ Para a confecção deste conceito tomamos como base os dispositivos constantes na Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, formulada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos.

⁸⁸ SILVA, Wanise Cabral. *Op. Cit.* p.

liberdade de informação jornalística, pois é necessário haver meios de comunicação social que transmitam a informação de forma imparcial e verossímil ao cidadão, para que este exerça de modo devido seus direitos e garantias constitucionais.

Há quem considere a imprensa como um Quarto Poder (expressão cunhada por EDMUND BURKE em discurso no Parlamento Britânico) por esta deter um mandato tácito, que lhe é atribuído pela sociedade, para fiscalizar e vigiar os seus representantes diuturnamente. Entretanto, não nos encanta esta ideia de imprensa como quarto poder, pois enquadrá-la no sistema governamental, institucionalizando-a, é permitir a ingerência do Estado sobre aquele ente privado. E as experiências que se sucederam no decorrer da história, na relação entre imprensa e Governo, não raro, resultaram em censura.⁸⁹

Ao longo do processo socializante do Direito, em que o individual foi sensivelmente relativizado, ganhou novos contornos o direito à informação. Desta forma, fundada no interesse público, surge a função social da informação, que busca possibilitar, inclusive aos cidadãos desprovidos dos meios tecnológicos de comunicação, formas de acessá-la, além de compartilhar opiniões, críticas e pensamentos, como modo de distribuir equitativamente o conhecimento acerca dos fatos.

Garantir a informação a todos é corolário do princípio da isonomia, na medida em que se entende informação como poder. Para efetivar tal princípio, deve-se garantir ao cidadão, em primeiro lugar, o acesso à educação, meio pelo qual este estará habilitado a poder informar-se. Uma sociedade com altos níveis de escolaridade está mais apta a exercer o seu direito à informação e a sua liberdade de informar.

Note-se a amplitude do conceito de acesso à informação: não apenas o leitor o tem, mas também o consumidor, os administrados, o preso, enfim, todos os sujeitos de direito. Este direito consagrado constitucionalmente é irradiado em diversos ramos da ciência jurídica

⁸⁹ NOBRE, Freitas. *Imprensa e liberdade: os princípios constitucionais e a nova legislação*. São Paulo: Summus, 1988, p. 40.

tais quais: o direito comercial, penal, administrativo, dentre outros. Para este trabalho, interessa apenas o aspecto do direito à informação na órbita das relações entre imprensa, leitor e vítima de suposta ofensa aos direitos de personalidade.

A doutrina, que tem se desenvolvido ao redor do direito à informação, conflui também no sentido de propugnar uma ampla abertura de arquivos e informações sigilosas da Administração Pública, alcançando, portanto, uma conotação diversa da que pretendemos neste trabalho.

A liberdade de informação jornalística concatena a liberdade de informar dos meios de comunicação com o direito de ser informado do cidadão, e segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA “não se resume mais na simples liberdade de imprensa”, pois “alcança qualquer forma de difusão de notícias, comentários e opiniões por qualquer veículo de comunicação social”.⁹⁰ Para aquele constitucionalista,

“liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, a de obtê-la. O dono da empresa e o jornalista têm um direito fundamental de exercer sua atividade, sua missão, mas especialmente têm um dever”.⁹¹

Já se mencionou que o texto constitucional faz uso do termo liberdade de imprensa apenas no capítulo que trata do Estado de sítio, preferindo, portanto, liberdade de informação jornalística, embora se entenda que há idêntico sentido. Em homenagem a redação constitucional, preferimos optar pelo termo liberdade de informação jornalística, em detrimento de liberdade de imprensa, liberdade de comunicação ou até mesmo liberdade de informação pura e simples.

⁹⁰ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 245.

⁹¹ *Idem*. *Ibidem*, p. 246.

Portanto, para a presente dissertação importa o estudo da liberdade de informação jornalística, entendida como aquela proteção constitucional garantida aos meios de comunicação para levar ao público a sua interpretação, o seu olhar, enfim, sua opinião sobre os fatos e pessoas da comunidade. Pode-se considerar como sinônimas as expressões liberdade de imprensa ou também liberdade de comunicação, entretanto, pelo significado polissêmico destas duas últimas, preferimos trabalhar com um sentido mais estrito de informação jornalística.

Assim, buscamos um recorte epistemológico para o trabalho que ora se apresenta, excluindo da sua análise a liberdade de informação em geral (que engloba, por exemplo, a publicidade comercial etc.), o direito à informação (no que toca ao acesso de dados em cadastros de órgãos públicos e privados), a expressão artística e cultural (que alcança a música, o teatro e outras diversões e espetáculos públicos), intelectual (que comporta a literatura) e científica (que abriga a liberdade de aprendizado, de pesquisa e de ensino do conhecimento).

2.6. A positivação das liberdades nos tratados internacionais

Para finalizar o capítulo, dando completude ao tema, cumpre contemplar uma breve evolução histórica da presença destes direitos, garantias e liberdades fundamentais (pensamento, expressão, imprensa, informação), nos tratados, pactos, declarações e acordos internacionais celebrados.

Como já se enunciou, é a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 o primeiro documento a estatuir a livre comunicação do pensamento e das opiniões como um dos direitos mais preciosos do homem, prescrevendo ainda a possibilidade de todo cidadão poder falar, escrever e imprimir livremente, respondendo pelos abusos dessa liberdade nos casos previstos em lei. Portanto, desde esta primeira carta de direitos tem-se a noção de liberdade de expressão e responsabilidade.

Conforme enuncia XAVIER AGOSTINELLI, na França, a liberdade de imprensa só foi positivada em terminologia específica e autônoma e não apenas como liberdade de expressão na Lei de 29 de Julho de 1881.⁹²

Por sua vez, a primeira emenda da Constituição americana, acrescentada em 1791, restringiu também o poder legiferante do Estado sobre a liberdade de expressão e de imprensa. Também previu o direito de reparação em caso de ofensas.

A Resolução nº 59, adotada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) na sua primeira sessão, em 1946, propugnava convocação a uma conferência internacional sobre liberdade de informação. A dita resolução enaltecia a importância da liberdade de informação como fundamento de diversas outras, sendo fator essencial para a paz e o progresso do mundo. Por outro lado, designava que essa prerrogativa deveria ser utilizada sem abuso, requerendo uma básica disciplina de obrigação moral a procurar fatos sem preconceito e espalhar o conhecimento sem intenção maliciosa.

Assim, fruto de um amplo debate, em 1948 é editada a Declaração Universal dos Direitos Humanos que estabelece, em seu art. 19 que: *“Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de 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 ideias por qualquer meio de expressão”*.

Ainda em 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, adotada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), confirma em seu Artigo IV que: *“Toda pessoa tem o direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio”*.

Igualmente, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), adotado em 1966 pela ONU, utilizou-se de ideias semelhantes para editar o seu conhecido artigo 19:

⁹² AGOSTINELLI, Xavier. *apud* CALDAS, Pedro Frederico. *Op. Cit.*, p. 64-65.

(XIX) Ninguém pode ser discriminado por causa das suas opiniões.

Toda a pessoa tem direito à liberdade de expressão; este direito compreende a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e ideias de toda a índole sem consideração de fronteiras, seja oralmente, por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo que escolher.

O exercício do direito previsto no parágrafo 2 deste artigo implica deveres e responsabilidades especiais. Por conseguinte, pode estar sujeito a certas restrições, expressamente previstas na lei, e que sejam necessárias para:

- a) Assegurar o respeito pelos direitos e a reputação de outrem;
- b) A proteção da segurança nacional, a ordem pública ou a saúde ou a moral públicas.

Em 1969, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos da OEA, também preconizou, em seu artigo 13, o seguinte:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

- a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda a 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.

Mais recentemente, em 11 de março de 1994, a Conferência do Hemisfério Oeste para a Liberdade de Expressão organizada pela Associação Interamericana de Imprensa (IAPA) e realizada na Cidade do México, elaborou a declaração de Chapultepec, contendo uma série de princípios que norteiam a proteção da liberdade de expressão e de imprensa. A

Declaração, que atualmente é endossada por diversos países latino-americanos, inclui os seguintes princípios, dentre outros:

[Princípio 2] *Toda pessoa tem o direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente. Ninguém pode restringir ou negar estes direitos.*

[Princípio 3] *As autoridades devem estar legalmente obrigadas a pôr à disposição dos cidadãos, de forma oportuna e eqüitativa, a informação gerada pelo setor público. Nenhum jornalista poderá ser compelido a revelar suas fontes de informação.*

É de se concluir, portanto, que os tratados e convenções internacionais deram especial importância às liberdades comunicacionais, protegendo indistintamente a expressão, a manifestação do pensamento, a opinião, o direito à informação, a liberdade de imprensa e de informação jornalística.

2.7. Controle estatal e censura: faces da mesma moeda?

Após acompanhar todo *iter* histórico da imprensa e sua liberdade de informar, verificamos que desde os períodos mais remotos surge com ela também a tentativa governamental de se impor alguma forma de controle. Segundo Serrano Neves “a censura prévia surgiu com o jornal, ou talvez, até antes deste (...) porque ao primeiro ensaio de jornalismo, surgiu, com mais vapor, a ideia de restrição”⁹³

Historicamente, como se pode acompanhar no capítulo próprio, os jornais eram previamente lidos e autorizados por um funcionário público ou censor. Além disso, o Poder Público sempre tentou impor licenças prévias para a impressão de revistas e periódicos, sob o argumento da proteção da moral ou ordem pública. Embora a liberdade de imprimir tenha sido conquistada desde o século XVIII na Inglaterra, o advento da radiodifusão e das telecomunicações fez surgir um ambiente regulado pelo Estado, que

⁹³ NEVES, Francisco de Assis Serrano. *Direito de Imprensa*. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 12.

autoriza ou concede esse serviço considerado público. É assim na maior parte dos países ocidentais.

No Brasil, a Constituição em seu art. 21, inciso XII, alínea “a” reservou competência à União para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens. Essa atribuição ao Poder Público, em geral, é bem tolerada pela sociedade desde que não haja interferência no conteúdo da informação e se justifica pela questão de segurança nacional, já que a frequência de emissoras de rádio clandestinas pode prejudicar a comunicação de aeronaves e embarcações. Mas não é só isso. A difusão da informação é também um fenômeno de poder e de soberania nacional.

Embora o vocábulo censura comporte um sentido polissêmico incluindo nele a ideia de crítica, repreensão ou inibição, a sociedade e os meios de comunicação passaram a entendê-lo em um sentido pejorativo como sinônimo de restrição indevida.

MARCO AURÉLIO PERI GUEDES entende que “censura pode ser compreendida como qualquer juízo prévio de valor que é feito por terceiro a respeito do conteúdo de uma informação, determinando a sua reformulação ou supressão parcial ou total.” Entendida dessa maneira, a censura avilta a liberdade de informação jornalística, pois para o autor “o melhor julgador do conteúdo da mídia são os leitores e os que acompanham o debate público”.⁹⁴

Segundo AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, ocorre censura prévia à imprensa quando há a intervenção social que impede a divulgação da matéria e a censura posterior quando há intervenção oficial que se exerce depois da impressão, mas antes da publicação, impeditiva da circulação do veículo impresso.⁹⁵

⁹⁴ GUEDES, Marco Aurélio Peri. *A liberdade de imprensa agrilhoada*. In: Lex Humana: Revista de Direito da Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, nº 1, p. 65-84, 2010.

⁹⁵ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Pela liberdade de imprensa*. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1957. p. 323.

Para GILBERTO HADDAD JABUR “censura prévia pode significar sujeição preliminar, permissão ou autorização para difundir, ou em sentido mais atual, restrição, como limite que reduz ou cerceia a liberdade de veicular dos meios comunicacionais de massa”. E ensina que “empregam-se os termos para exprimir qualquer tipo de controle, vocábulo que não deixa de significar fiscalização”.⁹⁶ Para aquele autor, censura se constitui em uma “submissão preventiva ou a apreciação preliminar, regular e compulsória do Estado constituiria inegável censura”.⁹⁷

Em uma leitura apressada, taxaríamos o controle judicial como censura. Embora tratemos do tema em tópico adiante, lembramos que o Poder Judiciário não aprecia de forma regular, necessária e obrigatória todas as publicações. E quando atua, o faz por eventualmente, provocado por impulso do autor da ação.

Não há na legislação brasileira, nem tampouco na Constituição Federal qualquer definição do que seja censura. Há hipóteses de controle estatal como, por exemplo, a classificação indicativa de programas televisivos, que não se configuram como censura. A Constituição rechaçou nominalmente a censura prévia de natureza política, ideológica e artística, inclinando-se por rejeitar a supressão de informação anterior a veiculação, a publicação e a exposição do fato ao público.

Assim, em conclusão, poderíamos dizer que censura é um conceito aberto. Em nosso entender, apoiado nos diversos estudos sobre o tema, podemos dizer que a censura é a supressão ou tentativa de suprimir não a informação, mas o exercício regular e constitucional da liberdade de manifestação do pensamento, da expressão artística, intelectual e de comunicação e da liberdade de informação. A censura é anticonstitucional, exceto se o exercício destas liberdades for abusivo, quando a supressão de informações não poderá ser considerada censura. Necessariamente a

⁹⁶ JABUR, Gilberto Haddad. *Op. Cit.* p. 219.

⁹⁷ *Idem. Ibidem.* p. 212.

supressão deste conteúdo irregular deve-se pautar por meios democráticos e legítimos como o do devido processo legal.

2.7.1. Censura e responsabilidade civil do Estado

GILBERTO HADDAD JABUR relembra decisão judicial do extinto Tribunal Federal de Recursos na Apelação Cível nº 47.771/SP na qual a União fora condenada a pagar indenização aos jornais O Estado de São Paulo e Jornal da Tarde, por ter aplicado censura prévia a ambos diários nos dias 10 e 11 de maio de 1973, tendo o ministro Carlos Madeira consignado em seu voto que “os atos administrativos praticados na execução da medida política da censura prévia, com discriminação, podem gerar a responsabilidade civil da administração, se causarem danos a terceiros”.⁹⁸

Há também notícia de Apelação Cível oferecida pela União Federal, no intuito de ver reformada sentença prolatada pelo juízo da 12ª Vara Federal do Rio de Janeiro, a qual julgou procedente o procedimento ordinário movido pela Editora Tribuna da Imprensa S/A, pleiteando reparação de prejuízos causados ao longo de quase 10 (dez) anos - de 28/10/1968 a 09/06/1978 - quando lhe foi imposta abusiva censura por determinação do Ato Institucional nº 5, de 13/12/68.

No caso, foi constatado, tanto pelo juízo de primeiro grau, quanto pelo tribunal de apelação, que o jornal ‘A Tribuna da Imprensa’ sofreu, além dos efeitos da censura autorizada pelo art. 9º do Ato Institucional nº 5/69, também tratamento discriminatório, cuja finalidade foi diversa da de impedir que certas notícias e matérias chegassem ao conhecimento dos leitores, o que o relator chamou de *censura de qualidade*, imposta propositalmente para aniquilar o periódico e levá-lo ao fechamento. Os censores do governo foram instruídos para não deixar passar nada que pudesse agradar ao leitor, qualquer texto que contribuísse para tornar o jornal mais inteligente ou interessante,

⁹⁸ JABUR, Gilberto Haddad. *Op. Cit.* p. 214.

ensejando a queda da venda diária média do jornal, durante o período de vigência da censura prévia e discriminatória.

Constatou-se a existência da censura de qualidade, através do confronto de exemplares de 'A Tribuna da Imprensa' com outros, da mesma data, do Jornal do Brasil e do O Globo. Desta comparação, comprovou-se que 'A Tribuna da Imprensa' não publicou notícias de relevo e interesse, estampadas nos dois outros jornais desta cidade, como a morte do jornalista Vladimir Herzog, fartamente noticiada pela imprensa nacional e estrangeira.

Comprovado que o Estado, naquela oportunidade, não respeitou os próprios limites legais que se impuseram, ainda que esta legalidade resultasse de atos institucionais, o Tribunal Regional da 2ª Região houve por bem manter a sentença que responsabilizava a União Federal pelos danos materiais infligidos ao periódico.⁹⁹

Instado a se manifestar sobre o caso, através do RE nº 487.393/RJ, o ministro Celso de Mello determinou o seu arquivamento por entender a inexistência de matéria constitucional em discussão que justificasse a análise do recurso pela Corte Suprema. Ainda salientou seu ponto de vista, no sentido de que a censura estatal é intolerável e que pode legitimar o dever governamental de reparar, no plano civil, os danos materiais e/ou morais causados às empresas jornalísticas.

Constatou o Ministro que, após o julgamento da ADPF nº 130 se intensificou o grau de proteção em torno da liberdade de informação e de manifestação do pensamento, considerado "o sentido de inquestionável fundamentalidade que essa prerrogativa

⁹⁹ Responsabilidade objetiva da União Federal – Indenização – Atos institucionais e complementares – Limites de sua aplicação – Censura ao jornal "A Tribuna da Imprensa" – Direitos fundamentais – Limites do poder do Estado. (TRF 2ª Região. AC nº 91.02.00657-0/RJ. Rel. Des. Raldênio Bonifácio Costa. RTRF-2ª 27/189.)

assume no contexto dos regimes políticos, especialmente naqueles em que a prepotência, o abuso do poder e o arbítrio sufocam o regime das liberdades públicas”.¹⁰⁰

2.7.2. Classificação Indicativa

A Constituição Federal brasileira proíbe a censura de natureza política, ideológica e artística em seu art. 220, §3º, mas prevê como competência da União exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão, conforme art. 21, inciso XVI.

A classificação é indicativa, não é obrigatória, possuindo, conforme dicção do art. 3º da Portaria nº 1.220/2007 do Ministério da Justiça natureza informativa e pedagógica, voltada para a promoção dos interesses de crianças e adolescentes, devendo ser exercida de forma democrática, possibilitando que todos os destinatários da recomendação possam participar do processo, e de modo objetivo, ensejando que a contradição de interesses e argumentos promova a correção e o controle social dos atos praticados.

Vale dizer que, no entanto, os programas jornalísticos ou noticiosos, bem como os programas esportivos, as propagandas eleitorais e a publicidade em geral, não se submetem ao regramento da classificação indicativa, conforme art. 5º da Portaria nº 1.220/2007. É possível concluir, portanto, que a liberdade de informação jornalística, pela sua peculiar missão constitucional, goza de uma imunidade quanto à verificação estatal de seu conteúdo.

Detalhe importante é que a Portaria nº 1.220/07 prevê também dispensa de qualquer análise prévia de conteúdo da obra audiovisual se o titular ou o representante legal apresentar requerimento, com descrições fundamentadas sobre o conteúdo e o tema que

¹⁰⁰ STF. RE nº 487.393/RJ. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 18/02/2009, publicado em DJe-044, 06/03/2009.

pretende veicular. Assim, ela não se qualifica como obrigatória nem vinculativa, não podendo ser enquadrada como censura, muito embora, em alguns casos, a verificação prévia do conteúdo das programações televisivas e radiofônicas de entretenimento seja feita pelo órgão estatal.

2.7.3. Lições do direito comparado

Na seara da liberdade de expressão percebe-se o distinto tratamento jurídico dado pela Alemanha, que aponta para uma maior proteção do valor dignidade, enquanto os Estados Unidos são libertários por excelência e tradição.

Para exemplificar, citamos o caso Lüth, de 1958, no qual a Corte Constitucional alemã, além das considerações sobre a proporcionalidade como método de ponderação de interesses, centrou a sua decisão numa maior proteção da privacidade e da intimidade das pessoas, afinal são direitos que decorrem especialmente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Outro notável caso acerca da liberdade de informação jornalística na Alemanha é o do assassinato dos soldados Lebach, que será abordado no capítulo que trata da proporcionalidade. Da mesma maneira, a Corte alemã considerou como ponto central a proteção da dignidade humana, de onde derivaria os demais direitos, especialmente a própria liberdade de expressão. Tal posicionamento pode ser explicado, talvez, pelos fatos históricos que desencadearam a 2ª Guerra Mundial, em especial, os ideais nazi-fascistas que àquela altura propalavam o discurso de ódio e que perpetraram atos de violência e crueldade contra os judeus, fato histórico conhecido como holocausto.

A Lei Fundamental alemã também proibiu a censura à imprensa em seu art. 5.(1) ao estabelecer que “toda pessoa tem direito a expressar e difundir sua opinião oralmente, por escrito e através de imagens e de informar-se sem obstáculos a partir de fontes acessíveis a todos. A liberdade de imprensa e a liberdade de informação por rádio,

televisão e cinema são garantidas. **Não se exercerá censura**".¹⁰¹ (tradução livre) (grifo nosso).

Os Estados Unidos apresentam uma sistemática muito distinta de outras democracias, ao conferir especial e notável proteção jurídica à liberdade de expressão e de imprensa. Por sua vez, a primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos da América datada de 1791 estabeleceu que "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 (...)".

Na direito norte americano, baseado no *common law*, a Suprema Corte teve a oportunidade de analisar diversos casos envolvendo *prior restraints* à liberdade de expressão e imprensa. Vale adiantar que a tendência daquele Tribunal é de forte presunção da inconstitucionalidade de qualquer medida de *prior restraint*, que em tradução livre significa restrições prévias, que nos parece mais adequada, ou ainda, censura prévia, muito embora se utilize mais largamente o termo *ensorship* para designar censura em geral.

Na jurisprudência da Suprema Corte americana tem-se o *leading case* *Near versus Minnesota* (1931) como o primeiro julgamento a rejeitar a imposição de leis que restringissem previamente a liberdade de informação jornalística. No caso, a Corte analisou a constitucionalidade de uma lei do estado de Minnesota que proibia a circulação do jornal *The Saturday Press*, que sugeria em suas reportagens o envolvimento das autoridades locais com uma suposta "máfia judia" que explorava a venda ilegal de bebidas alcoólicas, a prostituição e o jogo. Taxado como malicioso, escandaloso, difamatório e anti-semita pelas autoridades locais, foi considerado como causador de desordem pública pela justiça local e proibido de circular.

¹⁰¹ Art 5 (1). *Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.*

Recorrendo à Suprema Corte americana, Jay M. Near, editor do periódico, obteve, finalmente, ganho de causa com a declaração de inconstitucionalidade da lei daquele Estado americano, considerada como impositiva de censura, vedada pela primeira e décima quarta emendas constitucionais daquele país. Embora a Corte tenha reconhecido que a restrição prévia de publicações por qualquer lei fosse inconstitucional, admitiu a sua aplicação em casos excepcionais de “perigo real e imediato”,¹⁰² como no julgado *Schenck v. United States* (1919), quando o país estava em guerra e limitou-se a publicação de informações acerca do número de militares envolvidos e ações a serem tomadas.

Os magistrados ainda consignaram que a eventual punição após a publicação seria medida mais apropriada e menos gravosa à liberdade de expressão, afinal o ordenamento daquele país não excluía a possibilidade dos ofendidos valerem-se da tutela repressiva, momento no qual o tribunal poderia se encontrar em uma posição mais confortável para analisar eventuais abusos cometidos. É dizer, com a imposição de restrição prévia à publicação, haveria menos indícios de violação aos direitos de personalidade a serem considerados pela Corte.

Importante caso enfrentado pela Suprema Corte americana, já envolvendo a liberdade de imprensa, é do *New York Times Co. versus Sullivan* (1964). Na ocasião, o jornal foi processado pelo oficial de polícia, em virtude de um anúncio de uma organização de defesa dos direitos civis criticando a prisão do militante Martin Luther King. Alegava a autoridade pública querelante que o anúncio veiculado no periódico difamava e injuriava a sua imagem de homem público, pois na ocasião nada mais fez do que cumprir com suas obrigações profissionais. Nas instâncias ordinárias obteve indenização de US\$ 500.000,00 (quinhentos mil dólares).

¹⁰² A expressão “clear and present danger” foi cunhada pelo juiz Oliver Wendell Holmes Jr. da Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento *Schenck v. United States* (1919) para designar as hipóteses em que poderia haver uma restrição maior à liberdade de imprensa, como em momento de guerra. Tal expressão ensejou o preceito do perigo real e imediato como método de *judicial review* naquela Corte, utilizado em outros julgados posteriores.

A Corte, entretanto, não reconheceu o pleito do querelante, entendendo que a publicação, embora pudesse até ser inverídica, não continha *actual malice* - expressão que pode ser traduzida livremente como malícia efetiva e real - apta a garantir uma indenização. O *standart* da *actual malice* tem raízes no direito penal e foi adotado pela Corte como o necessário conhecimento por parte do ofendido de que a informação publicada a respeito de si pela imprensa seja falsa ou que tenha sido publicada com negligência grosseira na apuração da veracidade dos fatos. O Tribunal ainda reconheceu que figuras públicas assumem uma posição diferenciada, de maior exposição ao escrutínio público.

Outro emblemático caso do direito norte-americano sobre o tema da liberdade de informar é o julgamento *New York Times Co. versus United States (1971)*, conhecido como o caso dos Papéis do Pentágono. Na época o presidente Richard Nixon recorreu à Suprema Corte para impedir a publicação, pelos jornais *The New York Times* e *Washington Post*, de documentos secretos do governo que revelavam as decisões militares tomadas na guerra do Vietnã. A Administração Federal arguiu, dentre tantas outras questões, que a publicação dos referidos documentos pela imprensa ameaçavam a segurança nacional, já que as outras nações relutariam em negociar com os Estados Unidos em virtude do fraco sigilo nas suas relações governamentais.

Atuando com uma rapidez incomum - entre a propositura do recurso e o julgamento definitivo decorreu-se apenas três dias, o que foi taxado de atitude "irresponsavelmente febril" pelos três juízes que discordaram da decisão - a Corte concluiu, por maioria, que uma restrição prévia à publicação dos documentos do pentágono pela mídia violava a primeira emenda e que, portanto, dever-se-ia permitir a sua divulgação.

Há ainda o paradigmático julgado *Nebraska Press Association versus Stuart (1976)*. Trata-se de um caso no qual a imprensa do estado do Nebraska havia sido proibida pela justiça local de divulgar fatos fortemente implicativos, como confissões e depoimentos de um suspeito de ter matado a sua família. Embora os fatos reportem sobre a colisão entre a liberdade de informação jornalística e o direito a um julgamento justo, direitos

fundamentais garantidos pela primeira e sexta emendas à constituição norte-americana, respectivamente, instituíram preceitos jurisprudenciais seguidos até hoje na Corte.¹⁰³

A Suprema Corte reformou a decisão das instâncias inferiores que impunham a restrição prévia à liberdade de informar por não entender como clara e iminente a ameaça ao direito fundamental do acusado de ter um julgamento justo e imparcial. Baseou-se ainda no parâmetro jurisprudencial que prevê um pesado ônus probatório da parte ofendida em demonstrar a gravidade do mal e a sua probabilidade, para justificar a restrição prévia à liberdade de expressão.

Deve-se pontuar, no entanto, que os supracitados *leading cases* referem-se a uma tentativa de impor limitações prévias à liberdade de informação jornalística pela via do interesse público, da segurança nacional, questões processuais e criminais, mas não em função de um direito individual, privado, como seria a intimidade, a honra e a imagem dos envolvidos.

Em função disso, pesquisando diversas decisões da Suprema Corte, pode-se encontrar diversos julgados acerca de indenizações por danos morais, difamação, calúnia, injúria e outras violações a direitos de personalidade, como os casos *Hustler Magazine versus Falwell* (1988) e *Cable News Network Inc. v. Noriega* (1990), mas sempre priorizando a divulgação de informações.

2.7.4. Regulação dos meios de comunicação: o controle social, a defesa do pluralismo na imprensa e a vedação da propriedade cruzada

O regime jurídico da liberdade de expressão e informação no Brasil é fruto de uma convergência entre o paradigma alemão, embasado no princípio da dignidade da pessoa

¹⁰³ JUSTIA.com. *US Supreme Court Cases*. Nebraska Press Assn. v. Stuart, 427 U. S. 539. Volume 427. 1976. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/427/539/case.html>> Acesso em 20 fevereiro 2011.

humana e no norte-americano, estruturado na plenitude da liberdade. No Brasil nenhuma lei poderá conter dispositivo que imponha qualquer censura prévia à plena liberdade de informação jornalística. Ou seja, a Constituição vedou esse controle em abstrato feito pela Lei, delegando ao Judiciário um controle concreto em caso de colisão. Portanto, cabe ao Poder Judiciário a análise dos limites, em cada caso, dos direitos de personalidade e da liberdade de informação jornalística.

É inegável que o abuso no exercício da liberdade de informação jornalística seja capaz de ameaçar a inviolabilidade dos direitos de personalidade. Entretanto, o contrário também pode ocorrer. A excessiva proteção da honra e da intimidade também é capaz de impingir amarras à liberdade de informação. Entretanto, não se trata de caminhar apenas por um debate entre autonomia privada e interesse público. Questão principal que se deve debater é a do modelo a ser adotado no Brasil para se pacificar os conflitos entre o direito à intimidade e à liberdade de informação jornalística.

JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO¹⁰⁴ identifica a existência de dois modelos: o de autocontrole e o de controle externo. O primeiro estabelece o controle da atividade jornalística por meio da própria imprensa ou de um órgão com composição multidisciplinar, formado por jornalistas, proprietários de meios de comunicação e pessoas desvinculadas do setor. Em regra, aplicam disposições de um Código de Ética Profissional.

Este modelo de autocontrole é adotado pela Inglaterra, que em 1953 instituiu um Conselho Geral de Imprensa, reestruturado em 1964 para se transformar no *Press Council*. Como não foi eficaz, em 1991 o *Press Council* foi substituído pelo *Press Complaints Commission*, talvez uma última tentativa de manutenção do referido modelo. Contudo, como os resultados ainda não atingiram o esperado, há uma forte onda de articulação de parlamentares a favor da adoção de um controle externo, sobretudo para a salvaguarda da intimidade dos cidadãos.

¹⁰⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 34

Já o segundo modelo, ou de controle externo, é realizado por entidade governamental, administrativa ou judicial. É o modelo adotado pela maioria dos países ocidentais. Pode ser apenas repressivo, resultando em perdas e danos no caso de ilícito, apenas preventivo, admitindo apreensão de material jornalístico ou conjugar ambos instrumentos.

Nos Estados Unidos há a *Federal Communications Commission* – FCC, criada em 1934, mas reformulada em 1996. Hoje cumpre muito mais uma função de regular o setor de telecomunicações, tendo como uma das principais metas a disponibilização de acesso à *internet* com baixos preços, estimulando a concorrência do mercado, coibindo a propriedade cruzada e os monopólios e oligopólios. A FCC, portanto, tem uma missão institucional de ingerência estatal na atividade econômica, mas não no conteúdo da informação.

Em Portugal, desde o ano de 2006, existe a Entidade Reguladora da Comunicação Social (ERC), criada com o propósito de regular e supervisionar os meios de comunicação social. A entidade visa assegurar a convergência entre liberdade de imprensa e o direito à informação, buscando uma independência da mídia face aos poderes político e econômico, possibilitando o confronto das diversas correntes de opinião, fiscalizando o cumprimento das normas aplicáveis aos órgãos de comunicação social e conteúdos difundidos, além de promover o regular e eficaz funcionamento do mercado em que se inserem.

Assim, a ERC, além da regulação administrativa do setor de telecomunicações, autorizando e licenciando o funcionamento de meios de comunicação, recebe queixas e reclamações de indivíduos sobre o conteúdo de matérias jornalísticas (o que pode incluir supostas violações a direitos de personalidade). Após a apresentação de defesa pela emissora que veiculou a notícia, o órgão delibera sobre o caso, podendo absolver ou aplicar sanções.

No Brasil adotou-se o modelo de controle externo. A Constituição Federal de 1988 previu em seu art. 224 a criação de um Conselho de Comunicação Social, órgão auxiliar do

Congresso Nacional que seria regulamentado por lei. Entretanto, tal conselho foi apenas instituído em 2002 e deixou de funcionar em dezembro de 2006. Isso ensejou o manejo de três Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), por parte do jurista Fábio Konder Comparato, perante o Supremo, para tentar forçar o Congresso Nacional a legislar sobre a matéria.

No âmbito estadual tem havido movimentações dos governos do Ceará, Bahia e Pernambuco, governados pelo PT ou partidos alinhados, no encaminhamento de projetos de lei para a criação de Conselhos Estaduais de Comunicação, ideias que vem sendo amplamente criticadas por setores da imprensa.

Tema bastante controverso tem sido o chamado *controle social da mídia*, muito criticado, principalmente, pelos grandes meios de comunicação social, que o reputam como simples proposta do governo para praticar censura. VENÍCIO DE A. LIMA explica que o conceito de controle social foi estudado pela sociologia, que identifica nos costumes, na opinião pública, na religião, na moral e na educação um conjunto de regras culturais apto a balizar as relações sociais. Já para a ciência política contemporânea, há correlação com a ideia de *accountability*, expressão da língua inglesa de difícil tradução, que se associa a um ideal de descentralização administrativa e democratização da gestão pública.¹⁰⁵

Aquele autor explica que o controle social foi um princípio inserido na Constituição de 1988, que vem sendo adotado com relativo sucesso em vários setores de políticas públicas como o educacional e o de saúde, constituindo-se em mecanismo democrático de gestão. Assim, seria plenamente aceitável um controle social da mídia que “permita à sociedade, através de representantes democraticamente eleitos, acompanhar, verificar e avaliar se as políticas públicas do setor, executadas diretamente pela União ou concessionários de

¹⁰⁵ LIMA, Venício A. de. *Op. Cit.*, p. 117-118.

serviços públicos por ela outorgados, cumprem as normas definidas pela Constituição e pelas leis”.¹⁰⁶

As várias formas de controle social sobre o conteúdo veiculado pela mídia foram objeto de 117 das 672 diretrizes aprovadas na 1ª Conferência Nacional de Comunicação – Confecom, ocorrida em Dezembro de 2009 em Brasília. Os instrumentos sugeridos foram bastante diversificados, tais como: criação de conselhos, classificação indicativa, novos critérios para renovação de outorgas de rádio e televisão e sistema de acompanhamento de processos de outorga de concessões de rádio e TV.

Em palestra na Faculdade de Direito da UFBA o professor e jornalista FERNANDO CONCEIÇÃO manifestou a sua preocupação com um controle social da mídia:

A imprensa comete excessos? Sim. Então que se recorra à esta legislação para punir os excessos (...) Sempre me coloco a favor da total liberdade de expressão de pensamento (...) quando se fala em controle social eu me arrepio, eu tenho uma alergia a esta expressão, porque essa noção parece derivada de uma sociedade planejada donde alguns iluminados teriam o papel de exercer esse controle e dizer o que é certo e o que é errado (...)¹⁰⁷

Segundo o palestrante, o público pode exercer esse controle social, através do controle remoto, mudando de canal ou não comprando o jornal. E estes veículos de comunicação, se não atendessem os anseios da sociedade, não mais subsistiriam, já que inseridos num contexto capitalista. Entretanto, o critério da audiência não nos parece ser indicativo da qualidade da programação, além do que o assunto de liberdade de informação não permeia apenas o campo da autonomia privada, imbricando-se também nos princípios dos direitos difusos e coletivos.

Ayres Britto, em certo trecho do seu voto, afirma que a sociedade brasileira, que chama de corpo social, já se apresenta como suficientemente informada pela imprensa livre a

¹⁰⁶ Idem. Ibidem, p. 119.

¹⁰⁷ CONCEIÇÃO, Fernando. *A imprensa como um quarto poder*. Palestra proferida no Seminário Direito e Liberdade de Imprensa. Auditório Raúl Chaves: Salvador, 11 de novembro de 2007. (transcrição de gravação)

ponto de saber distinguir o que seja bom ou ruim, de forma a dispor “de reais condições de reagir altivamente às injustiças, desafios e provocações do cotidiano, de modo a refrear os excessos ou abusos, partam de onde partirem, venham de quem vierem”. Para o ministro, a conjugação do binômio imprensa livre e público-alvo informado traria uma especial ferramenta ao cidadão que agiria como *filtro* e *peneira* das informações que lhe chegassem prontas e acabadas.¹⁰⁸

Segundo sustentou o ministro, a lógica constitucional inspira-se nos pensamentos de William Pitt (1759-1806), para quem “à imprensa deve tocar o encargo de se corrigir a si própria”, Thomas Jefferson (1743-1826), autor da afirmação de que, se lhe fosse dado escolher entre um governo sem jornais e jornais sem um governo, não hesitaria em optar por esta última fórmula, e do francês Alexis de Tocqueville (1805-1859), que disse que “numa democracia, o modo mais eficaz de se combater os excessos de liberdade é com mais liberdade ainda”.¹⁰⁹

Outro tema bastante controverso e discutido na imprensa foi a criação do terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH 3), instituído pelo Decreto presidencial nº 7.037/2009 e alterado pelo Decreto nº 7.177/2010. Dentre as diversas ações, objetivos, diretrizes e eixos propostas pelo Programa, interessa sobremaneira a Diretriz nº 22 que visa a garantia do direito à comunicação democrática e ao acesso à informação para consolidação de uma cultura em Direitos humanos.

Dentro do objetivo estratégico de promover o respeito aos Direitos Humanos nos meios de comunicação, propõe: a) a criação de um marco legal, nos termos do art. 221 da Constituição, estabelecendo o respeito aos Direitos Humanos nos serviços de radiodifusão (rádio e televisão) concedidos, permitidos ou autorizados; b) suspensão de programação e

¹⁰⁸ STF. ADPF 130. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208, Divulgado em 05 novembro 2009. Publicado em 06 novembro 2009, p. 36-37.

¹⁰⁹ Idem, p. 37.

publicidade atentatórias aos Direitos Humanos e c) suspensão de patrocínio oficial em meios que veiculam programações atentatórias aos Direitos Humanos.

Já no objetivo estratégico de garantir o direito à comunicação democrática e o acesso à informação, propõe parceria com entidades de mídia, sindicais e populares, além de profissionais de comunicação para a produção de materiais sobre os Direitos Humanos, incentivando ainda a produção de filmes, vídeos, áudios e similares, voltadas para a educação em Direitos Humanos e reconstrução da história recente de autoritarismo no Brasil, bem como as iniciativas populares de organização e de resistência.

As propostas contidas no Programa ainda prevêm, dentre tantas medidas, um “100. [...] mapeamento dos programas radiofônicos e televisivos que estimulem a apologia ao crime, a violência, a tortura, o racismo e outras formas de discriminação, a ação de grupos de extermínio e a pena de morte, com vistas a identificar e a adotar as medidas legais pertinentes”; “102. [...] a fiscalização da programação das emissoras de rádio e televisão, com vistas a assegurar o controle social sobre os meios de comunicação e a penalizar, na forma da lei, as empresas de telecomunicação que veicularem programação ou publicidade atentatória aos direitos humanos”; “105. Garantir a imparcialidade, o contraditório e o direito de resposta na veiculação de informações de modo a assegurar a todos os cidadãos o direito de informar e ser informado”.

Enfim, são diversas e bastante amplas (às vezes vagas e imprecisas) as proposições contidas no PNDH-3 do governo federal. Além do mais, uma larga margem de interpretação sobre o tema dos direitos humanos e sua violação pode servir a fins de perseguição política e censura sobre os meios de comunicação social. Ainda mais pela experiência histórica de que diversas iniciativas governamentais de regramento normativo específico para a liberdade de informação jornalística, de manifestação do pensamento e de expressão da opinião, ainda que sob a rubrica de proteção de direitos humanos e fundamentais, acabaram por instituir a censura.

É importante a manutenção da relação de inerência entre o pensamento crítico e a imprensa livre, afirmada pelo Ministro Ayres Britto em seu voto na APDF nº 130. E para isso, explica que a própria Constituição impõe aos órgãos e empresas de comunicação social a vedação do monopólio ou oligopólio em seu art. 220, § 5º, norma que garante o “pluralismo político, cultural ou social genérico”.

Para SIMONE SCHREIBER a regulação estatal é tida como necessária para proporcionar a ampliação do acesso aos meios de comunicação, bem como o acréscimo de qualidade do debate público, corrigindo eventual "falha de mercado" nesse campo. O objetivo final da atividade regulatória é garantir que a liberdade de expressão realize seu fim último: o de propiciar a formação de cidadãos adequadamente informados e capacitados para o exercício do autogoverno. Para aquela autora

a intervenção na autonomia editorial que objetive a inclusão de visões excluídas e a instauração de contraditório a respeito de questões controvertidas não implica em cerceamento da liberdade de expressão. Antes pelo contrário, tanto do ponto de vista dos emissores quanto dos receptores da mensagem, tal medida amplia o espectro de pessoas que usufruem o direito de livre expressão. Por outro lado, a necessidade de acréscimo de qualidade do debate público autoriza ingerências no conteúdo do que será veiculado pelos meios de comunicação. Isso implica em admitir a existência de instâncias externas às empresas de comunicação que possam definir quais assuntos devem ser priorizados e incluídos nas pautas de rádios, TVs e jornais, para melhor atender o interesse coletivo. Implica ademais na aceitação da premissa de que a liberdade de expressão deve ceder diante da necessidade de controlar determinados discursos, tais como os que advogam a intolerância, incitam a prática de crimes, que tenham conteúdo pornográfico, etc.¹¹⁰

Enquanto não se tem a instituição de uma autorregulação do setor de comunicação no país ou até mesmo um controle externo administrativo composto por algum órgão fiscalizador, remanesce, assim, apenas a opção do controle judicial. Tal controle se pauta agora, principalmente, pela Constituição Federal, pela legislação cível e criminal e não

¹¹⁰ SCHREIBER, Simone. *Op. Cit.*, p. 4.

mais pela Lei de Imprensa, para tentar pacificar eventuais tensões entre liberdade de informação jornalística e honra, imagem e privacidade.

2.8. A Liberdade de informação jornalística como direito fundamental

A Constituição Federal positivou expressamente a liberdade de informação jornalística no art. 220, §1º.¹¹¹ Garantiu também a livre manifestação do pensamento ressalvando o anonimato (art. 5º, IV) e a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX,). Assim, tais liberdades compõem-se em um sistema de direitos e garantias constitucionais de uma imprensa livre, mas que objetiva, ao final, o cidadão.

Entretanto, não é pelo simples fato de estar positivada na Constituição Federal de 1988 que a liberdade de informação jornalística ostenta a feição de direito fundamental. De acordo com MONICA AGUIAR, se deve atribuir este rótulo “se sua vigência tem um grau de necessidade que, sem ele, não se poderia desenvolver determinada concepção do Estado e da sociedade”.¹¹² Portanto, qualifica-se um direito como fundamental “para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.¹¹³

Os direitos e garantias fundamentais revestem-se de tamanha importância, que a própria Carta Constitucional criou mecanismos de proteção como os do art. 60, §4º, IV, que veda proposta de emenda constitucional tendente a aboli-los. Mesmo em Estado de defesa ou de sítio não podem ser suspensos (art. 135, §1º, I, “b” e “c” e art. 139, III ambos da CF/88).

¹¹¹ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

¹¹² CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.

¹¹³ PÉRES LUÑO *apud* SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p.182.

A aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais é imediata, de acordo com o art. 5º, §1º.¹¹⁴

Em meio a isso, surge outro questionamento: o que é direito e o que é garantia? RUI BARBOSA atribuía terem os direitos de natureza meramente declaratória de sua existência, enquanto que as garantias seriam disposições assecuratórias, que além defender os direitos limitariam, também, o poder.¹¹⁵ Para CANOTILHO “as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o carácter instrumental de proteção dos direitos”.¹¹⁶ Em síntese apertada do que diz JORGE MIRANDA: “os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se”.¹¹⁷ Superada essa diferenciação, que a nosso ver é ineficaz, opinamos ser a liberdade de informação jornalística um direito ou uma garantia fundamental, a depender da norma declará-la ou estabelecê-la.

CANOTILHO lembra clássica distinção da doutrina alemã entre direitos fundamentais e garantias institucionais. Estas compreenderiam as garantias jurídico-públicas e as garantias jurídico-privadas, sendo que, uma vez constitucionalizadas, protegeriam diretamente as instituições em seu núcleo essencial, para depois, indiretamente, se expandirem para a proteção dos direitos individuais.¹¹⁸

A liberdade de informação jornalística estaria inserida no contexto das garantias institucionais da doutrina alemã, pois garantem a instituição de uma imprensa livre em prol da preservação dos direitos difusos. Atualmente, entende-se como um direito fundamental e difuso, que tem como seu titular a sociedade e não as empresas de comunicação social. Assim, em posição crítica, o professor KAARLE NORDENSTRENG demonstra que

¹¹⁴ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Op. Cit.* p. 17.

¹¹⁵ BARBOSA, Rui. *apud* MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 62.

¹¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 62.

¹¹⁷ MIRANDA, Jorge. *apud* MORAES, Alexandre. *Op. Cit.*, p. 62.

¹¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.*, p. 63.

o sujeito dos direitos humanos e liberdades fundamentais não é uma instituição chamada a imprensa ou a mídia, mas uma ser humano individual. Portanto, o termo liberdade de imprensa é enganador, já que inclui uma ideia ilusória de que o privilégio dos direitos humanos é estendido à mídia, seus proprietários e gestores, ao invés de ao povo para expressar a sua voz através da mídia.¹¹⁹ (tradução livre)

Para JOSÉ AFONSO DA SILVA os direitos fundamentais podem ser classificados em cinco grupos: “1. direitos individuais (art. 5º); 2. direitos coletivos (art. 5º); 3. direitos sociais (art. 6º e 193 e seguintes); 4. direitos à nacionalidade (art. 12); 5. direitos políticos (arts. 14 a 17)”.¹²⁰ E para FERREIRA FILHO, quanto ao sujeito ativo (titular), os direitos fundamentais podem ser classificados em quatro espécies: “1. direitos individuais; 2. direitos de grupos; 3. direitos coletivos e; 4. direitos difusos”.¹²¹ Enquadraríamos a liberdade de imprensa como sendo um direito difuso.

A liberdade de informação jornalística é tratada sob diversos aspectos, sejam eles filosóficos, políticos ou ideológicos. Assim como diversos outros direitos fundamentais, também sofreu a influência de “paradigmas temporais próprios: a liberal burguesa, a democrática e o Estado Social de Direito”.¹²²

A liberdade de informação jornalística encontrou abrigo na classificação geracional dos direitos fundamentais, hoje bastante criticada. Segundo os adeptos dessa classificação, os direitos de primeira geração se correspondem com o princípio da liberdade, traduzindo-se nos direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas). Já a segunda geração de direitos teria relação com o princípio da igualdade, através da consolidação

¹¹⁹ Texto original: “the subject of human rights and fundamental freedoms is not an institution called the press or the media but an individual human being. Therefore the phrase ‘freedom of the press’ is misleading as it includes an elusive idea that the privilege of human rights is extended to the media, its owners and managers, rather than to the people for expressing their voice through the media”. (NORDENSTRENG, Kaarle. *Myths about press freedom*. Brazilian Journalism Research. vol. 3. n. 1. 2007. Disponível em <http://www.uta.fi/jour/laitos/myths_about_press_freedom.pdf> Acesso em 17 janeiro 2011).

¹²⁰ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 187

¹²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 28ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 150.

¹²² CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Op. Cit.*, p. 82.

dos direitos sociais, econômicos e culturais. Por fim, os direitos de terceira geração, ao postularem a proteção ao meio-ambiente equilibrado, à qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, etc. celebrariam a fraternidade.¹²³ Para FERREIRA FILHO a comunicação social (art. 220) parece enquadrar-se no rol dos direitos de solidariedade, que também são direitos de terceira geração, consagrados no plano internacional a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948).

ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE em palestra proferida na V Conferência Nacional de Direitos Humanos em Brasília, em 15 de maio de 2000, relata que a classificação dos direitos humanos em gerações foi formulada primeiramente por KAREL VASAK, em conferência ministrada no ano de 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo, França. Frequentemente a “paternidade” da classificação é atribuída a NORBERTO BOBBIO, muito embora esse jurista tenha apenas a divulgado amplamente. Tal classificação tem sofrido muitas críticas, em especial por passar a falsa ideia de que os direitos humanos teriam evoluído em gerações que substituiriam as anteriores e pelo descompasso entre o reconhecimento dos direitos humanos no plano internacional e no plano interno de algumas nações do mundo.¹²⁴ Assim, grande parte da doutrina, a exemplo de INGO WOLFGANG SARLET¹²⁵ prefere o termo dimensões ao invés de gerações para tratar da evolução histórica dos direitos humanos, mencionando ainda a existência de uma quarta e quinta dimensões desses direitos.

A liberdade de informação jornalística, até agora, foi compreendida como direito fundamental. Também, como faz crer a teoria alemã, pode ser entendida como garantia institucional. Há quem diga, inclusive, não mais ser um direito individual, mas, um direito

¹²³ MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.* p. 59-60.

¹²⁴ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Palestra proferida na V Conferência Nacional de Direitos Humanos. Brasília, em 15/05/2000. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm. Acesso em 13 janeiro 2011.

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 53

coletivo, cujo conceito pode ser encontrado no art. 81, parágrafo único, inciso II, da Lei 8.078/90, (Código de Defesa do Consumidor).¹²⁶

Para enquadrar-se como direito transindividual, de natureza indivisível, titularizado por um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base, a liberdade de informação jornalística deveria expressar-se como o direito fundamental para emitir notícias e opiniões, titularizado pelos meios de comunicação. Assim, temos como exemplo de coletividade, o grupo de empresários de radiodifusão ou a classe dos jornalistas profissionais.

Por outro lado, a liberdade de informação jornalística sob o seu aspecto de direito fundamental à informação da sociedade entraria no rol dos interesses ou direitos difusos, através do conceito do inciso I do mesmo diploma supracitado.

Salienta WANISE SILVA que, “de fato, são muito próximos os direitos coletivos dos direitos difusos, ambos apresentando a indeterminação do sujeito. Então, como diferenciá-los, e, conseqüentemente, como classificar a liberdade de imprensa? Seria esta um direito de natureza coletivo ou difuso?”¹²⁷

A diferenciação proposta por RODOLFO MANCUSO estriba-se em duas ordens: uma quantitativa e outra qualitativa. Para a primeira, o interesse difuso se relaciona a um universo maior do que o interesse coletivo, visto que os difusos podem mesmo concernir até a toda humanidade, enquanto os coletivos apresentam menor amplitude, já pelo fato de estarem adstritos a uma relação-base, a um vínculo jurídico que os leva a se aglutinar junto a grupos sociais definidos. Em relação a segunda, de ordem qualitativa vê-se que o

¹²⁶ Art. 81 [...]

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

¹²⁷ SILVA, Wanise Cabral. *Op. Cit.*

interesse coletivo resulta do homem em sua projeção corporativa, ao passo que, no interesse difuso, o homem é considerado simplesmente como ser humano.¹²⁸

Segundo LUIS GUSTAVO GRANDINETTI: “o direito à informação verdadeira é um autêntico interesse difuso”, na medida em que é

transindividual e indivisível, porque a informação jornalística é destinada a todas as pessoas que se disponham a recebê-la, sem que se possa individualizar e dividir qual informação será difundida para este indivíduo e qual para aquele. Todos são igualmente titulares desse direito de receber informação e é inegável que todos os titulares estão ligados pela circunstância de fato de serem leitores do mesmo jornal, ouvintes do mesmo rádio ou espectadores da mesma emissora de televisão.¹²⁹

Conceituar a liberdade de informação jornalística como um direito coletivo ou como um direito difuso implica em definir o titular deste direito. Assim, se considerarmos a informação um direito difuso, poderá ocorrer a ampliação do rol dos interessados, titulares, na defesa dos direitos fundamentais.¹³⁰ Por outro lado, segundo FERREIRA FILHO, “quanto ao sujeito passivo, o Estado ocupa essa posição em todos os casos (...). Mas não fica sozinho no pólo passivo dos direitos fundamentais. Quanto às liberdades e aos direitos de solidariedade, todos estão adstritos a respeitá-los”.¹³¹

É por isso que LUIS GUSTAVO GRANDINETTI propõe “um virtual direito difuso de ‘alguém por todos’ pleitear a correção de uma notícia inexata e, em caso de negativa, de postular judicialmente que o órgão da imprensa seja obrigado a publicar a correção”. Desta forma, segundo o autor “haveria também uma ampliação quanto à possibilidade do direito de resposta”.¹³²

¹²⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para agir*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1994, p. 67.

¹²⁹ CARVALHO, Luis G. G. C. de. *Op. Cit.*, p. 64.

¹³⁰ SILVA, Wanise Cabral. *Op. Cit.*

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² CARVALHO, Luis G. D. C. de. *Op. Cit.*, p. 64.

Impende concluir, portanto, que a liberdade de informação jornalística tem origem em outras garantias fundamentais como a liberdade de manifestação do pensamento e expressão da atividade de comunicação. Portanto, constitui-se em verdadeiro direito instrumental da liberdade de expressão e informação, direito público subjetivo, difuso e coletivo de buscar, receber e divulgar informações livremente. Como se poderá notar mais adiante, a liberdade de informação jornalística é também um direito de personalidade.

3 DIREITOS DA PERSONALIDADE

A origem histórica dos direitos da personalidade é dificilmente situada com precisão pela literatura jurídica. Os gregos já refletiam acerca da concepção de *hybris*, que em tradução livre significa arrogância em excesso, que consistia em uma espécie de sanção contra o ato de um agressor envergonhar a vítima, submetendo-a a castigos inflingentes à sua dignidade.

Os ideais cristãos também parecem indicar uma embrionária noção de personalidade humana e o reconhecimento de sua proteção, já que cultuavam uma aproximação do homem e do espírito, muito embora de forma subserviente a Deus.

No período romano da *Lex Aquilia* se tem notícia da existência da *actio injuriarum aestimatoria*, que consistia na possibilidade da vítima requerer ao magistrado uma reparação pecuniária pelas injúrias sofridas, constituindo-se aquele instituto em um esboço do hoje conhecido dano moral.

A evolução dos direitos de personalidade encontra um maior avanço no período das revoluções liberais-burguesas do século XVIII, quando se desenvolve uma ideia de oposição entre indivíduo e Estado, visando proteger a pessoa contra as intervenções arbitrárias deste. É nesse período histórico, portanto, que os primeiros estatutos como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e Declaração de Direitos da Virgínia (1776) passam a reconhecer o direito à vida, o direito à liberdade e o direito à integridade física, classificados como direitos de primeira dimensão ou geração, ou ainda como direitos civis e políticos.

Embora os mencionados estatutos jurídicos sejam o principal emblema dessa moderna concepção de direitos de personalidade, com um delineamento mais claro dos conceitos de vida privada, intimidade, honra, imagem, direito ao corpo e um aprofundamento na

concepção de dignidade da pessoa humana, fatores históricos, sociológicos, políticos e até mesmo antropológicos também influenciaram na sua evolução.

Já na transição do século XIX ao XX, com o aumento populacional das cidades, a separação do local de trabalho e do lar, a evolução dos veículos de comunicação de massa e da tecnologia, o crescente desequilíbrio nas relações econômicas, outros direitos da personalidade emergiram, desta vez, não apenas para proteger o indivíduo contra o Estado, mas para protegê-lo, também, contra a intervenção lesiva de outros particulares.¹³³

Hoje, há entendimento de que os direitos de personalidade guardam profunda relação com a teoria dos direitos fundamentais, a disciplina dos direitos humanos e o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como um dos principais valores da sociedade.

Sobre a dignidade da pessoa humana, vale anotar a sua complexidade e imbricada relação com a própria natureza humana. Importada pelo Direito como princípio constitucional ou até mesmo supraconstitucional, valor primordial dos ordenamentos jurídicos democrático-ocidentais, é pensada inicialmente na filosofia clássica grega e também romana, sendo posteriormente desenvolvida por pensadores como Tomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau e, em especial, Immanuel Kant.

A concepção de dignidade da pessoa humana encontra fundamento também na tríade romana do *honeste vivere* (viver honestamente), *neminem laedere* (não prejudicar ninguém) e *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu).

Na definição de INGO WOLFGANG SARLET a dignidade da pessoa humana é

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da

¹³³ BORGES, *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25.

comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humano.¹³⁴

SÉRGIO RICARDO DE SOUZA encontra uma definição de dignidade da pessoa humana em um conjunto de valores superiores e inerentes a todos os membros da raça humana, que propiciam o respeito à personalidade e individualidade até o limite do risco à convivência harmônica dos indivíduos. Mas não só. Há também um estabelecimento de limites do Estado em relação ao indivíduo. Aponta que os direitos de personalidade apresentam-se como sobreprincípios “do qual irradiam as luzes criadoras dos demais direitos fundamentais”, uma vez que “para a preservação da dignidade da pessoa humana é indispensável a proteção a todos os direitos de personalidade”, apontando o valor “dignidade” como o parâmetro para a solução do conflito de princípios.¹³⁵

Embora os estudiosos dos direitos humanos venham tentando conceituar o fenômeno da dignidade humana, ele guarda também um ponto de fluidez conceitual, uma vez que cada sociedade molda o seu padrão moral de comportamento e cada indivíduo percebe-se de maneira diferente dentro daquela sociedade. Assim, a dignidade humana parece ser informada por uma troca de informações entre o particular e o tecido social. O indivíduo atua, portanto, como sujeito passivo, recebendo da sociedade uma carga informativa e, também, como sujeito ativo, pois devolve a esta sociedade a informação processada e interpretada à sua singular maneira.

Na sociedade globalizada, que adota *standarts* de comportamento, tende-se a uniformizar o conceito de dignidade humana como de respeito à vida, tendente a impor como sua

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

¹³⁵ SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Controle judicial dos limites constitucionais à liberdade de imprensa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 8.

função primordial a garantia do livre desenvolvimento da personalidade humana, que deve ser adjetivada com direitos fundamentais qualitativos como saúde, educação, emprego, liberdade e tantos outros. No entanto, as culturas podem hierarquizar de maneira distinta tais valores, considerando-os mais ou menos importantes para a promoção da dignidade humana. Portanto, ainda que para alguns a dignidade humana seja natural ou inata, é interpretada de diversas maneiras, a depender do tempo e do espaço, tendo o seu conteúdo valorado de maneira distinta pelas sociedades de diferentes culturas.

ROXANA BORGES reflete que não é desejável a adoção de um modelo abstrato de pessoa ou dignidade para encontrar uma limitação a autonomia de outras pessoas, devendo ser considerada ainda a vontade humana, o poder de sua autodeterminação, a sua consciência, o elemento subjetivo que o distingue dos demais animais. Dessa forma, a autora não admite “concepções objetivas de valores”, corroborando a tese de Jussara Meirelles e Eduardo Didonet Teixeira, que defendem que o conteúdo da dignidade só pode ser aferível no caso concreto, inadmitindo a sua previsão em abstrato para fins de aplicação. A autora critica, assim, visões totalitárias ou unitárias da dignidade da pessoa humana, pelo que concorda com Ingo Wolfgang Sarlet, quando diz que esse valor tem um alto grau de abstração e indeterminação, comportando sempre uma relativização.¹³⁶

A autora preconiza, ainda, o direito à diferença, como importante para a concretização do valor da dignidade humana e de uma sociedade plural, pautada na tolerância e na alteridade. Frisa ainda a repulsa aos conceitos generalizantes, que tendem a ser antidemocráticos e totalitários. Segundo a autora

o ordenamento jurídico e o Estado devem assegurar o direito ao respeito à dignidade das pessoas, mas não determinar o que seja ou não dignidade. É a própria pessoa, tendo a materialização do patrimônio

¹³⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op. Cit.*, p. 137-138.

mínimo, quem definirá em que consiste sua dignidade e quais são os atos que possam agredi-la.¹³⁷

LUIZ EDSON FACHIN alerta que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana não podem ser transformados em modelos abstratos, como mera proclamação discursiva, sob pena de serem reduzidos a meros instrumentos retóricos que caíam no mesmo erro da concepção sistemática do direito.¹³⁸

Alguns pensadores como ENNECERUS, JELLINEK, UNGER, OERTMANN, RAVÀ, ORGAZ e VON THUR, não admitindo direito do homem sobre a própria pessoa (*ius in se ipsum*), negavam a existência dos direitos da personalidade. Na corrente oposta, mais recente e de maior prevalência, é reconhecida e defendida a existência destes direitos, por nomes de escol como ADRIANO DE CUPIS, RUGGIERO, PLANIOL, RIPERT, ANTUNES VARELA, LIMONGI FRANÇA e ORLANDO GOMES.¹³⁹

Os jusnaturalistas também reconheciam a existência de direitos próprios do ser humano, fundados na natureza das coisas, nas características físicas e orgânicas do homem. ELIMAR SZANIAWSKI é um dos que defendem o enquadramento dos direitos de personalidade dentro de um conceito de direito natural, apesar de reconhecer uma tendência atual juspositivista.¹⁴⁰

Em geral, é forte a doutrina que aceita o caráter natural e também inato dos direitos de personalidade. Entretanto, alguns desses direitos ou atributos da personalidade humana, como o nome e o novo campo dos direitos morais do autor, só ganham proteção jurídica a partir da sua positivação pelas leis, não sendo, portanto, naturais. O nome e o direito autoral não nascem com o homem, mas são reconhecidos pela ordem jurídica que lhe conferem proteção.

¹³⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op. Cit.*, p. 141.

¹³⁸ FACHIN, Luis Edson. [et al.] Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 100.

¹³⁹ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Op. Cit.* p. 56-57.

¹⁴⁰ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993. p. 91.

Melhor conclusão é a de MÔNICA AGUIAR, pois identifica os direitos de personalidade como inatos “no sentido de que não é necessária a prática de ato de aquisição, posto que inerentes ao homem, bastando o nascimento com vida para que passem a existir”, sublinhando ainda que estes também “vêm sendo reconhecidos igualmente aos nascituros”.¹⁴¹

Em verdade, embora alguns atributos da personalidade sejam naturais como o ato de nascer e assim o direito à própria vida, o que contemplaria a corrente jusnaturalista, recebem, também, tutela da norma jurídico-positiva. Portanto, o fenômeno da personalidade humana pode ser explicado tanto pelo jusnaturalismo quanto pelo juspositivismo, entretanto, nenhuma das teorias pode avocar a maternidade dos direitos de personalidade. Em verdade, aquelas correntes parecem ser faces da mesma moeda e se complementam quando reconhecem a importância dos bens de personalidade.

Ao fim e ao cabo, concordamos com a conclusão de NORBERTO BOBBIO para quem “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.¹⁴²

Não se pode deixar de mencionar também a existência das correntes *pluralista*, que assevera a existência de uma lista de direitos autônomos de personalidade, a exemplo da intimidade, da vida privada, da honra etc. e *monista*, que visualiza um direito geral de personalidade, rechaçando o tratamento dos atributos humanos na forma de direitos estanques, entendendo a pessoa humana como um todo unitário e *pro indiviso*.

ROXANA BORGES explica que a doutrina italiana sempre tendeu à corrente monista, admitindo a existência de um direito geral de personalidade que protege a pessoa como

¹⁴¹ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Op. Cit.* p. 67.

¹⁴² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 6.

um valor unitário, sem subdivisões e que não poderia, assim, “ser dividida em diferentes interesses, bens ou ocasiões, pois a pessoa é um todo, não partes acrescidas umas às outras”. Portanto, “entende a doutrina italiana existir um direito geral de personalidade, que abarca todas as espécies de direitos de personalidade, presentes e futuras”.¹⁴³

Inaugurando a tentativa de conceituar o instituto, contamos com a explanação do civilista baiano ORLANDO GOMES, para quem “nos direitos da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade”.¹⁴⁴ E continua sua lição ao afirmar que esses direitos constituem-se como “bens jurídicos em que se convertem projeções físicas ou psíquicas da pessoa humana, por determinação legal que os individualiza para lhes dispensar proteção”.¹⁴⁵

Para a professora MARIA HELENA DINIZ, os direitos da personalidade são os

subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato ou intimidade, segredo pessoal, doméstico e profissional, imagem, identidade pessoal, familiar e social).¹⁴⁶

Já em lição de CARLOS ALBERTO BITTAR, tais direitos seriam “próprios da pessoa em si (ou originários), diante da dignidade humana ou referentes às suas projeções para o mundo externo (ou seja, à pessoa como ente moral e social, em suas interações da sociedade”.¹⁴⁷

¹⁴³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op. Cit.*, p. 14.

¹⁴⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 11.

¹⁴⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op. Cit.* p. 14.

¹⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. V. 1. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁴⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 14.

A positivação dos direitos de personalidade é um processo novo. No Brasil, por exemplo, só teve lugar o reconhecimento jurídico-formal dos direitos de personalidade à partir da Constituição de 1988 e, mais recentemente, com o advento do Código Civil de 2002.

3.1. Características dos direitos de personalidade e proteção constitucional

Os direitos da personalidade possuem algumas características peculiares em relação aos demais direitos. Para grande parte da doutrina eles seriam absolutos, inatos, essenciais, além de intransmissíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, inexpropriáveis, extrapatrimoniais, indisponíveis e vitalícios.¹⁴⁸ O Código Civil (Lei nº 10.406/2002) em seu art. 11 prestigiu duas características especiais, quais sejam: a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade. Assim, disciplinou, *in verbis*, que:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são **intransmissíveis** e **irrenunciáveis**, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. [sem grifo no original]

Diz-se serem **indisponíveis** os direitos de personalidade por não serem sujeitos, em tese, à alienação (**intransmissíveis e impenhoráveis**) e tampouco ao abandono (**irrenunciáveis**). É inadmissível uma pessoa ceder seu direito à vida, ou transacionar sua honra com outrem, por ser totalmente antijurídica a comercialização de tais atributos humanos.

Entretanto, como pontua JACQUELINE SARMENTO DIAS, tratando especialmente do direito à imagem, haveria uma disponibilidade relativa e limitada dos direitos de personalidade.¹⁴⁹

Adotando este posicionamento, GILBERTO HADDAD JABUR, sustenta que

a relatividade desse entendimento, temperado e adequado às exigências dos costumes da vida moderna, prestigiando, de mais a mais e na

¹⁴⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op. Cit.*, p. 242.

¹⁴⁹ DIAS, Jacqueline Sarmiento. *O direito à imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 174.

medida do dever de proteção ao indivíduo, a liberdade que lhe é imanente, **permite a limitada disposição**.¹⁵⁰ [sem grifo no original]

De maneira similar se posiciona ROXANA BORGES para quem “os atos de disposição dos direitos de personalidade não negam a característica da indisponibilidade (...) se tais atos não tiverem finalidade translativa ou extintiva”. Obtempera no sentido de aceitar como mais adequadas a autorização ou cessão parcial por estas não privarem o titular dos direitos de personalidade de seu uso, seja pela transmissão, seja pela extinção, além de permitir a fruição econômica daqueles.¹⁵¹

Outra característica importante, aliás, a mais prestigiada, é de que os direitos da personalidade são **absolutos**, pois são oponíveis contra todos, ou seja, *erga omnes*, submetendo quem quer que seja devido a carga de eficácia irradiada. A relação jurídica estabelecida envolve um sujeito passivo universal, indeterminado, porém, determinável quando há violação deste direito absoluto no caso concreto.¹⁵² Quando se caracterizam os direitos de personalidade como absolutos, não se quer passar a noção de não comportam limites ao seu exercício, mas sim, de que podem ser alegados por seu titular em desfavor de qualquer um que os viole.

Admite-se serem os direitos da personalidade **extrapatrimoniais**, pois não figuram no patrimônio do seu titular tal como um imóvel. Entretanto, “não há de se confundir o direito de personalidade com o seu conteúdo que se pode traduzir em elemento de grande valor econômico”.¹⁵³ A mesma relatividade desta característica é enaltecida por GAGLIANO e PAMPLONA FILHO que ponderam não haver impedimento para que “as manifestações pecuniárias de algumas espécies de direitos possam ingressar no comércio jurídico”,¹⁵⁴ podendo haver mensuração econômica, principalmente em caso de violação.

¹⁵⁰ JABUR, Gilberto Haddad. *Op. Cit.* p. 55-56.

¹⁵¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op. Cit.* p. 244.

¹⁵² CALDAS, Pedro Frederico. *Op. Cit.* p. 10.

¹⁵³ CALDAS, Pedro Frederico. *Op. Cit. loc. cit.*

¹⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Vol. 1 (parte geral). 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

Já SÉRGIO CRUZ ARENHART, reafirmando a extrapatrimonialidade dos direitos da personalidade, traz interessantes argumentos, como o da falácia da função reparadora do dano moral, que em verdade seria, tão só, uma punição ou sanção exemplar para o ator do ilícito.¹⁵⁵

São **imprescritíveis** pela razão de estarem no rol dos direitos potestativos e não a uma prestação. Sendo seu exercício atemporal, poderá o titular, a qualquer tempo, impedir que alguém invada a sua privacidade, viole a sua imagem ou macule a sua honra. Porém, muito se discute a respeito do caso em que o dano já tenha ocorrido. Há entendimento doutrinário de que não haveria prazo prescricional para ingressar com o pedido de reparação por dano moral, porém entendemos que, em questão não está o direito personalíssimo, mas sim a pretensão à reparação civil, esta sim, sujeita a prazo prescricional.

São também **vitalícios**, pois “seguem a pessoa, aderem ao indivíduo até o seu leito de morte, chegando a lei a proteger o morto, que não é mais sujeito de direito do vilipêndio”.¹⁵⁶ Esta característica fora consagrada pelo art. 12, parágrafo único do Código Civil de 2002, ao estatuir legitimação ao “cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau” para requerer medida inibitória ou reparatória contra atentado à memória do *de cujus*.

São **inexpropriáveis**, porque nem mesmo o Estado poderá privar o indivíduo desta faculdade. Entretanto, a questão da pena de morte torna o tema discutível em função de que isto seria uma expropriação do direito à vida pelo Estado. Ao nosso sentir, a pena de morte é um exemplo de forte violação aos direitos humanos.

¹⁵⁵ ARENHART, Sergio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. V.2). p. 70.

¹⁵⁶ CALDAS, Pedro Frederico. *Op. Cit.* p. 10.

Os direitos da personalidade como enuncia CARLOS ALBERTO BITTAR, são também conhecidos por diversos outros termos tais quais: “direitos do homem, direitos fundamentais da pessoa, direitos humanos, direitos inatos, direito essenciais da pessoa, liberdades fundamentais”.¹⁵⁷

Essa dificuldade em estabelecer uma distinção entre e direitos fundamentais do homem e direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas é também afirmada por JOSÉ AFONSO DA SILVA, quando diz haver uma variedade de expressões, e uma dificuldade de conceituação e sintetização precisa devido a “ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico”.¹⁵⁸

Entretanto, os direitos da personalidade e as liberdades públicas encontram-se em planos diversos, como enuncia CARLOS ABERTO BITTAR:

As liberdades públicas distanciam-se dos direitos do homem, com respeito ao plano, pois, conforme se expôs, os direitos inatos ou direitos naturais situam-se acima do direito positivo e em sua base. São direitos inerentes ao homem, que o Estado deve respeitar e através do direito positivo, reconhecê-los e protegê-los. Mas esses direitos persistem, mesmo não contemplados pela legislação em face da noção transcendente da natureza humana. Já por liberdades públicas, entendem-se os direitos reconhecidos e ordenados pelo legislador: portanto, aqueles que, com reconhecimento do Estado, passam do direito natural para o plano positivo.¹⁵⁹

ADA PELLEGRINI GRINOVER emplaca a mesma diferenciação entre liberdades públicas e direitos do homem, salientando que

o plano é diverso, porque os direitos do homem indicam conceito jusnaturalista, enquanto as liberdades públicas representam um reconhecimento dos direitos do homem através do direito positivo. Os

¹⁵⁷ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 16.

¹⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 174.

¹⁵⁹ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 17.

direitos do homem constituem conceito que prescinde do reconhecimento e proteção do direito positivo, existindo ainda que a legislação não os estabeleça nem os assegure. As liberdades públicas, bem pelo contrário, são direitos do homem que o Estado, através de sua consagração, transferiu do direito natural ao direito positivo”.¹⁶⁰

ELIMAR SZANIAWSKI tece algumas considerações acerca do tema. Para aquele autor, mesmo que as manifestações da personalidade humana não fossem positivadas, elas não deixariam de ser direitos de personalidade para se transformarem em garantia individual. A tutela judicial dos direitos de personalidade, portanto, protege os particulares entre si, mas também contra os ataques vindos do Estado. Nesse sentido, os direitos de personalidade não são divisíveis em direitos de personalidade públicos e privados, estando acima da dicotomia entre Direito Público e Privado. Existe, assim, uma eficácia vertical daqueles direitos, uma vez que resguardam o indivíduo dos abusos estatais, mas, sobretudo, uma eficácia horizontal, por garantir a tutela destes direitos aos particulares entre si.¹⁶¹

Portanto, imperativo concluir que as manifestações da personalidade humana, como imagem, honra, vida privada e intimidade são tuteladas pela ordem jurídica constitucional, expressão de sua característica de direitos fundamentais do homem, positivada como liberdade pública. Assim, como tais direitos, a liberdade de expressão, configurada na sua faceta de liberdade de informação jornalística e de imprensa, parece ser consagrada da mesma maneira, ainda que tenha sofrido evolução distinta.

Ainda assim, há quem resista à ideia dos direitos da personalidade inseridos num contexto publicista de direitos fundamentais. Ocorre que a separação entre Direito Público e Privado parece ser ultrapassada, pois como pontua MANOEL JORGE E SILVA NETO, o direito é

¹⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 36.

¹⁶¹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993, p. 92.

um só, devendo ser a sua divisão utilizada para fins meramente didáticos.¹⁶² A linha que os separa é tênue ou inexistente, não dotada de rigor científico. Segundo CELSO CASTRO:

Já passa da hora de se perceber que não há materialmente, sob o ponto de visto do direito, como se distinguem relações essencialmente públicas ou fundamentalmente privadas, senão que sobre todas as relações jurídicas é possível deitar-se um enfrentamento público ou submetê-las a uma reflexão privatística. Veja-se, a propósito, a intimidade, como valor que desperta uma ideia clara de privado, mas que, racionada publicamente, emerge, como garantia de sustentação de uma sociedade livre.¹⁶³

Diante do exposto, a professora MÔNICA AGUIAR assinala que os direitos da personalidade, embora nasçam “como direitos subjetivos, com escopo no âmbito do direito privado (...) ao serem constitucionalizados enquanto direitos fundamentais passam, inegavelmente, a deter essa natureza jurídica”.¹⁶⁴

Esse movimento é chamado de direito civil-constitucional ou constitucionalização do direito civil e segundo ROXANA BORGES mostra “várias situações nas quais certas áreas da vida da pessoa não se submetem perfeitamente nem ao direito público nem ao direito privado”.¹⁶⁵ Entretanto, a autora anota que “a distinção entre público e privado, embora não seja completamente satisfativa, é importante, pois garante à pessoa um âmbito de vida privada que nem a sociedade nem o Estado, inclusive por meio da elaboração de leis, devem atingir”.¹⁶⁶

Pergunta-se então: seria certo concluir que o enquadramento dos direitos da personalidade no âmbito dos direitos fundamentais se dá em função de critérios jurídico-positivos e que, antes da ordem constitucional institucionalizada em 1988, a tutela dos

¹⁶² SILVA NETO, Manoel Jorge. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: LTr, 2001.

¹⁶³ CASTRO, Celso Luiz Braga de. *apud* CASTRO, Mônica. *Op. Cit.* p. 62-63.

¹⁶⁴ CASTRO, Mônica. *Op. Cit.* p. 63.

¹⁶⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op. Cit.* p. 244.

¹⁶⁶ *Ibidem. Loc. Cit.*

mesmos estava restrita ao direito privado? Vejamos a norma insculpida no art. 5º, §2º, da CF/88:

Art. 5º [...]

§2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição ao excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Da interpretação do citado dispositivo conclui-se, assim como DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR¹⁶⁷, que não apenas os direitos e garantias elencados e descritos na Constituição gozam do sistema de proteção às liberdades públicas, pois a Carta adotou cláusula aberta ou de não tipicidade consoante a teoria material dos direitos fundamentais. Valendo-nos de lição da doutrina italiana, afirmamos que os direitos fundamentais garantidos à liberdade humana não precisam de uma específica previsão positiva, pois são paradigmas gerais que englobam várias possibilidades materiais nas quais se possa realizar a ação humana.¹⁶⁸

Isso quer dizer, segundo ROXANA BORGES, que os direitos de personalidade não são *numerus clausus*. O catálogo dos direitos de personalidade está em contínua expansão, constituindo uma série aberta. À medida que a sociedade torna-se mais complexa e que as violações proliferam - até mesmo como decorrência de certos usos dos conhecimentos tecnológicos - novas situações demandam proteção jurídica. É o que ocorre também no campo dos direitos de personalidade, pois são direitos em expansão. Com a evolução legislativa e com o desenvolvimento do conhecimento científico acerca do direito vão se revelando novas situações que exigem proteção jurídica e, conseqüentemente, novos direitos.¹⁶⁹

LUIZ EDSON FACHIN faz uma crítica à construção do direito civil sobre uma estrutura de parte geral codificada, fechada e autopoietica, já que os direitos fundamentais para a sua

¹⁶⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *A natureza material dos direitos fundamentais*. In: Revista Jurídica da Seção Judiciária do Estado da Bahia. Vol. 1, n. 1 (set.2002/fev.2003): 33-38. Salvador: TRF 1ª Região, 2002.

¹⁶⁸ BALDASSARE, Antonio. *Diritti della persona e valori costituzionali*. Torino: G. Giappichelli, 1997.

¹⁶⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op. Cit.*, p. 24.

efetividade podem “implicar uma necessidade de inserção de racionalidades não sistêmicas no interior do direito”. Dessa forma, assevera que “quando o centro do ordenamento passa a ser a pessoa humana dotada de dignidade, e não o patrimônio, cuja proteção é assegurada por meio de um sistema formado por conceitos e modelos abstratos, essa racionalidade não sistêmica se torna possível: é possível uma abertura para a concretude da vida”. Portanto, a racionalidade de um sistema fechado e abstrato, que perceba o direito público e o privado como sistemas estanques, está em contradição com a dignidade da pessoa e com os direitos fundamentais, que são geralmente dotados de valores não sistêmicos voltados ao caso concreto.¹⁷⁰

O autor anota, portanto, que a constitucionalização do direito civil é a possibilidade de ruptura da abstração instituída pela codificação, reconhecendo a possibilidade da influência dos direitos fundamentais na eficácia das relações interprivadas. Desse modo, a Constituição deixa de ser objeto único de estudo dos publicistas e apenas uma carta política de direitos, para tornar-se elemento integrador do ordenamento jurídico. Esclarece que “a eficácia dos direitos fundamentais se estende tanto verticalmente como horizontalmente, abrangendo, pois, tanto as relações entre indivíduo e Estado como as relações entre indivíduos”, assumindo uma “feição prestacional” (também chamada de positiva), visando a sua promoção e não apenas negativa, que visa apenas a sua proteção. O direito, portanto, não é um fim em si mesmo, capaz unicamente de oferecer soluções a partir do seu próprio sistema, devendo ser instrumento de concretização da dignidade da pessoa.¹⁷¹

A Constituição Federal de 1988 consagrou a proteção dos direitos da personalidade em diversos dispositivos conferindo-lhes especial relevância. Não se deve olvidar que a carta cidadã, além de estabelecer a inviolabilidade do direito à honra e à privacidade, por

¹⁷⁰ FACHIN, Luis Edson. [et al.] Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 97.

¹⁷¹ FACHIN, Luis Edson. [et al.] *Op. Cit.*, p. 98-99.

exemplo, determinou que a liberdade de expressão e de informação deveria observar o disposto na norma constitucional supra aludida, tendo como norte o valor da dignidade da pessoa humana.

Assim, em verdade, os diversos aspectos da personalidade humana, até mesmo aqueles não positivados pela Constituição Federal, encontrariam a sua gênese na dignidade da pessoa humana. É, portanto, a dignidade da pessoa humana, reconhecida pelo art. 1º da Constituição, que irradia para todo o ordenamento jurídico o seu valor, limitando e dando substância aos direitos de personalidade, preenchendo-os de conteúdo axiológico e teleológico.

Entretanto, ainda que resguardados pela mesma norma constitucional (art. 5º), liberdade de manifestação do pensamento, imagem, honra, vida privada e intimidade, possuem, sobretudo, dimensão, conceito, conteúdo e diferentes características. Dessa forma impende analisá-los em separado para uma melhor compreensão de cada fenômeno jurídico.

3.2. Liberdade de informação jornalística como direito de personalidade

A liberdade de informação jornalística é também direito de personalidade. Ela agrega em sua formação a liberdade de manifestação do pensamento, de expressão, de opinião, de comunicação e o direito à informação. Ela não é a liberdade da imprensa, mas um direito fundamental do indivíduo e da coletividade. A imprensa é, portanto, mero instrumento de manifestação do atributo da personalidade.

Dessa forma, por concatenar expressões da personalidade como pensamento, sentimento, realiza o ideal de dignidade humana, valor primordial para a democracia. Onde não há liberdade não há dignidade.

Segundo BALDASSARE houve uma mudança do conceito de pessoa, de uma noção liberal para outra democrática. Assim, os direitos invioláveis são reconhecidos à pessoa individual e também às formações sociais em que a pessoa desenvolve sua personalidade. Há a tutela da pessoa enquanto tal e a tutela da pessoa como membro de uma formação social. A tutela da pessoa, como é reconhecida na constituição italiana, não mais significa um princípio em si, mas se exterioriza como condição essencial para o desenvolvimento da personalidade. Assim, parece haver direitos fundamentais cujo exercício só se pode realizar em forma coletiva. As formações sociais surgem como meio ou instrumento para o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Estas formações sociais são mediatamente titulares de direitos invioláveis. Se faltarem os direitos invioláveis, logo a democracia não é possível. Existe, em verdade, a superação do individualismo e a afirmação do pluralismo. Dessa forma, os direitos invioláveis representam a categoria *a priori* da democracia.¹⁷²

Como alguns autores defendem, a liberdade é primordialmente um atributo da personalidade. O ser humano privado da liberdade tem sua dignidade restringida. Por seu turno, os direitos da personalidade e a liberdade de pensamento e de expressão deste pensamento parecem ter gênese semelhante, o que leva a concluir serem frutos de uma mesma árvore. Se considerarmos vida, honra e imagem, como direitos da personalidade, não nos deve escapar também a inclusão da liberdade. Da mesma forma pensa ADRIANO DE CUPIS, pois “a enunciação destas liberdades tem apenas caráter demonstrativo e não taxativo, porque no campo de direito público, como no campo do direito privado, não é possível enumerar todas as manifestações de liberdade”.¹⁷³

A liberdade de informação jornalística, já frisamos, é uma liberdade pública, direito difuso e coletivo, mas também individual. O ser humano sem acesso à informação livre, desembaraçada e verdadeira, tem reduzida a realização da sua dignidade, ficando alijado

¹⁷² BALDASSARE, Antonio. *Op. Cit.*

¹⁷³ DE CUPIS, Adriano. *Direitos da personalidade*. Lisboa: Moraes, 1961.

de promover o seu desenvolvimento saudável. Sem a liberdade de informação jornalística a pessoa deixa de desenvolver e promover suas características psíquicas, culturais, externas e internas, deixando de desfrutar do intercâmbio interpretativo com a sociedade.

Como dito por ROXANA BORGES, os direitos de personalidade não são *numerus clausus*, sendo um catálogo em contínua expansão, constituindo uma série aberta. Assim, esse catálogo que contemplava em sua origem a liberdade de expressão do indivíduo passou também a contemplar a liberdade de informação jornalística. Há um critério material de identificação e não meramente formal.

Ainda assim, a liberdade de informação jornalística é um direito histórico, direito humano e fundamental, protegido por diversas constituições e tratados internacionais, tal como os direitos à intimidade, vida privada, honra e imagem. Todos são direitos de dignidade, que resguardam a integridade intelectual e moral dos indivíduos e da coletividade.

A liberdade de informação jornalística também tem a característica de ser indisponível, no sentido de intransmissível e irrenunciável, além de ser absoluta (oponível *erga omnes*), inexpropriável, vitalícia, extrapatrimonial e imprescritível, tais como a intimidade, vida privada, honra e imagem.

Há de se destacar, ainda, o que o Ministro Ayres Brito chamou de “primeiro parêntese” em seu voto. Como forma de esclarecer que a liberdade de informação jornalística goza do caráter de sobredireito de personalidade, “não na perspectiva da personalidade como instantâneo atributo de todo ser humano nativo, assim regrado pelo art. 2º do nosso Código Civil [...] Não é isso”, abriu um parêntese para observar que estava

a falar de direitos de personalidade como situações jurídicas ativas que o Direito Constitucional vai positivando como expressão de vida humana digna. Direitos subjetivos que são ditados em harmonia com o grau de avanço cultural de cada povo, correspondendo à âncora político-filosófica de que não basta ao ser humano viver; é preciso fazê-lo com dignidade. Não como requisito de formação da personalidade, mas de sua justa e por isso mesmo imperiosa valorização. Logo, direitos

subjetivos que densificam, entre nós, o princípio estampado no inciso III do art. 1º da nossa Constituição, não por acaso nominado como “dignidade da pessoa humana”. Mais ainda, direitos subjetivos que, antes de falar bem de toda e qualquer pessoa natural que os titularize, falam bem é da própria coletividade que os reconhece. Isto na medida em que tal coletividade se assume como capaz de conciliar, no bojo de sua própria Constituição, a mais avançada democracia com o mais atualizado humanismo. Enfim, direitos subjetivos que, ainda assim positivados como dignificação da personalidade humana a partir de um certo grau de evolução político-cultural desse ou daquele povo soberano, admitem temperamentos quando do seu entrelaço eficaz-temporal com outros direitos da mesma índole.¹⁷⁴

Portanto, não se identifica, como normalmente tratado pela doutrina, a existência de uma simples e antagônica colisão entre direitos fundamentais distintos, na qual, de um lado estaria a liberdade de informação jornalística e, de outro, as expressões da personalidade como honra, vida privada, intimidade e imagem. Se existe colisão, estamos a tratar de um verdadeiro entrelaço de direitos de personalidade.

3.3. Intimidade, vida privada e privacidade

O direito à intimidade recebe diversas denominações, como *right of privacy* ou *right to be alone* (direito anglo-americano), *diritto alla riservatezza* (direito italiano), *derecho a la esfera secreta* (direito espanhol), *droit à la vie privée* (direito francês), direito à privacidade e direito de estar só (direito brasileiro), dentre outros,¹⁷⁵ o que indica serem os direitos à intimidade, à vida privada ou à privacidade dotados de semelhanças conceituais.

A gênese de uma teoria do direito à privacidade nos moldes modernos remonta o emblemático artigo de SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS intitulado *The Right to Privacy*

¹⁷⁴ STF. ADPF 130. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208, Divulgado em 05 novembro 2009. Publicado em 06 novembro 2009, p. 81-83.

¹⁷⁵ GUERRA, Sidney César Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 70.

datado de 1890, no qual os autores reconheciam o direito de cada pessoa decidir até que ponto os pensamentos, sentimentos e emoções poderiam ser divulgados. No referido artigo essa teoria é desenvolvida justamente pela constatação de que a imprensa, muitas vezes, acabava por invadir o ambiente privado das pessoas, ultrapassando os limites da propriedade e da decência.¹⁷⁶

Não é sem motivo que RENÉ ARIEL DOTTI, utilizando os termos indistintamente, conceitua a intimidade como sendo: “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”.¹⁷⁷ Adotando a sinonímia dos termos ainda temos LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO,¹⁷⁸ bem como JOSÉ SERPA.¹⁷⁹ Já PEDRO FREDERICO CALDAS, embora tenha optado por utilizar-se indistintamente dos termos vida privada, intimidade, privacidade, ou resguardo, considerou ter a vida privada conceito mais abrangente, motivo pelo qual elegeu como título de seu trabalho.¹⁸⁰

Já o constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA tencionando superar as dúvidas existentes, adota posição de unificar os conceitos de vida privada e intimidade em um único instituto, que seria o direito à privacidade, consistente em ser um “conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem isso poder ser legalmente sujeito”.¹⁸¹

Por sua vez, ANDRÉ RAMOS TAVARES utiliza-se da expressão direito à privacidade em sentido amplíssimo, de modo a abarcar toda e qualquer manifestação da intimidade, da vida privada e até mesmo da honra e da imagem do titular, que teria autonomia para decidir o

¹⁷⁶ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis D. *The right to privacy*. Disponível em: <<http://www.spywarewarrior.com/uiuc/w-b.htm>>. Acesso em: 26 fevereiro 2011.

¹⁷⁷ DOTTI, René Ariel. *Op. Cit.*, p. 69.

¹⁷⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 37.

¹⁷⁹ SERPA, José. *apud* CASTRO, Mônica. *Op. Cit.* p. 33-34.

¹⁸⁰ CALDAS, Pedro Frederico. *Op. cit.* p. 43.

¹⁸¹ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 48.

destinatário, tempo, modo e lugar nos quais poderiam ser revelados os fatos, atos, pensamentos, segredos e planos da sua vida familiar, doméstica e particular.¹⁸²

Na Alemanha, a doutrina costuma distinguir intimidade e vida privada por meio da denominada teoria das esferas (*sphärenthorie*), que divide a privacidade em três círculos concêntricos, a saber: a *privatsphäre*, de maior amplitude, representando a esfera da vida privada, *intimsphäre*, compreendendo a intimidade, cujo acesso é mais restrito, e a *geheimsphäre*, o mais restrito dos círculos, representando o sigilo, o segredo mais profundo da pessoa.¹⁸³

O falecido ministro do STF CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO (1942-2009) compilou estudos produzidos pelo Instituto Internacional de Direitos do Homem acerca da proteção destes direitos nas relações entre entes privados, destacando a dificuldade relatada pelo Ministro da Justiça dinamarquês Ole Espersen em “encontrar uma definição geral sobre vida privada ou privacidade (*private life or privacy*)”.¹⁸⁴ Transcreve a conceituação do dinamarquês, para quem

a privacidade pode ser definida como uma área na vida humana na qual, em qualquer circunstância, um homem médio com uma compreensão das necessidades legítimas da comunidade pensaria ser errado invadir. E, lembrando a conferência dos juristas nórdicos sobre os direitos à privacidade, de 1968, reproduziu a proposta formulada, para defini-los como o direito do indivíduo de conduzir a sua própria vida protegida contra: interferência em sua vida privada e familiar; interferência em sua integridade física ou mental ou sua liberdade moral e intelectual; ataques a sua honra e reputação; sua indevida exposição; a divulgação de fatos irrelevantes e embaraçosos relativos à sua vida privada; uso de seu nome, identidade ou semelhança, espreita, espionagem; interferência em sua correspondência; uso indevido das suas

¹⁸² TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 643.

¹⁸³ JABUR, Gilberto Haddad. *Op. Cit.* p. 257.

¹⁸⁴ DIREITO. Carlos Alberto Menezes. *Os direitos de personalidade e a liberdade de informação*. Revista de Direito Renovar, Rio de Janeiro, v. 23, p. 31-42, maio/ago 2002.

comunicações privadas; divulgação de informação dada ou recebida por ele em segredo profissional.¹⁸⁵

Entretanto, esse rol de parece ser equivocado como indica GILBERTO HADDAD JABUR, pois mescla direitos autônomos como honra, imagem e intimidade.¹⁸⁶ Para DANIELA BRAGA PAIANO o rol “carece de rigor científico”, pois insere na intimidade aspectos de outros direitos como integridade física e psíquica, honra, reputação, nome e à própria imagem, e, além do que, “deixa de esclarecer que tipo de ingerência seria ilícita ou inaceitável”.¹⁸⁷

Levando em consideração regras hermenêuticas, como a que preleciona *não conter a lei palavras inúteis* e também de *que não cabe o intérprete distinguir onde a lei não o faz*, MÔNICA AGUIAR discorda, também, da sinonímia adotada pela doutrina, apontando como causa da vacilação o art. 9º do Código Civil francês que propaga o termo “intimidade da vida privada”. Invoca a opinião semelhante de ELIMAR SZANIAWSKI, que acompanha, por sua vez, lição de renomado autor francês RAYMOND LYNDON.

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI DE CARVALHO traz conceituação de AURELIA MARIA ROMERO COLOMA, para quem a intimidade é

o direito em virtude do qual excluimos à todas ou determinadas pessoas do conhecimento de nossos pensamentos, sentimentos, sensações e emoções. É o direito a viver em solidão aquela parte de nossa vida da qual não desejamos compartilhar com os demais, seja com a sociedade que nos rodeia, com todo o mundo que nos circunda, ou bem com uma parte deste mundo. [tradução nossa]¹⁸⁸

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, por sua vez salienta que vida privada “envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ JABUR, Gilberto Haddad. *Op. Cit.* p. 257.

¹⁸⁷ PAIANO, Daniela Braga. *Direito à intimidade e vida privada*. Disponível em: <<http://www.diritto.it/archivio/1/21084.pdf>>. Acesso em: 12 novembro 2010.

¹⁸⁸ CARVALHO, Luis G. D. C. de. *Op. Cit.*, p. 34.

inevitável (em termos de relação de alguém com alguém, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros”.¹⁸⁹

Tais conceituações reforçam a nossa opinião particular de haver um liame que separe ainda mais intimidade de vida privada. Ao que parece, embora derivem do instituto da privacidade, a intimidade parece ser mais restrita do que a vida privada para significar a esfera mais profunda do indivíduo consigo mesmo. É aquele espaço impenetrável do sujeito onde residem as suas fantasias, sonhos, segredos, desejos e ambições que talvez ele sequer possa partilhar com alguém, mas tão só consigo mesmo, através de um diário, por exemplo. O indivíduo, dentro de si mesmo, tem plena e total liberdade para pensar o que bem quiser, ainda que isso seja antijurídico, ilícito e culpável, pois não estará cometendo crime. Liberdade de pensamento e intimidade estariam totalmente conectadas.

Concorda com nossa diferenciação SIDNEY CÉSAR SILVA GUERRA para quem “a intimidade caracteriza-se por aquele espaço considerado pela pessoa como impenetrável, intransponível, indevassável e que, portanto, diz respeito única e exclusivamente à pessoa como, por exemplo, recordações pessoais, memórias, diários, etc.” intitulando de “o canto sagrado que cada pessoa possui”.¹⁹⁰ Já a vida privada, para este mesmo autor “consiste naquelas particularidades que dizem respeito, por exemplo, à família da pessoa, tais como relações de família, lembranças de família, problemas envolvendo parentes próximos, saúde física, mental etc.”.¹⁹¹

Após também admitir a existência de linha divisória entre vida privada e intimidade, MANOEL JORGE E SILVA NETO faz interessante reflexão, calcada no princípio da máxima efetividade, de que seria “absolutamente vedado aos pais ou responsáveis, ainda que a pretexto do exercício do pátrio poder, devassar correspondência, interceptar

¹⁸⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Interpretação e estudo da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990.

¹⁹⁰ GUERRA, Sidney César Silva. *Op. Cit.* p. 47.

¹⁹¹ *Ibidem. loc. cit.*

comunicação telefônica de filho ou criança sob sua guarda”,¹⁹² em função do art. 5º, XII da CF/88 e art. 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente.¹⁹³ Eis que, ainda que integrantes do círculo social da vida privada do indivíduo, os pais não estão autorizados a devassar a intimidade dos filhos.

MONICA AGUIAR, defendendo também diferenciação entre os dois institutos, entretanto, encampa a seguinte conceituação:

Pode o direito à **vida privada** ser apreendido como sendo a faculdade atribuída às pessoas físicas de excluir do conhecimento dos outros, além da família e amigos íntimos, sentimentos, emoções, pensamentos, orientação sexual, valores espirituais próprios que revelem sua personalidade psíquica. A **privacidade** é plasmada pelo conjunto de fatores, hereditários ou socialmente adquiridos, que formam a personalidade psíquica do homem e que ele permite seja dividido entre seus familiares e amigos íntimos.¹⁹⁴ [sem grifo no original]

Da leitura da conceituação *supra*, quando comparada com as demais, anteriormente mencionadas, se extrai a seguinte conclusão: não é pacífica a natureza dos termos vida privada, intimidade ou privacidade, defendendo os doutrinadores a diferenciação conceitual para os institutos, mas adotando significações diversas para os mesmos.

Para PEDRO FREDERICO CALDAS “a vida pública seria o reverso da vida privada”¹⁹⁵ e “a existência de um círculo mínimo de privacidade tem sido uma constante social de todos os tempos, como se fora uma necessidade natural da pessoa, transcendendo, no particular, o direito”.¹⁹⁶ Importante anotar que, para este autor a sua natureza jurídica consiste em ser um “direito subjetivo privado, exibindo características gerais do direito da personalidade

¹⁹² SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 1999. p. 44.

¹⁹³ O art. 17 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) rege que: “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”.

¹⁹⁴ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Op. Cit.* p. 36.

¹⁹⁵ CALDAS, Pedro Frederico. *Op. Cit.* p. 29.

¹⁹⁶ *Ibidem*. p. 149

como extrapatrimonialidade, indisponibilidade, intrasmissibilidade, vitaliciedade, imprescritibilidade, etc., estando a sua dogmática jurídica (...) em construção”.¹⁹⁷

Os *reality shows*, que expõem para o grande público a privacidade de pessoas confinadas em uma casa, parecem por em xeque tais características. A leitura da obra de ROXANA BORGES nos inclina à resposta negativa. Como explica a autora:

Os direitos à privacidade e à intimidade também podem ser objeto de negócios autorizativos. Por meio de atos dessa natureza é que se revela o interior da residência de pessoas famosas, ou, na forma mais ampla, é através desses negócios que as pessoas aceitam revelar 24 horas de sua vida privada e íntima para o público em geral, em redes nacionais de TV. São negócios que podem e costumam ter conteúdo remuneratório.¹⁹⁸

A respeito da vida privada e intimidade das **peças jurídicas**, há doutrina que reconhece uma certa “esfera de intimidade que vai além do resguardo a seus produtos, invenções ou processos de fabricação para abranger sua forma de organização, projetos, enfim, meios que dependem a consumação e êxito de sua atividade social”.¹⁹⁹ Defende esta teoria ELIMAR SZANIAWASKI, EDSON FERREIRA DA SILVA e CARLOS ALBERTO BITTAR, ao passo em que tende à negativa PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR.²⁰⁰

Entretanto, TATIANA MALTA VIEIRA pontua que, quanto às peças jurídicas de direito privado, é assegurado o direito à privacidade enquanto direito fundamental, mas que não se encaixaria na classificação como direito de personalidade, que decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana. Já as peças jurídicas de direito público seriam regidas pelo princípio da publicidade, resguardando-se um determinado sigilo de seus atos como forma de proteger a própria sociedade.²⁰¹

¹⁹⁷ *Ibidem. loc. cit.*

¹⁹⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op. Cit.* p. 247.

¹⁹⁹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Op. Cit.* p. 53.

²⁰⁰ CASTRO, Monica Neves Aguiar da Silva. *Op. Cit.* p. 49.

²⁰¹ VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 306.

Até mesmo a exteriorização da intimidade, através do segredo confessado, é garantida pela Constituição em seu art. 5º, XIV, que resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Dessa forma, tal garantia nenhum profissional é obrigado a prestar testemunho sobre fato, que o tenha sabido em razão do seu ofício (art. 406, II, do CPC). Segundo o professor GILBERTO HADDAD JABUR:

Segredo é sigilo. Segredar é ato praticado pelo confidente ao transmitir o conteúdo do segredo ao confidente. Pede-se que o quanto divulgado permaneça absolutamente oculto, o que o distingue, em princípio, da intimidade. O segredo denota a ideia de exclusividade de comunicação. Algo que é conhecido de um, ou, então, que não é conhecido de muitos. O sigilo pode até suscitar juramento para sua devida guarda. A ideia central indica que seu conteúdo é transmitido longe dos demais, em âmbito reservadíssimo.²⁰²

MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA reflete que o princípio de exclusividade, caracterizado como “o reconhecimento do direito a um modo exclusivo de ser no âmbito da vida privada”, é fundamental para a reconstrução do direito privado, pois é necessário tecer uma rede de proteção da dignidade humana e da intimidade, principalmente contra os perigos trazidos pelas novas realidades sociais e tecnológicas. A vida privada passa, então, a ser um princípio de autonomia do indivíduo na sociedade.²⁰³

Portanto, em conclusão, preferimos adotar o termo privacidade, já que parece englobar os conteúdos teóricos da vida privada e da intimidade, malgrado a doutrina identifique distinções conceituais em ambos os aspectos da personalidade humana. Para este trabalho, também não há importância prática na distinção, afinal, uma das hipóteses de trabalho é identificar o comportamento judicial na proteção dos direitos de personalidade enquanto direitos fundamentais como um todo, principalmente quando há probabilidade de violação pela imprensa.

²⁰² JABUR, Gilberto Haddad. *Op. Cit.*

²⁰³ SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. *O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado*. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 309-310.

No estado de São Paulo há notícia da Portaria nº 18/1998, da Delegacia Geral de Polícia e cujo art. 11 determina a preservação dos direitos à imagem, intimidade, nome, privacidade das pessoas submetidas à investigação policial. Prescreve a citada norma que:

Art. 11. As autoridades policiais e demais servidores zelarão pela preservação dos direitos à imagem, ao nome, à privacidade e à intimidade das pessoas submetidas à investigação policial, detidas em razão da prática de infração penal ou à sua disposição na condição de vítimas, em especial enquanto se encontrarem no recinto de repartições policiais, a fim de que a elas e a seus familiares não sejam causados prejuízos irreparáveis, decorrentes da exposição de imagem ou de divulgação liminar de circunstância objeto de apuração.

Parágrafo único. As pessoas referidas nesse artigo, após orientadas sobre seus direitos constitucionais, somente serão fotografadas, entrevistadas ou terão suas imagens por qualquer meio registradas, se expressamente o consentirem mediante manifestação explícita de vontade, por escrito ou por termo devidamente assinado, observando-se ainda as correlatas normas editadas pelos Juízos Corregedores da Polícia Judiciária das Comarcas.²⁰⁴

Embora exista uma ampla gama de proteção da privacidade em âmbito constitucional e infraconstitucional, além de normas administrativas como as acima citadas, são inúmeros os programas de rádio e televisão, além de matérias de jornais e revistas que expõe o cidadão investigado em situações de constrangimento, que se valem da liberdade de informação jornalística para disseminar esses fatos.

3.4. Honra

Para o Novo Dicionário de AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA, honra tem acepção de: “1. Consideração e homenagem à virtude, ao talento, à coragem, às boas ações ou às qualidades de alguém; 2. Sentimento de dignidade própria que leva o indivíduo a procurar

²⁰⁴ Portaria da Delegacia Geral de Polícia do Estado de São Paulo (DGP) nº 18 de 25 de novembro de 1998. Disponível em: <<http://www2.policiaivil.sp.gov.br/x2016/modules/smartsection/print.php?itemid=182>>. Acesso em: 24 fevereiro 2011.

merecer e manter a consideração geral; pundonor, brio; 3. Dignidade, probidade, retidão (...).²⁰⁵

Em conceito mais apegado à ciência jurídica, MÔNICA AGUIAR descreve que “a honra é bem jurídico imaterial representativo das qualidades morais que o homem detém e pelas quais é reconhecido”, além de ser “indispensável à saudável manifestação da personalidade” e imprescindível à sua higidez.²⁰⁶ Nos dizeres de SIDNEY CÉSAR SILVA GUERRA “honra é composta pelas qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, os respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação e a dignidade”.

É recorrente em todos os manuais e escritos sobre o tema a célebre divisão entre **honra subjetiva**, que seria o referencial que o sujeito tem de si próprio, e **honra objetiva**, que é o referencial que a sociedade tem deste sujeito. Exemplo: um traficante de drogas pode crer, para si mesmo, que sua índole é ilibada, que é uma pessoa de bem, digno, inocente, conquanto a sociedade veja-o como sujeito indecoroso, corrupto, maligno e culpado.

O multicitado PEDRO FREDERICO CALDAS, transcrevendo lição de Schopenhauer em sua obra *Aforismo para a Filosofia* descreve que “a honra é, objetivamente, a opinião dos outros acerca do nosso valor, e, subjetivamente, o nosso medo dessa opinião”. Prossegue diferenciando, apropriadamente, que “o sentimento de honra gosta da eloquência do reconhecimento público e da proclamação desse reconhecimento, enquanto a privacidade cultiva a frieza do distanciamento do conhecimento e da opinião alheia”.²⁰⁷

Entretanto, a honra prescinde de todo e qualquer rótulo social, econômico, político, ideológico, motivo pelo qual, ao nosso entender, a honra deve estar imbricada em outro direito fundamental: a dignidade da pessoa humana. Pois ainda que o sujeito tenha

²⁰⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

²⁰⁶ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Op. Cit.* p. 5.

²⁰⁷ CALDAS, Pedro Frederico. *Op. Cit.* p. 32.

dilapidado a sua honra, não pode jamais ser privado de sua dignidade humana, que será protegida pelo Estado, sempre.

Para utilizar expressão cara aos constitucionalistas, a violação de um desses direitos pode levar à violação reflexa de outro, causando um efeito em ricochete. Não raro ocorre de um fotógrafo, ao imiscuir-se na vida privada de alguém, invadindo o seu domicílio para captar imagem do indivíduo com uma amante, levar tal fato desabonador da honra objetiva do sujeito ao conhecimento público. Pode ocorrer também de haver violação a um direito sem invadir-se a esfera de outro. Segundo PEDRO FREDERICO CALDAS “quem adentra sob permissão, a casa de alguém, mas sub-repticiamente, examina extrato bancário, estará violando a intimidade sem violar a honra”.²⁰⁸

A honra é direito de tal forma protegido que a sua violação constitui uma série de crimes previstos em capítulo especial do Código Penal brasileiro denominado “Dos Crimes Contra a Honra”. Assim, dentre uma série de condutas tipificadas, destacam-se a calúnia (art. 138),²⁰⁹ difamação (art. 139)²¹⁰ e injúria (art. 140)²¹¹.

A não recepcionada Lei de Imprensa, em caráter especial, criminalizava as condutas atentatórias à honra quando profanadas pelos meios de comunicação (arts. 20 a 22), agravando suas penas, o que foi rechaçado firmemente pela ADPF nº 130, conforme voto do ministro relator, cujo trecho abaixo se transcreve:

Já no que diz respeito à esfera penal, o esquadro jurídico-positivo também não pode ser de maior severidade contra jornalistas. Vale dizer, a lei não pode distinguir entre pessoas comuns e jornalistas para desfavorecer penalmente estes últimos, senão caminhando a contrapasso de uma Constituição que se caracteriza, justamente, pelo

²⁰⁸ Ibidem. p. 33

²⁰⁹ Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:
Pena - detenção, de seis (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

²¹⁰ Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:
Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

²¹¹ Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

desembaraço e até mesmo pela plenificação da liberdade de agir e de fazer dos atores de imprensa e dos órgãos de comunicação social. Logo, é repelente de qualquer ideia de tipificação criminosa em apartado a conduta de quem foi mais generosamente aquinhado pela Constituição com a primazia das liberdades de manifestação do pensamento e de expressão em sentido genérico.²¹²

Importante sintetizar as observações de MÔNICA AGUIAR, para quem as pessoas jurídicas parecem ser titulares do direito à honra. Impende frisar que esta titularidade observa-se quanto ao direito na sua faceta objetiva, já que na subjetiva não há como admitir tal hipótese, tendo em vista a impossibilidade de tais entes exprimirem sentimentos humanos (dor, angústia, vergonha, fracasso). Em sentido diverso, porém adequada à sua realidade jurídica, entendeu a doutrina espanhola, que a pessoa jurídica não é titular sequer de honra objetiva, mas tão só da imagem-atributo. Já a jurisprudência brasileira parece hesitar em alguns momentos para admitir ou inadmitir o direito à honra das pessoas jurídicas.²¹³

Malgrado grande discussão doutrinária, a honra dos mortos, embora não titularizada pelo *de cuius* é protegida pela lei, que outorga aos seus familiares o poder na proteção deste direito da personalidade (art. 12, parágrafo único do Código Civil), por meio da legitimação extraordinária e do direito de ação. Sob fundamentos similares, parece-nos ser, ainda, resguardado o direito à honra do nascituro e porque não, também, da prole ainda não concebida.

O direito à honra tem sido dos direitos de personalidade mais invocados pelas pessoas públicas como violados, na medida em que os meios de comunicação, no uso da sua liberdade de informação jornalística, tecem opiniões desfavoráveis sobre aqueles. Em função da tutela da honra ser resguardada também pelo Código Penal, são inúmeros os processos criminais movidos pelos agentes públicos em face dos meios de comunicação.

²¹² STF. ADPF 130. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208, Divulgado em 05 novembro 2009. Publicado em 06 novembro 2009, p. 64

²¹³ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Op. Cit.* p. 10

É também na defesa da honra, direito de personalidade altamente subjetivo e de conteúdo mais maleável, que diversos processos de indenização por dano moral têm sido movidos em face dos meios de comunicação.

Em importante julgado do ano de 2010, envolvendo famoso político baiano e empresa de grande porte do estado, o Tribunal de Justiça da Bahia assim se posicionou na questão do conflito entre direito à honra e da liberdade informação jornalística:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. HONRA OBJETIVA. OFENSA VEICULADA PELA IMPRENSA. EXTRAPOLAÇÃO DO DIREITO DE INFORMAR. EMISSÃO DE JUÍZO DE VALOR PEJORATIVO DIVORCIADO DA VERDADE DOS FATOS. ANIMOSIDADE PATENTE EXTERIORIZADA INDEVIDAMENTE PELO MEIO DE COMUNICAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Cuida-se de Apelação contra sentença que julgou improcedente a ação de indenização por danos morais em face da Empresa Bahiana de Jornalismo S/A, ao fundamento de inexistência de conduta reprovável passível de ser ressarcida monetariamente. A Constituição garante a todos a liberdade de informação e a livre manifestação do pensamento. Assim, a imprensa tem o direito de se manifestar de forma livre e sem limitações jurídicas, desde que vise a notícia verídica e preserve o contraditório, não lhe sendo dado atingir despropositadamente a honra e dignidade da pessoa. No caso dos autos, foi imputado ao apelante conduta penalmente reprovável sem a comprovação da existência de envolvimento no esquema de corrupção que assolava o cenário político do país. Sendo assim, a apelada extrapolou os limites da liberdade de informação e expressão, ofendendo a honra subjetiva e objetiva do apelante, devendo, portanto, reparar o dano moral suportado pela vítima. Sentença Reformada. Apelação Provida.²¹⁴

Do julgado acima, verificou-se que o conceito de honra comporta interpretação bastante ampla, sendo necessário um maior ônus argumentativo na fundamentação da decisão judicial, de modo a possibilitar um maior controle social das decisões judiciais. *In casu*, o Tribunal entendeu que a imputação de conduta penalmente reprovável, **sem a devida comprovação do fato**, se caracterizou como violação à honra da pessoa e conseqüente extrapolação da liberdade de informação jornalística.

²¹⁴ TJBA. 2ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 0135908-41.2005.805.0001-0. Rel. Des. Maria do Socorro Barreto Santiago Filho. Julgado em 03 novembro 2010. Publicado em 17 novembro 2010.

3.5. Imagem

Para PONTES DE MIRANDA, que chegou a não admitir a autonomia deste direito, inserindo-o no contexto do direito à honra,²¹⁵ “direito à imagem é direito de personalidade quando tem como conteúdo a reprodução das formas, ou da voz, ou dos gestos, *identificativamente*”.²¹⁶ Entretanto, como bem anota SANTOS CIFUENTES, citado por CLÁUDIO GODOY: “o direito à imagem deve proteger-se em si mesmo e com independência de que sua utilização lesione algum outro bem jurídico como a honra, a intimidade ou o trabalho” [tradução nossa].²¹⁷

Não é sem razão que, além da proteção geral aos direitos da personalidade contida no inciso X, goza o direito à imagem também de tutela constitucional autônoma através das normas dos incisos V e XXVIII, alínea “a”, do art. 5º da Constituição Federal. Também o resguarda o Código Civil em seu art. 20:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, **a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa** poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. [sem grifo no original]

O Enunciado nº 279 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, ao comentar o referido artigo do Código Civil, obtempera que

A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de

²¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *apud* GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Op. Cit.* p. 45.

²¹⁶ *Idem.* *Ibidem.*

²¹⁷ CIFUENTES, Santos. *apud* GODOY, Claudio L. B. *Op. Cit.* p. 46.

sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.²¹⁸

CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO transcreve decisão do STJ no REsp nº 46.420/SP que demonstra que a imagem é tratada no direito brasileiro como um direito autônomo e que permite ao seu titular ampla disponibilidade e proteção. Vejamos:

Deixando de lado ‘as teorias que procuram de algum modo vincular o direito à imagem a algum outro direito de natureza personalíssimo, como à intimidade, à honra, à privacidade, etc., a doutrina brasileira e a jurisprudência que lentamente se afirma nos tribunais é no sentido de atribuir-lhe caráter de um direito autônomo, incidente sobre um objeto específico, cuja disponibilidade é inteira do seu titular e cuja violação se concretiza com o simples uso não consentido ou autorizado, com as exceções referidas pelos doutrinadores, como a da figura que aparece numa fotografia coletiva, a reprodução da imagem de personalidades notórias, a que é feita para atender a um interesse público, com o fito de informar, ensinar, desenvolver a ciência, manter a ordem pública ou necessária à administração da justiça.²¹⁹

Seguindo a conceituação do instituto, ensina MÔNICA AGUIAR que “a imagem, aqui, deve ser entendida não somente como a representação de uma pessoa, mas também, como a forma pela qual ela é vista pela coletividade”. Assim, dentro do conceito de imagem para a professora baiana compreende-se “não apenas o semblante do indivíduo, mas partes distintas do seu corpo, sua própria voz, enfim, quaisquer sinais pessoais de natureza física pelos quais possa ser ela reconhecida”.²²⁰

É nesse desiderato que a doutrina inovadora de LUIS ALBERTO DAVID ARAÚJO, distinguindo a imagem em dois aspectos (**imagem-retrato** e **imagem-atributo**) ganhou relevo no meio acadêmico, sendo acolhida e reverenciada por nomes como MÔNICA AGUIAR, CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, SIDNEY CÉSAR SILVA GUERRA, dentre outros. Discorda desta divisão, no

²¹⁸ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados das Jornadas de Direito Civil*. Disponível em <www.cjf.jus.br/revista/enunciados/enunciados.htm>. Acesso em 01 março 2011.

²¹⁹ DIREITO. Carlos Alberto Menezes. *Op. Cit.*

²²⁰ CASTRO, Mônica. *Op. Cit.* p. 17.

entanto, CARLOS ALBERTO BITTAR, para quem o direito a imagem “incide sobre a conformação física da pessoa”,²²¹ apenas.

Segundo esta teoria, nas palavras de seu próprio criador, a imagem-retrato decorreria “da expressão física do indivíduo”, enquanto a imagem-atributo se exteriorizaria “como o conjunto de características apresentados socialmente por determinado indivíduo”.²²² Já para ANTONIO CHAVES que conceitua imagem como “a representação pela pintura, escultura, fotografia, filme, etc., de um objeto qualquer, a pessoa humana”,²²³ tal distinção não parece fazer sentido.

Em resumo apertado, enquanto a imagem-retrato compreenderia “a proteção ao aspecto visual da pessoa em sua projeção exterior como seus gestos, sua voz, atitudes, traços fisionômicos”, a imagem-atributo “seria o conjunto de características pelas quais o indivíduo é reconhecido, ou seja, através das quais sua personalidade é apreendida pela coletividade, no sentido de conceito social de que desfruta”.²²⁴

Embora aparentemente se possa confundir imagem e honra - em especial honra objetiva e imagem-atributo - pois fruto de ideias semelhantes, tais institutos guardam diferenças conceituais importantes. É possível violar-se a imagem, resguardando a honra, bem como o inverso parece também ser plausível. Imagine-se na primeira hipótese, alguém utilizar-se da bela voz de alguém para fins comerciais, sem autorização. Igualmente, é possível desabonar a conduta de um jogador de futebol que nega alimentos ao seu filho, porém, sem macular a sua imagem como profissional.

Importante frisar posição de JACQUELINE SARMENTO DIAS que, além de negar a divisão do direito à imagem na classificação proposta por LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO, assinala também para a disponibilidade de tal direito, inclinando-se em posição reversa à doutrina

²²¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 20.

²²² ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Op. Cit.*, p. 56.

²²³ CHAVES, Alvaro Antonio. *apud* CASTRO, Monica Neves Aguiar da Silva. *Op. Cit.* p. 18.

²²⁴ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Op. Cit.* p. 18.

majoritária. Destaca a advogada que: “Apesar de algumas posições contrárias, acreditamos ser o direito à imagem um direito disponível. Se assim não fosse, qual seria a necessidade do consentimento para a sua divulgação?”²²⁵

Tratando da pessoa jurídica, maior doutrina sustenta que estas não possuem imagem-retrato. Este direito da personalidade somente poderia ser atribuído às pessoas físicas, segundo MÔNICA AGUIAR, amparada pelos ensinamentos de ANA AZURMENDI ADARRAGA.²²⁶

De outra maneira, quando tratamos da imagem-atributo é inegável reconhecer-se tal direito às pessoas jurídicas. ALEXANDRE FERREIRA DE ASSUMPÇÃO ALVES, em lição transcrita por MÔNICA AGUIAR, escreve, ainda que genericamente tratando do direito à imagem de uma maneira geral:

No mundo empresarial a imagem é um dos fatores essenciais para o sucesso da empresa. A organização proficiente pelo empresário dos diversos elementos reais e pessoas com os quais ele explora uma atividade econômica com finalidade especulativa é tarefa assaz árdua, muitas vezes só atingida após longos anos de esforços e investimentos. Forma-se um conceito, uma imagem, abstrata e não visual, da entidade diante do mundo dos negócios e do próprio consumidor (...).²²⁷

Cabe ressaltar que o direito à imagem também parece repercutir seus efeitos mesmo depois da morte do seu titular, operando efeito similar ao aludido em tópico anterior quando tratamos do direito à honra. Como adverte CARLOS ALBERTO BITTAR, parece haver uma “verdadeira quebra do princípio geral do *mors omnia solvit*”.²²⁸

Em lição sintetizadora do Ministro CARLOS ALBERTO DIREITO, depreende-se que:

O direito à imagem, que integra o elenco dos direitos à integridade moral, pode ser apresentado, na minha compreensão, de muitas formas, sendo certo que a sua violação repercute no sentimento da vítima, na sua dor pessoal, na intimidade da sua consciência. Há, assim, sempre

²²⁵ DIAS, Jacqueline Sarmiento. *Op. Cit.* p. 79.

²²⁶ AZURMENDI ADARRAGA, Ana. *apud* CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Op. Cit.* p. 24.

²²⁷ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *apud* CASTRO, Mônica. *Op. Cit.* p. 24-25.

²²⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 47.

uma violência causadora de um dano moral. Todavia, isto não quer dizer que a violação do direito à imagem não possa ter uma repercussão patrimonial, cumulando-se, portanto, a reparação do dano. Na verdade, a imagem é constituída pelos atributos que nascem com a pessoa ou são por ela conquistados na sua existência social. Tanto estão vinculados as suas características pessoais quanto são adquiridos ao longo da vida. E tais atributos em seu conjunto são protegidos pelo direito. E, o ataque pode decorrer, pura e simplesmente, pelo uso não autorizado da imagem. Aqui a tutela está voltada para a própria figura do titular. Essa figura é que constitui, nesse cenário, o direito à imagem.²²⁹

Por fim, cumpre assinalar que em estudo transcrito por SIDNEY CÉSAR SILVA GUERRA, conclui-se que “a proteção judicial do direito à imagem consistirá na prevenção cautelar, e/ou abstenção de acréscimos, cortes, modificações ou supressões na imagem física do retratado (...) casos em que cabe também a reparação *in natura* ou do dano moral”.²³⁰ Em outras palavras, o estudo supracitado parece admitir a tutela inibitória para a proteção específica do direito à imagem.

Embora não se trate de tutela preventiva, mas sim ressarcitória, o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça da Bahia assim se manifestou acerca da proteção do direito à imagem de pessoa pública em detrimento da liberdade de informação jornalística:

[...] A notícia veiculada revela-se abusiva e denigre imagem da pessoa, notadamente se ela é ocupante de cargo publico. [...] Em outras palavras, se parte, no exercício de seu direito de informar criticar, fugiu, ultrapassou sua orbita, desbordando os limites de seu direito, ao usar de expressões degradantes desrespeitosas, atingindo campo do direito alheio, mediante um confronto perfeitamente evitável, tal exercício deixa de ser regular ou legítimo, não havendo como reconhecer qualquer excludente de ilicitude.²³¹

Outro caso de tutela ressarcitória, que vale ser mencionado é o processo julgado pela 6ª Vara Cível da Barra da Tijuca, estado do Rio de Janeiro (processo nº 0026049-53.2008.8.19.0209), no qual a apresentadora Maria das Graças Xuxa Meneghel teve

²²⁹ DIREITO. Carlos Alberto Menezes. *Op. Cit.*

²³⁰ GUERRA, Sidney César Silva. *Op. Cit.*, p. 80.

²³¹ TJBA. 2ª Câmara Cível. Apelação nº 45925-7/2006. Rel. Des. Vera Lúcia Freita de Carvalho. Julgado em 10 junho 2009. Publicado em 15 junho 2009.

reconhecida a violação da sua imagem e honra pela Editora Gráfica Universal Ltda. por ter sido chamada de "satanista" em reportagem publicada na 'Folha Universal', jornal da Igreja Universal do Reino de Deus. O texto dizia, ainda, que a artista teria vendido a alma para o demônio por cem milhões de dólares.

Na sentença da ação indenizatória por danos morais, a juíza considerou que a reportagem não tinha informação, mas especulação, "sem que tenha sido dada à autora a oportunidade de ser ouvida sobre o seu teor". Considerou que "a imagem da autora é truncada, montada, e exibida para 3 milhões de leitores - no mínimo - como sendo pessoa vinculada ao diabo, pessoa do mal, que vendeu a alma por dinheiro". A magistrada consignou ainda "o direito da autora em preservar sua imagem, [...] um direito subjetivo público, direito da personalidade, com sede constitucional e infraconstitucional. O mesmo se diga de sua honra, maculada pelas desonestas afirmações feitas pela reportagem". Acrescentou, por fim, que "houve, sem a mínima chance de erro de avaliação, o uso não autorizado da imagem da autora, com a intenção claríssima de denegri-la, o que o direito não autoriza e repele".²³²

Por fim, a sentença, da qual ainda é cabível recurso, condenou o jornal a uma indenização de R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), e a também publicar mensagem dizendo que Xuxa 'tem profunda fé em Deus'. Interessante anotar que, para a ponderação do *quantum* indenizatório, a magistrada considerou como fator agravante "a tiragem do jornal (três milhões de exemplares), que envolve pessoas de todas as idades, inclusive dos fãs da autora".²³³

²³² TJRJ. 6ª Vara Cível Regional da Barra da Tijuca. Autor: Maria das Graças Xuxa Meneghel. Réu: Editora Gráfica Universal Ltda. Processo nº 0026049-53.2008.8.19.0209. Juíza Flávia de Almeida Viveiros de Castro. Sentença Procedente. Publicada em 13 janeiro 2011.

²³³ *Idem*.

Note-se que a ADPF nº 130 considera que o fato da publicação ser realizada por órgão de imprensa não deve configurar como agravante da indenização por danos morais. Confira-se o seguinte trecho da ementa:

5. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. [...] A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão *lato sensu* para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania.²³⁴

Não pretendemos refletir se a indenização conferida pela sentença no caso supracitado atende aos requisitos de proporcionalidade a que a ADPF nº 130 se refere. É possível que o *quantum* indenizatório seja até módico em virtude da violação perpetrada. No entanto, interessa anotar que a sentença analisada considerou como agravante a repercussão da notícia para três milhões de leitores. A fundamentação sentencial, portanto, não faz referência a ADPF, o que parece indicar uma real dificuldade dos juízes em desconsiderar a potencialidade de repercussão da ferramenta midiática como fator de mensuração da extensão do dano causado.

²³⁴ STF. ADPF 130. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208, Divulgado em 05 novembro 2009. Publicado em 06 novembro 2009.

4 A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A colisão entre liberdade de informação jornalística e bens de personalidade como intimidade, vida privada e intimidade é fenômeno que tem merecido diversas soluções a depender da cultura jurídica de determinado local. Já se mencionou que nos Estados Unidos da América há uma forte tradição em priorizar o valor da liberdade de imprensa em detrimento dos direitos de personalidade. Entretanto, no Brasil se adotou majoritariamente a posição germânica da ponderação de interesses como critério de solução para a colisão.

Portanto, na tradição jurisprudencial e doutrinária brasileira sempre se admitiu a unidade constitucional, de modo a não admitir qualquer hierarquia entre as normas e princípios inseridos na Carta Magna. Portanto, entende-se que não há hierarquia, tampouco ordem cronológica de positivação entre as normas que protegem os direitos da personalidade e a liberdade de informação jornalística. Assim, eventuais casos de colisão entre as referidas normas deveriam ser resolvidos por técnicas de ponderação, *balancing* e proporcionalidade.²³⁵

Segundo CANOTILHO “considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais, quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”. Segundo o autor não “se está diante de um cruzamento ou acumulação de direitos, mas perante um choque, um autêntico conflito de direitos”.²³⁶

²³⁵ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Op. Cit.*

²³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.*, p. 95.

Assim, um direito fundamental poderá preponderar sobre outro apenas no caso concreto. Não se pode pretender estabelecer uma cláusula geral de aplicação de um direito fundamental sobre os demais, só podendo existir esse desequilíbrio quando conflitantes em situações reais, sob pena de rotularem-se determinados direitos como absolutos.

Segundo DIRLEY DA CUNHA JUNIOR, os direitos fundamentais têm como uma de suas características a limitabilidade, o que é contrário ao recorrente entendimento de serem os mesmos absolutos. Para aquele autor, os direitos fundamentais “são, em essência, direitos relativos e, conseqüentemente, limitáveis”. Segundo ensina

essa limitação dos direitos fundamentais é recíproca, de modo que um direito pode, *in concreto*, limitar o exercício do outro, sendo necessário, portanto, haver uma relação de conciliação ou de ponderação ou concordância prática entre os direitos fundamentais concretamente em conflito, balanceando-se, através de um juízo de proporcionalidade, os valores em disputa, num esforço de harmonização, de modo que não acarrete o sacrifício definitivo de alguns deles. Isso significa que a restrição de um direito fundamental só é possível *in concreto*, atendendo-se a regra da máxima observância e mínima restrição dos direitos fundamentais não podem ocorrer em nível abstrato, mas unicamente em nível concreto. [...] Assim, as chamadas limitações imanentes dos direitos fundamentais existem para realizar a concordância entre eles próprios ou entre eles e outros bens constitucionalmente protegidos.²³⁷

Em julgados do STF, anteriores ao enfrentamento da ADPF nº 130, pontuava-se que:

6. Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa. 7. Ordem denegada.” (HC 93250/MS, 2ª Turma, Rel. Mina. Ellen Gracie, j. 10/06/2008)

²³⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 604.

Entendimento similar era apresentado no seguinte julgado do Pretório Excelso:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (MS 23452/, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/1999)

O Ministro GILMAR MENDES reconhece a existência de “uma inevitável tensão na relação entre a liberdade de expressão e de comunicação, de um lado, e os direitos da personalidade constitucionalmente protegidos, de *outro, que pode gerar uma situação conflituosa, a chamada colisão de direitos fundamentais (Grundrechtskollision)*”. Menciona, ainda, o recente caso Von Hannover *versus* Alemanha, julgado pela Corte Européia de Direitos Humanos em Estrasburgo, em junho de 2004, no qual foi reconhecido “o direito da princesa Caroline de Mônaco de ver respeitado seu direito à privacidade, [...] com respeito a uma série de fotografias publicadas por paparazi, na Alemanha, que revelavam detalhes de sua vida pessoal e familiar, que em nada interessavam a opinião pública”.²³⁸ Vale lembrar que, inicialmente, o Tribunal Constitucional Alemão havia indeferido a pretensão da princesa.

LUIS MARTIUS HOLANDA BEZERRA JUNIOR também reconhece a convivência conflituosa entre liberdade de imprensa e direitos de personalidade, “principalmente quando se manifesta pela veiculação de informações que possam tangenciar a honra, a privacidade e a imagem

²³⁸ MENDES, Gilmar. apud VIEIRA, Tatiana Malta. *Op. Cit.*, p. 15.

do titular dos direitos supostamente vergastados”, não excluindo a intervenção judicial capaz de harmonizar a coexistência dos valores constitucionalmente protegidos, indicando a ponderação no caso concreto como “modo a evitar que a proteção legada a um deles possa ser entendida como anulação do outro direito em apreciação”.²³⁹

Por outro lado, deve-se mencionar a existência da doutrina que defende uma posição preferencial da liberdade de imprensa e liberdade de expressão em face dos demais direitos, desenvolvida inicialmente nos Estados Unidos em uma interpretação da primeira emenda da Constituição daquele país, que garante aquelas liberdades sem qualquer tipo de interferência governamental.

Em geral, se menciona que a referida doutrina tem origem na nota de rodapé nº 04 do voto do Juiz Stone por ocasião do julgamento *United States versus Carolene Products Co.* (1938). Ocorre que a citada nota de rodapé não faz nenhuma referência aos termos liberdade de expressão e imprensa e tampouco lhes atribui posição preferencial. Como anota STONECIPHER, a doutrina do “preferred position” aparece em diversos julgados da Suprema Corte americana nos anos de 1940 e 1950, havendo de se mencionar, em especial, o caso *Murdock versus Commonwealth Of Pennsylvania* (1943). Tratava-se de um caso no qual o Estado da Pensilvânia tentava exigir uma licença e cobrar impostos a um religioso que vendia livros e panfletos de sua fé de porta em porta. A Suprema corte, então, decide pela inconstitucionalidade de tal exigência estatal, enaltecendo, ainda, que “a liberdade de imprensa, a liberdade de expressão e a liberdade religiosa estão em uma posição preferencial”.²⁴⁰

²³⁹ BEZERRA JUNIOR, Luis Martius Holanda. *Considerações sobre os direitos da personalidade e a liberdade de informar*. Revista Doutrina Jurisprudência do TJDF, Brasília, n. 87, p. 13-32, maio/ago. 2008.

²⁴⁰ STONECIPHER, Harry W. *First Amendment Speech and Press Theory: Preferred Position Postulate Reexamined*. Artigo apresentado no 63º Encontro Anual da Associação para Educação em Jornalismo. Boston, MA, 10 a 13 de Agosto, 1980. Disponível em: <<http://www.eric.ed.gov/PDFS/ED202009.pdf>>. Acesso em 31 janeiro 2011.

Entretanto, STONECIPHER demonstra que a doutrina da posição preferencial enfrentou severas críticas do membro da Suprema Corte americana Frankfurter, que a qualificava de “frase maliciosa” que levava a uma “jurisprudência mecânica” e que se utilizava de uma “simplificação de fórmulas” para a resolução dos conflitos, preferindo aquele magistrado a utilização da técnica da ponderação de interesses em detrimento da simples atribuição de posições preferenciais aos direitos de liberdade. Por fim, STONECIPHER adverte que “conquanto a responsabilidade da imprensa não conste na primeira emenda [da Constituição dos EUA], o êxito da doutrina da posição preferencial deve caminhar de mãos dadas com um desempenho da imprensa que mereça essa posição e com uma vigilância editorial suficiente para manter um mercado saudável e livre de idéias sem o qual processo democrático vai tropeçar” (tradução livre).²⁴¹

No Brasil, o STF já se inclinara anteriormente a admitir a doutrina da posição preferencial de certos direitos fundamentais, entretanto ponderava que

o direito de crítica em nenhuma circunstância é ilimitável, porém adquire um caráter preferencial, desde que a crítica veiculada se refira a assunto de interesse geral, ou que tenha relevância pública, e guarde pertinência com o objeto da notícia, pois tais aspectos é que fazem a importância da crítica na formação da opinião pública.²⁴²

Após o julgamento da ADPF nº 130, em 2009, foi ratificado o entendimento de que a liberdade de informação jornalística é um sobredireito, gozando, portanto, de uma precedência em detrimento do bloco dos direitos de personalidade como vida privada, honra, intimidade e imagem, por exemplo.

Para SIMONE SCHREIBER “alguns *standards* geralmente manejados quando a colisão se dá com os direitos à honra, intimidade e privacidade, não podem ser utilizados de forma

²⁴¹ STONECIPHER, Harry W. *Op. Cit.* Confira-se o texto original: “and while press responsibility is not mandated by the first amendment, the successful espousal of a preferred position must go hand in hand with a press performance which merits such a position and with and editorial vigilance sufficient to maintain a healthy and free marketplace of ideas without the democratic process will flounder”.

²⁴² STF. Pet. 3486/DF, Min. Rel. Celso de Mello. DJ de 22 agosto 2005.

automática para a composição de conflito com outros direitos”.²⁴³ Para a autora, a posição preferencial da liberdade de expressão não pode ser sempre aplicável na colisão de direitos, pois há peculiaridades em cada caso analisado e no direito invocado. Considera, ainda, a inexistência de hierarquia jurídica entre direitos fundamentais, embora pontue a existência de certa hierarquia axiológica, que influencie a decisão. Entretanto, conclui que “não há como afirmar que a liberdade de expressão gozará de maior hierarquia, seja qual for o direito contraposto”.²⁴⁴

Tal entendimento havia sido corroborado no Enunciado de nº 274 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, propugnou que “os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.

4.1. Aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais em debate

O Professor MANOEL JORGE E SILVA NETO, diferencia os termos aplicabilidade, eficácia, validade e vigência. Desta forma, adotando as lições de HANS Kelsen, descreve que eficácia “é a possibilidade de a norma jurídica, a um só tempo, ser aplicada e não obedecida, obedecida e não aplicada”,²⁴⁵ para em seguida preceituar que ela “está atrelada a disciplina da conduta possível, excluindo-se nesse passo, a conduta necessária e a conduta impossível”, concluindo que “eficácia é a possibilidade de a norma produzir, efetiva

²⁴³ SCHREIBER, Simone. *Op. Cit.*

²⁴⁴ *Ibidem.*

²⁴⁵ Kelsen, Hans. *apud* SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: LTr, 2001. p. 77-78.

(eficácia social) ou potencialmente (eficácia jurídica, os efeitos peculiares atribuídos à lei”.²⁴⁶

Acompanhando a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA de que “norma aplicável é o mesmo que norma juridicamente eficaz”,²⁴⁷ leciona MANOEL JORGE E SILVA NETO que uma norma para ser válida atenderia aos requisitos objetivos (processo legislativo) e subjetivos (autoridade competente) para sua produção, enquanto a vigência seria “a qualidade da norma que se encontra apta ao desencadeamento de efeitos no que tange ao espaço e no que toca ao tempo delimitados pela própria ordenação”.²⁴⁸

Antes disso, não poderíamos nos olvidar de traçar algumas linhas acerca da classificação acerca da eficácia das normas para a doutrina. Se por um lado JOSÉ AFONSO DA SILVA divide as normas constitucionais, quanto a sua eficácia em: plenas, contidas e limitadas, por outro existe classificação mais minuciosa de MARIA HELENA DINIZ, para quem existem quatro tipos de normas, a saber: a) normas com eficácia jurídica absoluta ou supereficazes; b) normas com eficácia plena; c) normas com eficácia relativa restringível; e d) normas com eficácia relativa complementável ou dependentes de complementação.²⁴⁹

Diante de indispensáveis lições iniciais, devemos nos atentar para os dois complexos normativo-constitucionais em debate no presente trabalho monográfico: a liberdade informação jornalística e os direitos da personalidade, tentando analisar a eficácia ou aplicabilidade dos mesmos.

Como explicita ALEXANDRE DE MORAES “em regra, as normas que consubstanciam direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata”.²⁵⁰

Entretanto, adotando posição da qual discordamos, FERREIRA FILHO lembra que, embora

²⁴⁶ *Ibidem. loc. cit.*

²⁴⁷ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 77-78.

²⁴⁸ *Ibidem.* p. 79.

²⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. V. 1. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80.

²⁵⁰ MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.* p. 60.

conste na Constituição Federal tal comando (art. 5º, §1º), tais normas só podem ser aplicadas se forem completas. Portanto, as normas auto-executáveis, seriam suscetíveis de aplicação imediata, porque seriam completas e independentes de regulamentação por lei posterior, vinculando-se à essa característica a sua plena eficácia.²⁵¹ Nesse sentido, também é a opinião de ALEXANDRE DE MORAES, para quem “essa declaração pura e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente (exemplo: mandado de injunção e iniciativa popular)”.²⁵²

Em conclusão, defendemos a tese de que todas as normas que propugnam direitos fundamentais estão dotadas de eficácia plena, na classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA. Dessa maneira, as normas que garantem a liberdade informação jornalística, intimidade, vida privada, honra e imagem são *supereficazes* ou de eficácia absoluta, levando em consideração a divisão de MARIA HELENA DINIZ, pois ostentam natureza de cláusulas pétreas, não podendo ser retiradas da Constituição, sendo intocáveis, portanto.

4.2. Métodos de interpretação da constituição

Interpretar é um ato individual, inerente ao ser humano, que na atividade observante do mundo ao seu redor valora os fatos, de acordo com critérios culturais. Interpretar é reflexo do ato de pensar do indivíduo, que pondera o certo e o errado. A interpretação das normas não deixa de ser um ato individual, porém, está presa a uma série de requisitos e métodos que limitam o intérprete do direito a extrair determinados valores ao seu talante.

Na doutrina liberal clássica a atuação do juiz como intérprete da norma era temida, uma vez que se dizia estar essa atividade restrita a reproduzir unicamente a vontade do

²⁵¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. Cit.* p. 100.

²⁵² MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.* p. 60.

legislador. Entretanto, modernamente tem-se entendido que o papel do Poder Judiciário deve ser mais ativo. O STF tem mudado a sua postura paulatinamente. Se antes adotava uma linha procedimental, de autocontenção ou *self restraint*, em casos polêmicos e de forte teor político, passou a adotar uma postura de ativismo judicial, atuando como verdadeiro concretizador das funções políticas do Estado.²⁵³

Embora a Constituição seja dotada de um maior alcance e valor normativo ante o ordenamento jurídico, alguns métodos clássicos ou tradicionais de interpretação da lei são ainda largamente utilizados, como o gramatical, o exegético e o lógico-sistemático.

A técnica de interpretação **literal** ou **gramatical** ou ainda chamada de filológica, muito utilizada pelos glosadores, é criticada atualmente pelos cientistas do direito, pois, por si só, não é suficiente para a completa interpretação das normas constitucionais. Anote-se que todo processo interpretativo, se utilizado como única ferramenta hermenêutica é sujeito ao equívoco. Assim, podemos entender o método gramatical ou literal como aquele voltado ao estudo das expressões lingüísticas da norma constitucional, buscando as suas raízes etimológicas e significação sintática para uma melhor compreensão daquela.

Seguimos agora à explanação da técnica **exegética** ou **histórica**. A este método importa a *voluntas legislatoris* ou *mens legis*, que deve ser buscada na história, ou seja, no contexto político e social do processo legislativo. É necessário debruçar-se sobre o projeto de lei, pareceres técnicos, intervenções dos parlamentares, exposição de motivos e tantos outros documentos que auxiliem na tarefa de detectar a finalidade e o alcance da norma.

²⁵³ Nesse sentido, denomina-se doutrina da *self-restraint* ou autocontenção judicial aquela que representava o receio de alguns segmentos da sociedade com o papel ativo do Poder Judiciário, que encarava essa postura como uma verdadeira afronta à vontade geral. De qualquer forma não obstante, a própria história do *judicial review* demonstra que a doutrina do *judicial self-restraint* não se solidificou, posto a história demonstru uma verdadeira expansão dos poderes do Judiciário, inclusive em matérias de políticas públicas e sociais. (Cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional. Entre Constitucionalismo e Democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 86)

Existe ainda o processo interpretativo denominado de **lógico-sistemático**, que admitindo a Constituição Federal como um sistema integrado e lógico, propõe que a interpretação das normas seja feita de maneira interrelacionada. Desta maneira, o próprio constituinte ao redigir a Carta, remete o intérprete à outras normas, que devem guiá-lo em seu mister, como é o caso do art. 220, §1º: “*Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV*” [sem grifo no original].

Entretanto, dadas as vicissitudes do plexo normativo constitucional, outros métodos e processos hermenêuticos são utilizados na tarefa interpretativa do julgador. Diante desta realidade, há um grande número de cânones de interpretação das normas constitucionais, que demonstram ser a chave-mestra para desvendar os grandes segredos da hermenêutica constitucional. Tais cânones não estão baseados em normas constitucionais, sendo verdadeiros postulados hermenêuticos, à exceção do chamado princípio da interpretação conforme a Constituição, contido no art. 28 da Lei 9.869/99.

Segundo EROS ROBERTO GRAU a Constituição não deve ser interpretada em tiras ou filetes, mas sim de modo harmônico, a fim de se obter a desejável unidade sistemática da constituição.²⁵⁴ Assim, o princípio da unidade tenta resguardar a Constituição de ilações contraditórias “direcionando a postura científica do intérprete para a investigação do programa normativo abstraindo-se quanto a antinomias”.²⁵⁵

O princípio da concordância prática ou da cedência recíproca é importante, pois embora se dê em decorrência do princípio da unidade, guarda uma particularidade. Ele determina que as normas sejam interpretadas a fim de que uma não seja excessivamente protegida em detrimento de outra. Esse princípio instrui a técnica da ponderação de interesses. A

²⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1981.

²⁵⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTr, 2001. p. 72.

locução “cedência recíproca”, quer dizer que cada norma cede em favor de outra com o objetivo de prestigiar a harmonia do sistema constitucional.

Já o princípio da interpretação conforme a constituição, previsto no art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/99, é um cânone, pois se admite a sua utilização em conjunto com outros princípios. Deve-se de todo modo tentar evitar a declaração de inconstitucionalidade de uma espécie normativa (lei ou ato normativo), pois se há uma solução constitucional no caso concreto, deve-se primar por ela. Há diferença entre interpretação conforme e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, ambas previstas na legislação infraconstitucional. Os motivos determinantes de uma declaração de constitucionalidade ou não, transitam em julgado, ao contrário das sentenças civis, porém não se ataca o texto constitucional. Na declaração parcial de constitucionalidade sem redução de texto, se declara a inconstitucionalidade de uma determinada interpretação da norma e não de toda a norma.

Por sua vez, o princípio da máxima efetividade propugna que deve ser conferido o sentido que maior eficácia se atribua a determinada norma constitucional. Dessa maneira, como enuncia MANOEL JORGE E SILVA NETO, o postulado hermenêutico deve ser utilizado para “atingir um grau máximo de realizabilidade do preceito inserido na norma-vértice”.²⁵⁶ Entretanto, KONRAD HESSE, idealizador da técnica hermenêutica-concretizadora, alerta que o limite do próprio texto constitucional não pode ser jamais eliminado. Relatando o Recurso Extraordinário nº 328.812, o Ministro do STF Gilmar Mendes faz alusão ao princípio da máxima efetividade.

Importante tratar também do método tópico. A Constituição, segundo CANOTILHO, tem peculiaridades segundo o procedimento hermenêutico, sendo a primeira delas o método tópico de interpretação constitucional. Tópico deriva do vocábulo grego *topoi*, que significa ponto de partida. Este método se ampara no caráter aberto das normas

²⁵⁶ *Idem. O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 1999. p. 95.

constitucionais e delimita certos pontos de partida. Um desses pontos pode ser, por exemplo, a dignidade da pessoa humana. O método tópico dá grande prevalência ao caso concreto, sendo apelidado de método problemático. Ele parte do problema para a norma e não ao contrário. A tópica foi consolidada por THEODOR VIEHWEG e sua utilização está submetida à aplicação dos seguintes pressupostos: a)reconhecimento do caráter prático da interpretação constitucional; b)reconhecimento do caráter aberto da norma constitucional e; c)preferência pela discussão do problema.²⁵⁷ Segundo PAULO BONAVIDES “a tópica abre tantas janelas para o mundo que se esquece da norma constitucional”, demonstrando um o apego excessivo ao problema e esquecendo o quanto positivado.²⁵⁸ Já o neoconstitucionalismo, ainda que pós-positivista, não abandona a norma.

Ainda devemos abordar a técnica concreta de constituição aberta defendida por PETER HÄBERLE. O autor alemão defende uma interpretação plural e procedimental da constituição, ou seja, todo o individuo que vive a constituição tem o direito de interpretá-la, o que ao final, contribui para a evolução constitucional. Ao determinar o alargamento do círculo do interprete ele pluraliza e gera mais efetividade à norma constitucional.²⁵⁹ É por meio desta técnica que no Brasil, a partir da Lei nº 9.868/99, passou-se a aceitar a intervenção do *amicus curiae* em ações diretas de inconstitucionalidade.

Por fim, importante tratar da técnica científico-espiritual de RUDOLF SMEND, que a exemplo de outras, se opõe ao positivismo jurídico. A base dessa técnica visa encontrar uma solução para o problema normativo constitucional que promova a afinidade da norma com os valores incorporados pela sociedade. A argumentação jurídica é também zetética e não apenas dogmática, pois é conformada por circunstâncias não apenas intra-sistêmicas.²⁶⁰

²⁵⁷ *Ibidem*. p. 29.

²⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

²⁵⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito... Op. Cit.* p. 30.

²⁶⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito... p. 32-33.*

4.3. Os princípios e as regras

Neste momento, vêm a calhar algumas observações acerca da teoria do jusfilósofo alemão ROBERT ALEXY, para quem há uma divisão entre regras e princípios. Enquanto as regras são postas ao fenômeno da subsunção, ou seja, se aplicam de acordo com o sistema do “tudo ou nada”, os princípios são apostas à técnica da ponderação dos valores e interesses em conflito. Vale dizer que as regras, seguem o raciocínio de que ou a norma é válida e aplicável a determinado caso ou não se aplica para aquela hipótese. Já os princípios têm a propriedade de se aplicar conjuntamente com outros princípios, e que a depender do caso concreto um ou outro terá mais ou menos peso em determinado momento.²⁶¹

LUIS ROBERTO BARROSO fala que não se pode mais trabalhar apenas com a interpretação jurídica tradicional, que utiliza o método da subsunção dos fatos à norma. Tal metodologia, bastante utilizada pelos operadores do direito no Brasil, se adéqua à interpretação de regras jurídicas, que são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações.²⁶²

Entretanto, com o crescente emprego de *cláusulas abertas* e *conceitos jurídicos indeterminados* pelas legislações modernas, o juiz passou a ter uma maior autonomia interpretativa. Nesse esteio surgem, também, os princípios, que expressam valores e fins, mais complexos do sistema, e requerem a técnica da ponderação para resolver a sua colisão. Nesse processo hermenêutico, o intérprete irá aferir o peso de cada princípio no caso concreto.²⁶³

Nos casos de colisão de princípios ou de direitos fundamentais, caberá ao intérprete fazer as valorações adequadas, de modo a preservar o máximo de cada um dos valores em

²⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

²⁶² BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação*: Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm> Acesso em 09/02/2011.

²⁶³ BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.*

conflito, realizando escolhas acerca de qual interesse deverá circunstancialmente prevalecer.²⁶⁴

O neoconstitucionalismo ou pós-positivismo,²⁶⁵ corrente de pensamento que tem como baluartes JOHN RAWLS, KONRAD HESSE, RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXY, é uma mescla do sistema anglo-saxão com o românico-germânico. Propugna, dentre outras teses, que o juiz utilize mais dos princípios constitucionais em detrimento da legislação infraconstitucional. Tendo em vista texto constitucionais compostos a partir da tentativa de conciliar interesses antagônicos é sempre necessário recorrer à ponderação. E na Constituição Federal de 1988 se encontram positivados princípios dos mais diversos, como por exemplo, a livre iniciativa e o valor do trabalho.

Assim, a técnica de ponderação de interesses é um processo de intelecção de princípios constitucionais visando buscar uma solução harmoniosa para os interesses em conflito. Não apenas na interpretação de princípios e normas constitucionais pode ser utilizada esta técnica, mas também em eventual conflito entre princípios infraconstitucionais.

Segundo Karl Larenz

A ponderação de bens no caso concreto é um método de desenvolvimento do Direito, pois que serve para solucionar colisões de normas — para as quais falta uma regra expressa na lei —, para delimitar umas das outras as esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, concretizar os direitos cujo âmbito, como o do direito geral de personalidade, ficou em aberto.²⁶⁶

Desta forma, se propõe um balanceamento dos princípios em colisão para dar-lhes o devido equilíbrio, com a menor restrição possível ao que não prevalecer. Não haveria uma fórmula apriorística de solução entre para a colisão de princípios, podendo tal resposta ser encontrada apenas na análise do caso concreto. A ponderação de interesses é a antítese

²⁶⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.*

²⁶⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição Federal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

²⁶⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 587.

da subsunção, que consiste em buscar a adequação do caso concreto ao fato típico prescrito pela norma. A ponderação em abstrato ocorre quando os estudiosos irão promover a interpretação desta técnica, enquanto que a ponderação em concreto se opera quando se está examinando o caso concreto e se vale desta técnica.

Segundo CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY “a rigor, direitos da personalidade e liberdade de imprensa se expressam sob a forma de regras porque, com isso, tendem a propiciar maior proteção a seus titulares. Não perdem, contudo, sua essência de princípios”.²⁶⁷ E na Constituição brasileira há uma acentuada tendência em não haver a aplicação de normas “tudo ou nada”, tendendo o legislador constituinte a optar pela preponderância dos princípios garantidores de direitos.

Entretanto, no voto do Ministro Ayres Britto, relator da APDF nº 130, abre-se um parêntese que vai de encontro ao pensamento predominante na doutrina brasileira de considerar a liberdade de informação jornalística ou de imprensa como princípio constitucional. O Ministro, considerando existir uma hierarquia axiológica e primazia político filosófica das liberdades de pensamento e de expressão *lato sensu*, afasta a categorização conceitual da liberdade de informação jornalística como norma-princípio.

Segundo o relator, essa conclusão se justifica, pois nenhuma dessas liberdades se nos apresenta como “mandado de otimização”, pois não se cuida de realizá-las “na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”, conforme propugnado por Alexy e Dworkin. Especialmente, assevera no seu voto que

tais possibilidades não contam, simplesmente, porque a precedência constitucional é daquelas que se impõe em toda e qualquer situação concreta. Assim na esfera de atuação do Estado quanto dos indivíduos. Logo, valendo terminantemente para todas as situações da vida em concreto, pouco importando a natureza pública ou privada da relação entre partes, ambas as franquias constitucionais encarnam uma tipologia normativa bem mais próxima do conceito de “normas-regra”; isto em

²⁶⁷ GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Op. Cit.* p. 68.

consideração ao fato de que, temporalmente, e com o timbre da invariabilidade, preferem à aplicação de outras regras constitucionais sobre direitos de personalidade. Não para invalidar estes últimos, mas para sonegar-lhes a nota da imediata produção dos efeitos a que se preordenam, sempre que confrontados com as liberdades de manifestação do pensamento e de expressão *lato sensu*. Mormente se tais liberdades se dão na esfera de atuação dos jornalistas e dos órgãos de comunicação social.

Dessa forma, a balizar-se por essa linha argumentativa, o voto do Ministro Ayres Britto acaba por considerar que há uma verdadeira precedência da liberdade de informação jornalística (considerada como direito de personalidade adjetivado e que tem sua base na liberdade de manifestação do pensamento) em relação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem.

Em razão dessa precedência, o ordenamento jurídico brasileiro hierarquizou-se em prol da liberdade de imprensa, considerada pelo Ministro como uma norma-regra, e, portanto, não sujeita a uma ponderação no caso concreto, mas uma ponderação apriorística determinada pelo legislador constitucional.

A conclusão a que chega o Ministro-relator parece se coadunar com o que diz ANA PAULA DE BARCELLOS acerca da possibilidade de se construírem parâmetros gerais, incidentes nas colisões normativas em geral e particulares, aplicáveis a determinados conflitos normativos, através da realização de uma ponderação em abstrato, que ajude o julgador na solução de casos concretos. A fixação de parâmetros em abstrato conferiria maior previsibilidade às decisões judiciais e, por conseqüência, maior segurança jurídica. Ressalta, ainda, a autora a possibilidade de se estabelecer uma hierarquia axiológica entre normas constitucionais.²⁶⁸

²⁶⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49/118.

4.4. A proporcionalidade

Em tópico separado preferimos abordar o tema da proporcionalidade, informando inicialmente que não é pacífica a sua natureza. Há quem a mencione como **princípio** (STF, ADIn nº 855-PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence), **regra** (MARINONI), **máxima** (ALEXY – traduzido para o espanhol), ou até mesmo como **postulado** (ÁVILA).²⁶⁹ Malgrado a diversidade de adjetivações, o que importa realmente é entender o objetivo e a finalidade da proporcionalidade. Arriscaríamos dizer, portanto, que ela serve para orientar o intérprete e o aplicador do direito, a sopesar distintos valores de maneira adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.²⁷⁰

É impossível falar-se em colisão entre direitos fundamentais sem enunciar algo a respeito da proporcionalidade. Originada na Corte Constitucional alemã, o “mandamento da proibição do excesso” (*Übermaßverbot*)²⁷¹ surge como ponderador do conflito entre normas de igual valor constitucional. Ponderação, aliás, é a própria exteriorização do Direito e da justiça, que tem na imagem da deusa *Themis*, empunhando uma balança em equilíbrio, o seu grande símbolo. Ponderar é equilibrar, tendo na ideia de proporção a máxima indelével para a harmonização de direitos fundamentais em conflito. Portanto, é a proporcionalidade que vai reger a interpretação constitucional, respeitando o núcleo essencial desta norma.

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO faz uma crítica ao legislador constituinte não haver positivado a proporcionalidade na Constituição brasileira de 1988. Entretanto, adverte que tal fato não impede o intérprete de aplicar a proporcionalidade, sobretudo por encontrar associação com o princípio da insonomia, que por sua vez remonta a ideia aristotélica de

²⁶⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

²⁷⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 5ª ed. rev. ampl. São Paulo: RCS Editora, 2007. p. 77-89.

²⁷¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Op. Cit.* p. 77.

igualdade proporcional, justiça distributiva, superando uma mera proporção aritmética e formal, representando uma verdadeira igualdade de relações e não apenas bens.²⁷²

Para KARL LARENZ o princípio da proporcionalidade é também entendido como o do meio mais idôneo ou da menor restrição possível aos direitos fundamentais. Segundo aquele jurista

Nestes termos, a lesão de um bem não deve ir além do que é necessário ou, pelo menos, é defensável, em virtude de outro bem ou de um objetivo jurídico reconhecido como de grau superior. Trata-se, em relação ao princípio da proporcionalidade, de um princípio jurídico material, que se converte em fio condutor metodológico da concretização judicial da norma. É evidente que, mesmo observando estes princípios, fica ainda uma margem livre muito ampla para uma valoração judicial pessoal mas, por outro lado, também se torna manifesto 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 um certo grau, segue princípios identificáveis e, nessa medida, é também comprovável.²⁷³

Como adverte DIEGO DE LIMA GUALDA, o intérprete não deve articular seus valores pessoais na ponderação de princípios, devendo empregar no processo hermenêutico uma visão histórica e publicamente construída dos valores de uma determinada sociedade, sob pena do método da ponderação tornar-se inócuo.²⁷⁴

Segundo ROBERT ALEXY, a verificação da proporcionalidade ocorre em três etapas: 1) adequação, 2) necessidade e 3) sopesamento entre valores ou princípio constitucionais.²⁷⁵

GILMAR MENDES esclarece um pouco mais essas três etapas, as quais chama de testes ou exames, para aferição da proporcionalidade. O primeiro teste é o da adequação da medida para atingir a finalidade constitucional almejada. O segundo é o da necessidade ou exigibilidade da regulação, a qual pressupõe uma análise sobre a verificação do excesso da

²⁷² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Op. Cit.*, p. 64-65.

²⁷³ LARENZ, Karl. *Op. Cit.*, p. 586-587

²⁷⁴ GUALDA, Diego de Lima. *Op. Cit.*, p. 11.

²⁷⁵ ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 101.

medida e da eventual existência de restrição menos gravosa igualmente apta a atingir aquela mesma finalidade. Por fim, o terceiro é o teste da proporcionalidade em sentido estrito, entendido como a verificação sobre os custos e benefícios da medida restritiva imposta.²⁷⁶

Segundo GILMAR MENDES, para a utilização da proporcionalidade, enquanto método de aferição da constitucionalidade da limitação de direitos fundamentais, há de se perquirir se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se *adequado* (isto é, apto para produzir o resultado desejado), *necessário* (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e *proporcional em sentido estrito* (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).²⁷⁷

Já em voto condutor no plenário do STF, o ministro consignou que

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um 'limite do limite' ou a 'proibição de excesso' na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebidos de modo relativo – tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental.²⁷⁸

²⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2 ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 100.

²⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. Cit.*. 101.

²⁷⁸ STF. Intervenção Federal nº 2.257-6/SP. Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2003, DJ 01/08/2003.

Para exemplificar a aplicação da proporcionalidade na colisão entre liberdade de informação jornalística e direito de personalidade, temos o famoso caso dos soldados de Lebach, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em 1973.²⁷⁹

Os fatos que ensejaram o julgamento remontam ao ano de 1969, quando na pequena cidade de Lebach, localizada a oeste da Alemanha, ocorreu o roubo de armas e munições de um depósito, seguido do assassinato de quatro soldados que faziam a sua vigília. Os dois principais acusados foram condenados à prisão perpétua, enquanto um terceiro foi condenado a seis anos de reclusão, por ter ajudado na preparação da ação criminosa. Quatro anos após o ocorrido, a emissora alemã ZDF produziu um documentário sobre todo o caso, no qual seriam apresentados o nome e a foto de todos os acusados.

O documentário deveria ter sido transmitido em uma sexta-feira à noite, pouco antes da soltura do terceiro acusado, que já havia cumprido parte de sua pena. Assim, esse terceiro acusado buscou, em juízo, tutela de urgência e preventiva para impedir a transmissão do programa, pois o documentário dificultaria o seu processo de ressocialização. A medida liminar não foi deferida nas instâncias ordinárias, mas apresentando uma reclamação constitucional para o Tribunal Constitucional Federal, invocou a proteção ao seu direito de personalidade e logrou êxito.

ROBERT ALEXY explica que no caso Lebach, o Tribunal Constitucional Alemão constatou em um primeiro passo a existência de colisão entre princípios cujos valores abstratos que estavam no mesmo nível de proteção constitucional: liberdade de informar e direito à privacidade. Em um segundo passo, sustentou uma precedência geral da liberdade de informar no caso de uma informação atual sobre atos criminosos. Entretanto, ALEXY pondera que nem toda informação atual é permitida, já que a condição de precedência inclui uma cláusula *ceteris paribus*, a qual permite o estabelecimento de exceções.

²⁷⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA ALEMANHA. BVerfGE 35, 202 (1973). Disponível em: <<http://www.iuscomp.org/gla/judgments/tgcm/v730605.htm>>. Acesso em: 24 fevereiro 2011.

No caso, o Tribunal teve que se valer da terceira etapa da proporcionalidade, pois considerava que a veiculação da matéria, mesmo que não expusesse o nome e a imagem dos ex-detentos, dificultava a ressocialização dos mesmos. Se não se cogitasse essa hipótese, a colisão poderia ser solucionada no primeiro ou segundo plano da proporcionalidade. Assim, o Tribunal acabou por decidir que uma notícia repetida, não revestida de interesse atual pela informação, sobre um grave crime, e que põe risco a ressocialização dos ex-detentos, era proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais.

A primeira ideia que se deve ter da proporcionalidade é que o julgador deve encontrar a solução que menor restrição imponha a um direito fundamental. Outra característica direcionada ao legislador é de que ele deve encontrar uma solução legislativa que menor imponha uma restrição a um direito fundamental. Nas palavras de MARINONI:

No caso da outorga de uma maior esfera de poder ao juiz para a utilização da técnica processual adequada à situação conflitiva concreta, o juiz tem o dever de buscar a efetividade da tutela jurisdicional à luz da regra da proporcionalidade. O aumento do poder do juiz, necessário para a adequação do procedimento às variadas situações conflitivas, retira do jurisdicionado a prévia ciência dos limites do processo jurisdicional, e assim exige um controle do exercício do poder judicial no caso concreto. Esse controle exige a observância da regra da proporcionalidade e, requer, especialmente, justificação capaz de convencer que a técnica processual foi utilizada de maneira justa e racional.²⁸⁰

No âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, razoabilidade e proporcionalidade têm o mesmo sentido. Porém, utilizar os termos como sinônimos, com a devida licença, expõe uma solução simplista para institutos de origens e significações distintas. Enquanto a proporcionalidade se origina no direito germânico, a razoabilidade encontra sua gênese no direito anglo saxão e tem o condão de vedar apenas interpretações absurdas, portanto, desarrazoadas.

²⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>. Acesso em: 07 novembro 2010.

Essa colisão seria de impossível resolução se fosse adotada como verdadeira a premissa de que todos os direitos fundamentais são absolutos e ilimitados. Mas tal premissa cede lugar ao princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas. Assim, temos que os direitos fundamentais não podem servir ao embuste de atividades ilícitas ou para propagar ideias (genocídio, racismo) que embaracem a existência do Estado Democrático. Admitir-se que algum direito fundamental é absoluto contradiz a própria natureza deste direito.

4.5. Critérios de ponderação dos interesses em colisão

4.5.1. As possíveis fronteiras à liberdade de informação jornalística

A doutrina sempre busca identificar limites à liberdade de informação jornalística, estando eles nas constituições, convenções internacionais, leis e até mesmo na ética. A ideia de limitação ou restrição aos direitos é ínsita a diversos ordenamentos jurídicos. Com a liberdade de informação jornalística não é diferente, sendo bem aceita, inclusive pelos próprios meios de comunicação, que reconhecem a existência de fronteiras éticas, legais e constitucionais à sua atividade de informação.

Entretanto, ao invés de tentar traçar limites, nos pareceu melhor a busca por “fronteiras”, haja vista este termo exprimir significação mais maleável do que aquele. Utilizando um raciocínio ligado à geopolítica, entendemos que as fronteiras à liberdade de informação jornalística, assim como as das nações, podem ser abolidas ou reajustadas, ao passo que os limites remetem a uma noção de rigidez, de mais difícil mutação.

Segundo MÔNICA AGUIAR, no tocante à liberdade de informação jornalística, esta poderá e deverá ser controlada de modo a “salvaguardar o direito alheio ou proteger outros bens

jurídicos, cuja garantia exija inescusavelmente essa limitação”.²⁸¹ Nos dizeres do professor GILBERTO HADDAD JABUR:

Se, por um lado, não se pode limitar a atividade intelectual do homem, pode-se e deve-se, por outro, restringir a exteriorização de seu pensamento, impondo-se-lhe – a fim de evitar a supremacia dessa primeira atividade humana em detrimento de outras não menos fundamentais – limites racionalizados, conformadores do Estado de Direito, indispensáveis a um saudável pluralismo político e ideológico, sustentáculo do regime democrático, que facilita e amplia o exercício dos demais direitos essenciais da pessoa.²⁸²

Discorda, entretanto, VIDAL SERRANO ao apregoar o direito de informação como preferencial em face dos demais direitos. Segue sua ideia para afirmar que “não pode ser oposto a ele qualquer embaraço, sendo inconstitucional qualquer disposição que restrinja a titularidade do seu exercício”.²⁸³ Já em opinião oposta, PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR afirma que deve a intimidade prevalecer sobre a liberdade de imprensa, em uma eventual colisão.²⁸⁴ Tais inflexões doutrinárias, *data venia*, não parecem caminhar para uma boa solução, pois adotam posturas absolutas para a resolução de eventuais conflitos.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, é falsa a interpretação de que a Constituição em seu art. 220²⁸⁵ outorga um caráter absoluto e irrestringível à liberdade de expressão. Para o magistrado, o exercício dessas liberdades sofre limitações que se encontram dentro do próprio texto constitucional e se outro fosse o entendimento, haveria um esvaziamento dos demais valores igualmente protegidos em detrimento de um suposto “direito

²⁸¹ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Op. Cit.* p. 108.

²⁸² JABUR, Gilberto Haddad. *Op. Cit.* p. 150.

²⁸³ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Op. Cit.*, p. 100.

²⁸⁴ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 101.

²⁸⁵ 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.

avassalador, absoluto e insuscetível de restrição” que seria a liberdade de expressão e comunicação.²⁸⁶

Como já exposto, os tribunais brasileiros e estrangeiros estão repletos de lides envolvendo pessoas que alegam ter seus direitos de personalidade violados pelos meios de comunicação e buscam a reparação por danos morais. Os teóricos da responsabilidade civil têm oferecido grandes contribuições ao estudo do abuso de direito, do ato ilícito e da noção de dano.

Entretanto, o objetivo deste trabalho, desde o princípio, é a análise da possibilidade de intervenção judicial preventiva, apta a impedir a violação do direito de personalidade, questão muito menos pacífica na teoria e mais rara de ocorrer na prática. Ocorre que, para balizar qualquer decisão judicial, seja ela anterior ou posterior ao dano, é necessário que o magistrado tenha conhecimento dos caminhos teóricos, das fronteiras e critérios de ponderação para melhor equação da colisão de direitos fundamentais.

Assim, nos propusemos neste tópico a compilar, tanto as fronteiras constitucionais (que são *imperativas* no processo decisório) à liberdade de informação jornalística, como também alguns *standarts* interpretativos contidos em tratados internacionais, na ética, na doutrina e na jurisprudência e que podem ser utilizados como balizas para o intérprete.

Por estar inserida em um contexto constitucional, a liberdade de informação jornalística encontra suas principais fronteiras na própria Constituição Federal de 1988. Dessa forma a redação do §1º, do art. 220, estabelece que nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII²⁸⁷ e XIV.

²⁸⁶ MENDES, Gilmar. *apud* VIEIRA, Tatiana Malta. *Op. Cit.*, p. 15.

²⁸⁷ Embora a Constituição, em seu art. 220, §1º, ainda faça referência ao inciso XIII do art. 5º, que trata da exigência de qualificação profissional para o pleno exercício da liberdade de informação jornalística, tal requisito foi declarado como inconstitucional quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 511961

Assim, para o exercício da plena liberdade de informação jornalística necessário observar as fronteiras de ordem constitucional como: a vedação do anonimato (inciso IV); garantia ao direito de resposta e da indenização por dano moral, material e à imagem (inciso V); inviolabilidade da intimidade, honra, vida privada e imagem e novamente a garantia de indenização para caso de violação (inciso X); resguardo ao sigilo da fonte (XIV).

Logo em seguida, ao elencar os princípios norteadores para a produção e a programação de rádio e televisão, o art. 221, especialmente em seu inciso IV, a Constituição impõe como diretrizes também o “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa da família”. E nos parece imperioso não restringir este princípio apenas ao rádio e à televisão, mas fazê-lo alcançar as revistas, jornais e *internet*.

O **valor ético e social da pessoa**, primordialmente aludido, insere-se no contexto do respeito à dignidade da pessoa humana, princípio constitucional corolário do Estado Democrático de Direito, “cravada no pórtico da Constituição Federal (art. 1º, III)”.²⁸⁸ Por isso, a imprensa não pode olvidar-se deste princípio fundamental, que expressa, dentre diversos outros aspectos, a condição humana do indivíduo, diferenciando-o da mera condição de coisa.

O Professor de Harvard, Frank Michelman, analisando a relação entre liberdade de expressão e democracia, defende que o Estado pode restringir tal liberdade para garantir o princípio da igualdade e impedir, por exemplo, o **preconceito racial** ou **contra grupos étnicos**, conhecido como *hate speech*. Para o professor americano, deve-se atingir o conceito denso ou democrático e não tênue e meramente formal de liberdade de expressão. Consigna que deve ser “observada a proporcionalidade entre a proteção das liberdades subjetivas dos indivíduos de se expressarem como desejam e a promoção de

pelo STF, que derrubou a exigência do diploma de jornalista para o exercício da profissão. Cf. RE 511961 Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009.

²⁸⁸ JABUR, Gilberto Haddad. *Op. Cit.* p. 203.

uma igualdade básica entre as pessoas no que concerne a ter uma justa oportunidade de ter suas percepções, opiniões e vontades ouvidas e avaliadas nos canais e fóruns de discussão da sociedade.”²⁸⁹

PEDRO FREDERICO CALDAS observa que “a liberdade de opinião, (...), não pode ser agente de perturbação ou destruição social, como, por exemplo, em nosso país, é interdita a manifestação de preconceito racial”.²⁹⁰

Sobre a manifestação do pensamento que fomente o **racismo** ou qualquer forma de **preconceito**, seja de raça, cor, sexo ou religião, deve ser coibida, não estando protegida sob o manto da liberdade de expressão de pensamento ou de informação. Assim consignou o STF no julgado cujos excertos da ementa estão abaixo transcritos

EMENTA. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS. ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. (...)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 Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o direito à incitação ao racismo, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.²⁹¹

Não obstante, é possível reconhecer que a liberação do discurso do ódio (*hate speech*) pode fomentar a violência, mas também expor de maneira contundente, franca e aberta – mas também penosa – outros valores “não politicamente corretos”, mas que alguma

²⁸⁹ MICHELMAN, Frank I. *Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos*. In: Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações / org. Ingo Wolfgang Sarlet [et. al.] Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

²⁹⁰ CALDAS, Pedro Frederico. *Op. Cit.* p. 60-61

²⁹¹ STF. HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, Julgado em 17/09/2003, DJ de 19/03/2004.

parcela da sociedade pode querer discutir. O debate aberto possibilitaria a adesão de outros membros da comunidade a adotar tais valores, criando uma evolução ou também involução social. Entretanto, numa sociedade como a brasileira, que ainda precisa ultrapassar consolidações básicas de igualdade e democracia, tal debate ainda pode ser bastante prematuro.

ÁLVARO RODRIGUES JUNIOR adota uma divisão em dois tipos de limitações à liberdade de expressão e de informação: as *absolutas* e as *relativas*. Para aquele autor, as limitações absolutas são permanentes, ilimitadas e intransponíveis, dispensando qualquer positivação, constituindo-se no respeito ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Já as limitações relativas, são geralmente preteridas em eventuais conflitos e constituem-se no direito à intimidade da vida privada, o direito à honra e o direito à imagem.²⁹²

Sobre o limite absoluto do **direito à vida** seria necessário uma coerência interna entre o que é comunicado e o que as pessoas podem realizar, uma vez que nem todas as notícias e opiniões são comunicáveis do ponto de vista ético, como, por exemplo, casos de suicídio, que raramente são informados para não induzir outras pessoas. Portanto, as liberdades de expressão e informação não podem estar a serviço da desumanização nem da cultura da morte, mas ao serviço da vida.²⁹³

Em relação ao limite absoluto do respeito à **dignidade da pessoa humana**, deve ser rechaçada qualquer forma de expressão que propague a guerra e terrorismo ou a apologia ao ódio racial, nacional e religioso. Critica, também, a banalização do sexo e o sensacionalismo de alguns programas de televisão, independente da consciência do

²⁹² RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. *Liberdade de expressão e liberdade de informação: limites e formas de controle*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 87.

²⁹³ *Idem*, p. 89.

telespectador, que muitas vezes acaba aceitando passivamente o que lhe é transmitido, por não ter formação e maturidade suficiente entre a ficção e a realidade.²⁹⁴

Por sua vez, as limitações relativas são disposições estabelecidas em cartas constitucionais, leis ordinárias e convenções internacionais que limitam ou restringem o exercício dos direitos à liberdade de expressão e de informação, devendo ser interpretadas restritivamente, aplicando-as apenas em casos nos quais a limitação seja indispensável para a proteção dos direitos de personalidade. Destaca que seu objetivo é o estabelecimento de critérios para a solução de conflitos entre os direitos fundamentais, como a intimidade, vida privada, honra, mas, também, a segurança nacional e a proteção da moral pública.²⁹⁵

Malgrado entendimento de que as normas infraconstitucionais como o de PEDRO FREDEICO CALDAS de que Código Penal, o Código de Telecomunicações e o Código Civil, podem impor fronteiras à liberdade de informação²⁹⁶, entende LUIS GUSTAVO GRANDINETTI que a limitação deve decorrer, única e exclusivamente, da própria Constituição que a garante.²⁹⁷ E tal raciocínio parece apoiado pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal, como se confere dos seguintes arestos:

O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala [...] que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição.²⁹⁸

A Constituição de 1988 em seu artigo 220 estabeleceu que a liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerá qualquer restrição, observado o que nela estiver disposto.²⁹⁹

²⁹⁴ *Idem*, p. 93.

²⁹⁵ *Idem*, p. 99.

²⁹⁶ CALDAS, Pedro Frederico. *Op. Cit.* p. 107.

²⁹⁷ CARVALHO, Luis G. D. C. de. *Op. Cit.* p. 100.

²⁹⁸ STF. ADPF nº 130, Rel. Min. Ayres Brito. Julgado em 30/04/2009, DJe 208, Divulgado em 05/11/2009, Publicado em 06/11/2009.

²⁹⁹ STF. ADI 869, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 04/06/04.

Portanto, apenas na Constituição são encontradas fronteiras imperativas à liberdade de informação jornalística, não podendo se afirmar que haja mais no ordenamento jurídico brasileiro normas específicas que façam essa limitação. Qualquer imposição de limite, portanto, deve derivar dos próprios princípios constitucionais. Embora o Código Civil, por exemplo, resguarde a inviolabilidade dos direitos de personalidade, estes são elencados como fronteiras à liberdade de informação jornalística por estarem erigidos também à forma de princípios constitucionais.

Entretanto, além das fronteiras constitucionais às quais não deverá ultrapassar o exercício da liberdade de informação jornalística, costuma-se dizer que há **regramentos éticos e profissionais**, que prescrevem deveres de probidade e à boa-fé na atividade jornalística.

O Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros, editado pela Federação Nacional dos Jornalistas (FENAJ), contém uma série de normas que prescrevem mandamentos de objetividade, imparcialidade, verdade e precisão no processo de obtenção e veiculação da notícia. Há, também, forte apego à finalidade social e interesse público das informações. Entretanto, tais mandamentos éticos podem se transformar em verdadeiros mitos se não houver maior adensamento filosófico e deontológico dos mesmos.

A literatura jurídica, por sua vez, ressalta marcadamente o **interesse público** da notícia como fronteira à liberdade de informação jornalística. Fala-se ainda em interesse coletivo e interesse social.

ROXANA BORGES pontua que há uma verdadeira imprecisão do conceito de interesse público, muitas vezes confundido com interesse da maioria ou curiosidade pública. Concordando com a jurisprudência norte-americana, identifica que “o interesse público justificador da divulgação de dados aparentemente privados sobre a pessoa deve ser

explicitado, observando-se, como critérios: **a veracidade da informação, a necessidade ou utilidade da informação para a sociedade e a proporcionalidade na sua divulgação**".³⁰⁰

LUÍS ROBERTO BARROSO critica o uso do interesse público como óbice à liberdade de informação e de expressão, pois isso invocaria um juízo de valor sobre o conteúdo da mensagem, utilizando-se de um parâmetro sobre o qual não se pode exercer qualquer controle. Ademais, uma vez que se presume sempre o interesse público na veiculação da mensagem, eventual restrição calcada em interesse público contraposto só poderá prevalecer em situações excepcionais, de quase ruptura do sistema. Para aquele estudioso

essa espécie de cláusula genérica que, historicamente, tem sido empregada, com grande dissimulação, para a prática de variadas formas de arbítrio no cerceamento das liberdades individuais, na imposição de censura e de discursos oficiais de matizes variados. Mesmo porque, vale lembrar que o pleno exercício das liberdades de informação e de expressão constitui um interesse público em si mesmo, a despeito dos eventuais conteúdos que veiculem.³⁰¹

Interessante descrever o pensamento de PEDRO FREDERICO CALDAS que propugna a divisão dos limites à liberdade de informação jornalística em externos, que seriam os "direitos de igual hierarquia constitucional" e internos, que se traduziriam "nas responsabilidades sociais e no **compromisso com a verdade**", afinal os "meios de comunicação devem aceitar e cumprir certas obrigações para com a sociedade, estabelecendo um alto nível profissional e de informação, com base na **veracidade**, na **exatidão**, na **objetividade** e no **equilíbrio**".³⁰²

GILBERTO HADDAD JABUR lamenta que a mídia, nem sempre preste um serviço à educação, à cultura, à ciência, ao lazer e à democracia. Acrescenta que a liberdade de imprensa não

³⁰⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade: intimidade e privacidade*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). Manual de teoria geral do direito civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. (grifos nossos).

³⁰¹ BARROSO, Luis Roberto. *Colisão... Op. Cit.*

³⁰² CALDAS, Pedro Frederico. *Op. Cit.* p. 108 (grifos nossos)

deve ultrapassar o limite da **narrativa fiel**, do **relato isento** ou da opinião contida nas raias da **verdade útil**, sob pena de adentrar-se o campo da injúria, da difamação e da calúnia, inerente à curiosidade, ao escândalo, ao puro sensacionalismo e ao entretenimento apelativo.³⁰³

Entretanto, discordamos dessa excessiva atribuição de veracidade inequívoca, exatidão e isenção na informação. Por ser um processo humano de interpretação está sujeito a falhas. Assim, em relação a essa busca da informação verdadeira, interessante transcreever trecho do acórdão da lavra da Ministra Nancy Andrighi do Superior Tribunal e Justiça, para quem não se pode exigir plena certeza da exatidão dos fatos, para então permitir que a imprensa os divulgue. Vejamos:

Embora se deva exigir da mídia um mínimo de diligência investigativa, isso não significa que sua cognição deva ser plena e exauriente à semelhança daquilo que ocorre em juízo. A elaboração de reportagens pode durar horas ou meses, dependendo de sua complexidade, mas não se pode exigir que a mídia só divulgue fatos após ter certeza plena de sua veracidade. Isso se dá, em primeiro lugar, porque a recorrente, como qualquer outro particular, não detém poderes estatais para empreender tal cognição. Ademais, impor tal exigência à imprensa significaria engessá-la e condená-la a morte. O processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial.³⁰⁴

De maneira analítica, FRED SIELBERT e THEODORE PETERSON, citados por FLÁVIA VIVEIROS DE CASTRO, ponderam que, no século XX “as ideias de liberdade irrestrita foram substituídas pelas de liberdade com **responsabilidade social**” (grifo nosso). Elaboram, assim, as seguintes premissas:

A imprensa está obrigada a ser responsável em face da sociedade. As funções da imprensa, diante da teoria da responsabilidade social, são basicamente: 1) servir ao sistema político, propiciando informação, discussão e debate dos assuntos públicos; 2) informar; 3) defender os

³⁰³ JABUR, Gilberto Haddad. *Op. Cit.* p. 211.

³⁰⁴ STJ. Resp 984.803-ES, Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 26/5/2009. Publicado em 19/08/2009.

direitos fundamentais da pessoa, atuando contra manifestações arbitrárias; 4) atuar em prol do sistema econômico, mediante a aproximação entre consumidores e fornecedores de bens e serviços, através da publicidade veiculada em suas páginas; 5) ser fonte de entretenimento; 6) manter sua própria auto-suficiência econômica e financeira, para livrar-se de pressões indesejáveis.³⁰⁵

Ao nosso entender, a teoria da responsabilidade social ou dos limites internos, em muito se adéqua a uma ideia que gostaríamos de entoar: a da **função social** da liberdade de informação jornalística. Assim como o direito de propriedade foi direcionado a atender sua função social, o direito fundamental à liberdade de informação jornalística não deve escapar de balizamento similar. De acordo com a teoria da função social, o meio de comunicação social não pode se valer apenas da sua autonomia privada de noticiar ou fornecer entretenimento, usando, gozando e dispondo da liberdade que exerce ao seu talante.

A mídia deve garantir o **pluralismo de ideias**, possibilitando, sempre que possível, que a checagem de informações tenha sido precedida de um mínimo de contraditório e ampla defesa, não em um sentido processual, mas de que se possa permitir sempre *a outra versão dos fatos*. É imprescindível possibilitar, com o mesmo destaque, a exposição das múltiplas interpretações, viabilizando um direito de resposta isonômico.

Sobre o tema da responsabilidade dos meios de comunicação, sobretudo pela pauta da ética, pontua o relator da ADPF nº 130, Min. Ayres Britto, em seu voto, que caberia aos mesmos dar à “sua liberdade de atuação um necessário compromisso com a responsabilidade quanto à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público”, promovendo assim a “conciliação entre liberdade e responsabilidade”.³⁰⁶

³⁰⁵ SIELBERT, Fred; PETERSON, Theodore. *apud* CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. *A liberdade de expressão no contexto dos Direitos Fundamentais: a responsabilidade da Imprensa e os Tribunais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto690.htm>>. Acesso em 31 janeiro 2011.

³⁰⁶ STF. ADPF 130. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208, Divulgado em 05 novembro 2009. Publicado em 06 novembro 2009, p. 35.

A liberdade de informação jornalística seria então um rio sem margens fixas, posto que “a autorregulação da imprensa nunca deixa de ser um permanente ajuste de limites em sintonia com o sentir-pensar de uma sociedade civil de que ela, imprensa, é simultaneamente porta-voz e caixa de ressonância”.³⁰⁷

Por fim, acreditamos que o critério do interesse público, se não esvaziado em uma cláusula genérica e abstrata, pode ser um critério importante para o delineamento da colisão de direitos fundamentais. É o caso, por exemplo, quando se expõe a liberdade de informação jornalística as fronteiras dos princípios fundamentais da soberania nacional e da segurança pública.

Por exemplo, a exposição de estratégias militares pode, em primeira análise, enfraquecer a defesa nacional. Entretanto, se a informação for **verdadeira** e capaz de demonstrar que tais estratégias das forças armadas violam gravemente os direitos humanos, ela ganha relevo de **interesse público**, já que a sua **necessidade** e **utilidade** são patentes. Ou seja, ainda que fosse possível demonstrar que a divulgação da informação iria causar prejuízos substanciais à soberania nacional, a informação deve ser publicada, pois os benefícios dessa divulgação são superiores aos prejuízos. Há, nesse caso, portanto, um sensível juízo de **proporcionalidade**.

O mesmo ocorre se certa informação for de natureza privada. Por exemplo, o encontro íntimo de um ministro de Estado aparentemente não possui interesse público em ser divulgado. Entretanto, se tal fato puder expor corrupção no seio do governo, os danos à personalidade serão ponderados de maneira infravalorada em relação ao interesse público que milita em favor da divulgação da informação.

³⁰⁷ *Idem*, p. 38.

4.5.2. As possíveis fronteiras à vida privada, honra, imagem e intimidade

Em grande parte da literatura jurídica encontramos tópicos a discorrer sobre os limites à liberdade de informação jornalística. Tal abordagem parece levar a uma via de mão única, de modo que apenas tal liberdade aparente violar os direitos de personalidade. Entretanto, a recíproca parece ser verdadeira, de modo a demonstrar que os direitos da personalidade também podem encontrar na liberdade de informação jornalística suas fronteiras.

O Enunciado nº 139 aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, comentando o art. 11 do Código Civil brasileiro, esclarece que “os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes”.³⁰⁸

ELIMAR SZANIAWSKY encontra como possíveis fronteiras da proteção à vida privada o direito à informação e a liberdade de imprensa. Entretanto, pondera que tais direitos devem se limitar a informar objetivamente o público sobre fatos de interesse geral, sendo vedada a invasão da privacidade com a finalidade única de diversão e de produção de escândalos como forma de angariar mais leitores.³⁰⁹

PEDRO FREDERICO CALDAS elenca duas limitações ao direito à vida privada: 1) uma inerente à própria natureza de direito essencial, intransmissível, etc. que impediria a disposição destes direitos pelo seu titular; 2) e outra relativa ao interesse público, coletivo e difuso. Interessa ao presente estudo as fronteiras atinentes a este último quesito, que autorizaria a flexibilização dos direitos da personalidade, em especial a intimidade e a vida privada,

³⁰⁸ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados das Jornadas de Direito Civil*. Disponível em www.cjf.jus.br/revista/enunciados/enunciados.htm Acesso em 01/03/2011.

³⁰⁹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993. p. 356.

quando envolve, por exemplo: a) interesse científico e cultural; b) informação pública; c) atos e locais públicos; d) pessoas públicas, célebres ou notórias.

Adotando o critério propugnado por aquele autor, entendemos que há fronteira aos direitos de personalidade, em especial à privacidade quando presente **interesse público**, em especial em casos de saúde pública. Por exemplo, em caso de uma epidemia, o Poder Público poderia adentrar as casas das pessoas com fins de encontrar focos da doença, bem como perscrutar a intimidade de determinados indivíduos pelos seus costumes e hábitos com o escopo de detectarem-se possíveis soluções para a saúde pública.³¹⁰

A informação considerada pública, no sentido da licitude de sua disponibilização e não confidencialidade de conteúdo é outra fronteira aos direitos de personalidade. Assim a disponibilização de informação pública seja por órgãos públicos ou particulares, restringe os direitos de personalidade, uma vez que ela integra uma parcela do direito individual que deve ser conhecido pela coletividade, visando à convivência leal em comunidade. Isso não quer dizer que “a informação ou comunicação de fatos criminosos sejam ilimitadas, infensas a qualquer restrição”.³¹¹

Em decisão monocrática, em sede de Agravo de Instrumento, a desembargadora Rosita Falcão Maia, do Tribunal de Justiça da Bahia, consignou que “a inexistência de condenação expressa em processos judiciais não impede a veiculação de informações a respeito de qualquer cidadão seja ele desembargador, juiz, governador, deputado ou quem quer que seja, principalmente aqueles que exercem cargos públicos”.³¹²

LUIS ROBERTO BARROSO ressalta que o conhecimento acerca do fato que se pretende divulgar deve ser obtido por meios admitidos pelo direito, pois, da mesma maneira, a Constituição veda a utilização, em juízo, de provas obtidas por meios ilícitos e também interdita a

³¹⁰ CALDAS, Pedro Frederico. *Op. Cit.* p. 99-105.

³¹¹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Op. Cit.* p. 89.

³¹² TJBA. 5ª Câmara Cível. AI nº 0009942-32.2009.805.0000-0. Rel. Des. Rosita Falcão de Almeida Maia. DJ 18 dezembro 2009.

divulgação de notícias às quais se teve acesso mediante cometimento de um crime. Assim, se a fonte da notícia fez uma interceptação telefônica clandestina, invadiu domicílio, violou o segredo de justiça em um processo de família ou obteve uma informação mediante tortura ou grave ameaça, sua divulgação não será legítima.³¹³

Roxana Borges tece importantes considerações acerca das limitações à privacidade que podem ser observadas quanto ao sigilo bancário e fiscal, de correspondência, o segredo profissional, e os casos de interceptação, escuta e gravação telefônica e ambiental, que possuem especial regramento em legislações extravagantes. A autora enfoca uma série de situações nas quais tais direitos podem oscilar entre a legítima exposição de informações ou violação da privacidade.

Outro critério que pode auxiliar o julgador na análise da colisão entre liberdade e privacidade é o dos **atos e locais públicos**. Assim, não viola a imagem do indivíduo se ela foi captada em local público e desde que o foco principal não seja a pessoa, mas sim, o próprio ato ou local em si. O indivíduo, portanto, deve atuar como mero compositor do cenário e não como personagem principal.³¹⁴

Para LUIS ROBERTO BARROSO, os fatos ocorridos em local reservado têm proteção mais ampla do que os acontecidos em locais públicos. Eventos ocorridos no interior do domicílio de uma pessoa, como regra, não são passíveis de divulgação contra a vontade dos envolvidos. Mas, se ocorrerem na rua, em praça pública ou mesmo em lugar de acesso ao público, como um restaurante ou o saguão de um hotel, em princípio, serão fatos noticiáveis.³¹⁵

Sobre tal possível fronteira à intimidade, vale ressaltar o caso da atriz e apresentadora Daniela Cicarelli, que foi filmada e fotografada em tórrido romance com seu namorado

³¹³ BARROSO, Luis Roberto. *Colisão... Op. Cit.*

³¹⁴ CALDAS, Pedro Frederico. *Op. Cit.* p. 99-105.

³¹⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Colisão... Op. Cit.*

Renato Malzoni Filho em uma praia na costa da Espanha, em meados de 2007. O casal ingressou, então, com ação inibitória pedindo a suspensão de exibição de imagem deles, captadas sem consentimento, e que ensejaram ampla divulgação na internet, em especial no *website* YouTube.com e também em portais de comunicação social como o Globo.com.

Submetida a demanda ao Judiciário, foi inicialmente indeferido o pedido de antecipação de tutela inibitória pelo juízo de primeira instância. Interposto recurso de Agravo, o desembargador relator ponderou que o vídeo não continha matéria de interesse social ou público, indicando haver “uma forte tendência de ser, no final, capitulada como grave a culpa daqueles que publicaram, sem consentimento dos retratados e filmados, as cenas íntimas e que são reservadas como patrimônio privado”.³¹⁶

Um desembargador votou pela não admissibilidade do recurso, afirmando não enxergar prova da verossimilhança das alegações. Segundo ele, os requerentes, pessoas públicas, não tiveram nenhum cuidado com a própria imagem, intimidade e privacidade. Anotou o relator que haveria “ausência do risco de dano irreparável porque eventual violação poderá ser traduzida em perdas e danos”. Note-se que esta última observação lembra pensamento retrógrado de que qualquer violação a direito pode ser revertida em pecúnia.

Posteriormente, já em sede de sentença de primeiro grau, o juiz manteve a sua inclinação já demonstrada no indeferimento do pedido liminar, julgando improcedente a demanda. O magistrado chegou a taxar a utilização do mecanismo jurídico tradicional de “inócuo e até mesmo cômico”, sustentando também que a conduta dos autores “viola o princípio da boa-fé objetiva, pois não lhes é permitido agir de dada maneira em público e depois afirmar que isso não poderia ser veiculado publicamente”. Continua a sentença:

os autores, por livre e espontânea vontade, expuseram-se em ambiente que permitiu a captação das imagens pelas lentes de uma câmera, cujo operador, é bom que se diga, não encontrou absolutamente nenhuma

³¹⁶ TJSP. 4ª Câmara de Direito Privado. AI nº 472.738-4. Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani. Publicado em 28/04/2007.

barreira natural, tampouco empecilho, para a filmagem. Nessas circunstâncias, à primeira vista, não há como vislumbrar, na conduta dos réus, violação de direito à imagem ou desrespeito à honra, à intimidade ou à privacidade dos autores, pois não se tratou de cenas obtidas em local reservado, que se destinasse apenas a encontros amorosos, excluída a visualização por terceiros.

O magistrado *a quo*, sentenciando, ainda relembrou aresto paradigmático julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, no qual se negou direito à indenização por danos morais requerida por pessoa que havia feito *topless* na praia e cuja imagem foi reproduzida pela imprensa. Vejamos:

DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. TOPLESS PRATICADO EM CENÁRIO PÚBLICO. Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem. Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada. Recurso especial não conhecido.³¹⁷

Em conclusão, para não nos furtarmos em emitir opinião, somos desfavoráveis aos argumentos da sentença. Para tal, nos balizamos no pensamento de MANOEL JORGE E SILVA NETO para quem “a suposta antinomia entre o direito à intimidade e o direito à informação jornalística se resolve mediante a aplicação do princípio da necessidade, que consiste no exame casuístico da efetiva necessidade quanto à divulgação da notícia”.³¹⁸

Assim, coadunando com as ideias ventiladas pelo Tribunal, afirmamos que o vídeo não atendia a nenhuma função informativa, de interesse público útil e necessário, servindo apenas de alimento à sanha pela curiosidade mórbida e estéril. Mesmo que fosse considerada reprovável a atitude do casal, não concordamos que a veiculação do vídeo fosse justificada, pois se vale de fato que viola a imagem e a intimidade, ainda que em local público, com o intuito de auferir lucro com ampla audiência.

³¹⁷ STJ. REsp nº 595.600/SC, rel. Min. César Asfor Rocha, julgado em 18/03/2004.

³¹⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O princípio... Op. Cit.* p. 97.

Aproveitando a exposição do caso judicial acima, tem-se a densa ponderação de direitos de personalidade **das pessoas públicas, célebres ou notórias**, as quais têm sua vida privada recuada para fronteiras menores se comparadas às do homem comum. Especialmente os políticos estão sujeitos a críticas e fiscalização da imprensa pelos seus atos. Para PEDRO FREDERICO CALDAS, “quando alguém busca uma função inerente ao que se pode chamar de homem público está automaticamente abdicando do direito de manter certas reservas que a qualquer dos simples mortais é conferido”.³¹⁹

Opinião semelhante detém os juristas ARNOLDO WALD e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS para os quais “ainda que a privacidade esteja assegurada para todos, em relação aos homens públicos tal direito inexistente, a não ser naquilo em que sua ação não repercuta na atividade que exerça na Administração Pública”, afinal os governantes seriam agentes e servidores públicos em um papel de servir à sociedade. Para os cidadãos “não públicos” vêem a lei e a ordem pública como limite à vida privada, devendo haver um comportamento “adequado” de cidadania para o livre exercício deste direito.³²⁰

Semelhante análise tece DIEGO DE LIMA GUALDA quando reconhece que as pessoas e autoridades públicas não renunciam aos seus direitos de personalidade, mas devem suportar determinados sacrifícios em prol de suas posições institucionais, submetidas ao contínuo escrutínio público. Para aquele autor há um verdadeiro exagero dessas autoridades e pessoas públicas no uso de tutelas protetoras de sua honra, o que não estaria de acordo com os princípios democráticos de uma sociedade livre.³²¹

ADRIANO DE CUPIS estabelece que mesmo as pessoas de máxima notoriedade podem opor-se à difusão, sem seu consentimento, das suas imagens relativas à esfera intimida da sua vida privada, isto é, aquele setor da sua vida que se desenvolve entre as paredes

³¹⁹ *Ibidem. loc .cit.*

³²⁰ WALD, Arnaldo; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Liberdade de Imprensa - Inteligência dos Artigos 5º, IV, IX, XIV, e 220, %%1º, 2º e 6º, da Constituição Federal - Opinião Legal. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Nº 32. Set-Out/2009. p. 98-110

³²¹ GUALDA, Diego de Lima. *Op. Cit.*, p. 12.

domésticas e no âmbito da família; podem pedir um preço por esse consentimento e, por isso, a difusão abusiva da sua imagem determina um dano patrimonial indenizável.³²²

ELIMAR SZANIAWSKI observa que na colisão entre direito à intimidade da vida privada de pessoas públicas e a liberdade de informação jornalística deve se observar o princípio da causalidade adequada social (*sozialadäquanz*), ou seja, a revelação daquele aspecto da personalidade deve cumprir uma função social útil e proporcional, havendo uma ponderação entre a lesão dos interesses pessoais, o objeto da informação e a finalidade da publicação.³²³

No caso *New York Times versus Sullivan* (1964), já citado neste trabalho, a Suprema Corte norte-americana já havia ponderado que figuras públicas assumem uma posição diferenciada, de maior exposição ao escrutínio público. Tendência parecida parece seguir a justiça brasileira, como se nota do excerto do seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

[...] 2. As pessoas públicas, malgrado mais suscetíveis a críticas, não perdem o direito à honra. Alguns aspectos da vida particular de pessoas notórias podem ser noticiados. No entanto, o limite para a informação é o da honra da pessoa. Com efeito, as notícias que têm como objeto pessoas de notoriedade não podem refletir críticas indiscriminadas e levianas, pois, existe uma esfera íntima do indivíduo, como pessoa humana, que não pode ser ultrapassada. (REsp 706769/RN, 2004/0168993-6, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14/04/2009, DJe 27/04/2009)

Embora o Ministro Carlos Britto, em determinado trecho do seu voto na ADPF nº 130 indique o critério da proporcionalidade do agravo para balizar o valor das indenizações por danos morais, sem distinguir entre o ofendido ser agente público ou privado, tece o seguinte comentário:

³²² DE CUPIS, Adriano. *Op. Cit.*

³²³ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993. p. 357.

[...] em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania (é direito do cidadão saber das coisas do Poder, ponto por ponto).

Em razão dessa maior exposição das pessoas públicas, a ameaça de lesão ao direito à intimidade e à vida privada daqueles também deve ser ponderada pelo magistrado para analisar o cabimento de uma tutela preventiva daqueles direitos de personalidade.

A crítica jornalística não se confunde com a ofensa, pois aquela contém narração dos acontecimentos e o oferecimento de uma opinião sobre o fato, ao passo que a segunda descamba para o terreno do ataque pessoal. Ademais, as pessoas públicas estão mais expostas a tais críticas. O entendimento foi assim ementado em acórdão do TJBA:

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL DERIVADA DE AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CRÍTICAS À ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL EM PROGRAMA DE RÁDIO. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO À IMAGEM E À HONRA DO APELANTE. OBSERVÂNCIA AOS LIMITES DA LIBERDADE DE IMPRENSA. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. A garantia constitucional a liberdade de imprensa encontra limite no direito constitucional a honra e a imagem, todavia, o dano moral somente se caracteriza quando ocorre excesso na veiculação de notícias ou comentários jornalísticos. Atenta a técnica de julgamento de ponderação de interesses lastreada na prova dos autos, verifica-se que as manifestações do primeiro apelado em programa de rádio da segunda apelada consistiram em críticas à administração pública sem incorrer em ataque pessoal ao apelante ou imputar-lhe a prática de atos ilegais ou improbos.³²⁴

Em recente julgado daquele Tribunal se considerou que “a liberdade de imprensa deve se restringir a divulgar matérias que sejam essencialmente informativas, sem expressar qualquer opinião ou utilizar adjetivos pessoais que ultrapassem o considerado como razoável”.³²⁵ No recurso se analisava o fato de um jornal baiano haver publicado a

³²⁴ TJBA. 2ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 48729-8/2007. Rel. Des. Lealdina Maria de Araújo Torreão. Julgado em 20/10/2009. Publicado em 23/10/2009.

³²⁵ TJBA. 3ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 40763-1/2008. Rel. Des. Rosita Falcão de Almeida Maia. Julgado em 19/01/2009. Publicado em 26/10/2009.

seguinte notícia: “Na Travessa São Vicente, em Cosme de Farias, Salvador, Teotônio Santos França, 30 anos, foi morto com vários tiros. O suspeito do crime é Cristiano Ferreira Ribeiro, o “Quintão”, que já responde a vários inquéritos, acusado de assaltos”.

Discordamos da afirmativa de que a liberdade de informação jornalística não comporte a expressão da opinião. Entretanto, ao divulgar a matéria, há um dever ético do jornal, de checar junto à autoridade policial, se há realmente a “suspeita”, indícios de materialidade e autoria que embasem tal informação. Assim, no caso dos autos, não parece terem sido comprovados tais indícios, o que levou o magistrado a convencer-se de que a “suspeita” foi uma ilação infundada do jornal.

MANOEL JORGE E SILVA NETO conclui que “as colisões entre o direito à intimidade e a garantia fundamental do acesso à informação se operam quase que exclusivamente no âmbito dos indivíduos considerados notáveis”.³²⁶ Dessa forma, o autor vislumbra ser admissível tornar do conhecimento público “aventura amorosa de expressiva liderança política, não para fazer que contra ele se insurja a opinião pública, mas para integrar ao domínio público um fato ligado à esfera íntima da personalidade política”.³²⁷ Assim, também, enxerga possível a divulgação de notícias “sobre enfermidades, curáveis, ou não, porque o povo, ao escolher o mandatário pressupõe o cumprimento integral do mandato, o que poderá ser obstado por doenças”.³²⁸

GILBERTO HADDAD JABUR também enaltece restrições impostas pela notoriedade ostentada por determinado indivíduo. Leciona o autor que “a pessoa notória tem sua circunscrição privada naturalmente diminuída pelo reconhecimento que alcançou perante o público ou certa comunidade”. Entretanto, afirma não ser “qualquer motivo, fato ou notícia que legitima a quebra, mesmo que parcial, da privacidade” devendo aquela “estar

³²⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O princípio...* p. 97.

³²⁷ *Ibidem. loc. cit.*

³²⁸ *Ibidem. loc. cit.*

necessariamente ligada, umbilicalmente jungida, a um dado ou aspecto pessoal responsável pela celebridade alcançada”.³²⁹

Remete aquele autor à sentença do Tribunal Supremo alemão que declara que: “os acontecimentos da vida privada não chegam, sem mais, a serem acontecimentos da vida pública apenas porque se referem a pessoas que estejam na vida pública”.³³⁰ É necessário haver uma separação, ainda que difícil, da vida pública e privada da pessoa notória, justificando-se a invasão desta, apenas quando presente interesse público. E não se confunda esse conceito com mera curiosidade ou **interesse**, frise-se, **do público**. O verdadeiro interesse público conecta-se à noção de relevância social da informação veiculada e critérios de proporcionalidade.

Para LUIS ROBERTO BARROSO o interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro se presume, como regra geral. A sociedade moderna gravita em torno da notícia, da informação, do conhecimento e de idéias. Sua livre circulação, portanto, é da essência do sistema democrático e do modelo de sociedade aberta e pluralista que se pretende preservar e ampliar. Caberá ao interessado na não divulgação demonstrar que, em determinada hipótese, existe um interesse privado excepcional que sobrepuja o interesse público residente na própria liberdade de expressão e de informação.³³¹

Aliás, como ressalta MANOEL JORGE E SILVA NETO:

Encontram-se, em tema de direito à informação jornalística, em posições diametralmente opostas o **interesse do público** e o interesse público, sendo que os órgãos de comunicação, a pretexto de viabilizar o acesso à informação, não podem embaralhar o que seja um e outro.³³² [sem grifo no original]

³²⁹ JABUR, Gilberto Hadad. *Op. Cit.*, p 192.

³³⁰ *Ibidem. loc. cit.*

³³¹ BARROSO, Luis Roberto. *Colisão... Op. Cit.*

³³² *Ibidem.* p. 97.

Para ilustrar o quanto citado nos parágrafos anteriores nos valem do seguinte exemplo imaginário: a foto de um Ministro de Estado saindo de um restaurante com uma mulher, que não a sua esposa, é estampada em capa de revista. Pergunta-se: haveria violação à vida privada? Aparentemente sim. Porém, imaginemos que a referida mulher é, na verdade, funcionária de empresa favorecida em conturbado processo licitatório no Ministério. Com este acréscimo de informação, o fato e a foto do Ministro ganham conotação e interesse público.

PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR, citando HENKEL explica que o homem

enquanto indivíduo que integra a coletividade, precisa aceitar as delimitações que lhe são impostas pelas exigências da vida comum. E as delimitações de sua esfera privada deverão ser toleradas tanto pelas necessidades impostas pelo estado, quanto pelas pessoais dos demais concidadãos, que poderão perfeitamente conflitar ou penetrar por ela.³³³

Portanto, já foi visto que a imagem de determinados indivíduos que gozam de notoriedade pode ser veiculada sem autorização, guardados os necessários requisitos. Entretanto, a inviolabilidade da esfera da vida privada dos cidadãos comuns também pode ser relativizada em caso de autorização judicial para quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico, etc. Portanto, no receio de que, sob o manto do direito à privacidade, estejam sendo cometidos crimes, é justificável a sua invasão. É o que se depreende do aresto abaixo colacionado:

Inexiste a alegada inconstitucionalidade do artigo 235 do CPM por ofensa ao artigo 5º, X, da Constituição, pois **a inviolabilidade da intimidade não é direito absoluto a ser utilizado como garantia à permissão da prática de crimes sexuais.** (HC 79.285, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 12/11/99) [sem grifo no original]

É importante esclarecer que, em verdade, não ocorre uma “quebra” do sigilo de quem esteja sendo investigado, mas apenas uma “transferência” do órgão detentor do segredo

³³³ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Op. Cit.*, p. 45.

para o Poder Judiciário. Portanto, não é apenas pelo fato de haver a “quebra” do sigilo, para utilizarmos de expressão difundida, que se possa noticiar e transmitir o conteúdo deste segredo por meio dos veículos de comunicação. Deve haver uma responsabilidade conjunta do Poder Judiciário e da mídia para que este direito à privacidade, ainda que mitigado, não seja totalmente dilacerado.

Dessa forma, analisar a zona limítrofe entre liberdade de informação jornalística e intimidade, vida privada, honra e imagem, não pressupõe imposição de limites a nenhum dos direitos fundamentais, mas análise do comportamento destes para encontrar suas fronteiras no caso concreto.

Por fim, imperioso asseverar que não existem direitos sem fronteiras. Outorgar liberdade plena a quem quer que seja é sinônimo de ofertar-lhe poder ilimitado para que faça o que bem entender arbitrariamente. É não submetê-lo aos regramentos da ordem jurídica, lhe permitindo insubordinação ao sistema constitucional e colocando-o acima do Estado Democrático de Direito.

5 A TUTELA PREVENTIVA

O estudo da tutela judicial preventiva na proteção dos direitos de personalidade é o tema central da presente dissertação, mormente quando manejada em face de pessoas físicas ou jurídicas que se valham da liberdade de informação jornalística para noticiar fatos que em teoria ensejem a colisão entre os direitos fundamentais analisados.

O substantivo feminino “tutela”, para o dicionário, significa, dentre outras acepções: defesa, amparo, tutoria, proteção.³³⁴ Assim, a chamada tutela jurisdicional é um poder-dever do Estado, notadamente do Poder Judiciário, de proteger os direitos, solucionando o conflito de interesses (lide). Nos ensinamentos da ciência processual clássica, ensina-se que além de ser a garantia de proteção do cidadão pelo estado-juiz, a tutela jurisdicional pode apresentar-se sob três formas: a) de conhecimento; b) de execução e c) cautelar.

Segundo afirma Ovídio Baptista da Silva, o direito processual não pode prescindir da tutela preventiva para responder às exigências impostas pelo Direito neste início de novo milênio, exemplificando que para a proteção dos direitos fundamentais e do meio ambiente “a tutela repressiva será sempre insatisfatória”.³³⁵

Em especial, importará maior análise a **tutela inibitória** que é o objeto da ação de conhecimento preventiva e é classificada como tutela de cognição ou de conhecimento. Não obstante, serão traçadas diferenças teóricas entre as tutelas judiciais preventivas e de urgência e também entre a tutela cautelar e antecipatória. Como se verá adiante, no moderno direito processual civil há uma necessidade de se pensar uma nova tutela

³³⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

³³⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Réquiem para a tutela preventiva*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Nº 24. Mai-Jun/2008. p. 81.

jurisdicional, motivo pelo qual qualquer proposta de classificação com pretensão de perpetuidade e imutabilidade mostrar-se-á rapidamente defasada.³³⁶

5.1. A tutela inibitória

Em síntese apertada, conceituaríamos a tutela inibitória como a proteção viabilizada por meio de uma ação de conhecimento, que possui natureza preventiva, destinada a impedir a prática do ato ilícito.³³⁷

Nas palavras de JOAQUIM GUILHERME SPADONI:

O ajuizamento de uma ação inibitória visa evitar a violação de um direito do autor, pelo réu, a ser efetivada pelos atos que estejam em desacordo com o existente dever de conduta. Tem em vistas atos futuros do sujeito passivo da obrigação, desejando que esses atos, quando praticados, o sejam na forma devida legal.³³⁸

Historicamente, grande parte da doutrina liberal clássica repugnou a atuação judicante antes da violação da norma. A possibilidade de uma tutela puramente preventiva era considerada medida das mais enérgicas e preocupantes, pois existia um “temor de se dar poder ao juiz, especialmente poderes executivos para atuar antes da violação do direito”.³³⁹ O magistrado como integrante de um dos poderes estatais era visto com muita ressalva pelos liberalistas, e sua atuação deveria ser restrita a reproduzir fielmente as leis.

Assim, a ciência processual que se desenvolveu a partir deste determinado momento histórico, vislumbrava que as condenações civis fossem resolvidas em perdas e danos,

³³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória : individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 .p. 22.

³³⁷ *Ibidem. loc. cit.*

³³⁸ SPADONI, Joaquim Felipe. *apud* DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. Vol. 2. Salvador: Edições Jus Podivm, 2007. p. 313.

³³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>>. Acesso em: 10 out. 2007

devendo haver o ressarcimento do direito pelo seu equivalente em dinheiro. Essa visão monetarista da tutela reparatória causou uma série de distorções que, na atualidade, foram atenuadas para dar lugar a uma legislação que prioriza, cada vez mais, a tutela específica dos direitos e não a sua mera restituição pelo equivalente em pecúnia. Recorrendo às palavras de MARINONI:

A ação inibitória é conseqüência necessária do novo perfil do Estado e das novas situações de direito substancial. Ou seja, a sua estruturação, ainda que dependente de teorização adequada, tem relação com as novas regras jurídicas, de conteúdo preventivo, bem como com a necessidade de se conferir verdadeira tutela preventiva aos direitos, especialmente aos de conteúdo não-patrimonial.³⁴⁰

Entretanto, ressoam ainda pensamentos retrógrados tendentes a separar o direito processual do direito material, sem enxergar que a construção de um depende do outro. Em verdade, o sistema trinário de classificação das sentenças elaborado pela doutrina processual clássica, não consegue abarcar a proteção específica aos direitos fundamentais, especialmente os de natureza não patrimonial. Como uma sentença meramente declaratória da existência do direito à intimidade impediria à sua violação? Seria necessária a espera da fase de execução, onde haveria possibilidade de imposição de multa, para a sua tutela? São questões que, se não foram resolvidas, ao menos caminharam para uma melhor solução após as sucessivas reformas ao Código de Processo Civil brasileiro a partir de 1994.

Os novos anseios da sociedade exigiram, portanto, uma resposta mais célere, objetiva e eficaz do Estado. A Era da positivação dos direitos fundamentais pareceu dar lugar, agora, a uma nova, a chamada Era da efetivação das normas que garantem direitos fundamentais, pois ao cidadão não bastava o hipotético mundo do dever-ser criado pelos juristas; ele anseia pela concretização e pela materialização do quanto lhe foi garantido. Essas são as bases do real princípio ao acesso à justiça.

³⁴⁰ *Ibidem*.

A tutela inibitória, antes da nova redação dada ao art. 461, era impossível de ser efetivada, pois o art. 287, fundamento da antiga ação cominatória, não permitia à doutrina construir uma ação que culminasse em sentença mandamental e admitisse tutela antecipatória.³⁴¹ Ou seja, para impedir que alguém praticasse um ilícito era necessário esperar o reconhecimento do direito (na fase de conhecimento) para a sua posterior efetivação (na fase de execução). As multas que hoje são possíveis em qualquer caso de descumprimento à ordem judicial eram somente aplicadas quando prolatada a sentença condenatória, que não raro resolvia a tutela dos direitos em meras perdas e danos.

A mudança de enfoque da tutela reintegratória para a tutela preventiva passa a ocorrer no momento em que a Constituição italiana, em seu art. 24, positiva o princípio da efetividade, garantindo uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Em especial, o art. 156 da Lei sobre Direito de Autor italiana, também previa medidas de atuação judicial prévias ao ato ilícito, tendo ocorrido neste país o maior desenvolvimento doutrinário acerca da tutela inibitória.³⁴² Já o Código Civil alemão (BGB - §1.004) previu hipóteses de tutela inibitória, além de ações fundadas na iminente ameaça ao direito (*Rechtgefährdung* – ZPO §259).³⁴³ O direito anglo-americano também desenvolveu mecanismos processuais de inibição do ilícito através da ação intitulada “*quia timet injuction*”.³⁴⁴

Por sua vez, na legislação brasileira, há pelo menos sessenta anos, já se vislumbravam dispositivos normativos com o fito de coibir a prática do ato ilícito antes da configuração do dano, como se nota do art. 189 do Decreto-Lei nº 7.903/45 (Código de Propriedade Industrial).³⁴⁵ Já a Lei nº 1.533/51, que tratava do Mandado de Segurança, em seu art. 1º,

³⁴¹ MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. Op. Cit.

³⁴² ARENHART, Sergio Cruz. Op. Cit. p. 98.

³⁴³ *Ibidem*. p. 102.

³⁴⁴ MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. Op. Cit. p. 43-45.

³⁴⁵ Art. 189. Independentemente da ação criminal, o prejudicado poderá intentar ação para proibir ao infrator a prática do ato incriminado, com a cominação de pena pecuniária para o caso de transgressão do preceito.

previa a possibilidade de lançar-se mão do *writ* em caso de justo receio de sofrer violação a direito líquido e certo. Tal dispositivo foi reproduzido pela nova Lei nº 12.016/2009, que agora regulamenta aquele tipo de ação mandamental.³⁴⁶

O Código de Processo Civil de 1973, em sua origem, embora negasse a existência de uma ação de conhecimento para evitar o ilícito, relegando às ações cautelares esta função, previu dois procedimentos especiais que pareciam atuar com função tipicamente preventiva, quais sejam: a nunciação de obra nova e o interdito proibitório, previstos nos arts. 934 e 932 do CPC, respectivamente. Interessante notar que estes dois institutos protegem o direito de propriedade, essencialmente patrimonial, mas os direitos da personalidade não foram protegidos pela norma processual.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 forneceu a matriz jurídico-positiva para a existência de uma tutela inibitória em seu art. 5º, inciso XXXV, que previu que “nenhuma lei excluirá da apreciação do judiciário lesão ou **ameaça a direito**”. [sem grifo no original]

Especialmente, na proteção aos direitos da personalidade, previu o novo Código Civil brasileiro, em seu art. 12, *caput*, hipótese de proteção em face de ameaça ou lesão aqueles direitos (tutela inibitória e de remoção do ilícito), além de perdas e danos quando não for possível impedir a sua violação (tutela ressarcitória pelo equivalente).³⁴⁷

Segundo o Enunciado nº 140, aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, “a primeira parte do art. 12 do Código Civil refere-se às técnicas de tutela específica, aplicáveis de ofício, enunciadas no art. 461 do Código de Processo Civil, devendo ser interpretada com resultado extensivo”.³⁴⁸

³⁴⁶ *Ibidem*. p. 47.

³⁴⁷ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

³⁴⁸ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados das Jornadas de Direito Civil. Disponível em www.cjf.jus.br/revista/enunciados/enunciados.htm Acesso em 01/03/2011.

Para GAGLIANO e PAMPLONA FILHO a proteção dos direitos da personalidade se dá nas seguintes modalidades:

a) preventiva – principalmente por meio do ajuizamento de ação cautelar, ou ordinária com multa cominatória, objetivando evitar a concretização da ameaça de lesão ao direito da personalidade; e b) repressiva – por meio da imposição de sanção civil (pagamento de indenização) ou penal (persecução criminal) em caso de a lesão já haver se efetivado.³⁴⁹

CARLOS ALBERTO BITTAR acena para a possibilidade de várias hipóteses de proteção dos direitos da personalidade,

que permitem ao lesado a obtenção de respostas distintas, em função dos interesses visados, estruturáveis, basicamente em consonância com os seguintes objetivos: a) cessação de práticas lesivas; b) apreensão de materiais oriundos dessas práticas; c) submissão do agente à cominação de pena; d) reparação de danos materiais e morais; e) perseguição criminal do agente.³⁵⁰

Ao nosso estudo interessa especialmente a tutela preventiva dos direitos de personalidade, que tem no instrumento da ação inibitória, melhor desenvolvido do que a simples ação cautelar, meios mais propícios para impedir práticas lesivas perpetradas por potenciais abusos na liberdade de informação jornalística.

A tutela preventiva e inibitória para a proteção dos direitos de personalidade ainda tem sido pouco estudada e desenvolvida. É mais comum observar tal instrumento na proteção do meio ambiente e dos consumidores, temas que envolvem direitos difusos e coletivos. Desta forma, o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e o art. 461 do CPC,³⁵¹ alterado

³⁴⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. Cit.* p. 186.

³⁵⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 186.

³⁵¹ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

pela reforma processual da Lei 8.952/94, instituíram um micro-sistema que proporcionou uma grande autonomia dos poderes executórios do juiz, visando a tutela específica dos direitos fundamentais.

A tutela inibitória é uma faceta da tutela mandamental, especialmente ligada às obrigações que impõem um comando de fazer ou um não-fazer. Dessa maneira, o objetivo desta proteção dos direitos é impedir, inibir e coibir o ato ilícito (ou mesmo a sua repetição ou continuação), de modo que este não cause sequer (ou volte a causar, ou continue causando) lesão ao direito. É um mecanismo que tem seus efeitos visando uma ação futura, sendo antagônico ao mecanismo da tutela ressarcitória que visa uma ação pretérita.

Entretanto, FREDIE DIDIER JR. aponta para a possibilidade da efetivação da tutela inibitória não apenas mediante o provimento mandamental, mas também pelo executivo. Segundo o cientista “ambas as técnicas processuais são eficientes para que se alcance o seu resultado, embora a doutrina e a jurisprudência tenham preferido o uso da técnica mandamental”.³⁵²

A tutela inibitória também não pressupõe averiguação de dolo ou culpa do agente, mas tão só da iminência de um ato ilícito. Ela “não pune quem pode praticar o ilícito, mas

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

³⁵² DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. Vol. 2. Salvador: Edições Jus Podivm, 2007, p. 314.

apenas impede que o ilícito seja praticado”.³⁵³ Assim, a multa imposta como método de coerção indireta não objetiva acrescer o patrimônio do autor da ação inibitória, mas tão-só impedir que o réu cometa o ato contrário ao direito.

Em geral, a tutela inibitória é pensada no sentido de impor uma obrigação de não fazer àquele que atua contra o direito. Ocorre que o ato ilícito pode não apenas derivar de uma ação, mas também de uma omissão. Diante desta problemática, é possível a visualização da ação inibitória positiva, que visa a imposição de uma obrigação de fazer como, por exemplo, o manejo de uma tutela preventiva para obrigar determinado meio de comunicação a veicular direito de resposta, fundado no receio de lesão a personalidade e também no próprio direito difuso à informação verdadeira. Em síntese, a mensagem de MARINONI é a seguinte:

Na verdade, há direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional e, assim, direito fundamental à tutela preventiva, o qual incide sobre o legislador - obrigando-o a instituir as técnicas processuais capazes de permitir a tutela preventiva - e sobre o juiz - obrigando-o a interpretar as normas processuais de modo a delas retirar instrumentos processuais que realmente viabilizem a concessão de tutela de prevenção.³⁵⁴

Assim é que não há outra conclusão senão a de propugnar a tutela inibitória como medida necessária para realização do princípio do acesso à justiça. Esta modalidade de tutela específica e preventiva visa resguardar o direito integralmente, admitindo a ideia de que a prevenção é melhor que o mero ressarcimento. Aliás, quando se fala em direito de conteúdo extrapatrimonial este ressarcimento é, em verdade impossível, pois o dano moral não consegue reintegrar totalmente o direito, aliviando, apenas pecuniariamente, a sua perda.

Em relação à proteção de direitos fundamentais como honra, imagem, vida privada e intimidade, a tutela inibitória é de valiosa importância haja vista conferir à decisão judicial

³⁵³ MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. Op. Cit. p. 39.

³⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*. Op. Cit.

executoriedade específica, preservando o direito de forma imediata. Por todo o exposto é que vislumbramos ser o instituto processual de importância vital para a tutela preventiva e específica dos direitos.

5.2. A antecipação da tutela na ação inibitória

Embora tenha um cunho eminentemente preventivo, eventual ação inibitória pode não alcançar o seu resultado útil e prático em função da demora do Poder Judiciário. Assim é que o uso das tutelas de urgência, em especial a antecipação de tutela, poderá ser de grande valia para garantir a efetividade e o sucesso da ação inibitória.³⁵⁵

Importante anotar a lição de GILBERTO HADDAD JABUR, para quem o verdadeiro acesso à justiça não é mais apenas o simples oferecimento de meios aptos e eficientes à tutela de direito dos menos favorecidos, mas garantia de os direitos sejam reconhecidos em tempo hábil. Para aquele autor

Proporcionar a busca de um resultado rápido e eficaz, através do processo judicial, tem se revelado a suma preocupação dos legisladores hodiernos. A ideia de efetividade, como única forma de resgatar o crédito e prestígio do judiciário, move o espírito das modificações ainda operadas. Merece, a propósito, destaque a redação dada ao art. 273 do CPC, que acrescentou enorme carga de efetividade ao processo, cuja falta via-se remediar pelo processo cautelar, no qual se corporificavam formas anômalas de tutela de urgência, incorporadas pela práxis e chanceladas pela jurisprudência.³⁵⁶

O art. 461, §3º do CPC³⁵⁷, oferece a base jurídico-normativa de sustentação da antecipação de tutela nas ações inibitórias.

³⁵⁵ MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. Op. Cit. p. 143.

³⁵⁶ JABUR, Gilberto Haddad. Op. Cit. p. 217.

³⁵⁷ Art. 461. [...] § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Antes da reforma processual operada pela Lei nº 11.232/2005, a doutrina fazia grande esforço argumentativo no sentido de desmistificar a regra da *nulla executio sine titulo* para integrar o processo de conhecimento e o processo de execução em um único processo, composto por duas fases. Esse anseio se concretizou, a fim de que os direitos fundamentais pudessem ser executados sem a exigibilidade de um título executivo no sentido formal.

Cabível a antecipação de tutela na ação inibitória, pois que é ação ordinária de conhecimento, “deve o autor demonstrar, tão-somente, a coexistência dos dois requisitos para a tutela imediata provisória: a relevância do fundamento e o justificado receio de ineficácia do provimento final”,³⁵⁸ ou seja, a presença do *fumus bonis iuris* e do *periculum in mora*. Para MARINONI “a tutela antecipatória não requer, nesses casos, a probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação”,³⁵⁹ pois a ação inibitória não interessa o dano e sim o ato ilícito. Para este autor:

A ideia de subordinar a tutela antecipatória ao dano provável está relacionada a uma visão das tutelas que desconsidera a necessidade de tutela dirigida unicamente contra o ilícito. Se há necessidade de tutela destinada a evitar ou a remover o ilícito, independentemente do dano que eventualmente possa por ele ser gerado, a tutela antecipatória, seja de inibição ou de remoção, *também não deve se preocupar com o dano*. No caso de inibição, basta a probabilidade de que *venha a ser praticado ato ilícito*, enquanto que, na remoção, é suficiente a probabilidade de que *tenha sido praticado ato ilícito*. Porém, tratando-se de ação inibitória nada impede que o autor invoque a probabilidade do dano nos casos em que há identidade cronológica entre o ilícito e o dano, até porque esse último, apesar de não ser sintoma necessário, constitui sintoma *concreto* do ilícito.³⁶⁰

Prevenir um ilícito se mostra solução melhor que tentar remediar um dano futuro. Entretanto, como pontua o autor “para se dar efetividade ao direito, é fundamental impedir a sua violação, pouco importando se o dano não é iminente. Em hipóteses como

³⁵⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit. p. 119.

³⁵⁹ MARINONI, Luis Guilherme. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. Op. Cit.

³⁶⁰ *Ibidem*.

essa, estando o ilícito caracterizado como provável e iminente, cabe a tutela antecipatória ainda que um prejuízo possa ser imposto ao réu”.³⁶¹

Relembrando os requisitos autorizadores da tutela antecipatória, além da probabilidade de que venha a ser praticado um ilícito, que se traduz como a relevância do fundamento (*fumus bonis iuris*), deve estar conjugado o justificado receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*), conforme disciplina o art. 461, §3º do CPC. O direito, portanto, para ser preservado, não pode esperar que seja concedida tutela apenas ao final do processo, sob o risco de perecer.

Pelo perigo da demora é que também se admite a concessão da liminar sem a oitiva da parte contrária (*inaudita altera pars*). O oferecimento do pleno contraditório, em determinado momento, pode inviabilizar o caráter preventivo da ação, exercendo uma verdadeira função notificativa do réu, postergando o resultado prático do provimento.

Por outro lado, por ser medida enérgica, deve ser tomada com grande zelo, prudência e equilíbrio por parte do magistrado, que deve ponderar os interesses em jogo em que pese a irreversibilidade dos efeitos da decisão judicial. Assim, atentando-se para o quanto disposto no art. 273, §2º do CPC discute-se se a tutela antecipatória pode ser concedida diante do risco de causar prejuízo irreversível ao demandado. Entretanto, por uma simples questão de lógica, não há como deixar de conceder tutela antecipatória a um direito provável sob o argumento de que há risco de dano irreparável ao direito do réu. Isso porque essa modalidade de tutela antecipatória já parte do pressuposto de que um direito provável pode ser lesado. Portanto, não admitir a tutela antecipatória, com base no referido argumento, *é o mesmo que deixar de dar tutela ao direito provável para não colocar em risco o direito improvável*.³⁶²

³⁶¹ *Ibidem*.

³⁶² ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.* p. 124.

Assim, deve ser avaliado se presente o princípio da probabilidade, indispensável para o juízo decisório antecipado. Entretanto, a tarefa é ingrata, pois alguma das partes se dará por insatisfeita, seja pelo provimento da medida ou pela inércia. Daí o magistrado como aplicador do direito não poder se furtar ao uso da proporcionalidade para balizar a sua decisão. Como pontua MARINONI:

Para a concessão da tutela antecipatória, nesses casos, requer-se que a atuação do juiz, na proteção do direito do autor, seja justificável diante do risco de dano imposto ao réu. *Não se trata de verificar qual é o "dano maior", como se estivéssemos frente a uma operação aritmética, mas sim de analisar se é justificável, em face dos valores dos direitos em conflito e das circunstâncias do caso concreto, a proteção do direito do autor mediante a imposição de um risco de dano irreversível ao réu.* No caso em que a concessão da tutela antecipada causa risco de dano irreversível ao réu, exige-se a ponderação dos direitos em conflito de acordo com as circunstâncias do caso concreto para concluir-se se é justificável a atuação do juiz mediante a imediata proteção do direito do autor.

É importante frisar que o juiz, em sede de antecipação de tutela inibitória, não estará adstrito ao pedido do autor, podendo tomar as medidas que melhor achar cabíveis para a efetivação do direito. O juiz pode entender por deferir pela antecipação dos efeitos da tutela a qualquer tempo no processo se achar razoável e adequado. Dessa forma, a fungibilidade da medida cautelar é garantia de que se encontrará "maneira melhor de alcançar a finalidade da segurança e a que menos prejudica o demandado em sua liberdade de ação",³⁶³ ou seja, maior efetividade com menor interferência.

Por último, é importante verificar *a distinção entre prova e juízo*. O art. 273 do CPC, ao tratar da "tutela antecipatória", diz que o juiz poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela, desde que, "existindo *prova inequívoca*, se convença da *verossimilhança* da alegação". Segundo MARINONI

Como um dos principais responsáveis pelo gasto de tempo no processo é a produção da prova, muitas vezes admite-se a antecipação da tutela antes que todas elas tenham sido produzidas. Afirma-se, então, que a

³⁶³ *Ibidem*. p. 128.

tutela é concedida com a postecipação da produção da prova ou com a postecipação do contraditório. Nesses casos, "prova inequívoca" significa prova formalmente perfeita, cujo tempo para produção não é incompatível com a imediatidade em que a tutela deve ser concedida (para que o direito não seja frustrado).

No caso em que o procedimento deve prosseguir para que outras provas sejam produzidas, o juízo formado, no seu curso, deve ser denominado de "*juízo provisório*", muito embora seja designado, pelo referido art. 273, de "*juízo de verossimilhança*". Afirmar que a prova deve formar um "*juízo de verossimilhança*", porém, é dizer o óbvio. Isso porque toda prova, esteja finalizado ou não o procedimento, apenas pode permitir a formação de um "*juízo de verossimilhança*", uma vez que a verdade é algo absolutamente *inatingível*. Ao que parece, o legislador, ao aludir a "*juízo de verossimilhança*", pretendeu expressar a ideia de *juízo não formado com base na plenitude de provas e argumentos das partes*, e assim não deveria ter se valido da expressão "*juízo de verossimilhança*", mas sim da de "*juízo-provisório*".

Por outro lado, é importante salientar a diferença entre o objeto da prova em face da tutela inibitória antecipada, da tutela de remoção do ilícito antecipada e da tutela ressarcitória antecipada. Tratando-se de tutela inibitória antecipada, o juízo provisório deve recair sobre fato que indique que o fato temido poderá ocorrer antes da efetivação da tutela final e, evidentemente, sobre a afirmada ilicitude desse último. No caso de tutela de remoção do ilícito antecipada, ao contrário, o juízo provisório, além de considerar a ilicitude, deve se centrar sobre *um fato já ocorrido, e não sobre um fato futuro*. Como já foi dito, o *periculum in mora*, nesse caso, é decorrência automática da probabilidade da ocorrência do ilícito e, nesse sentido, deve ser extraído da própria probabilidade de violação.³⁶⁴

Em síntese parece também que

a tutela antecipatória, ao viabilizar a tutela do direito no curso do processo de conhecimento, resolve de forma adequada o grave problema da necessidade de distribuição isonômica do tempo do processo, e mais do que isso, destrói o mito de que o juiz somente pode julgar após ter encontrado a certeza jurídica.³⁶⁵

O recém-nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, opina que a inibição faz parte da essência da tutela de urgência, pois não se pode esperar a agressão à honra, já que o transgressor não costuma aguardar. Pertinente à prova de afronta à honra, são

³⁶⁴ MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. Op. Cit. p. 150.

³⁶⁵ *Idem*. *Ibidem*.

necessários elementos de convicção que gravitem em torno da probabilidade da prática do ilícito e não do dano e conseqüente ineficácia do provimento final. Assim, na tutela inibitória contra a divulgação da imagem, o requerente há de demonstrar que, se ocorrente a violação temida, sem a efetiva tutela jurisdicional, serão infligidos efeitos desastrosos ao seu direito. Deve-se comprovar, também, a ilicitude na divulgação da imagem e ineficácia de uma tutela judicial posterior à transgressão.³⁶⁶

Dessa maneira, por tudo quanto exposto, não há como concluir diversamente da afirmação da possibilidade e da necessidade de se permitir a antecipação de tutela em sede de ação inibitória, haja vista essa possibilidade se demonstrar como um *plus* à função garantidora da tutela específica dos direitos.

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil traz, em seu título X do Livro I, o regramento para a tutela de urgência e para a tutela de evidência. A tutela de urgência viria a proteger os direitos, bastando à parte demonstrar elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

No que tange a nova proposta de regramento da tutela antecipada, de caráter satisfativo, o projeto foi bastante alterado, tendo em vista a sua agressividade. Isso porque a antecipação dos efeitos da tutela acaba por ser uma sentença fruto de cognição sumária, que impõe à parte prejudicada um comando judicial bastante restritivo, com a aplicação de técnicas coercitivas para cooptar a vontade da parte ré para que cumpra determinada obrigação. Como cediço, a técnica coercitiva é a da aplicação de multa de astreintes, que impõe ao seu destinatário o cumprimento da obrigação de fazer, não fazer e dar coisa.

Assim, em vista da agressiva técnica da tutela antecipada em momento liminar e a fim de prestigiar uma ampla defesa e contraditório, a comissão de juristas, encarregada do

³⁶⁶ FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 799.

anteprojeto do novo Código, previu a utilização de agravo contra tais decisões, inclusive, com a possibilidade de sustentação oral nos Tribunais de segunda instância.

5.3. Distinções entre a ação inibitória e a ação cautelar

A confusão doutrinária é geral quando se trata de diferenciar tutela inibitória e tutela cautelar. Sob a rubrica de se garantir a tutela preventiva dos direitos de personalidade, muitos autores vislumbram apenas a possibilidade de proposição de ações cautelares. Para estes, não haveria necessidade da tutela inibitória, haja vista já haver este meio eficaz para conseguir o mesmo objetivo. Entretanto, tal confusão encontra sua gênese na omissão legislativa até a inserção do art. 461 no CPC.

Antes dessa previsão legal, a tutela dos direitos da personalidade era discutida em sede de ação cautelar inominada, “uma criação da prática forense a partir da necessidade de uma tutela concreta destes direitos” que gerou indesejáveis duplicações de procedimento. Entretanto, nas palavras de MARINONI “a tutela inibitória é prestada por meio de ação de conhecimento, e assim não se liga instrumentalmente a nenhuma ação que possa ser dita principal”,³⁶⁷ pois, tecnicamente, a ação cautelar

pelo fato de exigir uma ação principal, também não é adequada para proteger os direitos que dependem da inibição de um ilícito. O direito à inibição do ilícito não pode ser considerado como direito que objetiva uma tutela que seria mero *instrumento* de outra. Imaginar que a ação inibitória é *instrumental* exige a resposta acerca de que tutela ela estaria servindo. Ora, tendo em vista que não há como aceitar que o direito à prevenção conduz a uma tutela que pode ser vista como *instrumento de outra*, é impossível admitir uma ação inibitória rotulada de cautelar, ou mesmo uma *ação cautelar "satisfativa" ou "autônoma"*, como era chamada antes da reforma de 1994.³⁶⁸

³⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*. Op. Cit.

³⁶⁸ Idem. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. Op. Cit.

Desta forma, não há que se dizer que a tutela inibitória apresenta-se sob a forma de tutela cautelar, nem é espécie do gênero tutela de urgência,³⁶⁹ pois ela não tem conexão com nenhuma ação principal, nem tampouco é requisito para a mesma, traço característico da tutela cautelar. Reside aí a grande dificuldade doutrinária em admitir uma ação que visasse impedir o ato ilícito, mas não se prendesse ao rótulo de cautelar.

Em verdade, tanto a ação inibitória, quanto a ação cautelar são espécies do gênero de tutela preventiva. Entretanto, aquela primeira espécie tem mostrado maior desenvoltura teórica e efetividade prática na proteção dos direitos de personalidade.

JAQUELINE SARMENTO DIAS questiona acerca da finalidade de ambas as medidas processuais:

Será que a cautelar tem a finalidade de prever, de forma autônoma, um ilícito? A tutela inibitória não busca assegurar a viabilidade da realização de um direito controvertido ou mesmo o resultado útil de outro processo. A autonomia é uma das características da tutela inibitória, que é uma ação de conhecimento.³⁷⁰

Para MARINONI, a confusão entre ação inibitória e a ação cautelar reside no fato de que ambas se identificam pela preventividade.³⁷¹ Entretanto, enquanto a cautelar é uma ação de cognição sumária, com contraditório limitado, a inibitória é ação de cognição exauriente, permitindo a realização plena do contraditório.³⁷² Note-se que ambas, entretanto, estão aptas a ensejar coisa julgada material, embora a cautelar ostente menos hipóteses.

Há também grande dificuldade da doutrina em separar o ato ilícito do dano. Enquanto a ação cautelar requer a probabilidade do dano, a ação inibitória recebe a probabilidade do

³⁶⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.* p. 112.

³⁷⁰ DIAS, Jacqueline Sarmiento. *Op. Cit.* p. 150.

³⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. Op. Cit.*

³⁷² ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.* p. 112.

ilícito (ato contrário ao direito).³⁷³ Tome-se, por exemplo, a ação de busca e apreensão, que para alguns ostenta natureza cautelar, trazendo alguns problemas, a saber:

O primeiro deles ligado à prova, pois a *prova do ato contrário ao direito* é completamente diferente da *prova da probabilidade do dano*. (...) Na ação inibitória a prova deve incidir somente sobre a probabilidade do ilícito. A prova poderá recair na probabilidade do dano apenas quando houver *identidade cronológica* entre o ilícito e o dano; nesse caso o autor tem a possibilidade de falar em probabilidade do dano. Mas, tal possibilidade é deferida unicamente ao autor, *pois o réu não pode afirmar que não há probabilidade de dano (que é consequência do ilícito) quando o autor alega somente probabilidade de ilícito*.³⁷⁴

A ação inibitória é uma ação autônoma, e por isso de conhecimento. Uma ação autônoma é chamada de "*satisfativa*", no sentido que satisfaz o desejo de tutela jurisdicional do autor, e assim lhe é bastante. Alguns autores, diante da impossibilidade de proposição da ação de conhecimento inibitória se viam obrigados a criar uma espécie de ação cautelar satisfativa. Entretanto, aceitar essa ficção jurídica é admitir uma estampada contradição, afinal "o que é cautelar não pode satisfazer, e o que satisfaz não é meramente cautelar".³⁷⁵ MARINONI exemplifica, pondo termo final às dúvidas:

Note-se que a ação em que se deseja impedir a violação de um direito da personalidade, quando pensada à distância da teoria da ação inibitória, certamente receberia o *rótulo* de cautelar, pois essa seria a única ação - *para aqueles que desconhecem a ação inibitória* - capaz de conferir tutela preventiva. Contudo, se essa ação fosse concebida como cautelar, tendo sido concedida a tutela para impedir a violação, *seguramente surgiria a problemática da finalidade da "ação principal"*. Ora, seria *impossível encontrar fim para a "ação principal"* pela simples razão de que *o único objetivo do autor foi "satisfeito" com a ação rotulada de "cautelar"*. Tal ação, ainda que denominada de cautelar, por ser "satisfativa" é, por consequência, autônoma. *E daí a conclusão final: toda ação autônoma – que evidentemente não seja uma ação de execução – é uma ação de conhecimento, e não uma ação instrumental ou cautelar*. De modo que a

³⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*. Op. Cit.

³⁷⁴ *Ibidem*.

³⁷⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. 1. 10ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 86.

ação inibitória, especialmente nos dias de hoje, não pode ser compreendida ou confundida com uma ação cautelar.³⁷⁶

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA tece críticas a teoria de MARINONI, pois segundo ele a ação inibitória “não passa de uma ação, que ele supôs mandamental, mas que sequer ultrapassou os limites da tutela condenatória”. Segundo afirma

Não percebeu o processualista que a culpa pelo fracasso da tutela cautelar se devia aos pressupostos estruturais do sistema, não à essência ou funcionalidade da tutela de simples segurança. É de prever que, mais dia menos dia, alguém, sofrendo as mesmas angústias com as carências de nosso processo, resolva eliminar a ‘ação’ inibitória, sob o plausível fundamento de que ela também ‘além de ter causado complicações desnecessárias, nunca foi capaz de propiciar uma tutela preventiva realmente efetiva’.³⁷⁷

Portanto, em grau conclusivo, se temos que “a tutela inibitória é prestada por meio de ação de conhecimento”,³⁷⁸ logo não é correto afirmar que ela se apresenta sob a forma de tutela cautelar, afinal aquela não é requisito para ação principal, traço característico desta. Reside aí a grande dificuldade doutrinária em admitir uma ação que visasse impedir o ato ilícito, mas não se prendesse ao rótulo de cautelar. Embora ambas sejam tutelas de prevenção, a inibitória tem se mostrado mais efetiva na proteção dos direitos de personalidade.

5.4. Distinções da tutela inibitória com as tutelas reintegratória e ressarcitória

Segundo FREDIE DIDIER JR. “é com base na distinção entre ilícito e dano, e com os olhos postos na tutela jurisdicional que pode ser utilizada contra cada um deles, que se promove a distinção da tutela específica em *inibitória*, *reintegratória* e *ressarcitória*”.³⁷⁹

³⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*. Op. Cit.

³⁷⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Réquiem para a tutela preventiva*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Nº 24. Mai-Jun/2008. p. 95.

³⁷⁸ *Ibidem*.

³⁷⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *et. al. Op. Cit.* p. 312.

Anteriormente já vimos os traços característicos da tutela inibitória, cumprindo agora diferenciar de outras espécies de tutela específica, de caráter repressivo: a **reintegratória** (também chamada de tutela de remoção do ilícito) e a **ressarcitória** (ou reparatória, ou ainda, sancionatória³⁸⁰).

Enquanto a tutela inibitória volta-se à probabilidade futura da ocorrência do ato ilícito, as tutelas reintegratória e ressarcitória vislumbram o passado, para remover o ilícito ou para reparar os seus danos, respectivamente. A **inibitória** deve atuar, portanto, quando se quer prevenir uma ação ilícita ainda não ocorrida ou quando se teme a continuação da mesma, “enquanto que a ação de **remoção de ilícito** deve se preocupar com o ilícito de eficácia continuada” e a **ressarcitória** com o dano já ocorrido.³⁸¹

O ilícito cujos efeitos perduram no tempo, já foi obviamente perpetrado, não sendo eficaz o uso da inibitória e sim da reintegratória (de remoção do ilícito). Dessa maneira ela não deixa de ostentar também um caráter de prevenção ao dano. Segundo MARINONI isso se deve a uma razão lógica:

o autor somente tem interesse em inibir algo que pode ser feito e não o que já foi realizado. No caso em que o ilícito já foi cometido, não há temor a respeito do que pode ocorrer, uma vez que o ato já foi praticado. Como esse ato tem eficácia continuada, sabe-se de antemão que os seus efeitos prosseguirão no tempo. Portanto, no caso de ato com eficácia ilícita continuada, o autor deve apontar para o que já aconteceu, pedindo a remoção do ato que ainda produz efeitos.³⁸²

A tutela reintegratória também não pressupõe a existência de um dano, mas tão só de um ato contrário ao direito. Em ocasião de antecipação dos seus efeitos, que é plenamente possível, o *perigo da demora* será inerente à própria probabilidade de o ilícito ter sido praticado. Segundo explica MARINONI

³⁸⁰ MOREIRA, José Carlos Baborsa. apud DIDIER JÚNIOR, Fredie. *et. al.* Op. Cit. p. 313.

³⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. Op. Cit.*

³⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. Op. Cit.*

Como a tutela final, na ação de remoção, objetiva eliminar o *próprio ilícito ou a causa do dano*, não há como supor que a tutela antecipada de remoção exija, além da probabilidade da prática do *ilícito (fumus)*, a probabilidade da prática do *dano* (que seria o perigo nas ações tradicionais). Isso por uma razão óbvia: a simples prática do *ilícito* abre oportunidade à tutela final, sem que seja preciso pensar em *dano*, que já é pressuposto pela regra de proteção e, assim, descartado para a efetividade da tutela jurisdicional, seja final ou antecipada. *Perceba-se que, quando se demonstra que provavelmente foi praticado um ilícito, evidencia-se, por conseqüência lógica, que provavelmente poderá ocorrer um dano.*

Por sua vez, a tutela ressarcitória é aquela que atua em caso de falha das tutelas inibitória e reintegratória. Ela deve atuar, portanto, quando o dano já houver sido perpetrado, de modo a propiciar a reparação do direito violado. O ressarcimento específico, quando se fala em direitos extrapatrimoniais é quase impossível, não raro ocorrendo a indenização dos danos ocorridos por uma soma equivalente em dinheiro.

JACQUELINE SARMENTO DIAS anota que “o direito à imagem, como os demais direitos da personalidade, não pode ter sua tutela limitada à técnica ressarcitória. Isso seria o mesmo que obrigar alguém a aguardar lesão ao seu direito para, então, reclamar sua tutela”.³⁸³

O chamado desagravo público ou ainda o direito de resposta são tidos pela doutrina como exemplos de tutela ressarcitória dos direitos da personalidade ou modos de ressarcimento *in natura*. Entretanto, é conhecido ditado popular de que “tapa dado não se tira”. O dano moral incide mais como uma multa de finalidade inibitória, para que o réu não torne a transgredir o direito do autor, do que uma reparação ao direito sacrificado. Mas isso seria tema para outro trabalho.

Segundo MARINONI, a diferença da reintegratória para a inibitória se evidencia também quanto aos requisitos para a concessão tutela antecipada:

³⁸³ DIAS, Jacqueline Samento. *Op. Cit.* p. 149.

Na hipótese de tutela antecipada em ação ressarcitória, o juízo provisório deve estar centrado sobre *o dano* já ocorrido (*fumus boni iuris*) e na necessidade de a tutela ser prestada antecipadamente para que não ocorra a sua potencialização ou para que não venha a ocorrer outro *dano* (*periculum in mora*), diverso daquele que se deseja reparar através da tutela final. É o caso, por exemplo, da tutela antecipada de soma em dinheiro requerida em ação ressarcitória sob o argumento de que há necessidade imediata dessa tutela para que sejam supridas necessidades primárias. Nessa situação, importa, além da probabilidade do dano e da responsabilidade do réu, o fundado receio de que, se o ressarcimento não ocorrer – ao menos em parte - na forma antecipada, outro dano possa acontecer⁽³⁶⁾. O mesmo se pode dizer em relação à necessidade de imediata higienização de um rio (tutela ressarcitória na forma específica) para que outros danos não sejam produzidos ou também para que o próprio dano não se potencialize.³⁸⁴

Por fim, cumpre recorrer mais uma vez a norma constitucional que garante a inafastabilidade de apreciação do poder judiciário, com o fito de distinguir as tutelas inibitória e ressarcitória. Assim positivou a Constituição Federal de 1988 que nenhuma lei excluiria da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV).

Diante do dispositivo constitucional, visualiza-se, mais uma vez, a diferença entre tutela ressarcitória e inibitória. A primeira está ligada à ideia contida no termo “**lesão**”, no sentido de que preocupa-se com o **dano**, enquanto a segunda está conectada à locução “**ameaça a direito**”, donde se conclui que preocupa-se com o **ato ilícito**. Relembre-se que pode haver ato ilícito sem a consequência necessária do dano, porém, não raro, as duas figuras unem-se instantaneamente.

5.5. O controverso uso da tutela inibitória para proteção dos direitos de personalidade e a liberdade de informação jornalística

A imprensa sempre repeliu qualquer forma de intervenção prévia à veiculação da notícia, identificando como principal inimigo da plena liberdade de informação jornalística o

³⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*. Op. Cit.

Estado, em especial os Poderes Executivo e Legislativo, que sempre tentaram manter normatizado o tráfego de informações. Entretanto, com o advento de uma nova realidade constitucional e democrática a imprensa viu no Poder Judiciário uma crescente ameaça institucional.

Tal assertiva pode ser sintetizada na opinião do doutor em comunicação CARLOS EDUARDO LINS DA SILVA para quem

não é só no Poder Executivo que se concentram as ameaças à liberdade de expressão no país. Tem sido o Poder Judiciário, aliás, o mais desenfreado em arbitrariedades contra os meios de comunicação desde o fim do regime militar. Em todos os Estados, juízes de diversas instâncias decidem proibir divulgação de informações, apreendem edições, determinam censura prévia, por razões às vezes escandalosamente casuísticas e em defesa desabrida de seus interesses pessoais. Embora quase sempre essas medidas sejam posteriormente suspensas por tribunais superiores, elas constituem intimidações indiscutíveis, causam prejuízos por vezes vultosos e ajudam a desestruturar a rede de apoio coletivo capaz de enraizar na cultura nacional a consciência da necessidade de garantir a liberdade de expressão.³⁸⁵

Em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, o jornalista JÂNIO DE FREITAS, comentando o julgamento do Mandado de Segurança impetrado por aquele meio de comunicação perante o STF acerca do caso Fernando Sarney, opina que

O vernáculo não perdoa, porém. Proibição de divulgar chama-se censura, sem distinção de sua autoria. E, se procedente do Judiciário, a adjetivação cabível é mesmo a de censura judicial. Não há filigrance jurídica que ludibrie a associação de vernáculo e senso comum. [...] Ocorre que “a ameaça” relacionada a uma publicação ainda desconhecida é uma presunção – tanto no sentido de suposição como no de pretensão. É, como base de leis, a própria censura prévia baseada no princípio da arbitrariedade: a censura antidemocrática.³⁸⁶

³⁸⁵ SILVA, Carlos Eduardo Lins da. *A Malquerida Liberdade de Imprensa*. Disponível em: <http://interessenacional.com/artigos-integra.asp?cd_artigo=41>. Acesso em: 31 janeiro 2011.

³⁸⁶ FREITAS, Jânio de. *A Ameaça*. Publicado na Folha de São Paulo de 13/12/2009. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos.asp?cod=567JDB019>>. Acesso em: 03 fevereiro 2011.

O jornalista e professor da Escola da Comunicação e Artes da Universidade de São Paulo, EUGÊNIO BUCCI, também manifesta a sua indignação a respeito do caso, opinando que “guardar o sigilo de Justiça é função dos juízes. A função da imprensa é descobri-lo e, a partir daí, considerar a necessidade de publicá-lo. Em liberdade. *A posteriori*, e apenas *a posteriori*, ela poderá ser responsabilizada, aí sim, na Justiça, pelos excessos em que vier a incorrer.”³⁸⁷

Discordamos da assertiva do jornalista de que incumbe apenas aos juízes a guarda do segredo de justiça. O dever de respeito ao princípio do segredo de justiça, elevado a preceito constitucional, não é caro tão somente aos magistrados, devendo ser uma premissa seguida tanto pelos cidadãos, pela imprensa, como pelo próprio Judiciário. Portanto, incumbe a todos a guarda daquele, mas também o respeito às normas constitucionais que garantem o sigilo das correspondências, comunicações e dados pessoais, sigilo da fonte de informação jornalística, voto secreto, privacidade ou qualquer outro segredo institucional.

A ONG Artigo XIX concluiu, em relatório, que no Brasil há um abusivo uso de ações judiciais que inviabilizam a plena liberdade de expressão, especialmente propostas por autoridades públicas.³⁸⁸ O estudo ainda identificou a existência comum e excessiva de liminares e proibições de circulação de notícias. Segundo a ONG,

decisões liminares, anteriores ao amplo conhecimento do tema relativo ao mérito em ações de difamação, não devem ser aplicadas de forma a proibir publicações, exceto por decisão judicial e em casos bastante excepcionais, desde que presentes as seguintes condições: 1) o autor

³⁸⁷ BUCCI, Eugênio. *Os juízes vão editar os jornais?* Publicado na Folha de São Paulo de 16/12/2009. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20091217/not_imp483289,0.php>. Acesso em: 03 fevereiro 2011.

³⁸⁸ Segundo pesquisa da entidade, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, entre os anos de 2005 e 2007, foram detectados 27 acórdãos versando sobre o tema de crimes contra a honra e liberdade de imprensa, no qual deste total, 16 envolviam detentores de cargo ou função pública. Em relação a acórdãos versando sobre ações indenizatórias, dos 53 pesquisados, 20 envolviam pessoas detentoras de cargos ou funções públicas. (Artigo XIX. *Brazil Foe Restrict Report*. Disponível em: <<http://www.article19.org/pdfs/publications/brazil-foe-restricts-port.pdf>>. Acesso em: 03 fevereiro 2011.

deve demonstrar que sofrerá dano irreparável - que não poderá ser compensado por recursos legais posteriores - se a publicação ocorrer; 2) o autor deve demonstrar que sua ação é fundamentada e tem grandes chances de sucesso, inclusive com a prova: 2.1.) de que as declarações em questão foram indubitavelmente difamatórias; e 2.2) que qualquer possível defesa é manifestamente infundada.³⁸⁹

Ainda segundo a Organização, as liminares que impedem previamente publicações são proibidas pela Convenção Americana de Direitos Humanos e também pela Constituição brasileira. Admite que, mesmo quando aplicadas após a publicação original, decisões que impedem sua posterior circulação só devem ser utilizadas em casos extremamente raros e somente quando as circunstâncias, absolutamente, exigirem tal medida. No Brasil, embora instâncias superiores tendam a rapidamente cassar liminares que constituem censura prévia, é preocupante a persistência de seu uso por juízes de primeiro grau.³⁹⁰

Em artigo, DIEGO DE LIMA GUALDA reconhece que há fundamento constitucional e legal para a tutela inibitória, entretanto acredita que na prática ela se mostra inadequada e tendente a cercear sempre a liberdade de pensamento, de expressão de imprensa, defendendo que o direito de resposta e as indenizações por danos são meios mais adequados para a responsabilização em casos de abuso. Raciocina ainda que,

para a manifestação de pensamento não há forma de se antecipar à nocividade ou o abuso de direito, pois esse só se apresenta na medida em que o direito é exercido. Qualquer inibição, nesse sentido, não se apresenta apenas quanto à atividade nociva, mas também contra a atividade albergada pelo direito. A idéia de se regular a censura prévia, em qualquer sentido, equivale à idéia de proibir o “uso” pelo medo do “abuso”, algo que obviamente não se pode aceitar num contexto de liberdades plenas. As faculdades relativas ao pensamento e à expressão, ligadas à própria natureza da criação humana não podem ser antecipadas. As tentativas de antecipação esbarram irremediavelmente num sacrifício desse caráter imanente de perpétua novidade inerente às expressões humanas e atinge um âmbito essencial do que significa o agir e o fazer humanos e, portanto, a idéia de dignidade.³⁹¹

³⁸⁹ *Idem.*

³⁹⁰ *Idem.*

³⁹¹ GUALDA, Diego de Lima. *Op. Cit.*, p. 10.

Prossegue aquele autor no sentido de identificar uma verdadeira malversação do uso desta modalidade de tutela de direitos por parte de autoridades e personalidades públicas, que se utilizam da sua função pública como se um direito de personalidade fosse, confundindo as esferas do público e do privado. Confira-se a citação literal:

O deferimento de tutelas inibitórias que proíbam opiniões e informações sobre esses agentes públicos, em geral, benefício algum traz à sociedade que supostamente eles deveriam servir, mas aproveitam tão somente ao próprio interessado, inúmeras vezes, em detrimento do bem público. Existe, contudo, pouca disposição para que isso seja feito e, em oposição, o cargo público ou a notoriedade é usada como escudo de defesa, como patrimônio privado, como um óbice justificável da interferência da sociedade na vida daquele que detém o cargo. Em nada disso reside a afirmação de que a manifestação de pensamento, liberdade de expressão ou imprensa sejam absolutas, apenas que uma prática específica, a da censura prévia, não pode ser aceita numa sociedade aberta e democrática, e que se interpreta avançando para um regime mais pleno de cidadania.³⁹²

Ainda no campo da marcada posição doutrinária que repele a tutela inibitória em face dos meios de comunicação, anota-se a opinião de MARCO AURÉLIO PERI GUEDES, para quem aquele instrumento processual de proteção de direitos da personalidade acaba por significar um mecanismo de censura a burlar a vedação constitucional de censura, que se lhe imprime pela constituição de 1988. Para o autor existe

a utilização política do poder judiciário, que, sob o manto de defensor das virtudes democráticas, agora faria as vezes de censor, emprestando sua competência constitucional como administrador da jurisdição e solucionador de conflitos ao ato antidemocrático. A tutela judiciária, então, agiria como uma limitação ao direito fundamental da liberdade de imprensa, a revelar uma nova forma de censura.³⁹³

Assim, para aquele autor deve-se rechaçar

toda a possibilidade de ingerência externa ao exercício dessa liberdade, bem como de qualquer modalidade de censura prévia, sem embargo do

³⁹² *Idem. Ibidem.*

³⁹³ GUEDES, Marco Aurélio Peri. *A liberdade de imprensa agrilhoada*. In: Lex Humana: Revista de Direito da Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, nº 1, p. 65-84, 2010, p. 73-74.

dever de ética no jornalismo, do cometimento com a verdade e do compromisso democrático. Eventuais excessos e abusos no exercício da liberdade de imprensa devem ser punidos à luz da responsabilidade civil e, eventualmente, criminal.³⁹⁴

Novamente invocando a doutrina da posição preferencial da liberdade de informação, Luis ROBERTO BARROSO assevera que a proibição prévia de publicações é modalidade de intervenção radical não prevista explicitamente pelo constituinte em nenhum ponto do texto de 1988 e que elimina a liberdade de informação e de expressão. Entretanto, admite que deve ser tolerada em casos de absoluta excepcionalidade, quando não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade. Aduz, ainda, que a opção pela composição posterior tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a idéia de ponderação.³⁹⁵

Nesse mesmo sentido, ARNOLDO WALD e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS opinam que “tanto as leis como o Poder Judiciário não podem restringir a liberdade de imprensa, que é constitucionalmente assegurada”, asseverando que a norma prescrita no §1º do art. 220 da CF prevê apenas a responsabilidade dos meios de comunicação com a possibilidade unicamente de indenização por danos materiais ou morais (tutela ressarcitória) e direito de resposta em casos de uso daquela liberdade de forma irresponsável, inverídica e dolosa.³⁹⁶

Entretanto, pondera OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA que diante da moderna *sociedade do risco*, idealizada por Ulrich Becker, “torna-se absolutamente anacrônica a orientação da jurisprudência e da própria doutrina que ainda pensam em tutela apenas repressiva, sem

³⁹⁴ *Idem. Ibidem.*

³⁹⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Colisão... Op. Cit.*

³⁹⁶ WALD, Arnaldo; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Liberdade de Imprensa - Inteligência dos Artigos 5º, IV, IX, XIV, e 220, §§1º, 2º e 6º, da Constituição Federal - Opinião Legal. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Nº 32. Set-Out/2009. p. 98-110

assumir a responsabilidade na defesa da tutela preventiva, consagrada, aliás, em texto constitucional".³⁹⁷

Embora parte da doutrina faça loas à tutela ressarcitória e repressiva dos direitos como meio menos gravoso à liberdade de informação jornalística, não se pode olvidar que, ainda assim, pode haver censura judicial, dessa vez, *a posteriori* pela imposição de vultosas indenizações que possam até mesmo inviabilizar a manutenção de uma empresa jornalística.

O Ministro Carlos Britto, em seu voto na ADPF nº 130, faz a advertência de que a proporcionalidade deve balizar a reparação pecuniária:

[...] mas sem que tal reparação financeira descambe jamais para a exacerbação, porquanto: primeiro, a excessividade indenizatória já é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa; segundo, esse carregar nas cores da indenização pode levar até mesmo ao fechamento de pequenos e médios órgãos de comunicação social, o que é de todo impensável num regime de plenitude da liberdade de informação jornalística.³⁹⁸

Mais adiante, propugna que a equação da responsabilidade civil de "quanto maior o dano, maior a indenização" não inclui em sua variável o fato da veiculação da ofensa ser perpetrada por órgão de imprensa. Ou seja, por conta da maior repercussão e do maior âmbito de propagação dos fatos noticiado pelos meios de comunicação, não se pode impor uma responsabilidade diferenciada, agravada, como supunha a revogada Lei de Imprensa, sob pena da "liberdade de informação jornalística deixar de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão *lato sensu* para se

³⁹⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Réquiem para a tutela preventiva*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Nº 24. Mai-Jun/2008. p. 97.

³⁹⁸ STF. ADPF 130. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208, Divulgado em 05 novembro 2009. Publicado em 06 novembro 2009, p. 60.

tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Até de nulificação, no limite”.³⁹⁹

Como se verá mais adiante, os juízes continuam a enquadrar na equação da quantificação do dano moral o fato de a informação ter sido veiculada em meio de comunicação, considerando tais ferramentas como mais extensivas e, assim, potencialmente mais danosas. Assim, a jurisprudência tem entendido que as ferramentas de disseminação de informação praticadas pelos meios de comunicação social e pela *internet* alcançam um grande contingente de pessoas, considerando que eventual violação aos direitos de personalidade tendem a repercutir de maneira mais extensiva, influenciando também na quantificação do dano aos bens personalíssimos.

Entende SÉRGIO RICARDO DE SOUZA que o Poder Judiciário encontra-se legitimado para conhecer preventiva e cautelarmente da colisão entre dignidade da pessoa humana e liberdade de informação jornalística baseado no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV da CF/88). Alerta, no entanto, que o juiz deve basear-se em critérios de proporcionalidade, fundamentando a sua decisão de maneira ampla a permitir o diálogo democrático entre intérprete e sociedade, conferindo maior legitimação à atividade jurisdicional, a fim de evitar a censura. Dessa forma, exemplifica aquele autor que,

quando uma pessoa humana investigada sente-se ameaçada em relação ao resguardo de sua honra, como bem inerente à sua personalidade e dignidade humana, não tem que necessariamente se submeter aos efeitos do dano, para somente então buscar a tutela jurisdicional estatal, pois então estará ao seu alcance apenas uma medida de cunho monetarista, consistente na reparação do dano moral sofrido, mas não se logrará com tal medida alcançar o principal, que é impedir o ataque à sua dignidade.⁴⁰⁰

³⁹⁹ *Idem*, p 63.

⁴⁰⁰ SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Op. Cit.*, p. 169-170.

Lembra, ainda, que os meios de comunicação e jornalistas podem se valer da tutela jurisdicional para garantir o pleno exercício da liberdade de informação jornalística, quando haja interesse público na divulgação do nome e da imagem do investigado e alguma autoridade pública (juiz, delegado de polícia e outros) crie indevidos obstáculos ao acesso daqueles dados.⁴⁰¹

Na visão de ÁLVARO RODRIGUES JÚNIOR a tutela judicial preventiva é indispensável para que se evite a ocorrência do dano, ou mesmo para amenizar as conseqüências de intromissão ilegítima aos direitos de personalidade, não podendo se falar em censura do Poder Judiciário, mas simples exercício da atividade jurisdicional. Entretanto, pondera que diante do significado político da liberdade de informação em um regime democrático, muitas vezes, se mostra imprescindível e prudente facultar ao agente informador a oportunidade de apresentar a sua defesa antes de o magistrado se pronunciar sobre o pedido de tutela preventiva, principalmente em casos que envolvem titulares de cargos públicos.⁴⁰²

Há também críticas no sentido de que o controle judiciário da liberdade de informação jornalística se constituiria em uma espécie de censura estatal legitimada, haja vista que os juízes não são escolhidos diretamente pelo povo. Tal argumento é falho, uma vez que a forma de ingresso na magistratura decorre do art. 93, I da Constituição Federal, que, por sua vez, foi promulgada pelos parlamentares constituintes eleitos democraticamente.

Embora adotando posição romântica e idealista PEDRO FREDERICO CALDAS opina que o Poder Judiciário é formado por um quadro de técnicos, não retratando um poder hegemônico do momento como o Executivo e o Legislativo. Portanto, por mais que a posição jurisprudencial seja taxada como conservadora ou avançada, jamais pode ser considerada como elemento de ruptura das instituições e das liberdades. O Poder Judiciário tem o condão de resguardar o Direito e não de escoimá-lo baseando-se na meritocracia para o ingresso na carreira, através de concurso de provas e títulos. Reforça também o fato de

⁴⁰¹ *Idem*, p. 172.

⁴⁰² RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. *Op. Cit.*, p. 186.

que a Constituição não excluiu da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

Ainda segundo aquele autor “a apreciação judicial não é passiva, contemplativa, ao contrário, é dinâmica e se traduz no exercício do poder coativo estatal para dirimir a lide e restaurar a paz e o equilíbrio social onde houve a ruptura da ordem, agindo, inclusive, preventivamente para conjurar a ameaça a direito”. A intervenção judicial nesses casos, mesmo que vez ou outra atinja a liberdade de informação jornalística, não pode ser evitada nem temida, pois o Poder Judiciário atua como guardião da Constituição. Entretanto, a matéria está longe de ser pacificada e o STF, no momento, inclina-se por considerar a atuação judicial preventiva como forma de censura prévia.⁴⁰³

A ingerência do Judiciário através da atuação preventiva sobre supostas veiculações atentatórias de outros direitos constitucionais é questão conflituosa. É preciso ter atenção para não confundir atuação preventiva do Poder Judiciário com censura prévia. Entendê-los como sinônimos é admitir e postergar a intervenção do judiciário apenas para compor o dano, reconhecendo sua atuação puramente repressiva, negando-lhe a função de resguardar a tutela específica dos direitos e proporcionando um resultado rápido e eficaz do processo judicial.⁴⁰⁴

Não há um silogismo obrigatório entre tutela preventiva judicial e censura prévia - como boa parte da doutrina e dos ministros do STF possa entender - muito embora ela possa acontecer por meio da tutela preventiva. Por mais que o Judiciário tenha legitimidade democrática e integre nos seus quadros juízes de alta capacidade técnica, isso não o isenta de cometer arbitrariedades.

A Suprema Corte americana definiu que as restrições prévias (*prior restraints*) são proibições judiciais predeterminadas à liberdade de expressão, que embora não sejam

⁴⁰³ CALDAS, Pedro Frederico. *Op. Cit.* p. 109-111

⁴⁰⁴ *Ibidem. loc. cit.*

inconstitucionais de *per se*, mostram-se como um remédio excepcional, que não deve ser manejado enquanto o mal causado pela publicação não seja demonstrado de maneira grandiosa e certa e não possa ser impugnada por uma medida menos intrusiva.⁴⁰⁵

A forma mais comum de restrição prévia é ação judicial conhecida na doutrina americana como *gag order*, que em tradução livre significa ordem de silêncio. A literatura também comenta acerca de outros mandamentos judiciais como a *restraining order* ou *order of protection*.

Há notícia, também, da chamada *strategic lawsuit against public participation (SLAPP)*, expressão cunhada em 1980 pelos professores da Universidade de Denver GEORGE W. PRING e PENELOPE CANAN para designar uma espécie de ação civil com o intuito de intimidar a publicação de informações. No Brasil seria uma espécie de interpelação judicial ou lide temerária, com o único objetivo de fazer a parte despende com a contratação de advogados e custas processuais, sendo prática vedada pelo Código de Processo Civil. Nos Estados Unidos, embora não haja lei federal para coibir o uso das SLAPP's, alguns estados, a exemplo da Califórnia, editaram normas a respeito.⁴⁰⁶

Se por um lado há o temor da imposição de medidas de limitação e restrição prévia à informação, deve-se mencionar a expressão *chilling effect*, ou efeito de resfriamento, comumente usada pela literatura jurídica americana para identificar o temor de que veiculação de uma notícia possa gerar uma penalização. Portanto, não apenas a limitação prévia da notícia pode caracterizar-se como censura, mas, também, o manejo indiscriminado de ações de cunho indenizatório e repressivo.

⁴⁰⁵ HINES, Barry O.; WILKE, R. Kurt; LAHR, Sarah M. *Chapter Thirteen: Prior Restraint*. Disponível em <http://www.isba.org/sites/default/files/Media%20Law%20Handbook%20Chapter%2013%20-%20Prior%20Restraint.pdf>. Acesso em 14/02/2011.

⁴⁰⁶ CASP. *California Anti-SLAPP Project*. Disponível em: <<http://www.casp.net>>. Acesso em: 03 março 2011.

O ex-ministro chefe da Suprema Corte americana, Warren Burger, no julgamento *Nebraska Press Association versus Stuart* (1976), revendo alguns casos de decisões que impunham uma restrição prévia declarou:

A discussão em torno desses casos é que as restrições prévias sobre a expressão e a publicação são as mais sérias e menos toleráveis formas de infringência aos direitos consignados na primeira emenda. Uma restrição prévia produz uma sanção imediata e irreversível. Se pode ser dito que uma ameaça de ação criminal ou civil após uma publicação “resfria” a expressão, a restrição prévia a “congela” ao menos pelo tempo.⁴⁰⁷

Há, portanto, uma presunção de inconstitucionalidade a qualquer forma de limitação prévia na veiculação de informações, que a admite apenas em casos de interferência em processos judiciais, quando configure ameaça ao direito fundamental a um julgamento justo e à proteção da identidade de menores. Assim, o direito norte-americano caracteriza-se pela prioridade da liberdade de expressão e de informação jornalística. Entretanto, tais direitos não encontram posição preferencial na seara da responsabilidade civil, havendo casos de severas condenações dos tribunais americanos pelo abuso da liberdade de informar.⁴⁰⁸

Segundo Pedro Frederico Caldas a intervenção prévia ao dano pelo Poder Judiciário “não se trata de censura, quanto menos de fiscalização sumária”, pois não é intervenção do poder executivo para filtrar genericamente ao seu talante as publicações. O controle judicial não faz a democracia derrotada, pois “não é sacrifício de um direito em atributo ao outro, mas valoração, caso a caso, da potência que a lesão iminente, ou em curso, apresenta”.⁴⁰⁹

Entretanto, deve-se olhar com reserva para tal posicionamento, haja vista o Poder Judiciário, ainda que legitimado democraticamente, poder também fazer as vezes de

⁴⁰⁷ HINES, Barry O.; WILKE, R. Kurt; LAHR, Sarah M. *Chapter Thirteen: Prior Restraint*. Disponível em <http://www.isba.org/sites/default/files/Media%20Law%20Handbook%20Chapter%2013%20-%20Prior%20Restraint.pdf>. Acesso em 14/02/2011.

⁴⁰⁸ Idem. Ibidem..

⁴⁰⁹ CALDAS, Pedro Frederico. *Op. Cit.*

órgão estatal censor, quando não analisa a colisão de direitos fundamentais de maneira adequada e deferindo a tutela inibitória de maneira desproporcional.

Segundo JACQUELINE SARMENTO DIAS:

Não podemos negar que o sujeito ativo do direito à imagem não possa ficar à espera do resultado da ação de ressarcimento enquanto a violação se propaga. Não se pode esperar. Vem daí a possibilidade das providências cautelares, na tentativa de suspender o ato ilícito enquanto a resolução da ação de ressarcimento não sai.⁴¹⁰

Também defendendo a tutela inibitória, distinguindo-a da censura, temos LUIS GUSTAVO GRANDINETTI ao afirmar que:

a proibição e censura dirige-se aos poderes administrativos e não ao Poder Judiciário, que não tem como exercer censura a priori, mas como é de seu ofício, compor interesses em conflito concretamente invocados”. Portanto, decisão judicial não seria ato de censura desde que atenta aos princípios que permitem a limitação à determinadas liberdades.⁴¹¹

GILBERTO HADDAD JABUR ilustra com fatos exemplos de jurisprudência, doutrina e legislação estrangeiras a consagração da tutela inibitória. Para citar jurisprudência e doutrina francesas lembra RAYMOND LYNDON e JEAN CARBONNIER, que defendem ser melhor a reparação *in natura* que na forma de perdas e danos. Já o código civil francês, em nova redação do seu art. 9º, prevê essa intervenção preventiva do juiz, que pode “sem prejuízo da reparação de danos sofridos, determinar todas as medidas, tais como seqüestros e arrestos, entre outras, próprias a impedir ou fazer cessar um atentado à intimidade da vida privada; havendo urgência, essas medidas podem ser determinadas liminarmente”.⁴¹²

Também a prevêm a tutela preventiva, tanto a Constituição italiana (art. 21, alínea II), quanto a Carta de Direitos e Liberdades da Pessoa, vigente na província canadense do

⁴¹⁰ DIAS, Jacqueline Sarmiento. *Op. Cit.* p. 149.

⁴¹¹ CARVALHO, Luis G. D. C. de. *Op. Cit.*, p. 123.

⁴¹² JABUR, Gilberto Haddad. *Op. Cit.* p. 211.

Québec (art. 49, alínea I). O autor traz basilar jurisprudência da Suprema Corte Argentina que estabelece que a consciência da própria dignidade não se satisfaz “com indenizações pecuniárias, nem com publicações extemporâneas dispostas por sentenças inócuas, porque tardias. A crua noção anglo-saxônica de vindicar a honra *by getting cash* já mostrou que é insatisfatória para muita gente decente”.⁴¹³

Na prática, JACQUELINE SARMENTO DIAS também enuncia jurisprudência estrangeira, consagrada da tutela inibitória em relação aos direitos da personalidade. Trata do caso julgado pela Corte de Cassação francesa que ordenou a

requisição dos exemplares de certo jornal francês, como medida de prevenção tendente a evitar maiores prejuízo futuros, quando neles foram produzidos, com fim comercial, as fotos do filho de certo ator muito conhecido, que encontrava-se hospitalizado, informando a situação de sua saúde sem autorização da família (Corte de Casación, 2ª Câmara Civil, 12.07.1966).⁴¹⁴

Por outro lado, aquela autora anuncia jurisprudência da Corte de Apelação de Paris, que dando interpretação diametralmente oposta, decidiu

que não se pode ordenar, como medida prejudicial tendente a evitar danos, a requisição de exemplares de uma revista na qual se reproduz fotos e se comentam fatos relativos a um personagem da atualidade, se aquelas e estes dão conta de sucessos amplamente divulgados com anterioridade e com tolerância do ofendido. Não existe, em tal caso, o requisito da urgência que tal medida requer, sem prejuízo de o juiz da instância, conhecendo o assunto profundamente, estime que foram causados prejuízos reparáveis por outros meios.⁴¹⁵

Embora seja vista com muita reserva por alguns, medidas mais drásticas na proteção de direitos são previstas em lei, como o caso da **autotutela**. Assim, o desforço *in continenti* é

⁴¹³ *Ibidem*, p. 223.

⁴¹⁴ DIAS, Jacqueline. *Op. Cit.* p. 44.

⁴¹⁵ *Ibidem. loc. cit.*

medida positivada pelo art. 1.210, §1º do Código Civil brasileiro, que autoriza aquele se vê na iminência da perda da posse que se utilize de força própria para impedi-la.⁴¹⁶

Também o Código Penal, em seu art. 23, inciso II, excluiu de culpabilidade o agente que comete fato típico quando este seja praticado em legítima defesa, ou seja, quando, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Há ainda opinião extremada de KEISSNER, segundo o qual para defender o direito à imagem é possível se valer da autotutela na qual “se poderia apoderar-se da câmera do fotógrafo e deteriorá-la para evitar a sua revelação e como um modo de exercer a legítima defesa”.⁴¹⁷

Assim, percebe-se que a tutela preventiva, ainda que medida enérgica para evitar-se o ilícito, não chega a ser uma “*ultima ratio*”, pois que submetida ao crivo do processo judicial - e de todos os princípios e garantias a ele inerentes - e não ao mero arbítrio do particular, o que lhe outorga, inclusive, uma maior segurança jurídica, se bem manejada pela parte autora, e analisada de forma criteriosa pelo Poder Judiciário.

GILMAR MENDES esclarece que “tal como no direito alemão, afigura-se legítima a outorga de tutela judicial contra a violação dos direitos de personalidade, ameaçados pelo exercício abusivo da liberdade de comunicação e de programação, que poderão sofrer limitações num Estado Democrático de Direito”.⁴¹⁸

⁴¹⁶ Art. 1.210. [...]

§1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

⁴¹⁷ Tradução livre para: “*se podría arrebatarse la cámara al fotógrafo y estrellarla para evitar la impresión de la placa, como un modo de ejercer la legítima defensa*”. (KEISSNER *apud* DIAS, Jacqueline Samento. *Op. Cit.* p. 148).

⁴¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *apud* VIEIRA, Tatiana Malta. *Op. Cit.*, p. 16.

Em obra específica sobre o tema, multicitada ao decorrer deste trabalho, SÉRGIO CRUZ ARENHART afirma que a recomposição pecuniária no caso dos direitos de personalidade "é pouco mais que inútil" e assim tais direitos careceriam de uma tutela especial tal como o meio ambiente, que se afaste completamente da forma reparatória já exaustivamente contemplada pela legislação aos direitos patrimoniais.⁴¹⁹

Pensamos que a Constituição em seu art. 5º, inciso X garantiu a inviolabilidade da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem. Em caso de inevitabilidade da violação, garantiu a indenização por danos morais e materiais, como via secundária. Entendemos que a redação da parte final do referido texto normativo parece levar à interpretação de que a Constituição previu apenas esse tipo de tutela reparatória para a proteção daqueles bens de personalidade, porém, não podemos olvidar o disposto no art. 5º, inciso XXXIII, que não excluiu da apreciação do Poder Judiciário a ameaça de lesão a direito.

Desta maneira, o melhor sentido interpretativo do texto constitucional como um todo, em nosso modo de ver, é o de garantir, prioritariamente, a inviolabilidade dos direitos de personalidade (e não apenas aqueles descritos no inciso X), podendo haver o uso da tutela preventiva ao ato ilícito para impedir a sua violação e, em não sendo mais isso possível, garantir, aí sim, a tutela reparatória com a indenização por danos.

Como preleciona VICENTE GRECO FILHO "o direito não existe somente para resolver conflitos de pessoas ou entre pessoa, mas também para evitar que ocorram, prevenindo-os".⁴²⁰ Por sua vez, observa JAQUELINE SARMENTO DIAS que "a tutela dos direitos da personalidade se dá, praticamente, por três âmbitos: constitucional, penal e civil", explicando em seguida que

No âmbito civil, que mais nos interessa, defrontamo-nos com a proteção privada. A tutela aqui reside na possibilidade de cessação da prática ilícita e eventual condenação por danos sofridos, dentre outras

⁴¹⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.* p. 60.

⁴²⁰ GRECO FILHO, Vicente. *apud* GUERRA, Sidney. *Op. Cit.* p. 125.

possibilidades. Quando o sujeito toma conhecimento da lesão ou sabe que está na eminência de ter seu direito violado, recorrerá aos remédios oferecidos pelo ordenamento. Caberá a ele escolher o caminho que melhor lhe interessa: cessação da prática do ilícito, reparação de danos, apreensão do material, submissão do agente à cominação de pena etc.⁴²¹

O direito a informação, por outro lado, se justifica como meio de promoção da pessoa. Isto quer dizer que se qualquer direito ou garantia desanda e desborda, obviamente que o próprio sistema deve oferecer, como efetivamente oferece, a terapêutica jurídica necessária à cura do mal causado, não sendo rara a oferta legal de dispositivos voltados a **prevenir, com a cautela, o mal potencial ou iminente.**⁴²² Aliás, sempre que possível, o judiciário pode, presentes determinados pressupostos legais, antecipar a prestação jurisdicional reclamada pela via preventiva.

Embora a literatura jurídica tenha modelado as bases da tutela inibitória, identificando este instrumento como possível aliado na proteção dos direitos de personalidade em face de eventuais abusos que possam vir a ser cometidos pelos meios de comunicação, o julgamento da ADPF nº 130 parece ter qualificado de vez a tutela inibitória como instrumento de censura estatal, uma vez que consagrou a incidência somente *a posteriori* do bloco dos direitos à imagem, honra intimidade e vida privada. Ou seja, reconheceu a sua proteção tão somente pela via do direito de resposta e da responsabilidade civil (tutela ressarcitória).

É o que se pode extrair dos seguintes excertos da sua ementa, que valem a longa transcrição:

PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO

⁴²¹ DIAS, Jacqueline Sarmiento. *Op. Cit.* p. 43.

⁴²² CALDAS, Pedro Frederico. *Op. Cit.* p. 108-109.

DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. 3. [...] A expressão constitucional “observado o disposto nesta Constituição” (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da “plena liberdade de informação jornalística” (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. 4. [...] Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana.⁴²³

Desta forma, o julgamento da ADPF nº 130 inovou o pensamento jurídico brasileiro, na medida em que, na contramão de massiva parte da produção intelectual, que sempre se esgueirou para delinear critérios de ponderação entre direitos de personalidade e liberdade de informação jornalística, importando dos teóricos alemães, reconheceu uma preponderância da liberdade de informação jornalística (entendida como direito de personalidade adjetivado) em face da privacidade, da honra e da imagem. Mais adiante, trabalharemos o julgamento da ADPF nº 130 de maneira mais detalhada.

⁴²³ STF. ADPF 130. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208, Divulgado em 05 novembro 2009. Publicado em 06 novembro 2009.

6 ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADPF Nº 130

Após todo o percurso histórico e dogmático da presente dissertação, cumpre finalmente laborar em análise do julgamento, perante o Supremo Tribunal Federal, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 130, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT em 19/02/2008, questionando a constitucionalidade da Lei nº 5.250/67, conhecida como Lei de Imprensa e que regulava a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Além do PDT como autor principal, figuraram na qualidade de interessados ou *amici curiae* a Federação Nacional dos Jornalistas Profissionais – FENAJ, a Associação Brasileira De Imprensa – ABI e a organização não governamental Artigo XIX Brasil.

Por maioria, o Supremo Tribunal Federal declarou que a Lei de Imprensa é incompatível com a atual ordem jurídica instituída pela Constituição Federal de 1988. Os ministros Eros Grau, Carlos Alberto Menezes Direito, Cármen Lúcia de Antunes Rocha, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso de Mello votaram pela total procedência da ADPF nº 130, acompanhando o relator, Ministro Carlos Ayres Britto. Já os ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes se pronunciaram pela parcial procedência da ação, enquanto o ministro Marco Aurélio, pela improcedência.

Não é objetivo do presente trabalho a análise pormenorizada de todos os detalhes e efeitos jurídicos e sociais deste paradigmático julgamento. A ADPF nº 130 representa mais do que a simples declaração de que a Lei de Imprensa não foi recepcionada pelo sistema constitucional democrático brasileiro após a Carta de 1988. Ela representa uma ruptura definitiva com um sistema político repressor e autoritário, lançando novo paradigma de reflexão para a liberdade de informação jornalística e para o Estado Democrático de Direito brasileiro.

O julgamento ainda poderá ser tema de estudo para pesquisas em comunicação social, filosofia, sociologia, ciência política e, principalmente, em direito. Na ciência jurídica, os fundamentos teóricos da ADPF e o suposto vácuo legislativo deixado pela Lei de Imprensa,

certamente, serão de grande repercussão na dogmática processual civil e penal, no direito civil, administrativo e, principalmente, constitucional. Temas como a responsabilidade penal, civil e administrativa dos meios de comunicação, a competência jurisdicional sobre a matéria, o regramento do direito de resposta, a autorregulação e regulação social da atividade de imprensa e a proibição do monopólio e do oligopólio nesse setor não comportam digressões em função do recorte epistemológico desta pesquisa.

Portanto, ao presente trabalho investigativo interessou, sobremaneira, as novas reflexões que o julgamento da ADPF nº 130 lançou sobre a teoria dos direitos de personalidade. Chamou especial atenção, em primeiro lugar, a conclusão de que o bloco de bens de personalidade (liberdade de manifestação do pensamento, de informação e de expressão), que dão conteúdo à liberdade de informação jornalística, se qualifica como sobredireito; Em segundo lugar, o reconhecimento de um âmbito de incidência apenas *a posteriori* do bloco de direitos de personalidade como imagem, honra, intimidade e vida privada para o efeito de assegurar apenas o direito de resposta e assentar responsabilidades penal, civil e administrativa.

A fundamentação teórica da ADPF nº 130, portanto, deve influenciar e vincular a diretriz interpretativa dos juízes brasileiros, apontando para uma interpretação constitucional que resguarde uma sobretutela da liberdade de informação jornalística em face da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem, até então, de rara repercussão teórica na literatura jurídica brasileira.

Vale mencionar que não era a Lei de Imprensa quem dava sustentáculo jurídico para as modalidades de intervenção judicial preventiva, mas a própria Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, inciso XXIII reputou como inafastável a jurisdição para impedir ameaça e violação a direitos. Nenhuma das construções teóricas acerca da tutela específica dos direitos de personalidade foi fruto do regime de exceção, mas de uma moderna visão do processo civil e dos direitos fundamentais. É, portanto, uma construção do período democrático. Portanto, ao revogar a Lei de Imprensa, a ADPF nº 130 vai além,

para propor (ou sedimentar) um novo olhar aos juristas e à sociedade brasileira sobre a liberdade e a democracia.

6.1. A petição Inicial

A petição inicial da APDF, subscrita pelo advogado Erasto Villa-Verde Filho e pelo Deputado Miro Teixeira (PDT-RJ), sustentou que o objetivo da ação era a declaração, com eficácia geral e efeito vinculante, de que determinados dispositivos da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 e outros careciam de interpretação conforme e com ela compatível. O pedido visava evitar que “defasadas” prescrições normativas servissem de motivação para a prática de atos lesivos aos preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, em especial, contidos nos incisos IV, V, IX, X, XIII e XIV do art. 5º e arts. 220 a 223.

Após demonstrar o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade da arguição à Lei 9.882/99 (Lei da ADPF), a petição levou ao conhecimento do STF diversas decisões judiciais de alguns tribunais brasileiros como prova da controvérsia interpretativa acerca da aplicação do preceito fundamental violado.

No mérito, acusou a legislação impugnada de padecer de “um autoritarismo congênito”, já que foi produzida durante um regime de exceção que limitou as liberdades civis e políticas. Arguiu um clamor público pela sua revogação e um choque com o art. XIX da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU (1948) que prescreve que todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão, incluindo neste direito a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Aduziu a imprestabilidade da Lei de Imprensa na apresentação de soluções à colisão de direitos fundamentais enaltecendo que “a liberdade de comunicação encontra limites em outros princípios constitucionais como os que asseguram o direito de resposta,

proporcional ao agravo, a indenização pelos danos materiais e morais causados à honra, imagem e à privacidade das pessoas”.

Consignou o requerente, ainda, que os arts. 61, 62, 63 e 64 da Lei de Imprensa, que tratavam sobre apreensão e destruição de impressos contrariavam “as disposições constitucionais que asseguram a plena liberdade de informação jornalística” e vedavam “toda e qualquer espécie de censura”, assinalando, ainda, que tal medida, quando determinada por ordem judicial, constitui-se censura prévia, afinal, “o arbítrio também pode ser praticado pelo Judiciário”.

Sobre este ponto, opinamos que o regramento imposto pela Lei revogada, especialmente em seu art. 63, de fato continha medidas drásticas e inconstitucionais quando, por exemplo, autorizava o Ministro da Justiça, em situação de urgência e independente de mandado judicial, a apreender periódicos. Entretanto, outras medidas mandamentais de imposição de obrigações de fazer, como a apreensão de impressos ou supressão de informações, podem e continuam a ser tomadas pelos juízes, agora não mais pelo procedimento idealizado pela Lei de Imprensa, mas sim do Código de Processo Civil e em atendimento ao princípio do devido processo legal.

No seu pedido cautelar, pugnou o requerente a determinação para que todos os juízes e tribunais do País suspendessem o andamento de processos e os efeitos de decisões judiciais e quaisquer outras medidas que se relacionassem com o objeto da ADPF.

Para demonstrar os requisitos da extrema urgência e do perigo de lesão grave, aptos à concessão da medida liminar, a petição inicial cita relatório da ONG Repórteres Sem Fronteiras denunciando uma “ameaça legal” representada pela multiplicação da censura pela via da tutela jurisdicional inibitória e também ressarcitória. Menciona, ainda, o caso das diversas ações indenizatórias movidas Brasil afora por fiéis da Igreja Universal do Reino de Deus, em face do jornal Folha de S. Paulo, que se sentiram lesados em sua fé pelo comentário da jornalista Elvira Lobato, publicado naquele periódico.

Assim, após apresentar os fundamentos fático-jurídicos da pretensão, requereu a declaração de revogação total da Lei nº 5.250/67, pois àquela altura era “incompatível com os tempos democráticos”. Alternativamente, pugnou pela declaração de não-recepção de diversos dispositivos pontuais e pela fixação de interpretação, conforme a tantos outros, a fim de que fossem afastados possíveis entendimentos que ensejassem censura ou embaraço à plena liberdade de informação jornalística.

Como dito anteriormente, a denominada “ameaça legal” não aparentava fincar as suas raízes apenas nos instrumentos processuais arrolados pela Lei de Imprensa. A doutrina e a jurisprudência, ao longo dos mais de vinte anos de promulgação da CF/88, empreendeu esforço hermenêutico para derrubar defasados institutos da antiga Lei nº 5.250/67 como o da responsabilidade criminal diferenciada, o estabelecimento de prazos processuais exíguos e prévio depósito da condenação para a interposição de recursos. Ocorre que, mesmo revogada a Lei de Imprensa, remanesce para os jornalistas a “ameaça legal”, desta vez, com o manejo de tutelas preventivas e repressivas, baseadas agora na legislação ordinária, como o Código Civil, o Código Penal e seus respectivos códigos processuais, além do derradeiro precedente, instituído pela Reclamação nº 9428, que será analisada ao final desta dissertação.

Quanto à garantia de indenização por eventuais danos morais e materiais, bem como à responsabilidade criminal, assentou entendimento o STF de que eram medidas reconhecidas pela Constituição de 1988 no que tange à limitação da liberdade de informação jornalística. Entretanto, em relação às medidas preventivas de restrição à informação, vejamos o que pode se extrair das decisões emanadas da ADPF nº 130.

6.2. A decisão monocrática cautelar e a chancela do plenário

Em 21/02/2008 o ministro relator da ADPF nº 130, Carlos Ayres de Brito, deferiu a liminar *ad referendum* suspendendo a eficácia de diversos dispositivos da lei. No fundamento de sua decisão fez larga digressão filosófica a respeito da democracia, enaltecendo que esta

“é o princípio dos princípios da Constituição de 1988. Valor dos valores, ou valor-contidente por excelência”, relacionando, ainda, a existência de imprensa e democracia como “irmãs siamesas” na nova ordem constitucional brasileira.

Entendendo que no Brasil “a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade, porquanto o que quer que seja pode ser dito por quem quer que seja”, considerou o ministro relator que a Lei nº 5.250/67 “não parece mesmo serviente do padrão de democracia e de imprensa”, motivo pelo qual houve por bem deferir parcialmente a liminar para determinar que juízes e tribunais suspendessem o andamento de processos e os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que versasse sobre os diversos dispositivos da Lei de Imprensa.

Em 27/02/2008, a decisão do ministro relator foi submetida ao referendo do plenário do STF, que debateu intensamente sobre o cabimento da ADPF ao caso e também a proposta do Ministro Menezes Direito de que toda a Lei fosse suspensa liminarmente e não apenas de alguns dispositivos, como anunciado pelo ministro relator. Acompanharam tal entendimento, mais extensivo e amplo, também, os ministros Celso de Mello e Eros Grau.

Entretanto, após intenso debate, a maioria dos membros da corte, adotando posição mais cautelosa, referendou a liminar do relator para suspender apenas vinte e dois dos setenta e sete artigos da Lei de Imprensa. Por sua vez, restou vencido o Ministro Marco Aurélio, que não conheceu da ADPF. A suspensão das referidas normas foi prorrogada por duas oportunidades pelo Supremo, até o início do julgamento do mérito da arguição, que só ocorreu mais de um ano após a referida decisão cautelar.

6.3. O voto do relator e o início do julgamento de mérito

Em 01/04/2009, o STF finalmente iniciou julgamento de mérito da ADPF nº 130. O Ministro relator Carlos Ayres Britto trouxe consigo voto de mérito, no qual ampliou o seu espectro de entendimento antes consignado na medida cautelar, desta vez opinando pela

procedência total do pedido formulado para o efeito de declarar como não-recepcionado pela Constituição Federal todo o conjunto de dispositivos da Lei de Imprensa.

Inicialmente, tendo em conta o disposto nos artigos 220, §§ 1º, 2º e 3º, e 222, todos da Constituição Federal de 1988, o relator afirmou que, do ângulo objetivo, a imprensa seria uma atividade, enquanto, do ângulo subjetivo ou orgânico, constituir-se-ia num conjunto de órgãos, veículos, empresas e meios, juridicamente personalizados, sendo a comunicação social seu traço diferenciador ou signo distintivo. Disse que a modalidade de comunicação que a imprensa encerraria seria dirigida ao público em geral, ou seja, ao maior número possível de pessoas, com o que a imprensa passaria a se revestir da característica central de instância de comunicação de massa, de modo a poder influenciar cada pessoa de *per se* e, inclusive, formar a opinião pública. Por isso, incumbiria à imprensa o direito e também o dever de sempre se postar como o olhar mais atento sobre o dia-a-dia do Estado e da sociedade civil. Sendo, portanto, matriz por excelência da opinião pública, rivalizaria com o próprio Estado nesse tipo de interação de máxima abrangência pessoal. Explicou que foi em razão desse abrangente círculo de interação humana que a Constituição Federal teria reservado para a imprensa todo um bloco normativo (capítulo V do título VIII) e que o estádio multifuncional da imprensa seria, em si mesmo, um patrimônio imaterial que corresponderia a um atestado de evolução político-cultural de todo um povo.

Após fazer distinção entre mídia impressa e mídia radiodifusora e televisiva, ressaltou que, assim binariamente concebida e executada, a imprensa possibilitaria, por modo crítico incomparável, a revelação e o controle de praticamente todas as coisas respeitantes à vida do Estado e da sociedade, ou seja, seria ela alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade, o que significaria visualizá-la como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Aduziu que, a título de reforço à manutenção dessa verdadeira relação de inerência entre o pensamento crítico e a imprensa livre, a Constituição estabeleceu, em

seu art. 220, § 5º, que os "meios de comunicação social não podem, diretamente ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio", norma de concretização de um pluralismo compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas. Em seguida, o relator, salientando que a decisiva questão seria comprovar que a Constituição levou o tema da liberdade de imprensa na devida conta, afirmou que, em matéria de imprensa, não haveria espaço para o meio-termo ou a contemporização, isto é, ou ela seria inteiramente livre, ou dela já não se poderia cogitar senão como jogo de aparência jurídica. Destarte, o que se teria como expressão da realidade seria, de um lado, um corpo social progressivamente esclarecido por uma imprensa livre (e, ela mesma, plural, haja vista serem vedadas a oligopolização e a monopolização do setor), e também progressivamente fortalecido nos seus padrões de exigência enquanto destinatário e conseqüentemente parte das reações de imprensa, e, de outro lado, a imprensa que faz de sua liberdade de atuação um necessário compromisso com a responsabilidade quanto à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público, do que decorreria a permanente conciliação entre a liberdade e responsabilidade.

O Ministro Carlos Britto frisou que a imprensa livre contribuiria para a realização dos mais elevados princípios constitucionais, como o da soberania e da cidadania, e que, pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, manteria com a democracia a mais arraigada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Por ser visualizada como verdadeira "irmã siamesa" da democracia, a imprensa passaria a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados, até porque essas duas categorias de liberdade individual também seriam tanto mais intensamente usufruídas quanto veiculadas pela própria imprensa.

O relator expôs que o art. 220 da CF radicalizaria e alargaria o regime de plena liberdade de atuação da imprensa ao estabelecer que os direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estariam a salvo de qualquer restrição em seu exercício e que este não se sujeitaria a outras disposições que não fossem nela mesma

fixadas. No ponto, considerou que as disposições constitucionais a que se refere o citado art. 220, como de obrigatória observância no desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação, seriam aquelas do art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV (vedação ao anonimato, direito de resposta, direito à indenização por danos material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e imagem das pessoas, livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, e direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação). Asseverou, entretanto, que esses dois blocos de dispositivos constitucionais só poderiam incidir mediante calibração temporal ou cronológica, sendo que, primeiro, garantir-se-ia o gozo dos "sobredireitos" de personalidade (manifestação do pensamento, criação, expressão e informação), a que se acrescentaria aquele de preservar o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício da profissão do informante, mais a liberdade de trabalho, ofício ou profissão. Somente depois é que se passaria a cobrar do titular de tais sobre-situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que, também, densificadores da personalidade humana. Dessa forma, a fim de se garantir o exercício na totalidade do direito à manifestação do pensamento e de expressão em sentido geral ("sobredireitos" de personalidade), o termo "observado", referido no § 1º do art. 220 da CF ("Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV."), deveria ser interpretado como proibição de se reduzir a coisa nenhuma dispositivos igualmente constitucionais, porém sem que o receio do abuso fosse impeditivo do pleno uso das liberdades de manifestação do pensamento e expressão em sentido lato.

Prosseguindo, o relator enfatizou que esse § 1º do art. 220 da CF iria mais longe ainda no seu decidido objetivo de prestigiar a cronologia posta como de compulsória observância, pois interditaria a própria opção estatal por dispositivo de lei que viesse a constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social. Daí, a uma atividade que já era "livre" teria sido acrescido o qualificativo de "plena", liberdade plena no que diz respeito à essência mesma do jornalismo, ao seu "núcleo duro", que são as coordenadas de tempo e de conteúdo da

manifestação do pensamento e da criação *lato sensu*, quando veiculada por órgão de comunicação social. Portanto, a liberdade de informação jornalística, para se revestir do pleno desembaraço que lhe assegura a Constituição, haveria de implicar interdição à lei quanto a duas nucleares dimensões: o tempo de início e de duração do seu exercício e sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Essa interdição ao poder legislativo do Estado significaria que nem mesmo a lei teria a força de interferir na oportunidade/duração de exercício, tanto quanto no cerne material da liberdade de informação jornalística (conteúdo/extensão). Desprender-se-ia, ademais, um segundo desdobramento hermenêutico dessa interdição legislativa quanto à medula mesma da liberdade de informação jornalística, qual seja, a de que, no tema, haveria uma necessária "linha direta" entre a imprensa e a sociedade civil, vigorando em nosso ordenamento constitucional uma forma de interação que não poderia passar pela mediação do Estado. Essa interação pré-excluiria, portanto, a figura do Estado-ponte em matéria nuclear de imprensa, tudo sob a ideia-força de que à imprensa incumbe controlar o Estado, e não o contrário.

Concluiu o relator, em síntese, que a Constituição Federal se posicionou diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, fixar a precedência das liberdades de pensamento e de expressão *lato sensu* as quais não poderiam sofrer antecipado controle nem mesmo por força do Direito-lei, inclusive de emendas constitucionais, sendo reforçadamente protegidas se exercitadas como atividade profissional ou habitualmente jornalística e como atuação de qualquer dos órgãos de comunicação social ou de imprensa. Isso estaria conciliado, de forma contemporânea, com a proibição do anonimato, o sigilo da fonte e o livre exercício de qualquer trabalho, ofício, ou profissão; *a posteriori*, com o direito de resposta e a reparação pecuniária por eventuais danos à honra e à imagem de terceiros, sem prejuízo, ainda, do uso de ação penal também ocasionalmente cabível, nunca, entretanto, em situação de maior rigor do que a aplicável em relação aos indivíduos em geral. Além disso, para o relator, não haveria espaço constitucional para a movimentação interferente do Estado em qualquer das matérias essencialmente de imprensa, salientando ele que a lei em questão, sobre disciplinar tais

matérias, misturada ou englobadamente com matérias circundantes ou periféricas e até sancionatórias, o teria feito sob estruturação formal estatutária, o que seria absolutamente desarmônico com a Constituição de 1988, a resultar no juízo da não-recepção pela nova ordem constitucional.

Como se pôde verificar, o relator rechaçou contumazmente a intervenção prévia da liberdade de manifestação do pensamento e de imprensa em diversas passagens do seu voto, sustentando a tese central de que **“quem quer que seja pode dizer o que quer que seja”**.⁴²⁴ Destaque para os seguintes trechos:

Cuida-se, tal primazia, marcadamente em matéria de imprensa, de uma ponderação ou sopesamento de valores que a própria Constituição antecipadamente faz e resolve por um modo temporalmente favorecedor do pensamento e da expressão; ou seja, antes de tudo, duas coisas: uma, o ato de pensar em público ou para além dos escaninhos simplesmente mentais da pessoa humana, sabido que “manifestação de pensamento” implica esse transpasse de uma esfera simplesmente abstrata ou interna ao indivíduo para outra empírica ou externa; a segunda, o ato de se expressar intelectualmente, artisticamente, cientificamente e comunicacionalmente, a se dar, por evidente, no mundo das realidades empíricas. **Somente depois de qualquer dessas duas atuações em concreto é que se abre espaço à personalíssima reação dos eventuais prejudicados na sua intimidade, vida privada, honra e imagem.** [grifo nosso]⁴²⁵

Está-se primariamente a lidar, assim, com direitos constitucionais insuscetíveis de sofrer qualquer restrição (...), seja qual for a “forma, processo ou veículo” de sua exteriorização.⁴²⁶

[...] há uma necessária linha direta entre a Imprensa e a sociedade civil. Se se prefere, vigora em nosso ordenamento constitucional uma forma de interação imprensa/sociedade civil que não passa, não pode passar pela mediação do Estado. Interação que pré-exclui, portanto, a figura do Estado-ponte em matéria nuclear ou axialmente de imprensa.⁴²⁷

⁴²⁴ STF. ADPF 130. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208, Divulgado em 05 novembro 2009. Publicado em 06 novembro 2009, p. 66.

⁴²⁵ *Idem*, p. 64-65

⁴²⁶ *Idem*, p. 70

⁴²⁷ *Idem*, p. 75

[...] uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão *lato sensu* (que ainda abarca todas as modalidades de criação e de acesso à informação, esta última em sua tríplice compostura.⁴²⁸

A opção que se apresentou ao Poder Constituinte de 1987/1988 foi do tipo radical, no sentido de que não era possível, no tema, servir ao mesmo tempo a dois senhores. Donde a precedência que se conferiu ao pensamento e à expressão, resolvendo-se tudo o mais em direito de resposta, ações de indenização e desencadeamento da chamada *persecutio criminis*, quando for o caso.⁴²⁹

Observou, por fim, que a Lei de Imprensa foi concebida e promulgada num longo período autoritário, o qual compreendido entre 31/03/1964 e o início do ano de 1985 e conhecido como "anos de chumbo" ou "regime de exceção", regime esse patentemente inconciliável com os ares da democracia resgatada e proclamada na atual Carta Magna. Essa impossibilidade de conciliação, sobre ser do tipo material ou de substância, contaminaria grande parte, senão a totalidade, da Lei de Imprensa, quanto ao seu artiloso ou subliminar entrelace de comandos, a serviço da lógica matreira de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; e quanto ao seu *spiritus rectus* ou fio condutor do propósito último de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder. Após a leitura do voto do relator, o julgamento foi suspenso, para continuação em sessão posterior.

6.4. Os votos dos ministros

No dia 30 de abril de 2009, foi retomado o julgamento da ADPF nº 130. O ministro **Eros Grau** já havia adiantado o seu voto, acompanhando o relator nos fundamentos que expusera no julgamento da medida cautelar em 27/02/2008, em plenário.

⁴²⁸ *Idem*, p. 77

⁴²⁹ *Idem*, p. 79-80.

6.4.1. Menezes Direito

O Ministro Menezes Direito foi então o primeiro a proferir seu voto. Já era de se esperar que ele acompanhasse integralmente o voto do relator, pois já havia consignado na oportunidade do julgamento da medida cautelar “que quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição, deve-se defender a liberdade”, pois para ele “o preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das ideias.”, completando, ainda, que a democracia para subsistir depende da informação e não apenas do voto.

O ministro destacou que a imprensa é a única instituição "dotada de flexibilidade para publicar as mazelas do Executivo", sendo reservada a outras instituições a tarefa de tomar atitudes a partir dessas descobertas. Segundo ele, a imprensa apresenta uma missão democrática, pois o cidadão depende dela para obter informações e relatos com as avaliações políticas em andamento e as práticas do governo. Por isso, essa instituição precisa ter autonomia em relação ao Estado.

Reconhecendo que há uma permanente tensão constitucional entre os direitos da personalidade e a liberdade de informação e de expressão consignou o ministro que "não existe lugar para sacrificar a liberdade de expressão no plano das instituições que regem a vida das sociedades democráticas".

Segundo Menezes Direito, "a sociedade democrática é valor insubstituível que exige, para a sua sobrevivência institucional, proteção igual à liberdade de expressão e à dignidade da pessoa humana e esse balanceamento é que se exige da Suprema Corte em cada momento de sua história".⁴³⁰

⁴³⁰ *Idem*, p. 91.

Portanto, o ministro salientou que deve haver um cuidado para solucionar esse conflito sem afetar a liberdade de expressão ou a dignidade da pessoa humana, propondo o critério da ponderação de bens no caso concreto de colisão entre direitos fundamentais.

6.4.2. Cármen Lúcia

Ao votar no mesmo sentido do relator, a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha afirmou que o ponto de partida e ponto de chegada da Lei de Imprensa é "garrotear" a liberdade de expressão. Ela acrescentou, ainda, que o direito tem "mecanismos para cortar e repudiar todos os abusos que eventualmente [ocorram] em nome da liberdade de imprensa".

Cármen Lúcia também ponderou que o fundamento da Constituição Federal é o da democracia e que não há qualquer contraposição entre a liberdade de expressão e de imprensa com o valor da dignidade da pessoa humana. Muito pelo contrário, afirmou, o segundo princípio é reforçado diante de uma sociedade com imprensa livre.

6.4.3. Ricardo Lewandowski

Já o ministro Ricardo Lewandowski argumentou que a Lei de Imprensa, editada em período de exceção institucional, era totalmente incompatível com os valores e princípios abrigados na Constituição Federal de 1988. Para Lewandowski, o texto da lei, além de não se harmonizar com os princípios democráticos e republicanos presentes na Carta Magna, era supérfluo, uma vez que a matéria se encontrava regulamentada pela própria Constituição. Diversos dispositivos constitucionais garantem o direito à manifestação de pensamento - direito de eficácia plena e aplicabilidade imediata, frisou o ministro.

Entretanto, Lewandowsky reconhecendo a coexistência teórica dos direitos de liberdade de expressão, pensamento e informação e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada,

da honra e da imagem, concluiu também pela necessidade de que a decisão que solucione a colisão destes direitos fundamentais guie-se pelo princípio da proporcionalidade.

Com efeito, de um lado, a Constituição, nos arts. 5º, incisos IV e IX, e 220 garante o direito coletivo à manifestação do pensamento, à expressão e à informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, independentemente de licença e a salvo de toda restrição ou censura. De outro, nos art. 5º, incs. V e X, a Carta Magna garante o direito individual de resposta, declarando, ainda, inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização por dano moral ou material decorrente de sua violação. São direitos de eficácia plena e aplicabilidade imediata – para usar a consagrada terminologia do Professor José Afonso da Silva – como foi acentuado pelo Deputado Miro Teixeira da tribuna, quando mais não seja, por força do que dispõe o art. 5º, § 1º, do texto magno. Não impressiona, data venia, a objeção de alguns, segundo a qual, se a lei for totalmente retirada do cenário jurídico, o direito de resposta ficaria sem parâmetros e a indenização por dano moral e material sem balizas, esta última à falta de tarifação. É que a Constituição, no art. 5º, V, assegura o “direito de resposta, proporcional ao agravo”, vale dizer, trata-se de um direito que não pode ser exercido arbitrariamente, devendo o seu exercício observar uma estrita correlação entre meios e fins. E disso cuidará e tem cuidado o Judiciário. Ademais, o princípio da proporcionalidade, tal com explicitado no referido dispositivo constitucional, somente pode materializar-se em face de um caso concreto. Quer dizer, não enseja uma disciplina legal apriorística, que leve em conta modelos abstratos de conduta, visto que o universo da comunicação social constitui uma realidade dinâmica e multifacetada, em constante evolução. Em outras palavras, penso que não se mostra possível ao legislador ordinário graduar de antemão, de forma minudente, os limites materiais do direito de retorção, diante da miríade de expressões que podem apresentar, no dia-a-dia, os agravos veiculados pela mídia em seus vários aspectos.”

O ministro, ao final, concordou com o voto do relator no sentido da revogação integral da Lei nº 5.250/67, acompanhando os votos já proferidos pelo relator e pelos ministros Eros Grau, Carlos Alberto Menezes Direito e Cármen Lúcia Antunes Rocha.

6.4.4. Joaquim Barbosa

O ministro Joaquim Barbosa votou pela parcial procedência do pedido, ressaltando os artigos 20, 21 e 22, da Lei de Imprensa. De acordo com ele, esses artigos que versam sobre figuras penais ao definir os tipos de calúnia, injúria e difamação no âmbito da comunicação pública e social são compatíveis com a Constituição Federal. "O tratamento em separado dessas figuras penais quando praticadas através da imprensa se justifica em razão da maior intensidade do dano causado à imagem da pessoa ofendida", afirmou.

Para o ministro, esse tratamento especializado é um importante instrumento de proteção ao direito de intimidade e útil para coibir abusos não tolerados pelo sistema jurídico, não apenas em relação a agentes públicos. Entendeu o Ministro "que a liberdade de expressão deve ser a mais ampla possível no que diz respeito a agentes públicos, mas tenho muita reticência em admitir que o mesmo tratamento seja dado em relação às pessoas privadas, ao cidadão comum".

Durante o voto, Joaquim Barbosa defendeu que não basta ter uma imprensa livre, mas é preciso que seja diversa e plural, de modo a oferecer os mais variados canais de expressão de ideias e pensamentos. Ele criticou a atuação de grupos hegemônicos de comunicação que, em alguns estados, dominam quase inteiramente a paisagem audiovisual e o mercado público de ideias e informações, com fins políticos. De acordo com ele, a diversidade da imprensa deve ser plena a ponto de impedir a concentração de mídia que, em seu entender, é algo extremamente nocivo para a democracia.

A intervenção do Ministro Joaquim Barbosa entendeu como radical a posição do voto do Ministro Ayres Britto na APDF nº 130 ao taxar como suspeita até mesmo a intervenção do Poder Judiciário. O Ministro Joaquim Barbosa, adotando a doutrina de Owen Fiss

consignou que “o Estado pode, sim, atuar em prol da liberdade de expressão, e não apenas como seu inimigo, como pode parecer a alguns”.⁴³¹

Em retomada posterior, o ministro reajustou seu voto ao da ministra Ellen Gracie, também pela manutenção dos artigos 1º, parágrafo 1º, artigo 14 e artigo 16, inciso I, que proíbem a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe. De acordo com ele, é possível interpretar a linguagem para que o texto seja compatível com a ordem constitucional vigente.

De acordo com o ministro, quanto à questão dos preconceitos, também mencionados nos mesmos dispositivos, "suprimir pura e simplesmente as expressões a eles correspondentes equivalerá, na prática, a admitir que, doravante, a proteção constitucional, a liberdade de imprensa compreende também a possibilidade de livre veiculação desses preconceitos sem qualquer possibilidade de contraponto por parte dos grupos sociais eventualmente prejudicados".

6.4.5. César Peluso

O ministro Cezar Peluso também seguiu o voto do relator pela não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988. Para ele a Constituição Federal não prevê caráter absoluto a qualquer direito, sendo assim, "não poderia conceber a liberdade de imprensa com essa largueza absoluta". Segundo consignou o ministro,

isso é coisa que a doutrina, tirando - ou tirante - algumas posturas radicais, sobretudo no Direito norteamericano, é pensamento universal que, além de a Constituição não prever, nem sequer em relação à vida, caráter absoluto a direito algum, evidentemente não poderia conceber a liberdade de imprensa com essa largueza absoluta e essa invulnerabilidade unimoda. Quando a Constituição Federal se refere à plenitude desse direito, ela, evidentemente, não apenas pressupõe as suas próprias restrições literais que constam do caput do artigo 220, do §

⁴³¹ *Idem*, p. 109. (grifos nossos).

1º e das outras normas a que se remete, como estabelece que se trata de uma plenitude atuante nos limites conceitual-constitucionais. Noutras palavras, a liberdade da imprensa é plena nos limites conceitual-constitucionais, dentro do espaço que lhe reserva a Constituição. E é certo que a Constituição a encerra em limites predefinidos, que o são na previsão da tutela da dignidade da pessoa humana.⁴³²

Afirmou o ministro que "a Constituição tem a preocupação não apenas de manter um equilíbrio entre os valores que adota segundo as suas concepções ideológicas entre os valores da liberdade de imprensa e da dignidade da pessoa humana", ressaltando que a liberdade de imprensa é plena dentro dos limites reservados pela Constituição.

Peluso afirmou que "talvez não fosse prático manter vigentes alguns dispositivos de um sistema que se tornou mutilado e a sobrevivência de algumas normas sem organicidade realmente poderia levar, na prática, a algumas dificuldades". De acordo com o ministro, até que o Congresso Nacional entenda a necessidade da edição de uma lei de imprensa - o que, para ele, é perfeitamente compatível com o sistema constitucional - cabe ao Judiciário a competência para decidir algumas questões relacionadas, por exemplo, ao direito de resposta.

6.4.6. Ellen Gracie

Na sequência do julgamento, a ministra Ellen Gracie acompanhou a divergência iniciada pelo ministro Joaquim Barbosa, e votou pela procedência parcial da arguição, optando por manter em vigor alguns artigos da Lei de Imprensa, que segundo ela estariam em harmonia com a Constituição.

Segundo a ministra, o artigo 220 da Constituição Federal de 1988, quando estabelece que nenhum diploma legal pode se constituir em embaraço à plena liberdade de informação,

⁴³² ADPF nº 130, rel. Min. Ayres Britto, DJe 06.11.2009, p. 122 e ss., grifos nossos.

quis dizer que a lei que tratar dessas garantias não poderá impor empecilhos ou dificultar o exercício da liberdade de informação.

Consignou, ainda, a Ministra que a vedação constitucional de norma que constitua, *a priori*, embaraço à liberdade de expressão e de imprensa, concebida no mesmo nível constitucional dos outros direitos fundamentais, não preexclui a análise casuística que compete ao Poder Judiciário.

“(...) não enxergo, com a devida vênua, uma hierarquia entre os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal que pudesse permitir, em nome do resguardo de apenas um deles, a completa blindagem legislativa desse direito aos esforços de efetivação de todas as demais garantias individuais. Entendo, com todo respeito e admiração à visão exposta pelo eminente relator, Ministro Carlos Britto, que a inviolabilidade dos direitos subjetivos fundamentais, sejam eles quais forem, não pode ser colocada na expressão adotada pelo eminente relator, num “estado de momentânea paralisia” para o pleno usufruto de apenas um deles individualmente considerado. A idéia de calibração temporal ou cronológica, proposta por Sua Exa., representaria, a meu sentir, a própria nulificação dos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra de terceiros. É de todos bastante conhecida a metáfora de que se faz a respeito da busca tardia pela reparação da honra injustamente ultrajada, esforço correspondente àquele de reunir as plumas de um travesseiro, lançadas do alto de um edifício. Caberá sempre ao Poder Judiciário apreciar se determinada disposição legal representou verdadeiro embaraço ao livre exercício de manifestação, observadas as balizas constitucionais expressamente indicadas, conforme disposto no artigo 220, § 1º, da Constituição, nos incisos IV, V, X, XIII e XIV do seu artigo 5º. Em conclusão, Senhor Presidente, acredito que o artigo 220 da Constituição Federal, quando assevera que nenhum diploma legal conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade conferida aos veículos de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV, quis claramente enunciar que a lei, ao tratar das garantias previstas nesses mesmos incisos, esmiuçando-as, não poderá nunca ser interpretada como empecilho, obstáculo ou dificuldade ao pleno exercício da liberdade de informação.”⁴³³

⁴³³ ADPF nº 130, rel. Min. AYRES BRITTO, DJe 06.11.2009, p. 127 e ss., grifos nossos.

A ministra ressaltou em seu voto que deveriam ser mantidos, na lei, artigos que, para ela, não agrediriam a Constituição Federal - no caso os artigos 1º, parágrafo 1º, 2º (caput), 14, 16 (inciso I), 20, 21 e 22.

6.4.7. Marco Aurélio Mello

Primeiro e único a divergir, o ministro Marco Aurélio votou pela total improcedência da ação ajuizada contra a Lei de Imprensa. Afirmou o ministro que deveria se deixar à cargo dos representantes do povo brasileiro, no caso o Poder Legislativo, a edição de uma lei que substituísse a questionada Lei de Imprensa. Salientou que sem a referida norma seria instituído um vácuo legislativo que levaria “à babel, à bagunça, à insegurança jurídica”.

Em diversas ocasiões durante o seu o voto o ministro questionou qual preceito fundamental estaria sendo violado pela Lei de Imprensa. Salientou que “a não ser que eu esteja a viver em outro Brasil, não posso dizer que a nossa imprensa hoje é uma imprensa cerceada. Temos uma imprensa livre”.

Segundo Marco Aurélio, a Lei de Imprensa foi “purificada pelo crivo equidistante do próprio Judiciário”, que não aplica os dispositivos que se contrapõem à Constituição Federal. Ele também afastou o argumento de que a edição da norma durante o período militar a tornaria a lei, *a priori*, antidemocrática. Reafirmou sua posição no seguinte sentido: “não posso, de forma alguma, aqui proceder a partir de um ranço, de um pressuposto de que essa lei foi editada em regime que aponto não como de chumbo, mas como regime de exceção, considerado o essencialmente democrático.”

O ministro citou ainda trechos de editorial publicado no jornal Folha de S. Paulo, no dia 30 de março de 2008. Um dos trechos lidos dizia o seguinte: “Sem a Lei de Imprensa, só grandes empresas teriam boas condições de proteger-se da má aplicação da lei comum, levando processos até as mais altas instâncias do Judiciário. Ficariam mais expostos ao jogo bruto do poder, e a decisões abusivas de magistrados, os veículos menores e as iniciativas individuais”.

Com a revogação da Lei de Imprensa, dispositivos dos Códigos Penal e Civil passarão a ser aplicados pelos magistrados para julgar processos contra empresas de comunicação e jornalistas.

6.4.8. Celso de Mello

O decano do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Celso de Mello, manifestou seu posicionamento pela revogação total da Lei de Imprensa. Pontuou o ministro que não havia “nada mais nocivo e perigoso do que a pretensão do Estado de regular a liberdade de expressão e pensamento”.

Salientou Celso de Mello que o ato de informar e buscar informação, opinar e criticar são direitos que se encontram incorporados ao sistema constitucional em vigor no Brasil. Nesse sentido, prosseguiu o ministro, “as críticas dos meios de comunicação social dirigidas às autoridades” - citou como exemplo -, “por mais duras que sejam, não podem sofrer limitações arbitrárias”. Para o ministro, tais críticas, quando emitidas com base no interesse público, não se traduzem em abuso de liberdade de expressão, e dessa forma não devem ser suscetíveis de punição. Essa liberdade é, na verdade, um dos pilares da democracia brasileira, asseverou o decano.

Mas a liberdade de expressão não é absoluta – como, aliás, nenhum direito, disse o ministro, explicando que o próprio direito à vida tem limites, tendo em vista a possibilidade de pena de morte (artigo 5º, XLVII) nos casos de guerra.

Se o direito de informar tem fundamento constitucional, salientou o ministro, o seu exercício abusivo se caracteriza ilícito e como tal pode gerar, inclusive, o dever de indenizar. Celso de Mello explicou que a própria Carta Magna reconhece a quem se sentir lesado o direito à indenização por danos morais e materiais.

A mesma Constituição que garante a liberdade de expressão, frisou Celso de Mello, garante também outros direitos fundamentais, como os direitos à inviolabilidade, à

privacidade, à honra e à dignidade humana. Para Celso de Mello, esses direitos são limitações constitucionais à liberdade de imprensa. E sempre que essas garantias, de mesma estatura, estiverem em conflito, o Poder Judiciário deverá definir qual dos direitos deverá prevalecer, em cada caso, com base no princípio da proporcionalidade. Consignou que,

O fato é que a liberdade de expressão não pode amparar comportamentos delituosos que tenham, na manifestação do pensamento, um de seus meios de exteriorização, notadamente naqueles casos em que a conduta desenvolvida pelo agente encontra repulsa no próprio texto da Constituição, que não admite gestos de intolerância que ofendem, no plano penal, valores fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, consagrados como verdadeiros princípios estruturantes do sistema jurídico de declaração dos direitos essenciais que assistem à generalidade das pessoas e dos grupos humanos. É certo que a liberdade de manifestação do pensamento, impregnada de essencial transitividade, destina-se a proteger qualquer pessoa cujas opiniões possam, até mesmo, conflitar com as concepções prevalecentes, em determinado momento histórico, no meio social, impedindo que incida, sobre ela, por conta e efeito de suas convicções, qualquer tipo de restrição de índole política ou de natureza jurídica, pois todos têm de ser livres para exprimir idéias, ainda que estas possam insurgir-se ou revelar-se em desconformidade frontal com a linha de pensamento dominante no âmbito da coletividade. Isso não significa, contudo, que a prerrogativa da livre manifestação do pensamento ampare exteriorizações contrárias à própria lei penal comum, pois o direito à liberdade de expressão, que não é absoluto, não autoriza condutas sobre as quais já haja incidido, mediante prévia definição típica emanada do Congresso Nacional, juízo de reprovabilidade penal que se revele em tudo compatível com os valores cuja intangibilidade a própria Constituição da República deseja ver preservada. É por tal razão que esta Suprema Corte já acentuou que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, bem por isso, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (...)

Torna-se importante salientar, neste ponto, presente o contexto em exame, que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais - como aqueles concernentes à liberdade de informação, de um lado, e à preservação da honra, de outro - há de resultar da utilização, pelo Poder Judiciário, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, “hic et nunc”, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar em cada caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.⁴³⁴

O ministro lembrou que o direito de resposta existe na legislação brasileira desde 1923, com a Lei Adolpho Gordo. Hoje, disse Celso de Mello, “esse direito ganhou status constitucional (artigo 5º, V), e se qualifica como regra de suficiente densidade normativa, podendo ser aplicada imediatamente, sem necessidade de regulamentação legal”.

O ministro Celso de Mello votou pela procedência integral da argüição por julgar que a Lei de Imprensa é completamente incompatível com a Constituição de 1988.

6.4.9. Gilmar Mendes

O ministro Gilmar Mendes julgou a ação parcialmente procedente, mantendo as regras que disciplinam o direito de resposta presentes na Lei de Imprensa. De acordo com o presidente do STF, “o direito de resposta é assegurado no plano constitucional, mas necessita no plano infraconstitucional de normas de organização e procedimento para tornar possível o seu efetivo exercício”, afirmou.

Durante o voto, a questão do direito de resposta gerou divergentes opiniões dos ministros. Gilmar Mendes disse ver com grande dificuldade a supressão das regras da Lei de Imprensa. Defendeu que o Tribunal estaria “desequilibrando a relação, agravando a situação do cidadão, desprotegendo-o ainda mais” e por consequência “aumentando a

⁴³⁴ ADPF nº 130, rel. Min. AYRES BRITTO, DJe 06.11.2009, p. 160 e ss., grifos no original.

perplexidade dos órgãos de mídia, porque eles terão insegurança também diante das criações que certamente virão por parte de todos os juízes competentes". Consignou o ministro, extensamente, que

o constituinte de 1988 de nenhuma maneira concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo. Ao contrário do disposto em alguns dos mais modernos textos constitucionais (Constituição portuguesa de 1976, art. 18º, n. 3, e Constituição espanhola de 1978, art. 53, n. 1) e do estabelecido nos textos constitucionais que a antecederam (Constituição brasileira de 1934, art. 113, 9; Constituição brasileira de 1946, art. 141, § 5º; Constituição brasileira de 1967-69, art. 153, § 8º), a Constituição de 1988 não contemplou, diretamente, na disposição que garante a liberdade de expressão, a possibilidade de intervenção do legislador com o objetivo de fixar alguns parâmetros para o exercício da liberdade de informação. Não parece correta, todavia, essa leitura rasa do texto constitucional, pelo menos se se considera que a liberdade de informação mereceu disciplina destacada no capítulo dedicado à comunicação social (arts. 220-224 da CF/88). Particularmente elucidativas revelam-se as disposições constantes do art. 220 da Constituição: “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. § 3º Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”. Pode-se afirmar, pois, que ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada (CF, art. 5º, X), deixa entrever mesmo a legitimidade de intervenção legislativa com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito. A própria formulação do texto constitucional — “Nenhuma lei conterá dispositivo..., observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” — parece explicitar que o constituinte não pretendeu instituir aqui um domínio inexpugnável à intervenção legislativa. Ao revés, essa formulação indica ser inadmissível, tão somente, a disciplina legal que crie embaraços à liberdade de informação. A própria disciplina do direito

de resposta, prevista expressamente no texto constitucional, exige inequívoca regulação legislativa. Outro não deve ser o juízo em relação ao direito à imagem, à honra e à privacidade, cuja proteção pareceu indispensável ao constituinte também em face da liberdade de informação. Não fosse assim, não teria a norma especial ressalvado que a liberdade de informação haveria de se exercer com observância do disposto no art. 5º, X, da Constituição. Se correta essa leitura, tem-se de admitir, igualmente, que o texto constitucional não só legitima, como também reclama eventual intervenção legislativa com o propósito de concretizar a proteção dos valores relativos à imagem, à honra e à privacidade. É fácil ver, assim, que o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades há de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição. Mais expressiva, ainda, parece ser, no que tange à liberdade de informação jornalística, a cláusula contida no art. 220, § 1º, segundo a qual “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. Como se vê, a formulação aparentemente negativa contém, em verdade, uma autorização para o legislador disciplinar o exercício da liberdade de imprensa, tendo em vista, sobretudo, a proibição do anonimato, a outorga do direito de resposta e a inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Do contrário, não haveria razão para que se mencionassem expressamente esses princípios como limites para o exercício da liberdade de imprensa. Tem-se, pois, aqui expressa a reserva legal qualificada, que autoriza o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, não menos significativos, como os direitos da personalidade em geral. Que a matéria não é estranha a uma disciplina legislativa é o próprio texto que o afirma explicitamente, ao conferir à lei federal a regulação das diversões e dos espetáculos públicos (natureza, faixas etárias a que se não recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada), o estabelecimento de mecanismos de defesa contra programas e programações de rádio e de televisão que, v. g., sejam contrários a valores éticos e sociais da pessoa e da família (CF, arts. 220, § 2º, e 221, IV). Essas colocações hão de servir, pelo menos, para demonstrar que o tema não pode ser tratado da maneira simplista ou até mesmo simplória como vem sendo apresentado, até por alguns juristas. Como se vê, há uma inevitável tensão na relação entre a liberdade de expressão e de comunicação, de um lado, e os direitos da personalidade constitucionalmente protegidos, de outro, a qual pode gerar uma situação conflituosa, a chamada colisão de direitos fundamentais (Grundrechtskollision).

O ministro previu fenômenos que podem surgir a partir da jurisprudência no sentido da revogação da lei, especialmente o direito de resposta: um de completa incongruência da aplicação do direito de resposta, com construções as mais variadas e, eventualmente, até exóticas, ou um caso estranho de ultratividade dessa lei que não foi recebida. "A falta de parâmetros vai continuar aplicando o direito de resposta (previsto na lei revogada)", afirmou.

6.5. Conclusões sobre a ADPF nº 130

Concordamos com o voto do relator da ADPF do tratamento igualitário como bens de personalidade dado, tanto à liberdade de informação jornalística, quanto à intimidade, vida privada, honra e imagem. Entretanto, discordamos da sobretutela outorgada ao chamado primeiro bloco de bens de personalidade (manifestação de pensamento, opinião e direito à informação), fruto do entendimento do Ministro Ayres Brito, de que a Constituição reservou um capítulo específico para garantir essa proteção especial. Em verdade, o capítulo prolongador (Cap. V) que tratou da Comunicação Social visou arrastar do art. 5º (que trata dos direitos fundamentais) a tutela da informação jornalística, para em tópico próprio e técnico, tecer regramentos mais minuciosos sobre as chamadas matérias reflexas de imprensa. Isso porque o tão homenageado art. 220, §1º, que para a ADPF prolonga a proteção da liberdade de informação jornalística, também garante e ressalva a proteção dos direitos individuais de personalidade (art. 5º, X).

Após analisar o entendimento plural da Corte e o posicionamento que restou demonstrado na ementa e no acórdão da ADPF de que a liberdade de informação jornalística goza de uma proteção preferencial no plano dos direitos fundamentais, seria possível ainda a tutela preventiva de direitos individuais com vistas a impedir a publicação de matérias jornalísticas?

Antes do julgamento da ADPF nº 130, em decisão monocrática, o Ministro Celso de Mello já havia manifestado, de maneira genérica, a hostilidade da Constituição de 1988 a

quaisquer práticas estatais tendentes a restringir ou a reprimir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de ideias e de pensamento. Segundo o Ministro em trecho de sua decisão

Essa repulsa constitucional bem traduziu o compromisso da Assembléia Nacional Constituinte de dar expansão às liberdades do pensamento. Estas são expressivas prerrogativas constitucionais cujo integral e efetivo respeito, pelo Estado, qualifica-se como pressuposto essencial e necessário à prática do regime democrático. A livre expressão e manifestação de idéias, pensamentos e convicções não pode e não deve ser impedida pelo Poder Público nem submetida a ilícitas interferências do Estado. É preciso advertir, bem por isso, notadamente quando se busca promover a repressão à crítica jornalística, que o Estado não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as idéias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais dos meios de comunicação social. Essa garantia básica da liberdade de expressão do pensamento, como precedentemente assinalado, representa, em seu próprio e essencial significado, um dos fundamentos em que repousa a ordem democrática. Nenhuma autoridade pode prescrever o que será ortodoxo em política, ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento. Isso porque “o direito de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental” representa, conforme adverte HUGO LAFAYETTE BLACK, que integrou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, “o mais precioso privilégio dos cidadãos...” (“Crença na Constituição”, p. 63, 1970, Forense). (Pet 3486, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 22/08/2005, publicado em DJ 29/08/2005 PP-00008 RTJ VOL-00200-01 PP-00277)

Entretanto, o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do caso Globo x Garotinho, pontuou marcante dúvida do Tribunal acerca da viabilidade ou não da tutela preventiva para a proteção dos direitos de personalidade em face da liberdade de informação jornalística. Tal “polêmica” foi estabelecida no seguinte trecho da ementa:

[...] 6. Impossibilidade de afirmação no caso de tal pressuposto da tutela recursal antecipada: (a) polêmica - ainda aberta no STF - acerca da viabilidade ou não da tutela jurisdicional preventiva de publicação de matéria jornalística ofensiva a direitos da personalidade; Pet 2702 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2002, DJ 19-09-2003 PP-00016 EMENT VOL-02124-04 PP-00804

Porém, após o julgamento da ADPF nº 130 o Tribunal começa a se manifestar da seguinte maneira

É certo, assim, que o exercício abusivo do jornalismo implica sérios danos individuais e coletivos. Porém, mais certo ainda é que os danos causados pela atividade jornalística não podem ser evitados ou controlados por qualquer tipo de medida estatal de índole preventiva. Como se sabe, o abuso da liberdade de expressão não pode ser objeto de controle prévio, mas de responsabilização civil e penal, sempre *a posteriori*. RE 511961, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-04 PP-00692 RTJ VOL-00213- PP-00605

No entanto, um novo caso posto à análise do Supremo, novamente colocou o assunto em debate.

6.6. Análise de casos após a ADPF nº 130

6.6.1. Caso Fernando Macieira Sarney x Estado de São Paulo

O Supremo Tribunal Federal já emanou decisão posterior a ADPF nº 130, que parece atenuar o entendimento de que a tutela preventiva restaria invibilizada em prol, apenas, da tutela ressarcitória. Trata-se da Reclamação Constitucional nº 9.428, o famoso caso Estadão x Fernando Sarney levado ao Pretório Excelso.⁴³⁵

⁴³⁵ EMENTA: LIBERDADE DE IMPRENSA. Decisão liminar. Proibição de reprodução de dados relativos ao autor de ação inibitória ajuizada contra empresa jornalística. Ato decisório fundado na expressa invocação da inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça. Contraste teórico entre liberdade de imprensa e os direitos previstos nos arts. 5º, incs. X e XII, e 220, caput, da CF. Ofensa à autoridade do acórdão proferido na ADPF nº 130, que deu por não recebida a Lei de Imprensa. Não ocorrência. Matéria não decidida na ADPF. Processo de reclamação extinto, sem julgamento de mérito. Votos vencidos. Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADPF nº 130, a decisão que, proibindo a jornal a publicação de fatos relativos ao autor de ação inibitória, se fundou, de maneira expressa, na inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados

Atualmente, o jornal O Estado de S. Paulo estampa diariamente em sua capa, desde Julho de 2009, como forma de protesto, uma contagem dos dias em que permanece “censurado” de publicar reportagens acerca da Operação Boi Barrica (renomeada posteriormente para Faktor) da Polícia Federal e que investiga o envolvimento do empresário Fernando Macieira Sarney, filho do Presidente do Senado Federal José Sarney (PMDB-AP), em supostos esquemas de corrupção no estado do Maranhão.

In casu, a proibição da veiculação destas reportagens se deu por conta de ação inibitória, com pedido liminar, de nº 2009011113988-3, movida por Fernando Sarney, perante a 12ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT. Tendo seu pleito antecipatório negado em primeira instância, conseguiu finalmente, em sede de Agravo de Instrumento, relatado pelo Des. Dácio Vieira, a tutela liminar inibitória.

O caso foi fartamente repercutido em jornais, revistas e portais de *internet*, que também taxaram o evento como um típico caso de censura à plena liberdade de informação jornalística e uma ameaça à democracia. Como já demonstrado ao longo deste trabalho, as empresas de comunicação tem repellido veementemente a intervenção judicial preventiva, principalmente após a revogação da Lei de Imprensa, em 2009.

Ocorre que o plenário do Supremo, por seis votos a três, arquivou a Reclamação nº 9.428, proposta pelo jornal Estadão, mantendo a tutela inibitória deferida pelo Desembargador do TJDFT, impedindo aquele veículo de publicar matérias sobre processo judicial que corre em segredo de justiça contra Fernando Macieira Sarney.

Em seu voto, o relator da Reclamação, ministro Cezar Peluso, manifestou-se pela extinção do processo, por não ver na decisão do TJDFT conexão com a decisão tomada pelo STF no julgamento da ADPF nº 130, que para ele “cingiu-se a declarar que a Lei 5.250 de 9 de

fevereiro de 1967, foi revogada pela atual Constituição da República”. Assim, arrematou o ministro, que não encontrava na decisão impugnada qualquer desacato à decisão tomada pelo STF no julgamento da ADPF nº 130, pois na apreciação da arguição, deu-se apenas uma resposta jurisdicional para revogar uma lei não recepcionada pela Constituição Federal de 1988

Segundo o ministro relator, naquela oportunidade em que se declarou como não recepcionada a Lei de Imprensa, a Suprema Corte tratou genericamente da questão da liberdade de imprensa, sem que fosse lícito, “por inspiração das mais elevadas ou nobres razões políticas ou institucionais, alargar-lhe os precisos limites decisórios e instaurar, onde não cabe nem a fórceps, ampla querela constitucional a respeito do alcance da liberdade de imprensa na relação com o poder jurisdicional”.

Aduziu, ainda, que a ação inibitória movida por Fernando Sarney tinha embasamento jurídico no art. 5º, inciso X (que garante a inviolabilidade dos direitos de personalidade) e inciso XII (que garante o sigilo telefônico), além do art. 12 do Código Civil, art. 153, §1º-A do Código Penal e arts. 8º e 10 da Lei nº 9296/96, que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal e trata das interceptações telefônicas. Portanto, concluiu o relator, que a ação movida por Sarney não utilizava qualquer instrumento previsto na Lei de Imprensa.

Assim, César Peluso consignou que só “se torna lícito cogitar de insulto à eficácia vinculante de *ratio decidendi* de decisão lançada por esta Corte, no bojo de ADI, ADC ou ADPF, quando o provimento jurisdicional ou administrativo verse a mesma questão jurídica, adotando resolução em sentido contraditório ao teor do aresto que se fundou na motivação contrariada. É necessário que a matéria de direito (*quaestio iuris*) debatida na pronúncia, cuja autoridade se alegue ofendida, seja em tudo idêntica, senão semelhante àquela sobre a qual se apóie a decisão que teria desembocado em conclusão oposta”.

Obtemperou o ministro que, caso o STF acolhesse a Reclamação, o Tribunal estaria obrigado, “desde logo, de maneira perene e peremptória, [a julgar] toda e qualquer

decisão judicial acerca dos casos recorrentes de conflito entre direitos da personalidade e liberdade de expressão ou de informação”.

Entendendo que apenas o dispositivo da APDF nº 130 tem seu efeito vinculante, ressaltou que a ementa reflete apenas a posição pessoal do Ministro relator, “não a opinião majoritária da Corte”. Remete que o conteúdo semântico e geral do acórdão deve ser buscado na inteligência sistemática dos votos, que em suma, concluíram pelo “mero juízo comum de ser a lei de imprensa incompatível com a nova ordem constitucional, não chegando sequer a propor uma interpretação uníssona da cláusula do art. 220, § 1º, da Constituição da República, quanto à extensão da literal ressalva a legislação restritiva, que alguns votos tomaram como reserva legal qualificada.”

Relembrou, assim, os votos dos demais Ministros na APDF nº 130, para embasar a tese de que o mandamento exprimido no acórdão e na ementa não representava um pensamento majoritário e uníssono da Corte. Sublinhou que da “leitura atenta de todos os votos componentes daquele acórdão, assim no *iudicium*, como nas *rationes decidendi*, nenhuma pronúncia coletiva de vedação absoluta à tutela jurisdicional de direitos da personalidade segundo as circunstâncias de casos concretos, como supõe a tese o reclamante, e que, como tal, seria a única hipótese idônea para autorizar o conhecimento do mérito desta reclamação”. Consignou ainda que

É, em suma, patente que ao acórdão da ADPF nº 130 não se lhe pode inferir, sequer a título de motivo determinante, uma posição vigorosa e unívoca da Corte que implique, em algum sentido, juízo decisório de impossibilidade absoluta de proteção de direitos da personalidade – tais como intimidade, honra e imagem – por parte do Poder Judiciário, em caso de contraste teórico com a liberdade de imprensa.

O Ministro invoca a teoria da *transcendência dos motivos determinantes*, para justificar que, “diferentemente do que sucede em sistemas constitucionais estrangeiros, não há, de regra, tácita e necessária concordância entre os argumentos adotados pelos Ministros”. O que existe é apenas uma concordância “aos termos do capítulo decisório ou parte dispositiva da sentença, já nem sempre sobre os fundamentos que lhe subjazem”. Sublinhou, ainda, que mesmo em casos de unanimidade ainda existem “irreduzíveis

divergências entre os fundamentos dos votos que a compõem, os quais não refletem, nem podem refletir, sobretudo, para fins de caracterização de paradigmas de controle, a verdadeira *opinion of the Court*”.

O Ministro Carlos **Ayres Britto** abriu a **divergência** em relação ao voto do Ministro Cezar Peluso. Britto, que foi o relator da ADPF 130, observou que havia plena relação entre a decisão do TJDFT que motivou a reclamação do jornal O Estado de S. Paulo e o julgamento da ADPF nº 130, que fez mais do que declarar a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa.

Segundo ele, naquela ADPF, a alegação era justamente que a Lei de Imprensa embaraçava o disposto nos artigos 220 (liberdade de manifestação do pensamento, livre de censura) e no inciso IX do artigo 5º da CF (liberdade de expressão, também sem censura), mas não só. Uma série de decisões judiciais que impediam e impedem a publicação de matérias jornalísticas também estariam sendo consideradas como censura prévia.

Em virtude disso, o Ministro Ayres Britto reafirmou a defesa da liberdade de imprensa de forma plena e sem censura, pois “o tamanho da liberdade de imprensa não pode ser medido pela trena da lei”. O ministro ainda consignou que a liberdade de imprensa não conhece meio termo, sendo total ou não sendo liberdade de imprensa, constituindo-se em um arremedo ou um jogo de prestidigitação jurídica.

Reafirmou que a grande lei sobre liberdade de imprensa deve ser apenas a Constituição, que é a lei orgânica sobre esse tema. Nenhuma outra lei pode ter a pretensão de conformar o regime jurídico da liberdade de imprensa a não ser em matéria que não seja nuclearmente de imprensa, em aspectos laterais, reflexos e periféricos dela, como, por exemplo, a disciplina do direito de resposta, indenização, sigilo da fonte, propaganda, participação de empresas estrangeiras no capital dos órgãos de mídia, etc. Essas matérias podem ser objeto de lei, para cada uma das matérias citadas.

No tocante ao núcleo da liberdade de imprensa, o ministro reafirmou que na ADPF se consignou entender que não poderia haver lei. Não pode haver lei dispendo sobre o tamanho, a extensão, da substância e do conteúdo da liberdade de imprensa, nem

ditando coordenadas de tempo e de conteúdo em que essa liberdade fosse usufruída. O objeto e a duração (o tempo que pode ser usufruído) não podem ser regulados. A liberdade de imprensa não é uma bolha normativa, tem objeto, conteúdo e substância.

A Constituição descreve a liberdade de imprensa como: manifestação, exteriorização do pensamento enquanto ideia, raciocínio, produzido pelo intelecto, criação artística, científica e comunicacional.

O terceiro elemento é a informação em plenitude. A imprensa tem o direito de informar com total desembaraço, assim como a cidadania tem o direito de se informar por conta própria bem como por terceiros. Tem direito de informar, de se informar e ser informado. É um direito de personalidade e de cidadania.

É preciso densificar a personalidade tornando-a titular de situações jurídicas subjetivas. Ele tem que ser titular de direitos, tais como o direito à informação, manifestação do pensamento, a expressão *lato sensu*, científica, comunicacional e artística como descrito na Constituição. O núcleo duro, que é a criação, não pode ser objeto de lei, pois isso significa interferir no recôndito da própria personalidade humana.

O STF travou o debate de que a liberdade de imprensa se tensiona com outros bens de personalidade e o ideal é que eles sejam igualmente desfrutados. Os dispositivos da CF que tratam sobre bens de personalidade devem incidir. Mas isso é um conflito mais aparente do que real.

A imagem, a vida privada, a honra e a intimidade, são direitos subjetivos públicos, exercidos às custas do poder público. São situações jurídicas ativas e devem ser resguardadas. Ayres Brito lembrou os pensadores John Milton, Tocqueville, Thomas Jefferson, Willian Pete e Rui Barbosa, que afirmavam não haver como conciliar liberdade de imprensa com direitos de personalidade, sem uma precedência cronológica em favor de algum dos dois. Há casos concretos que impera o critério da ponderação “tudo ou nada” das regras jurídicas.

Assim, os países desenvolvidos, que consolidaram antes a democracia e que honram e se orgulham do patamar elevado de civilização e cultura evoluída, concluíram: a liberdade de imprensa tem primazia e preferência, como diz o art. 220, 1º da CF/88. Ela proíbe toda restrição e cerceio à liberdade, seja qual for o suporte físico de veiculação dessa liberdade: jornal, revista, rádio, televisão ou internet.

Ayres Brito reafirmou que a Constituição foi clara de que em situações de colisão-limite o que prevalece é a liberdade de imprensa, a manifestação de pensamento, a informação, por prioridade cronológica. Os direitos de personalidade como vida privada, imagem, honra e intimidade incidiriam *a posteriori*, sob o plano da responsabilização, pois a Constituição proíbe a censura prévia. Nem o Judiciário no uso do seu poder hemenêutico pode, com previdade, estipular o que a imprensa deve dizer ou não. Antes da notícia circular, antes da informação ser veiculada e da criação ser publicada, não pode o Judiciário intervir. Isso é rechaçado radicalmente pela Constituição.

A Lei 9.504/1997, que regulamenta as eleições, tentou cercear a liberdade de imprensa no campo do humor, mas a resposta do STF foi categórica em proclamar a plenitude daquela liberdade, conforme a ADI nº 4451.

Para o ministro, o adjetivo “livre”, que garante a manifestação de pensamento, está aderido ao adjetivo “pleno”. O art. 220 relança o discurso constitucional do art. 5º em matéria de criação, manifestação de pensamento, informação para robustecer, expandir, radicalizar a sua tutela. O art. 220 da CF sobre comunicação social e liberdade de imprensa é um “plus” protecional, pois a liberdade de manifestação de pensamento, a criação e o direito à informação são um bem de personalidade, mas quando veiculados a um órgão de comunicação social ganham em robustez. Eles são sobredireitos, pois se veiculam por órgãos de comunicação social. Haveria uma sobretutela constitucional.

A imprensa desempenharia um papel único na sociedade contemporânea democrática, elevando os direitos fundamentais individuais, colocando-os num patamar acima destes. Ou seja, quando um direito individual é repercutido pela imprensa, ele está numa posição

de supremacia. Pode-se concluir, portanto, que a liberdade de expressão individual tem posição inferior à liberdade de imprensa.

Como afirmou, caberia à imprensa dar uma versão alternativa à versão oficial dos fatos. Se não houvesse a imprensa haveria um discurso único. A imprensa forma a opinião pública e, portanto a coletividade tem o direito de se assumir como coletividade. A imprensa é o *locus* do pensamento crítico, elaborado, racionalmente urdido e exposto, requintado, refinado e tem compromisso com a essência das coisas, com a verdade. A imprensa cumpre esse papel. Tem função emancipadora, libertadora de mentes e de espíritos. É irmã gêmea da democracia. A imprensa é serviente da democracia, que é o valor-teto da constituição. A democracia é o princípio dos princípios.

Embora a imprensa cometa abusos, não é pelo temor do abuso que se vai proibir o uso. A Constituição já prevê os remédios como o direito de resposta, a indenização e a ação penal por injúria, calúnia e difamação. Entretanto, quando observa o disposto na Constituição, está no plano das consequências, das responsabilizações. Todos respondem pessoalmente pelos seus atos no regime republicano. Se a constituição falasse, diria: Pior seria, infinitamente, se houvesse censura prévia, saindo de um estado luminoso de democracia, para um estado trevoso de obscurantismo mental. Se a imprensa pode denegrir imagens, reputações, dez, cem, mil vezes, pior seria, por lei ou por decisões judiciais, se impor limites para a liberdade de imprensa.

A imprensa não é só porta-voz da sociedade civil, mas deve ser caixa de ressonância desta. Ela deve satisfações a essa sociedade civil. Ayres acredita que a imprensa é um bloco pró-indiviso, constituído pelos acionistas e jornalistas do meio de comunicação e o público-alvo dele.

A ministra **Cármen Lúcia Antunes Rocha** acompanhou a divergência aberta pelo ministro Carlos Ayres Britto, ao conhecer da reclamação e votar pelo deferimento da liminar. “O ponto nuclear da discussão é se há pertinência ou não entre o paradigma apontado e o ato reclamado. O ato reclamado afronta, pelo menos à primeira vista e não para fins de

procedência ou improcedência, mas para fins de cabimento ou não cabimento, a ADPF 130. “Naquela decisão foi fixado que, fora as restrições que a Constituição faz para o estado de Direito, qualquer forma de inibição pode desconfigurar a liberdade de imprensa”, concluiu a ministra.

No mesmo sentido, o Ministro **Celso de Mello** entendeu como “grave e profundamente preocupante que ainda remanesçam no aparelho de estado determinadas visões autoritárias que buscam justificar, pelo exercício arbitrário do poder geral de cautela, a prática ilegítima da censura, da censura de livros, jornais, revistas, publicações em geral”. Ele conheceu da ação e acompanhou a divergência iniciada pelo ministro Carlos Ayres Britto, no sentido de deferir o pedido contido na ADI.

De acordo com ele, a censura “traduz a ideia mesma da perversão das instituições democráticas, não podendo subsistir num regime político onde a liberdade deve prevalecer”. Celso de Mello afirmou que a censura estatal, não importando o órgão de que emane (Executivo, Legislativo ou Judiciário), representa grave retrocesso político e jurídico no processo histórico brasileiro. Isto porque “devolve-nos ao passado colonial e aos períodos em que declinaram em nosso país as liberdades públicas”.

O ministro salientou que o Estadão foi a única empresa jornalística atingida, uma vez que outros órgãos de comunicação social divulgaram, continuam divulgando e não sofreram interdição. “Portanto, essa interdição é, além de arbitrária, inconstitucional, ofensiva à autoridade do nosso julgamento proferido na ADPF 130, é uma decisão discriminatória e coincidentemente incide sobre um órgão de imprensa que já no final do segundo reinado fez da causa da República um dos seus grandes projetos políticos”, ressaltou.

Para o ministro, a apreensão de livros, revistas, jornais é um comportamento típico de regimes autoritários e não se pode retroceder no processo de conquistas de liberdades. “Eu entendo que tem sido tão abusivo o comportamento de alguns magistrados de tribunais que hoje, de certa maneira e é lamentável que se tenha que dizer isso, hoje o

poder geral de cautela é o novo nome da censura judicial em nosso país”, disse, ao frisar que a conquista de direitos e garantias constitucionais não pode sofrer retrocesso.

Ele destacou que o peso da censura é algo insuportável e intolerável. “A censura representa esta face odiosa que compromete o caráter democrático de um país que deseja ser livre e que quer examinar sob escrutínio público a conduta dos seus governantes. Os cidadãos têm direitos a governantes probos”, finalizou.

O voto do ministro Cezar Peluso foi acompanhado pelo então presidente do STF, ministro **Gilmar Mendes**. Ele compartilhou o voto no sentido de que não há uma garantia fundamental absoluta, no caso, a liberdade de expressão e o direito de informação, contrapostos ao direito à privacidade, individualidade, honra e outros direitos fundamentais da pessoa humana.

Para ambos, não há uma hierarquia entre tais garantias, assentadas, sobretudo, em diversos incisos do artigo 5º da Constituição Federal, devendo cada caso ser avaliado ponderando-se as diversas garantias para analisar qual delas está sendo mais afetada por uma determinada decisão ou conduta.

O ministro **Ricardo Lewandowski** acompanhou o relator, não conhecendo da reclamação porque, em sua opinião, há uma questão preliminar impossível de ser superada no caso. “Para o conhecimento da reclamação é preciso que haja uma estrita correspondência entre o ato reclamado e a decisão paradigma. Na presente reclamação, vejo que a decisão reclamada baseou-se no artigo 8º e 10 da Lei nº 9.296/96, que trata do sigilo das investigações judiciais. Verifico, estudando e analisando a ADPF 130, tão bem relatada pelo ministro Ayres Britto, que o que se decidiu naquela ação foi a não recepção da Lei de Imprensa pelo atual ordenamento constitucional”, ressaltou.

O ministro **Eros Grau** acompanhou o voto do relator, entendendo que a reclamação é a via inadequada para o pedido. De acordo com ele, ao juiz incumbe decidir, em cada caso, sobre a relatividade da liberdade de imprensa e da proteção da intimidade. “Nenhuma é superior à outra, não há nenhuma absoluta e ao juiz incumbe, caso a caso, limitado pela

lei, decidir a situação”, afirmou. O ministro Eros Grau defendeu explicitamente que considera “descabida” a utilização da expressão “censura judicial”, pois “o juiz está limitado pela lei. O censor não. É descabido falar em censura judicial. Não há censura. Há aplicação da lei. A imprensa precisa de uma lei.” E é este, segundo ele, o caso da decisão do TJDFT.

A ministra **Ellen Gracie** também entendeu não ser cabível a reclamação e acompanhou o voto do relator. Ela verificou uma contradição colocada entre a liberdade de imprensa e os poderes da jurisdição e abrangência dos seus ditames. Para a ministra, a matéria não foi objeto de discussão na ADPF 130 e, dentro do estreito limite que é posto pela reclamação, não parece cabível. “Acredito que, sem dúvida, a eventual erronia da decisão judicial atacada por esse meio será corrigida pela via recursal própria”, disse.

O ministro José Antonio **Dias Toffoli** acompanhou o voto do relator, ministro Cezar Peluso. Segundo ele, a decisão atacada pelo jornal paulista não está fundamentada na Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), que foi revogada quando o Supremo analisou a ADPF 130. “A via escolhida da reclamação não é cabível porque a decisão reclamada não está baseada na Lei de Imprensa, mas sim na Lei de Interceptações Telefônicas [Lei nº 9.296/96]. Nesse sentido, a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios não afrontou a decisão desta Suprema Corte na ADPF 130”, afirmou Dias Toffoli.

6.6.1. Conclusões preliminares

Segundo VENÍCIO DE A. LIMA, o julgamento da Reclamação nº 9428 esclareceu “alguns dos pontos que restavam sombrios em relação ao acórdão do julgamento da ADPF nº 130”. Para o autor “ficou claro já no voto do relator – acompanhado por outros cinco ministros – que não há consenso no STF em relação aos termos do Acórdão escrito pelo ministro Ayres Britto”. Conclui assim que

Ao final, parece claro que, quando houver conflito entre liberdade de imprensa e direitos da personalidade – como intimidade, honra e

imagem – o STF deverá decidir caso a caso. Não deverá prevalecer a descabida hierarquia proposta no acórdão da ADPF nº 130 que confere à imprensa "uma liberdade maior do que as liberdades individuais de pensamento, de informação e de expressão.

Diego de Lima Gualda, analisando a referida Reclamação, conclui que

no presente caso analisado, a opção institucional pátria não parece ter se voltado ainda para expansão da liberdade, mas sim para o temor do mau uso. Com isso, parece claro que a cristalização de práticas como a censura prévia certamente contribuem negativamente para os efeitos positivos em termos de expansão da cidadania que os meios digitais poderiam oferecer.

Em artigo publicado, MARCO AURÉLIO PERI GUEDES, interpreta que o julgamento da Reclamação nº 9428

pode ter-se configurado a censura judiciária contornando a vedação constitucional existente, como entendemos, nos alinhando à corrente minoritária do pretório excelso, o discurso utilizado para proteger o direito à intimidade na ação inibitória pode reincidir novamente sobre a liberdade de imprensa ou, quiçá, atingindo outro direito fundamental. Se restar comprovada a hipótese, ter-se-ia demonstrado o poder judiciário como censor anticonstitucional, verdadeira aberração em um contexto de estado democrático de direito.⁴³⁶

Em conclusão, opinamos que, por conta da tese de que apenas o dispositivo do acórdão deve produzir efeitos *erga omnes* e conseqüente impossibilidade da transcendência dos motivos determinantes, todo o esforço retórico e argumentativo contido no voto do Ministro relator Ayres Britto na APDF nº 130, cujas principais ideias foram reproduzidas na ementa daquele julgamento, não surtiram os efeitos práticos esperados.

A linha argumentativa utilizada por alguns ministros na APDF nº 130 era de marcante reconhecimento da proteção constitucional preferencial da liberdade de informação jornalística. No entanto, essa posição foi refreada no momento em que um caso concreto

⁴³⁶ GUEDES, Marco Aurélio Peri. *A liberdade de imprensa agrilhoada*. In: Lex Humana: Revista de Direito da Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, nº 1, p. 65-84, 2010, p. 76.

bateu às portas do Pretório Excelso, como nos fatos analisados por ocasião da Reclamação nº 9428.

Para a sociedade resta uma dúvida extrema. Afinal, para entender-se o alcance da ADPF nº 130 bastaria ler o dispositivo, ignorando todo o acórdão e sua ementa, ou seria necessário perscrutar todo o universo de longos votos concordantes e divergentes para entender a posição do Tribunal?

Em nosso entender, não é razoável exigir-se que o cidadão comum se debruce inteiramente sobre todo o volumoso processo da Arguição, com extensos e eruditos votos, para extrair daí então a posição do Supremo sobre o tema. Assim, a ementa deveria representar um resumo do que o Tribunal entendeu sobre o caso, a verdadeira opinião da Corte.

A longa e capitular ementa da ADPF nº 130 vai muito mais além do que o mero dispositivo de declarar como não recebida pela ordem constitucional vigente a Lei nº 5.250/67. Ela tentava propor um novo direcionamento interpretativo para a liberdade de imprensa. Assim, a ADPF transcende os seus fundamentos para impor uma diretriz vinculante aos tribunais, ou seja, a sua *ratio essendi* cumpre uma transcendente missão de impor os motivos que a determinaram.

O Tribunal precisaria entender que a sociedade prescinde de decisões mais práticas e objetivas.

A nosso ver, a ementa que foi colocada à ADPF nº 130 não conseguiu representar a opinião da Corte, representando muito mais as conclusões do Ministro relator Ayres Britto em seu voto condutor.

É certo que tal ementa e o próprio acórdão serão bastante utilizados como paradigma de convencimento, por advogados e juízes em suas petições e sentenças. O Supremo parece ter temido uma enxurrada de ações para dirimir conflitos entre liberdade de informação jornalística e direitos de personalidade.

7 CONCLUSÕES

A imprensa surge na antiguidade como mera informadora de atos oficiais do Governo, sendo, em verdade, órgão estatal. Foi com a influência do pensamento liberal, que se assegurou inicialmente a liberdade de expressão do homem e, conseqüentemente, a sua utilização pela imprensa, que se exterioriza como instrumento daquela.

O estudo focou a análise da evolução da liberdade de informação jornalística e da censura no Brasil. Ocorre que ambos os fenômenos surgiram concomitantemente, pois, junto com qualquer ideal libertário, surgiu a ideia de repressão.

A tecnologia permitiu o desenvolvimento dos meios de comunicação mais emblemáticos para o conteúdo da liberdade de informação jornalística, ou liberdade de imprensa, como os jornais, revistas, o rádio, a televisão e, por último, a *internet*. Excluiu-se da pesquisa outras formas de expressão humanas e artísticas como o cinema, o teatro, a pintura, a música e a fotografia.

A imprensa surge no Brasil a partir da chegada da Família Real, em 1808, fato que dá início a uma série de transformações na sociedade brasileira. Foi ela quem divulgou e noticiou a revolução política vinda da Europa, o que pressionou o Reino português a permitir a independência da colônia.

Ela continuou suas severas críticas ao regime político brasileiro na fase do império e da regência, o que ensejou tentativas de controle da sua liberdade através de leis e da própria Constituição de 1824.

Já no período de Proclamação da República, foi visível o processo de profissionalização da imprensa, com a formação de algumas empresas jornalísticas. O advento da nova Constituição, em 1891, em poucos aspectos inovou a tutela da manifestação do pensamento, trazendo apenas como novidade a vedação do anonimato, de forma a possibilitar a punição daqueles que extrapolassem os limites impostos pelas leis vigentes.

Sob o pretexto de reprimir as ameaças de cunho socialista e anarquista, os Governos - em diversos períodos - se utilizaram da medida constitucional de exceção denominada Estado de Sítio, que restringia as liberdades, inclusive as de expressão, de pensamento e de imprensa.

Ao final da década de 1920, cresce a insatisfação do povo com a República, entoada pelas manifestações da imprensa. Enquanto no cenário mundial ganha força a Revolução Russa, cresce no Brasil o medo de revoltas de cunho comunista, o que induz uma grande parte da sociedade a simpatizar com o movimento de 1930.

A chegada ao poder de Getúlio Vargas assinala um período de abruptas mudanças no regime republicano brasileiro. Em 1934 é promulgada uma nova Constituição que, embora zelosa pela liberdade de expressão e pensamento, conflitava com as práticas do *varguismo*, que continuava a impor censura à imprensa. Já em 1937 é instituído o Estado Novo, que recrudescer as práticas de censura e tornou a imprensa “função de caráter público”, estando ela sujeita aos desmandos e ao controle do aparelho estatal.

Posteriormente, com a redemocratização e a conseqüente promulgação do texto constitucional de 1946, houve fortalecimento da liberdade de imprensa, que culminou numa grande mudança dos paradigmas da informação jornalística no Brasil.

Entretanto, seguindo o ciclo da história, marcado por ápices democráticos e depressões repressoras, a mídia conservadora e a sociedade atemorizada com a ameaça comunista, ofereceram terreno fértil e legitimidade à “revolução de março de 1964”, que inicia restrições às liberdades públicas.

O regime ditatorial, que perdurou no país entre 1964 e 1985, privou a sociedade de direitos e garantias fundamentais, a exemplo da livre manifestação de ideias e opiniões, ensejando, posteriormente, a luta pelo restabelecimento da democracia e das liberdades. Cumpre observar, no entanto, que a imprensa não foi apenas vítima nesse processo, contribuindo para a legitimação daquele regime de exceção.

Oscilando entre um período de maior repressão no início do Regime, conhecido como anos de chumbo, e de distensão lenta, gradual e segura, ao final, a história brasileira demonstrou que as tentativas de controle estatal sobre a manifestação do pensamento e a liberdade de informação jornalística, sempre descambaram para a mera censura.

Em 05 de outubro de 1988, a nação brasileira recebeu, com esperança, a apelidada “Constituição Cidadã”, que alterou de forma substancial o ordenamento jurídico, equiparando, em igualdade de condições, os três poderes e fortalecendo a democracia no Estado brasileiro.

Tais idas e vindas da história brasileira expõem uma crise de *enantiodromia* nos meios de comunicação social e na sociedade. Esses atores ainda buscam assentar-se após períodos de conturbada neurose, mas que podem prenunciar o renascimento de uma nova personalidade das relações sociais no Brasil.

O atual panorama da liberdade de informação jornalística no Brasil e no mundo pós-moderno exhibe uma nova face dos veículos difusores de informação. Historicamente, os jornais sempre direcionaram suas críticas aos governos, mas o capitalismo fomentou o culto das personalidades e das celebridades, fazendo despertar um novo interesse do público.

Neste curto período da nova democracia brasileira, se nota ainda uma concentração de poder das grandes empresas de mídia, sobretudo com a concessão de emissoras de rádio e televisão a políticos e famílias influentes.

Dessa forma, a imprensa parece assumir um novo rumo na sociedade democrática da informação, pois ao mesmo tempo em que titulariza o direito fundamental da liberdade de informação jornalística, deve atentar para o valor da democracia em consonância com a dignidade da pessoa humana.

A *internet* vem a ser o mais moderno meio de comunicação que se assomou aos tradicionais veículos como o impresso, o rádio e a televisão. Com o barateamento de

componentes informáticos e a concorrência no mercado de banda larga, ocorre uma ampliação do acesso às novas tecnologias, de forma a permitir a inserção de todos na sociedade da informação, termo que se conhece por *inclusão digital*.

Esse processo de inclusão digital tem imposto contundentes transformações no vetor de informação. Se antes a televisão, o rádio e a mídia impressa monopolizavam a coleta e a transmissão dos fatos, hoje em dia são os leitores que contribuem diretamente na construção da notícia, assumindo um protagonismo ativo na nova sociedade da informação e da comunicação. Há também uma crise na mídia impressa com a diminuição de vendas e parada de circulação de alguns veículos, que passaram a disponibilizar conteúdo apenas via web.

O fenômeno da organização WikiLeaks, parece transparecer o fato de que a sociedade da informação está sedenta pela livre e gratuita circulação de ideias. Munido da poderosa ferramenta tecnológica da internet, o cidadão avança em busca de novos territórios, para fazer valer a essência da democracia (poder do povo) em sua plenitude, doa a quem doer.

O passar do tempo e a evolução da tecnologia e da sociedade transformaram a simples máquina de “imprensa” de Gutemberg em um verdadeiro fenômeno social que se denominou imprensa. Houve, assim, uma transformação semântica, de essência, nesse conceito através dos tempos.

Diversas leis tentaram definir o que era imprensa, alargando ou diminuindo o seu conceito. Existe uma substância primordial a ser trabalhada pelos meios de comunicação social, que é a notícia, a interpretação do fato, a informação jornalística por essência. Assim, a imprensa comporta tanto o sujeito que faz a notícia (que é o veículo de comunicação social) como também a informação propriamente dita.

Utilizamos, no presente trabalho, o termo imprensa para designar genericamente os meios de comunicação social ou empresas jornalísticas, cuja atividade-fim seja a notícia em sentido amplo. Interessou, portanto, a imprensa enquanto atividade profissional, excluindo as pessoas físicas comuns que se valem da liberdade de expressão para veicular

suas opiniões e reproduzir notícias, seja por meio impresso ou digital (blogs, twitter, etc.), salvo as que se possuam finalidade lucrativa.

O trabalho priorizou o uso da expressão *liberdade de informação jornalística*, em homenagem ao texto constitucional e também por questões metodológicas, além de possuir conceito mais moderno do que o de liberdade de imprensa. Entretanto, este termo é considerado como sinônimo de liberdade de informação jornalística pela doutrina e pela ADPF nº 130.

Há quem defenda uma diferenciação total entre liberdade de expressão individual e liberdade de informação jornalística. Porém, acreditamos que esta encontra seus fundamentos e origens na manifestação do pensamento, opinião e comunicação. Apesar das críticas, concordamos que a imprensa é o instrumento, manejado pelas empresas de comunicação social, pelo qual se faz ouvir o pensamento e as opiniões dos cidadãos, do Estado, das instituições e, também, da própria imprensa enquanto empresa. Mas não é só. A imprensa interpreta e narra ao seu modo as informações relacionadas a todos estes atores sociais. Ela é o *meio* canalizador da liberdade de informação (direito de informar e de ser informado), com o escopo de propagá-la para toda a sociedade, transcendendo os limites da atividade empresarial do jornal.

A informação jornalística não é neutral, nem mesmo imparcial, pois a imprensa também é intérprete dos fatos. Como lembram HEIDEGGER e GADAMER, qualquer interpretação é um processo hermenêutico composto de compreensão e pré-compreensão.

Informação é poder. Através da atividade informativa da imprensa é possível influenciar crenças, pensamentos e opiniões. A difusão da informação através dos veículos de comunicação social, nesta era pós-moderna, parece alcançar uma grande massa de pessoas em fração de segundos.

Há diferença entre direito à informação e direito de informar. O primeiro assume feição de direito individual ou difuso do cidadão, enquanto o segundo um direito individual, mas também coletivo, dos meios de comunicação social. A liberdade de informação jornalística

engloba estes dois direitos, pois ela não é liberdade que pertence à empresa de comunicação social, mas à sociedade.

Fundada no interesse público, surge a função social da informação, que busca possibilitar, inclusive aos cidadãos desprovidos dos meios tecnológicos de comunicação, formas de acessá-la, além de compartilhar opiniões, críticas e pensamentos, como modo de distribuir equitativamente o conhecimento acerca dos fatos.

Garantir a informação a todos é corolário do princípio da isonomia, na medida em que se entende informação como realização da dignidade humana. Para efetivar tais princípios, deve-se garantir ao cidadão, em primeiro lugar, o acesso à educação, meio pelo qual este estará habilitado a poder se informar. Uma sociedade com altos níveis de escolaridade está mais apta a exercer o seu direito de ouvir e se expressar.

Os direitos, liberdades e garantias fundamentais, como pensamento, expressão, imprensa e informação, foram contemplados em diversas constituições nacionais, tratados, pactos, declarações e acordos internacionais celebrados, o que denota a sua importância para sociedade global. Igualmente, a liberdade de informação jornalística também teve reconhecida sua importância por estes diversos estatutos.

Tais direitos fundamentais seguem o critério material de identificação, pois ainda que não positivados expressamente, devem ser reconhecidos no plano jurídico internacional e interno. Como outras garantias fundamentais, não podem ser abolidas, pela condição de cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, da CF/88).

O vocábulo censura comporta um sentido polissêmico, indeterminado. Não há na legislação brasileira, nem tampouco na Constituição Federal qualquer norma que a defina. Entendemos censura como a supressão ou tentativa de suprimir o exercício regular e constitucional da liberdade de manifestação do pensamento, da expressão artística, intelectual e de comunicação e da liberdade de informação. Ela é anticonstitucional, exceto se o exercício destas liberdades for abusivo. Necessariamente, a supressão deste

conteúdo irregular deve-se pautar por meios democráticos e legítimos, como o do devido processo legal.

Há casos julgados pelos tribunais nacionais condenando o Estado brasileiro a indenizar meios de comunicação social que hajam sofrido censura estatal.

A classificação indicativa não é censura, pois não é vinculante, mas, como óbvio, indicativa, sugestiva, informativa, pedagógica. Os programas jornalísticos ou noticiosos, bem como os programas esportivos, as propagandas eleitorais e a publicidade em geral, não se submetem ao regramento da classificação indicativa, em razão de suas peculiares missões constitucionais, gozando de uma imunidade quanto à verificação estatal de seu conteúdo.

Percebe-se o distinto tratamento jurídico dado à liberdade de informação pela Corte alemã, que aponta para uma maior proteção do valor “dignidade”, e pela Suprema Corte americana, que favorece preferencialmente o valor “liberdade”. O regime jurídico da liberdade de expressão e informação no Brasil é fruto dessas duas concepções.

Há países que instituíram órgãos de controle externo da imprensa, a exemplo da Inglaterra e Portugal. Já no Brasil, embora haja previsão constitucional, esse Conselho só funcionou por quatro anos, entre 2002 e 2006. Tem sido recorrente o debate sobre o *controle social da mídia*, propugnado pelo Governo do Partido dos Trabalhadores (PT), mas que tem sido rejeitado pela grande imprensa.

A evolução dos direitos de personalidade encontra um maior avanço no período das revoluções liberais-burguesas do século XVIII, quando se desenvolve uma ideia de oposição entre indivíduo e Estado, visando proteger a pessoa contra as intervenções arbitrárias deste. Dentre os primeiros direitos da personalidade reconhecidos como direitos fundamentais estão o direito à vida, o direito à liberdade e o direito à integridade física. Possuem características de serem: absolutos, inatos, essenciais, além de intransmissíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, inexpropriáveis,

extrapatrimoniais, indisponíveis e vitalícios. Algumas delas são amplamente criticadas pela doutrina.

Os direitos da personalidade e as liberdades públicas encontram-se em planos diversos, segundo alguns autores, devido a divisão entre direito público e privado. Entretanto, a constitucionalização do direito civil relativizou muito essa separação, que para alguns autores é inútil, pois o direito é uno.

Embora os estudiosos dos direitos humanos venham tentando conceituar o fenômeno da dignidade humana, ele guarda também um ponto de fluidez conceitual, uma vez que cada sociedade molda o seu padrão moral de comportamento e cada indivíduo percebe-se de maneira diferente dentro daquela sociedade. Assim, a dignidade humana parece ser informada por uma troca de informações entre o particular e o tecido social. O indivíduo atua, portanto, como sujeito passivo, recebendo da sociedade uma carga informativa e, também, como sujeito ativo, devolvendo a esta sociedade a informação processada e interpretada à sua singular maneira.

Em verdade, embora alguns atributos da personalidade sejam naturais, como o ato de nascer e assim o direito à própria vida, o que contemplaria a corrente jusnaturalista, recebem, também, tutela da norma jurídico-positiva. Portanto, o fenômeno da personalidade humana pode ser explicado tanto pelo jusnaturalismo, quanto pelo juspositivismo. Contudo, nenhuma das teorias pode avocar a maternidade dos direitos de personalidade. Em verdade, aquelas correntes são faces da mesma moeda e se complementam quando reconhecem a importância dos bens de personalidade

Hoje, há entendimento de que os direitos de personalidade guardam profunda relação com a teoria dos direitos fundamentais, a disciplina dos direitos humanos e o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como um dos principais valores da sociedade. Assim, além das tradicionais formas de expressão humana como vida privada, intimidade, honra e imagem, a liberdade de informação jornalística também ostenta a característica de direito de personalidade.

A liberdade de informação jornalística é um direito histórico, humano e fundamental, protegido por diversas constituições e tratados internacionais, tal como os direitos à intimidade, vida privada, honra e imagem. Todos são direitos de dignidade, que resguardam a integridade intelectual e moral dos indivíduos e da coletividade.

A liberdade de informação jornalística também tem a característica de ser indisponível, no sentido de intransmissível e irrenunciável, além de ser absoluta (oponível *erga omnes*), inexpropriável, vitalícia, extrapatrimonial e imprescritível, tais como a intimidade, vida privada, honra e imagem.

Entretanto, ainda que não estivessem constitucionalizados, seriam protegidos, pois não apenas os direitos e garantias elencados na Constituição gozam do sistema de proteção às liberdades públicas, pois a Carta adotou cláusula aberta, ou de não tipicidade, consoante a teoria material dos direitos fundamentais.

Ainda que resguardados pela mesma norma constitucional, imagem, honra, vida privada e intimidade, possuem, sobretudo, dimensão, conceito, conteúdo e diferentes características.

Parece haver uma tênue separação entre intimidade e vida privada. Embora derivem do instituto da privacidade, a intimidade é mais restrita do que a vida privada e significa a esfera mais profunda do indivíduo consigo mesmo. É aquele espaço impenetrável do sujeito, onde residem as suas fantasias, sonhos, segredos, desejos e ambições que talvez ele sequer possa partilhar com alguém, mas tão só consigo mesmo, através de um diário, por exemplo. O indivíduo, dentro de si mesmo, tem plena e total liberdade para pensar o que bem quiser, ainda que isso seja antijurídico, ilícito e culpável, pois não estará cometendo crime. Liberdade de pensamento e intimidade estariam totalmente conectadas.

Quando se violam os direitos de personalidade, ainda que exista a figura da retratação ou do direito de resposta, não há como retroagir ao estado anterior, jamais. Isso não pode

ser um dogma intangível e incontornável, que enseje o controle pelo temos do mau uso da liberdade. Tais riscos fazem parte do jogo dialético e democrático.

A honra tem sido dos direitos de personalidade mais invocados pelas pessoas públicas como violados, na medida em que os meios de comunicação, no uso da sua liberdade de informação jornalística, tecem opiniões desfavoráveis sobre aqueles. Em função da tutela da honra ser resguardada também pelo Código Penal, são inúmeros os processos criminais movidos pelos agentes públicos em face dos meios de comunicação.

A imagem, segundo divisão adotada por grande parte da doutrina, se divide em imagem-atributo e imagem-retrato. Esta seria a expressão física do indivíduo, enquanto aquela se exteriorizaria como o conjunto de características apresentado socialmente por ele. Embora se possa confundir imagem e honra - em especial honra objetiva e imagem-atributo - pois fruto de ideias semelhantes, tais institutos guardam diferenças conceituais importantes. É possível violar-se a imagem, resguardando a honra, bem como o inverso parece também ser plausível. As pessoas jurídicas detêm esse direito de personalidade.

A colisão entre liberdade de informação jornalística e bens de personalidade como intimidade, vida privada, honra e imagem é fenômeno que tem merecido diversas soluções a depender da cultura jurídica de determinado local.

Na tradição jurisprudencial e doutrinária brasileira, sempre se admitiu a unidade constitucional, de modo a não admitir qualquer hierarquia entre as normas e princípios inseridos na Carta Magna. Mas, há cada vez maior parte da doutrina que defende uma posição preferencial da liberdade de imprensa e liberdade de expressão, em face dos demais direitos, corrente esta aparentemente adotada na APDF nº 130. Para aquele julgamento, a liberdade de informação jornalística seria um sobredireito de personalidade, gozando, portanto, de uma precedência em detrimento ao segundo bloco dos direitos de personalidade, como vida privada, honra, intimidade e imagem.

O juiz, ao analisar a situação de colisão posta, deve atentar para os métodos hermenêuticos, bem como a ponderação de interesses, pois não há uma fórmula pronta.

As decisões devem ser balizadas, principalmente, no sopesamento e na proporcionalidade. Portanto, é a proporcionalidade que vai reger a interpretação constitucional, respeitando o núcleo essencial desta norma. O julgador deve encontrar a solução que menor restrição imponha a um direito fundamental.

Enquanto as regras são postas ao fenômeno da subsunção, ou seja, se aplicam de acordo com o sistema do “tudo ou nada”, aos princípios são apostas a técnica da ponderação dos valores e interesses em conflito. Segundo parêntese aberto no voto do Ministro Ayres Brito na APDF nº 130, a liberdade de informação jornalística não é princípio constitucional, no sentido de um simples “mandado de otimização”, mas uma regra, de aplicação imediata, submetida ao regramento do “tudo ou nada”. Dessa forma, para o Ministro, a Constituição fez esse sopesamento *a priori*, mandando aplicar a liberdade de informação em detrimento da intimidade, vida privada, honra e imagem.

Entretanto, defendemos a proporcionalidade como critério mais apto de resolver essa colisão no caso concreto, exercendo o teste das três etapas: a primeira, da adequação, a segunda, da necessidade e terceira, do sopesamento entre valores ou princípios constitucionais.

Embora a Constituição trace as principais fronteiras a todos os direitos nela contidos, é possível estabelecer-se *standarts* para balizar o juízo de ponderação em caso de colisão de informação jornalística e direitos individuais de personalidade.

São fronteiras constitucionais à liberdade de informação jornalística: a vedação do anonimato (IV); garantia ao direito de resposta e proibição do dano moral, material e à imagem (V); proteção da intimidade, honra, vida privada e imagem (X); resguardo ao sigilo da fonte (XIV). Também o art. 221, especialmente em seu inciso IV, ao impor diretrizes como “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa da família”, é fronteira à plena liberdade de comunicação.

É possível restringir manifestação do pensamento que fomente o racismo ou qualquer forma de preconceito, de etnia, sexo ou religião, o chamado *hate speech*. Não obstante, é

possível reconhecer que a liberação do discurso do ódio pode fomentar a violência, mas também expor de maneira contundente, franca e aberta – e também penosa – outros valores “não politicamente corretos”, mas que alguma parcela da sociedade pode querer discutir. O debate aberto possibilitaria a adesão de outros membros da comunidade a adotar tais valores, criando uma evolução ou também involução social. Entretanto, numa sociedade como a brasileira, que ainda precisa ultrapassar consolidações básicas de igualdade e democracia, tal debate ainda pode ser bastante prematuro.

O valor ético e social da pessoa, primordialmente aludido, insere-se no contexto do respeito à dignidade da pessoa humana - princípio constitucional corolário do Estado Democrático de Direito - cravada no pórtico da Constituição Federal (art. 1º, III). Deve ser uma fronteira sempre buscada à liberdade de informação jornalística.

Importante ter como guia para a ponderação os regramentos éticos e profissionais da atividade jornalística.

O interesse público é importante fronteira a ser adotada. Entendemos que o interesse público da informação não se confunde com o mero interesse “do público”. Adotando boa proposta de Roxana Borges, que identifica o interesse público quando observados os critérios de: a) veracidade da informação, b) necessidade ou utilidade da informação para a sociedade c) proporcionalidade na sua divulgação. A interessante análise da autora coincide com o juízo de proporcionalidade de Alexy, que impõe o teste das três etapas (adequação, necessidade e ponderação em sentido estrito).

Esses critérios se identificam ainda com a ideia de responsabilidade social e função social da informação jornalística. Portanto, o *standart* do pluralismo de ideias possibilita que a checagem de informações tenha sido precedida de um mínimo de contraditório e ampla defesa, não em um sentido processual, mas de que se possa permitir sempre *a outra versão dos fatos*. É imprescindível possibilitar, com o mesmo destaque, a exposição das múltiplas interpretações, viabilizando um direito de resposta isonômico.

A questão mais problemática é no que tange a veracidade da informação. Embora alguns doutrinadores identifiquem a verdade da notícia na sua exatidão, objetividade, equilíbrio, fidelidade narrativa e isenção, essa excessiva atribuição de veracidade inequívoca tende a ser penosa à liberdade. Por ser um processo humano de interpretação, a notícia está sujeita a falhas. Assim, em relação a essa busca da informação verdadeira, não se pode exigir plena certeza da exatidão dos fatos, para então permitir que a imprensa os divulgue.

Os direitos da personalidade também podem encontrar na liberdade de informação jornalística suas fronteiras. A liberdade de imprensa parece não violar os direitos da personalidade quando presentes os seguintes fatores: a) interesse público; b) informação considerada pública; c) atos e locais públicos; d) atos praticados por pessoas célebres e notórias. Porém, tais disposições são relativas, devendo atender-se as peculiaridades do caso concreto.

Não existem direitos sem fronteiras. Outorgar liberdade plena a quem quer que seja é sinônimo de ofertar-lhe poder ilimitado para que faça o que bem entender arbitrariamente. É não submetê-lo aos regramentos da ordem jurídica, lhe permitindo insubordinação ao sistema constitucional e colocando-o acima do Estado Democrático de Direito.

A tutela preventiva e inibitória possui algumas características peculiares, de importância fundamental à proteção dos direitos da personalidade: em primeiro lugar prescinde da verificação do dano na esfera jurídica do titular, sendo suficiente a ameaça; o ato ilícito se caracteriza normalmente por uma atividade continuada ou por uma pluralidade de atos suscetíveis de repetição. É possível, também, situação de iminência de um ato ilícito, hipótese principal da atuação da tutela inibitória. A ameaça a direito é elemento necessário porque faz relação à possibilidade de prevenir; a ação ilícita deve ser suscetível de ser detida em seus efeitos futuros, seja evitando que se produzam novos danos ou diminuindo os já produzidos; a culpa não tem nenhuma relevância na tutela inibitória, já que não é possível avaliar o elemento subjetivo de uma conduta antijurídica futura; é

habitual que haja referência a bens não fungíveis, porque neles se revela claramente a necessidade de prevenção.

É possível a antecipação de tutela na ação inibitória, bem como a concessão de medida liminar (tutelas de urgência). A ação cautelar se distingue da ação inibitória, pois aquela é instrumental e não-satisfativa, enquanto esta é autônoma e bastante em si para satisfazer o direito.

Enquanto a tutela inibitória volta-se à probabilidade futura da ocorrência do ato ilícito, as tutelas reintegratória e ressarcitória vislumbram o passado, para remover o ilícito ou para reparar os seus danos, respectivamente. A inibitória deve atuar, portanto, quando se quer prevenir uma ação ilícita ainda não ocorrida, ou quando se teme a continuação da mesma, enquanto que a ação de remoção de ilícito se preocupa com o ilícito de eficácia continuada. Por fim, a tutela ressarcitória volta-se para a recomposição do dano já ocorrido.

Há doutrina que acredita ser a tutela preventiva importante instrumento de proteção dos direitos de personalidade, na forma específica. Mas, há boa parte que a entende como censura, depositando todas as fichas da solução do problema na tutela ressarcitória. Embora essa parte faça loas à tutela ressarcitória e repressiva dos direitos como meio menos gravoso à liberdade de informação jornalística, não se pode olvidar que, ainda assim, pode haver censura judicial, dessa vez, *a posteriori* pela imposição de vultosas indenizações que possam, até mesmo, inviabilizar a manutenção de uma empresa jornalística.

Não há um silogismo obrigatório entre tutela preventiva judicial e censura prévia, como boa parte da doutrina e dos ministros do STF possa entender. No entanto, ela pode acontecer por meio da tutela preventiva. Por mais que o Judiciário tenha legitimidade democrática e integre nos seus quadros juízes de alta capacidade técnica, isso não o isenta de cometer arbitrariedades.

Os novos anseios da sociedade exigem, portanto, uma resposta mais célere, objetiva e eficaz do Estado. A Era da positivação dos direitos fundamentais parece dar lugar, agora, a uma nova fase: a da efetivação destas normas, pois ao cidadão, não basta o hipotético mundo do dever-ser criado pelos juristas; ele anseia pela concretização e pela materialização do quanto lhe foi garantido. Essas são as bases do real princípio ao acesso à justiça.

Assim, percebe-se que a tutela preventiva, ainda que medida enérgica para evitar-se o ilícito, não chega a ser uma *ultima ratio*, pois submetida ao crivo do processo judicial - e de todos os princípios e garantias a ele inerentes - e não ao mero arbítrio do particular, como a legítima defesa ou o desforço imediato.

Assim é que não há outra conclusão senão a de propugnar a tutela inibitória como medida necessária para realização do princípio do acesso à justiça. Esta modalidade de tutela específica e preventiva visa resguardar o direito integralmente, admitindo a ideia de que a prevenção é melhor que o mero ressarcimento. Aliás, quando se fala em direito de conteúdo extrapatrimonial este ressarcimento é, em verdade impossível, pois o dano moral não consegue reintegrar totalmente o direito, aliviando, apenas pecuniariamente, a sua perda.

Malgrado toda a evolução teórica que propugna a proteção aos direitos de personalidade na sua forma específica, devemos reconhecer que, na prática, diversas autoridades públicas têm se valido desse meio de intervenção judicial preventivo de maneira despropositada, apenas para fazer calar a imprensa.

Na prática, grande parte das decisões carregam forte motivação política para conceder a tutela preventiva dos direitos de personalidade, mencionando com pouca substância a necessária ponderação de princípios fundamentais, para indicar a solução do caso concreto. Assim, as decisões analisadas demonstram uma preponderância da mera convicção pessoal e política do magistrado, em detrimento de uma análise técnico-jurídica mais profunda da questão.

As decisões analisadas não utilizam o critério de ponderação de interesses, nem a proporcionalidade, para impor restrições à liberdade de informação jornalística. Sem esse ônus argumentativo, a fundamentação da decisão torna-se débil e obscura, impedindo um maior controle dos motivos determinantes para a decisão.

Não era a Lei de Imprensa quem dava sustentáculo jurídico para as modalidades de intervenção judicial preventiva, mas a própria Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, inciso XXXV reputou como inafastável a jurisdição para impedir ameaça e violação a direitos. Nenhuma das construções teóricas acerca da tutela específica dos direitos de personalidade foi fruto do regime de exceção, mas de uma moderna visão do processo civil e dos direitos fundamentais. É, portanto, uma construção do período democrático. Portanto, ao revogar a Lei de Imprensa, a ADPF nº 130 vai além e propõe (ou sedimenta) um novo olhar aos juristas e à sociedade brasileira sobre a liberdade e a democracia.

O julgamento da ADPF nº 130 pareceu ter qualificado de vez a tutela inibitória como instrumento de censura estatal, uma vez que consagrou a incidência somente *a posteriori* do bloco dos direitos à imagem, honra intimidade e vida privada. Ou seja, reconheceu a sua proteção tão somente pela via do direito de resposta e da responsabilidade civil (tutela ressarcitória).

A denominada “ameaça legal” não aparentava fincar as suas raízes apenas nos instrumentos processuais arrolados pela Lei de Imprensa. Ocorre que, mesmo revogada, remanesce para os jornalistas a “ameaça institucional”, desta vez, com o manejo de tutelas preventivas e repressivas, baseadas agora na legislação ordinária, como o Código Civil, o Código Penal e seus respectivos códigos processuais, além do derradeiro precedente, instituído pela Reclamação nº 9.428.

Existe forte corrente, inclusive emanada do próprio STF, que repele a intervenção judicial prévia à publicação da matéria jornalística, sob o argumento de que, em caso de abuso, existem meios reparatórios guarnecidos pela constituição como as indenizações por danos morais e materiais, além do direito de resposta.

É necessário entender que a imprensa, ao mesmo tempo em que fiscaliza os agentes públicos, cumprindo importante papel democrático, também possui, nos dias atuais, um grande e lucrativo viés de entretenimento. Assim, é crescente o número de veículos que se dedicam unicamente a reproduzir notícias acerca do chamado mundo das celebridades. Tais veículos se arvoram na própria liberdade de informação jornalística para reproduzir a imagens destes artistas, às vezes em momentos de privacidade, captadas por câmeras fotográficas de longo alcance, manuseadas pelos conhecidos *paparazzi*.

Os artistas também se beneficiam desta exposição pública, mas há fatos que tais pessoas podem não querer divulgar. Assim, mesmo que não haja qualquer abuso por parte destes veículos de comunicação, pode o artista, gozando de sua autonomia privada, rechaçar a publicação de sua imagem em determinado momento, ainda que captada em um espaço público. Ao estamparem em suas capas fotos não autorizadas de celebridades em restaurantes, hotéis e praias, tais empresas visam tão somente à exploração comercial da imagem do artista. Há casos em que não se está diante de uma colisão de princípios fundamentais. Quando um programa humorístico informa que irá perseguir determinada celebridade em todos os lugares que frequenta, não se está utilizando da plena liberdade de informação jornalística, mas praticando *bullying*, que deve ser coibido.

O que se deduz da leitura da ementa da APDF nº 130 é que o STF adotara postura radical e taxativa, no sentido de que não seria mais possível a ingerência prévia do Poder Judiciário na tutela da privacidade, imagem e honra em face da liberdade de informação jornalística. Para o STF, o juiz não poderia se valer da sua atribuição hermenêutica, ainda que sob a rubrica do poder geral de cautela e sob o fundamento constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CF/88), para intervir na liberdade de informação jornalística, disciplinando o que pode e o que não pode ser dito.

Devemos esclarecer, conclusiva e definitivamente, que discordamos das premissas teóricas estabelecidas naquele julgamento que declararam como inconstitucional a intervenção preventiva para a proteção da vida privada, intimidade, honra e imagem em face da liberdade de informação jornalística. Ainda defendemos o uso da tutela inibitória

para evitar essa colisão. Entretanto, na qualidade de cidadão, aceitamos a força normativa emanada daquela manifestação do Supremo Tribunal Federal, que ao nosso ver, extirpou do ordenamento jurídico a Lei de Imprensa e propugnou novo modelo interpretativo para a liberdade de manifestação do pensamento.

Não obstante, a Suprema Corte brasileira, quando instada a reafirmar sua posição emanada da ADPF nº 130, por meio da Reclamação nº 9.428, voltou atrás. Abandonou conteúdo expressado na ementa e no acórdão da Arguição, sob a alegação de que ela representava o posicionamento isolado do Relator, o Ministro Carlos Ayres Britto, não podendo ser tomada como a opinião majoritária da Corte.

Pontuou ao final o STF, que não existiu eficácia vinculante e efeito *erga omnes* de toda a fundamentação da ADPF, mas apenas do seu curto dispositivo, que apenas revogou formalmente a Lei nº 5.250/67. Concluiu, assim, não haver uma transcendência dos motivos determinantes da ADPF nº 130.

Em conclusão, opinamos que, todo o esforço retórico e argumentativo contido no voto do Ministro relator Ayres Britto na APDF nº 130, cujas principais ideias foram reproduzidas na ementa daquele julgamento, não surtiram os efeitos práticos esperados.

Para a sociedade remanesce uma dúvida extrema. Afinal, qual o efetivo posicionamento da Corte acerca da intervenção judicial preventiva na colisão entre liberdade de informação jornalística e direitos de personalidade? A sociedade prescinde de decisões mais práticas e objetivas.

Em nosso entender, não é razoável exigir que o cidadão comum se debruce inteiramente sobre todo o volumoso processo da Arguição, com extensos e eruditos votos, para extrair daí a posição do Supremo sobre o tema. Assim, a ementa deveria representar um resumo do que o Tribunal entendeu sobre o caso, a verdadeira opinião da Corte.

A longa e capitular ementa da APDF nº 130, ao nosso ver, tentou ir mais além do que o mero dispositivo de declarar como não recebida pela ordem constitucional vigente a Lei

de Imprensa. Ela tentou propor um novo direcionamento interpretativo para a liberdade de imprensa. Assim, a ADPF deveria transcender os seus fundamentos para impor uma diretriz vinculante aos tribunais. Ou seja, a sua *ratio essendi* cumpre uma transcendente missão de impor os motivos que a determinaram.

É certo que tal ementa e o próprio acórdão serão bastante utilizados como paradigma de convencimento, por advogados e juízes, em suas petições e sentenças. Ela será invocada como posição jurisprudencial. Mas ao final, o Supremo temeu uma enxurrada de ações para dirimir conflitos entre liberdade de informação jornalística e direitos de personalidade.

8 REFERÊNCIAS

180GRAUS.COM. *Criador do wikileaks critica o boicote de empresas dos EUA*. Disponível em: <<http://180graus.com/geral/criador-do-wikileaks-critica-o-boicote-de-empresas-dos-eua-385637.html>>. Acesso em: 26 janeiro 2011.

A QUEDA: *as últimas horas de Hitler*. Título original em alemão “Der Untergang”. Oliver Hirschbiegel (diretor). Alemanha, Itália e Áustria. Produção de Constantin Film Produktion, 2004. DVD, Duração: 156 min. Cor. Legendas em português.

A TARDE. *WikiLeaks é indicado para o Prêmio Nobel da Paz*. Disponível em: <<http://www.atarde.com.br/noticia.jsf?id=5681933>>. Acesso em: 03 fevereiro 2011.

ALBERT, Pierre; TERROU, Fernand. *História da imprensa*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARAÚJO, Fátima. *História e ideologia da imprensa*. João Pessoa: Ed. Ilustrada, 1983.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARENHART, Sergio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. V.2)

ARTIGO XIX. *Brazil Foe Restrict Report*. Disponível em: <<http://www.article19.org/pdfs/publications/brazil-foe-restricts-port.pdf>>. Acesso em: 03 fevereiro 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BALDASSARE, Antonio. *Diritti della persona e valori costituzionali*. Torino: G. Giappichelli, 1997.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional. Entre Constitucionalismo e Democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49/118.

BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação: Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm> Acesso em: 09 fevereiro 2011.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição Federal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1988.

BEZERRA JUNIOR, Luis Martius Holanda. *Considerações sobre os direitos da personalidade e a liberdade de informar*. Revista Doutrina Jurisprudência do TJDFT, Brasília, n. 87, p. 13-32, maio/ago. 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BLACKMORE, Susan. *Evolution and Memes: The human brain as a selective imitation device*. Disponível em: <<http://www.susanblackmore.co.uk/Articles/cas01.html>> Acesso em: 26 janeiro 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direitos da personalidade: intimidade e privacidade*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. *A legislação brasileira garante a liberdade de imprensa?* São Paulo, 26/11/2010. Palestra proferida no Seminário Cultura – Liberdade de Imprensa. Disponível em: <<http://www.tvcultura.com.br/seminario/blog/31939>>. Acesso em: 04 dezembro 2010.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. 1. 10ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3º ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CARTA CAPITAL. *Internautas brasileiros entrevistam Julian Assange, criador do Wikileaks*. Disponível em: <<https://cartacapitalwikileaks.wordpress.com>>. Acesso em: 03 fevereiro 2011.

CARVALHO, Luis G. D. C. de. *Direito de informação e Liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar 1999.

CASP. *California Anti-SLAPP Project*. Disponível em: <<http://www.casp.net>>. Acesso em: 03 março 2011.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. *A liberdade de expressão no contexto dos Direitos Fundamentais: a responsabilidade da Imprensa e os Tribunais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto690.htm>>. Acesso em 31/01/2011.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CONCEIÇÃO, Fernando. *A imprensa como um quarto poder*. Palestra proferida no Seminário Direito e Liberdade de Imprensa. Auditório Raúl Chaves: Salvador, 11 de novembro de 2007. (transcrição de gravação).

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados das Jornadas de Direito Civil*. Disponível em: <www.cjf.jus.br/revista/enunciados/enunciados.htm>. Acesso: em 01 março 2011.

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. *United States Constitution*. Disponível em: <<http://topics.law.cornell.edu/constitution/billofrights#amendmenti>>. Acesso em: 03 março 2011.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COSTELLA, Antonio F. *O controle da informação no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1970.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *A natureza material dos direitos fundamentais*. In: Revista Jurídica da Seção Judiciária do Estado da Bahia. Vol. 1, n. 1 (set.2002/fev.2003): 33-38. Salvador: TRF 1ª Região, 2002.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

DE CUPIS, Adriano. *Direitos da personalidade*. Lisboa: Moraes, 1961.

DIAS, Jacqueline Sarmiento. O direito à imagem. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. Salvador: Edições Jus Podivm, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. V. 1. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIREITO. Carlos Alberto Menezes. *Os direitos de personalidade e a liberdade de informação*. Revista de Direito Renovar, Rio de Janeiro, v. 23, p. 31-42, maio/ago 2002.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FACHIN, Luis Edson. [et al.] Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FAGUNDES, Coriolano de Loiola Cabral. *Censura e liberdade de expressão*. São Paulo, 1974.

FARIAS, Edílson Pereira. *Liberdade de expressão e Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Interpretação e estudo da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 28ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

FUGIE, Érika Harumi. Articulação entre a colisão de direitos da personalidade e o princípio da proporcionalidade. *Revista de Ciências Jurídicas*, Maringá, v.3, n.1, p.85-96, 1999.

FRANCA, Geminiano da. *A imprensa e a lei*. Rio de Janeiro: Ed. A. Coelho Branco F. 1936.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Pela liberdade de imprensa*. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1957.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Vol. 1 (parte geral). 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

GLOBO.COM. *Memória Globo: Atentado do Riocentro*. Disponível em: <<http://memoriaglobo.globo.com/Memoriaglobo/0,27723,GYN0-5273-250544,00.html>>. Acessado em: 03 março 2011.

GLOBO.COM. MEMÓRIA GLOBO: Comícios das Diretas Já. Disponível em: <<http://memoriaglobo.globo.com/Memoriaglobo/0,27723,5270-p-21751,00.html>>. Acessado em: 03 março 2011.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GOULART, Alexander. *A mais polêmica edição do Jornal Nacional*. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos.asp?cod=473MCH002>>. Acesso em: 31 janeiro 2011.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1981.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2ª ed., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GUALDA, Diego de Lima. *Expansão da Cidadania e Desenvolvimento dos Institutos de Direito Digital: sobre a manifestação do pensamento*. In: Boletim CEDES, Outubro, 2010. Disponível em <<http://cedes.iesp.uerj.br/PDF/2010/10outubro/Artigo%20-%20Diego.pdf>> Acesso em 07/02/2011.

GUEDES, Marco Aurélio Peri. *A liberdade de imprensa agrilhoada*. In: Lex Humana: Revista de Direito da Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, nº 1, p. 65-84, 2010.

GUERRA, Sidney César Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 5ª ed. rev. ampl. São Paulo: RCS Editora, 2007.

HINES, Barry O.; WILKE, R. Kurt; LAHR, Sarah M. *Chapter Thirteen: Prior Restraint*. Disponível em: <<http://www.isba.org/sites/default/files/Media%20Law%20Handbook%20Chapter%2013%20-%20Prior%20Restraint.pdf>> Acesso em: 14 fevereiro 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostragem Domiciliar – PNAD 2009*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1708>. Acesso em: 23 fevereiro 2011.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2000.

JORGE, Fernando. *Cale a boca, jornalista! O ódio e a fúria dos mandões contra a imprensa brasileira*. 4. ed., rev. e aum. São Paulo: Vozes, 1992.

JOSÉ, Emiliano. *Imprensa e poder: ligações perigosas: a CPI do PC, do Collor e do Orçamento numa análise inédita*. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2010.

JUSTIA.COM. *US Supreme Court Cases*. Nebraska Press Assn. v. Stuart, 427 U. S. 539. Volume 427. 1976. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/427/539/case.html>> Acesso em: 20 fevereiro 2011.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Venício A. de. *Liberdade de expressão x liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia*. São Paulo: Publisher Brasil, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para agir*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 7.ed São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Curso de Processo Civil Vol. 3*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>. Acesso em: 07/11/2007.

MATTOS, Sérgio. *Os controles dos meios de comunicação*. Salvador: EDUFBA, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2 ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MICHELMAN, Frank I. *Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos*. In: SARLET, Ingo Wolfgang [et. al.] (org). *Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NEVES, Francisco de Assis Serrano. *Direito de Imprensa*. São Paulo: Bushatsky, 1977.

NOBRE, Freitas. *Imprensa e liberdade: os princípios constitucionais e a nova legislação*. São Paulo: Summus, 1988, p. 40.

NORDENSTRENG, Kaarle. *Myths About Press Freedom*. Brazilian journalism research. Vol. 3. N. 1. 2007. Disponível em: <http://www.uta.fi/jour/laitos/myths_about_press_freedom.pdf> Acesso em: 17 janeiro 2011.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A proteção Constitucional da informação e o direito a crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1998.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PAIANO, Daniela Braga. *Direito à intimidade e vida privada*. Disponível em: <<http://www.diritto.it/archivio/1/21084.pdf>>. Acesso em: 12 novembro 2010.

PINTO, Marília Muricy Machado. (Orientadora); OLIVEIRA, Cláudio Azevedo da Cruz; SILVA, Felipe Ventin da. Limites à liberdade de imprensa e conflito de princípios constitucionais. PIBIC UFBA 2004/2005. Trabalho apresentado no XXIV Seminário Estudantil de Pesquisa da UFBA. Salvador, jun./2005.

PORTAL ÚLTIMO SEGUNDO. *Saiba mais sobre o Wikileaks*. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/saiba+mais+sobre+o+wikileaks/n1237845622562.html>> Acesso em: 23 fevereiro 2011.

PORTARIA DA DELEGACIA GERAL DE POLÍCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO (DGP) nº 18 de 25 de novembro de 1998. Disponível em: <<http://www2.policia civil.sp.gov.br/x2016/modules/smartsection/print.php?itemid=182>>. Acesso em: 24 fevereiro 2011.

REVISTA VEJA. *Assange, fundador do wikileaks é preso*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/internacional/assange-o-fundador-do-wikileaks-e-preso>>. Acesso em: 26 janeiro 2011.

REVISTA VOTO. *Versão impressa do New York Times vai acabar*. Notícia, 10/09/2010. Disponível em: <http://www.revistavoto.com.br/site/noticias_detalhe.php?id=1813&t=Versao_impressa_do_New_York_Times_vai_acabar>. Acesso em: 23 fevereiro 2011.

- RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. *Liberdade de expressão e liberdade de informação: limites e formas de controle*. Curitiba: Juruá, 2009.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SAMUELS, Andrew; SHORTER, Bani; PLAUT, Alfred. *A Critical Dictionary of Jungian Analysis*. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1988.
- SANTOS, César Augusto Azevedo dos. *Landell ou Marconi, quem é o pioneiro?* In: CUNHA, Márgda Rodrigues da; HAUSSEN, Doris Fagundes (org.). *Rádio brasileiro: episódios e personagens*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHREIBER, Simone. Conteúdo e justificativa teórica da liberdade de expressão. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 781, 23 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7184>>. Acesso em: 08/02/2011.
- SILVA, Carlos Eduardo Lins da. *A Malquerida Liberdade de Imprensa*. Disponível em <http://interessenacional.com/artigos-integra.asp?cd_artigo=41> Acesso em 31 janeiro 2011.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Réquiem para a tutela preventiva*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. nº 24. Mai-Jun/2008. p. 81-97
- SILVA, Mônica Neves Aguiar da. *Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade em colisão com outros direitos*. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SILVA, Wanise Cabral. *Liberdade de imprensa x presunção de inocência*. In: Revista Diálogos Possíveis. Ano 4. nº 2. (ago/dez 2005): 137-160. Salvador, 2005.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 1999.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTR, 2001

SODRÉ, Nelson Werneck. *História da Imprensa no Brasil*. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Controle judicial dos limites constitucionais à liberdade de imprensa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STONECIPHER, Harry W. *First Amendment Speech and Press Theory: Preferred Position Postulate Reexamined*. Artigo apresentado no 63º Encontro Anual da Associação para Educação em Jornalismo. Boston, MA, 10 a 13 de Agosto, 1980. Disponível em: <<http://www.eric.ed.gov/PDFS/ED202009.pdf>>. Acesso em: 31 janeiro 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 869, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 04/06/04.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 130. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208, Divulgado em 05 novembro 2009. Publicado em: 06 novembro 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL . HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, Julgado em 17/09/2003, DJ de 19/03/2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Intervenção Federal nº 2.257-6/SP. Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2003, DJ 01/08/2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 487.393/RJ. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 18/02/2009, publicado em DJe-044, 06/03/2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp nº 595.600/SC, rel. Min. César Asfor Rocha, julgado em 18/03/2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp 984.803-ES, Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 26/5/2009. Publicado em 19/08/2009.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA ALEMANHA. BVerfGE 35, 202 (1973). Disponível em: <<http://www.iuscomp.org/gla/judgments/tgcm/v730605.htm>>. Acesso em: 24 fevereiro 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. 2ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 0135908-41.2005.805.0001-0. Rel. Des. Maria do Socorro Barreto Santiago Filho. Julgado em 03 novembro 2010. Publicado em 17 novembro 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. 2ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 48729-8/2007. Rel. Des. Lealdina Maria de Araújo Torreão. Julgado em 20/10/2009. Publicado em 23/10/2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. 3ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 40763-1/2008. Rel. Des. Rosita Falcão de Almeida Maia. Julgado em 19/01/2009. Publicado em 26/10/2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. 5ª Câmara Cível. AI nº 0009942-32.2009.805.0000-0. Rel. Des. Rosita Falcão de Almeida Maia. DJ 18 dezembro 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. 6ª Vara Cível Regional da Barra da Tijuca. Autor: Maria das Graças Xuxa Meneghel. Réu: Editora Gráfica Universal Ltda. Processo nº 0026049-53.2008.8.19.0209. Juíza Flávia de Almeida Viveiros de Castro. Sentença Procedente. Publicada em 13 janeiro 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. 4ª Câmara de Direito Privado. AI nº 472.738-4. Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani. Publicado em 28/04/2007.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Palestra proferida na v conferência nacional de direitos humanos. Câmara dos deputados. Brasília, 15 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm> Acesso em: 13 janeiro 2011.

TWEETRANK. *Os mais seguidos do twitter no Brasil*. Disponível em: <<http://www.tweetrank.com.br/stats/os-mais-seguidos-do-twitter-no-brasil>>. Acesso em: 02 janeiro 2001.

TWITAHOLIC. Disponível em: <<http://twitaholic.com/>>. Acesso em: 02 janeiro 2011.

VIANNA, Hélio. *Contribuição a história da imprensa brasileira*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1945.

VIEIRA, José Ribas (Coord.). *Direitos à intimidade e à vida privada*. Curitiba: Juruá, 2008.

VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

WALD, Arnoldo; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Liberdade de Imprensa - Inteligência dos Artigos 5º, IV, IX, XIV, e 220, §§1º, 2º e 6º, da Constituição Federal - Opinião Legal*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Nº 32. Set-Out/2009. p. 98-110

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis D. *The right to privacy*. Disponível em: <<http://www.spywarewarrior.com/uiuc/w-b.htm>>. Acesso em: 26 fevereiro 2011.

WIKILEAKS. Disponível em: <<http://wikileaks.ch/About.html>>. Acesso em: 26 janeiro 2011.

WORLD ASSOCIATION OF NEWSPAPERS (WAN). *La prensa: ¡cuatro siglos de juventud!*. Disponível em: <<http://www.wan-press.org/article6469.html>>. Acesso em: 03 março 2011.