



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
DEPARTAMENTO DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO
HERMENÊUTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

ERON DINO LEITE PEREIRA

LIBERDADE DE EXPRESSÃO:
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITO À INFORMAÇÃO

JUIZ DE FORA

2015

ERON DINO LEITE PEREIRA

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO:
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITO À INFORMAÇÃO**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Pessoa, Direito e efetivação dos Direitos Humanos no contexto social e político contemporâneos.

Orientador: Professor Doutor Cleyson de Moraes Mello.

JUIZ DE FORA

2015

Eron Dino Leite Pereira

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO:
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITO À INFORMAÇÃO**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Cleyson de Moraes Mello

Professor Orientador

Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Professor Doutor Geraldo Ribeiro de Sá

Membro da Banca

Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF

Professora Doutora Maria Theresa Vaz Calvet de Magalhães

Membro da Banca

Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Dedico este trabalho à minha esposa Silvânia e meus filhos, pelo apoio e compreensão nesta fase, cuja solidão e distância foram minhas companheiras frequentes. Amo vocês.

Agradecimentos

Agradeço a todos os Mestres e Doutores que ao longo do Curso foram verdadeiras bússolas em meu caminho, direcionando sempre no rumo do conhecimento, sabedoria e principalmente como sair de um conformismo cultural generalizado, valorizando cada vez mais a busca por contribuir com uma sociedade mais digna e igualitária. Ao meu Orientador Professor Doutor Cleyson de Moraes Mello, à Professora Doutora Maria Theresa Vaz Calvet de Magalhães e ao Professor Doutor Antônio Pereira Gaio Júnior, pelos exemplos de profissionalismo, dinâmica, tempo dedicado e terem despertado em mim o desejo ardente de sempre buscar um pouco mais, seja nos estudos, trabalhos ou na vida. Doutores que transformaram um título de graduação em grandes amizades. Agradeço também as funcionárias da secretaria e biblioteca, que sempre tiveram muito carinho em seus atendimentos, me orientando com auxílios importantes sempre com dedicação e prontidão ao longo desses anos. De igual forma agradeço a Deus por cada conquista e peço sua benção suprema sobre todos nós.

A dignidade humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da 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 a vida saudável, para que tenha bem-estar físico, mental e social, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

(SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011).

Resumo

O presente trabalho abordou o tema Liberdade de Expressão visando elucidar os conflitos existentes entre os direitos fundamentais e a liberdade de imprensa. A liberdade de expressão constituiu um pensamento no qual a própria política e a comunicação, mutuamente constituem seus conceitos fundamentais. Na tentativa de analisar um assunto de grande relevância para o atual sistema constitucional e amenizar a polêmica que tem sido criada em torno dele, a problemática que envolve essa questão é: Como delimitar os limites da liberdade de expressão? Qual o exato ponto entre os conflitos que envolvem direitos fundamentais e a liberdade de expressão? Discutir a liberdade de expressão nos dias atuais só pode alentar, esclarecer e desenvolver a própria democracia. O objetivo deste trabalho foi analisar como a liberdade de expressão atua em face dos direitos fundamentais com base nos princípios da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, analisaremos cada um dos direitos envolvidos no conflito, iniciando pelo Direito à informação. Abordou-se a evolução deste conceito e o seu conteúdo nos dias atuais. O trabalho tratou dos direitos fundamentais e da liberdade de expressão, por fim, tratará da dignidade da pessoa humana, enquadrando-a na proteção que o direito civil concede à pessoa. Tornou-se importante realizar uma pesquisa bibliográfica, buscando no direito comparado, as raízes desse instituto.

Palavras-chave: Democracia, Dignidade da pessoa humana, Informação, Liberdade de Expressão.

Abstract

This study addressed the Freedom of Expression theme to elucidate conflicts between fundamental rights and freedom of the press. Freedom of expression constitutes the challenge to constitute a field in which thoughts of politics itself and mutual communication and its fundamental concepts. In attempting to analyze a very relevant issue for the current constitutional system and ease the controversy that has been created around it, the issue that surrounds this question is: How define the limits of freedom of expression? What is the exact point between conflicts involving fundamental rights and freedom of expression? Discuss freedom of expression these days can only encourage, clarify and develop democracy itself. The objective of this study was to analyze how freedom of speech acts in the face of fundamental rights based on the principles of human dignity. Thus we analyze each of the rights involved in the conflict, starting with the right to information. It addressed the evolution of this concept and its contents today. Later work addressed the fundamental rights and freedom of expression, finally, will address of human dignity, framing them in protecting the civil law grants the person. It became important to conduct a literature search, seeking in comparative law, the roots of this institute.

Keywords: Democracy, Human dignity, Information, Freedom of Expression.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. Direitos Fundamentais e a Liberdade de Expressão.....	13
1.1 Democracia e Liberdade de Expressão.....	22
1.2 Análise Histórica da Liberdade de Expressão.....	34
1.3 Imprensa como Direitos Preferenciais.....	39
1.4 Direito ao Esquecimento.....	45
1.5 Aniquilação da Liberdade de Expressão.....	47
2. Direito à Informação.....	60
2.1 História e Memória da Informação.....	65
2.2 Interesse Público e Esquecimento.....	69
2.3 Direito à Memória e Esquecimento.....	74
3. Dignidade da Pessoa Humana.....	78
3.1 Dignidade e Liberdade.....	92
3.2A Dignidade Humana e os Limites à Liberdade de Informação.....	100
3.2.1 O teste da “ <i>actual malice</i> ”	100
3.2.2 O teste da “veracidade da informação”	102
3.2.3 O teste da ponderação <i>ad hoc</i> (<i>balancing</i>).....	104
3.2.4 O teste do “interesse público”	106
3.2.5 O teste do “abuso do direito”	108
3.3 Limites à Liberdade.....	109
CONCLUSÃO.....	114
REFERÊNCIAS.....	120

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema Liberdade de Expressão visando elucidar os conflitos existentes entre os *direitos fundamentais* e a *liberdade de imprensa*. A expectativa a respeito é que o presente trabalho se preste a incentivar a promoção de propostas mais completas e originais, capazes de possibilitar, de vez, a solução de tão relevante tema.

A liberdade de expressão constitui-se no desafio de constituir um campo de pensamentos no qual a própria política e a comunicação mutuamente constituem seus conceitos fundamentais. Política e comunicação são dimensões que não podem ser analiticamente isoladas sem se perder a compreensão do próprio objeto que se investiga.

Segundo pensamento de Bonavides “graças às garantias institucionais, determinadas instituições receberam uma proteção especial para resguardá-la da intervenção alteradora por parte do legislador ordinário”. [...] Demais, “é da essência da garantia institucional a limitação, bem como a destinação a determinados fins e tarefas”.¹

O conceito de liberdade de expressão é dogmatizado de modo unidirecional. Naturalizá-lo de forma antipluralista revela um contrassenso absurdo. Discutir a liberdade de expressão seria desde já ameaçá-la e colocá-la em risco. Ao discuti-la, não se pode negar que a liberdade de expressão só pode calentar, esclarecer e desenvolver a própria democracia. A expressão da liberdade do cidadão conquanto restrito ainda este status a poucos, desde então, se traduz pelo próprio exercício da liberdade de expressão.

Segundo Rodrigues, “[...] a liberdade de expressão abrange um componente negativo, qual seja: o direito de não ser impedido de exprimir-se, e um componente positivo, isto é: um direito positivo de acesso aos meios de expressão [...]”.²

Na tentativa de analisar um assunto de grande relevância para o atual sistema constitucional e amenizar a polêmica que tem sido criada em torno dele, a problemática que envolve essa questão é: Como delimitar os limites da liberdade de expressão? Qual o exato ponto entre os conflitos que envolvem direitos fundamentais e a liberdade de expressão?

A mídia ocupa uma posição de centralidade nas sociedades contemporâneas, permeando diferentes processos e esferas da atividade humana, em particular na esfera política. A relação entre a política e as grandes empresas de comunicação em geral não é de

¹BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.516.

²RODRIGUES, Álvaro Junior. *Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação*. Curitiba: Juruá, 2009, p.57.

exterioridade, mas de compenetração, organicidade e até simbiose, conformando redes doutrinárias e de interesses entre o sistema político e o sistema de mídia que serve para designar qualquer forma de comunicação.

O impasse dialógico sobre a liberdade de expressão se expressa na democracia brasileira contemporânea sob a forma de um impasse constitucional, que condiciona fortemente toda a práxis democrática. Segundo Lima e Guimarães a “Liberdade de expressão está na moda”.³ Todas as discussões sobre o sentido da liberdade de expressão devem ser acompanhadas com certa urgência.

O Estado Democrático de Direito deve assegurar a liberdade de imprensa e o direito de informação, de outra parte, é também essencial ao mesmo Estado Democrático de Direito asseverar a proteção aos direitos individuais em questão. A democracia possui uma relação com a liberdade de expressão que fica comprometida por conta das dificuldades de tratar um direito individual do ponto de vista de sua dimensão pública.

O objetivo deste trabalho é analisar como a liberdade de expressão atua em face dos direitos fundamentais com base nos princípios de dignidade da pessoa humana. O trabalho será desenvolvido tomando por base a consideração de que existe um conflito de princípios, os quais necessitam de compatibilização. Desses princípios em conflito surgem direitos de igual hierarquia (tutela da personalidade e a liberdade de imprensa).

De um lado está a liberdade de imprensa, com suas raízes fincadas no princípio democrático, contrastando com a proteção da dignidade da pessoa humana, preocupação primeira do Direito Civil. A liberdade consiste numa prerrogativa fundamental que investe o ser humano de um poder de autodeterminação ou de determinar-se conforme sua própria consciência.

Com as atuais mudanças relacionadas à liberdade de expressão, surge uma grande preocupação constante das pessoas envolvidas em cotidianos embates nos tribunais, que se indagam se há limites ao direito de informar e como ficam os direitos fundamentais atingidos por matérias jornalísticas, muitas vezes de forma irrecuperável.⁴

³LIMA, Venício Arthur de; GUIMARÃES, Juarez. *Liberdade de Expressão, as várias faces de um desafio*. São Paulo: Paulus, 2013, p.9-10.

⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2001, p.321.

Dessa forma, analisaremos cada um dos direitos envolvidos no conflito, iniciando pelo Direito à informação, abordaremos a evolução deste conceito e o seu conteúdo nos dias atuais. Posteriormente o trabalho tratará dos direitos fundamentais e da liberdade de expressão, por fim, tratará dos direitos da personalidade, enquadrando-os na proteção que o direito civil concede a pessoa.

Estabelecidas as linhas gerais do presente trabalho, para atingir o objetivo proposto tornou-se importante realizar uma pesquisa bibliográfica, buscando no direito comparado, as raízes desse instituto. Esta investigação científica traz a nítida demonstração da harmonia existente entre *liberdade de expressão* e proteção à *dignidade do ser humano*, trazendo como foco principal o conceito dos direitos fundamentais do cidadão.

Considerando que a pesquisa bibliográfica desenvolve-se ao longo de uma série de etapas, seu número, assim como seu encadeamento, depende de muitos fatores, tais como a natureza do problema, o nível de conhecimento que o pesquisador dispõe sobre o assunto, o grau de precisão que se pretende conferir à pesquisa.

As informações serão baseadas em bibliografias de autores renomados sobre o assunto e que sejam estudiosos sobre o tema “liberdade de expressão”. A pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Boa parte dos estudos exploratórios pode ser definida como pesquisas bibliográficas. A metodologia usada será quantitativa e qualitativa.

Os livros sobre o tema na literatura trazem metodologias diversas, as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) mudam quase que a cada ano, sem contar que, grande parte das Instituições de Ensino e Revistas Científicas possuem suas próprias normas.

Ao utilizar os termos técnicos não muito conhecidos no mundo jurídico, o autor deve ter o cuidado de apresentar seu conceito. É claro que, se forem termos usuais na área forense, não haverá necessidade de tal conceituação. Assim, quando o pesquisador escrever “lei federal”, “apelação”, “cônjuge”, etc., não precisará definir tais termos.⁵

O presente trabalho se divide em três capítulos:

- O primeiro capítulo aborda os direitos fundamentais e alguns fundamentos da liberdade de expressão; a finalidade deste é discorrer sobre as disposições constitucionais

⁵ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1997, p.68.

relacionadas com a liberdade de expressão que encontra em um dos seus principais fundamentos os direitos fundamentais inerentes ao ser humano, essencialmente na esfera das relações de comunicação e da vida social.

- O segundo capítulo traz uma contextualização histórica da informação, memória e esquecimento; este capítulo é desenvolvido com base na história da informação, da memória e do esquecimento, que mostra uma temática cada vez mais recorrente dentro de uma sociedade marcada pela aceleração do instantâneo, pelo efêmero e pela crescente e notável diminuição de densidade temporal entre os acontecimentos e a sua percepção.

- O terceiro e último capítulo aborda um conceito de dignidade da pessoa humana ligado aos limites da liberdade de informação. Este último capítulo acrescenta que além dos limites estabelecidos pela liberdade de expressão, a interpretação atual do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana deve prevalecer com a finalidade de que se possa alcançar um equilíbrio entre o direito à liberdade de informação e os limites constitucionais da liberdade de imprensa.

- Por fim, a conclusão de todo o trabalho demonstra que o ser humano deve possuir condições mínimas que possam garantir uma existência digna à limitação da liberdade de expressão ou a promoção da igualdade ou, ainda, nos casos em que direitos fundamentais estejam sendo afrontados ou até mesmo desconsiderados. A conclusão deste trabalho pretende alertar sobre o direito que o ser humano tem de informar e ser informado, mas de forma correta, adequada, imparcial e pertinente.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

É certo que a proteção da vida privada sofre algumas limitações quando a pessoa, em razão de suas atividades, goza de grande popularidade, tornando-se personalidade pública. Para começar a debater o assunto, convém lembrar que a liberdade de expressão é a tradução usual para a expressão inglesa “*free speech*” que pode facilmente ser traduzida como um discurso livre ou fala livre.

O direito à liberdade de expressão, consta do rol dos Direitos Fundamentais de primeira geração, também chamados de “direitos negativos”, sendo, portanto, o direito pertencente a cada pessoa de ser livre para escolher as ideias que entende como pertinentes, bem como decidir e exteriorizar aquilo que pensa.

A “liberdade de expressão” e os direitos correlatos no Brasil estão assegurados na Carta Cidadã de 1988 no seu artigo 5º, incisos IV, V, VI, IX, XIV, bem como em seu artigo 220. Pereira constata assim, “que o direito à liberdade de expressão foi elevado à hierarquia de cláusula pétrea em nossa Constituição Federal, sendo uma garantia que jamais pode ser retirada dos brasileiros por emenda constitucional”.⁶

Segundo Silva, “dentre as diversas colisões entre direitos que o abuso da liberdade de expressão pode causar, é frequente a colisão com os direitos de personalidade. Destarte, cabe analisar o conceito e as previsões normativas de tais direitos”.⁷

Mesmo em casos que as pessoas não abdicam da sua vida privada, sofrem algum tipo de limitação na esfera mais externa da sua vida particular, mas conservam a plenitude do direito à intimidade e ao sigilo. Ao levarmos em consideração o que está em jogo quando falamos em liberdade de expressão é a liberdade do uso da linguagem no espaço público.⁸

A liberdade de expressão é um direito fundamental da personalidade do homem, e da ideia ou, da prática de uma democracia, porque esta se faz principalmente pela liberdade de expressão. Todo homem pode manifestar suas convicções, ideologias, crenças, possuindo liberdade de manifestação do pensamento, pois isso é parte integrante de sua pessoa.

⁶ PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.236.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p.245.

⁸ LIMA, Venício Arthue de; GUIMARÃES, Juarez. *Liberdade de Expressão, as várias faces de um desafio*. São Paulo: Paulus, 2013, p.21.

Dewey advoga que a concepção de liberdade que se define como a proteção do indivíduo em face da coletividade não reforça uma dicotomia equivocada, pois indivíduo e sociedade não podem ser pensados separadamente.⁹

Certa limitação ao direito existirá, em razão da notoriedade, quando a pessoa se apresenta em público. Todavia não se transige com intromissões na vida íntima reservada e particular. A colisão entre direitos fundamentais e outros direitos é histórica, porém tem recrudescido com as mudanças da sociedade atual. De acordo com Amaral, “os instrumentos de comunicação e da difusão de informações suscitam problemas novos e diversos para os aspectos essenciais e constitutivos da personalidade jurídica (integridade física, moral e intelectual) exigindo do direito, respostas jurídicas adequadas à proteção da pessoa humana”.¹⁰

Glomb, ao mencionar o direito de liberdade de expressão nos traz à tona um caso que cercou o assunto:

Há poucas décadas, um dos maiores bastiões na luta por esta garantia fundamental, o jornal O Estado de S. Paulo, para fugir dos rigores da censura de um governo autoritário que cerceava tanto a liberdade como a expressão do pensamento, popularizava os versos de Camões publicados em espaços censurados. Produto da mesma doença do autoritarismo, que é a falta de liberdade de expressão. Eram “anos de chumbo” e foram implacáveis com todos os que não simpatizavam com os ideais do regime. Censuravam-se jornais e revistas. Censuravam-se filmes e peças teatrais. Censuravam-se discursos e músicas, sem olvidar que advogados eram também censurados. [...] Hoje, o mesmo jornal O Estado de S. Paulo se vê às voltas com lamentável restrição ao seu direito de informar e de exercer o seu relevante papel em nosso país. O debate reveste-se de profunda importância. Em diversos países da América Latina assistimos ao recrudescimento da força e da brutalidade, procurando fazer da censura à mídia a primeira vítima dos desígnios totalitários de governantes totalitários.¹¹

Dessa forma, ainda se vê a opressão da liberdade de expressão nas intromissões em residência, papéis e pertences, encontros reservados e etc., constituem ato ilícito, por falta de interesse jornalístico e sujeitam-se órgão de Imprensa ao dever de indenizar. Para Walter

⁹DEWEY, Júnior. *Liberalismo, Liberdade e Cultura*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1970, p.114.

¹⁰AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.284.

¹¹GLOMB, José Lúcio. 2012. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/>>. Acesso em: 18 mai.2015.

Moraes,¹² “toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o direito”.

Bornhold, a respeito da liberdade de expressão assevera que:

Sua consagração como direito fundamental ganha ainda maior significado num Estado Democrático de Direito. Num primeiro sentido, constitui liberdade de expressão um significativo direito de personalidade; depois, como é corrente em inúmeras obras doutrinárias e decisões judiciais (brasileiras ou alienígenas), a liberdade de expressão é constitutiva de ideia e prática da democracia. Nosso texto constitucional consagra inúmeras disposições, ora semelhantes, ora idênticas à pré-compreensão da liberdade de expressão. O inciso IV do artigo 5º alude à liberdade de expressão num contexto de comunicação singular ou plural. Já as liberdades previstas no inciso IX do mesmo artigo 5º não representarão nada além de espécies do gênero insculpido no referido inciso IV do artigo 5º.¹³

Nas palavras de Canotilho, direitos fundamentais são: “[...] direitos do particular perante o Estado, essencialmente direito de autonomia e direitos de defesa”.¹⁴ São caracterizados como individuais porque pertencem exclusivamente à pessoa, e o Estado, como titular de direitos, com o dever de proteger o cidadão, deve velar pelo seu cumprimento.

Na visão de Silva, a expressão “direitos fundamentais” do ser humano,

[...] além de se fundamentar em princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias e convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.¹⁵

Os direitos fundamentais têm garantida a aplicabilidade imediata, conforme parágrafo primeiro do artigo 5º da CF, “não precisando de lei para tornar efetivo tal exercício,

¹² MORAES, Walter. *Direito à própria imagem - I*. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 61, n. 443, set. 1972, p.126.

¹³ BORNHOLD, Rodrigo Meyer. *Liberdade de expressão e direito à honra*. Uma nova abordagem no direito brasileiro. Joinville, SC: Bildung, 2010, p.81.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, 1998, p.378.

¹⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p.249.

com exceção dos direitos fundamentais em que a própria constituição exige regulamentação por lei”.¹⁶

Segundo Mello, “o termo “direitos fundamentais” é encontrado na dogmática jurídica em várias expressões, tais como: “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”. [...] A compreensão dos direitos fundamentais é vital para a superação do direito positivo, já que pretende aproximá-lo da filosofia do direito. É uma espécie de aproximação do direito com a moral. Daí a importância do estudo do direito civil em harmonia com os direitos fundamentais, na busca de uma fundamentação constitucional para as decisões dos casos concretos na esfera interprivada”.¹⁷ Destaca ainda que:

[...] No próprio texto constitucional, a expressão *direitos fundamentais* se apresenta de forma diversificada, tais como: a) direitos humanos (art. 4º, II da CRFB/88); direitos e garantias fundamentais (Título II e art. 5º, § 1º da CRFB/88); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI da CRFB/88) e d) direitos e garantias constitucionais (art. 60, § 4º, IV da CRFB/88). [...] A concepção dos *direitos fundamentais* na Constituição de 1988: o Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresenta um rol extenso de direitos fundamentais. Somente no art. 5º constitucional contempla 77 incisos. Já o artigo 7º, com seus 34 incisos, apresenta um vasto rol de direitos sociais dos trabalhadores. O catálogo dos direitos fundamentais consagrados na Constituição abarca vários direitos em suas variadas dimensões: direito à vida, à liberdade, à propriedade, direitos sociais básicos, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, da CRFB/88), proteção ao consumidor, dentre outros. [...] Os direitos fundamentais podem ser classificados, de acordo com sua multifuncionalidade, em dois grandes grupos, a saber: a) *direitos de defesa*, aí incluídos os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais (liberdades sociais) e políticos. São direitos que impõem uma abstenção por parte do Estado e, em regra, representam os direitos subjetivos; b) *direitos a prestações* integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional.¹⁸

¹⁶Constituição Federal Brasileira (1988), artigo 5º, § 1º - “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

¹⁷MELLO, Cleyson de Moraes. *Constituição da República Anotada e Interpretada*. Campo Grande: Contemplar, 2013, p.195.

¹⁸*Ibid.*, p.196.

O direito fundamental à imagem é oriundo do princípio da dignidade da pessoa humana, requerendo proteção nas constituições democráticas modernas. Os direitos fundamentais traduzem a legitimidade do sistema jurídico estatal, de maneira que, quanto mais respeitados e eficazes, tanto mais democrático e legítimo determinado regime político.¹⁹

Lenza assevera que os direitos e garantias fundamentais apresentam as seguintes características:

Historicidade: possuem caráter histórico, nascendo com o Cristianismo, passando pelas diversas revoluções e chegando aos dias atuais. *Universalidade*: destinam-se, de modo indiscriminado, a todos os seres humanos. Como aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “[...] a ideia de se estabelecer por escrito um rol de direitos em favor de indivíduos, de direitos que seriam superiores ao próprio poder que o concedeu ou reconheceu, não é nova. Os forais, as cartas de franquia, continham enumeração de direitos com esse caráter, já na Idade Média [...]”. *Limitabilidade*: os direitos fundamentais não são absolutos (relatividade), havendo, muitas vezes, no caso concreto, confronto, conflito de interesses. A solução ou vem discriminada na própria Constituição (ex.: direito de propriedade versus desapropriação), ou caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com a sua mínima restrição. *Concorrência*: podem ser exercidos cumulativamente, quando, por exemplo, o jornalista transmite uma notícia (direito de informação) e, juntamente, emite uma opinião (direitos de opinião). *Irrenunciabilidade*: o que pode ocorrer é o seu não exercício, mas nunca a sua renunciabilidade.²⁰

A personalidade, como direito fundamental, é definida como possibilidade de ser sujeito de direitos e obrigações, podendo participar das relações jurídicas, que incidem em três esferas diferentes: a própria pessoa; a pessoa ampliada na família, e o mundo exterior. A própria pessoa é o objeto destes direitos. São frequentemente indicados como características destes direitos os seguintes atributos: “direitos inatos, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*”.²¹

¹⁹AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.285.

²⁰LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.864.

²¹GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.138.

Mello acentua a existência de uma diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos:

Os *direitos fundamentais* representam os direitos reconhecidos pelo ordenamento constitucional interno de cada Estado e os *direitos humanos* aqueles reconhecidos pelo direito internacional com validade universal e de contornos mais amplos e imprecisos, referindo-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, voltado para todos os povos e tempos; [...] no âmbito das relações entre particulares, nos últimos anos, a questão do direito civil-constitucional está em voga, ou seja, discute-se a influência do direito constitucional na esfera jurídica civilista, onde se indaga o papel dos princípios e regras constitucionais aplicado às normas infraconstitucionais. É o fenômeno denominado de *Constitucionalização do Direito Civil*. A dogmática e a codificação civilista não podem ser interpretadas dissociada dos valores e princípios constitucionais. Daí a importância, cada vez maior, do estudo do direito civil em harmonia e consonância com a normativa constitucional.²²

Segundo Enéas Garcia²³ três conflitos principais costumam se estabelecer entre informação e honra; “informação e imagem e por fim entre informação e vida privada”. De acordo com o mesmo autor, no conflito entre informação e honra prevalece o critério veracidade da informação; já no conflito “informação *versus* imagem *versus* vida privada” prevalece o critério do interesse público, através do qual se identifica se a invasão e a divulgação dessas informações atendiam ao interesse público.

Segundo Filho:

O que atribui o caráter público à pessoa é sua voluntária exposição perante a mídia, sua intencional participação em determinado acontecimento de interesse público. Em outros termos: se a pessoa, involuntariamente ou contra a sua vontade é exposta a curiosidade pública, nem por isso adquire a característica de “pessoa pública”.²⁴

O critério norte-americano, segundo o qual a pessoa pública é aquela que voluntariamente toma partido numa controvérsia pública, parece ser bastante adequado e útil. Seu valor sobressai quando se considera a razão que justifica a distinção.

²²MELLO, Cleyson de Moraes. *Constituição da República Anotada e Interpretada*. Campo Grande: Contemplar, 2013, p.197-198.

²³*Op. Cit.*, p.139.

²⁴FILHO, Sérgio Cavaliere. *Programa de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004, p.237.

Segundo a Suprema Corte, há um tratamento diferenciado, conforme o caráter público da pessoa, por que os funcionários públicos e as pessoas públicas assumem o risco de serem criticadas e, em razão de sua notoriedade, gozam de maior acesso aos meios de comunicação para responder a qualquer acusação difamatória que lhes seja lançada. O mesmo não ocorre com a pessoa privada, que não goza das mesmas oportunidades perante os meios de comunicação.²⁵

De outro lado, “pessoas públicas” entendidas como aquelas que voluntariamente colocam-se no centro de controvérsias públicas – possuem menor proteção da vida privada, pois voluntariamente, assumiram o risco de ver sua vida devassada e contam com a popularidade para coibir eventuais excessos.

Vale relembrar que o padrão de aferição do abuso da liberdade de informação é o interesse público. É preciso que exista um fato de transcendência pública que justifique a intromissão na vida particular alheia. Indispensável à existência de alguma razão relevante para justificar a incursão na vida privada.

A doutrina já se encontra bastante sedimentada no reconhecimento de que o direito à liberdade de expressão engloba não somente a figura da pessoa globalmente, seu rosto e seu corpo como um todo, mas que sob esta rubrica também se encontra a proteção de todas as partes do corpo que contribuam para a formação da imagem, que sirvam de individualização da pessoa. A reprodução da imagem de parte do corpo sujeita-se às mesmas regras da reprodução do corpo todo, ou do rosto, o que é mais comum.

Uma biografia pode trazer a descrição da pessoa que não corresponde à realidade, seja no aspecto físico ou moral. Pode a pessoa retratada ser atingida em sua honorabilidade ou na esfera íntima da sua personalidade, de modo que estes direitos de personalidade serão aptos a tutelar a lesão. Mesmo a descrição física apta a ofender pode dar causa às sanções por lesão do direito à honra.

Silva assevera que:

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos, caracteriza-se como reconquista de algo que,

²⁵AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.286.

em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira entre proprietários e não proprietários.²⁶

Todavia não se pode falar em lesão ao direito fundamental. A confusão terminológica decorre do fato de muitas vezes o termo “liberdade de expressão” ser empregado no sentido de reputação. Assim, quando se diz que determinada pessoa teve sua imagem violada por uma acusação ou quando se afirma que determinada pessoa jurídica tem uma boa “imagem” perante o seu público, o que se pretende retratar é um aspecto de honorabilidade, de reputação, de boa fama.

Pode a pessoa jurídica sofrer violação de sua imagem? É tal ente detentor de direito à própria imagem? A pessoa jurídica não possui imagem, tal como objeto de direito de personalidade. Não há o conteúdo material da imagem, como forma de representação da personalidade humana.

Num significado preciso, o conceito de imagem somente cabe atribuir-se às pessoas físicas e às pessoas jurídicas, atribuindo este conceito unicamente de maneira figurada. Como consequência lógica não se aplica às pessoas jurídicas as normas referentes ao direito à própria imagem, pois o que habitualmente entendemos por imagem de uma empresa, ou uma instituição, não fica dentro do objeto deste direito.²⁷

Direito a própria imagem, em sentido técnico, não se confunde com a expressão popular “boa imagem”. Atribuir à determinada pessoa jurídica a qualidade de ter uma “boa imagem” significa reconhecer em seu favor predicados de honorabilidade, de boa reputação. Estes aspectos, no campo do direito da personalidade, são tutelados pelo direito à honra.

Segundo Bittar, são três os elementos que compõem o conteúdo imaterial da liberdade de expressão: “individualidade, identidade e reconhecibilidade”.²⁸

A individualidade significa que a imagem permite reconhecer a presença de um ser humano e diferenciar este sujeito dentro do conjunto social. Não há mais uma referência ao gênero humano, mas a concreta indicação de uma determinada pessoa, pois “a imagem aponta sempre para alguém concreto, único, diferente e distinguível de todos os demais seres humanos.

²⁶SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p.249.

²⁷MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005, p.35.

²⁸BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p.94.

Além de individualizar, no sentido de isolar a pessoa do gênero humano, a imagem é dotada de um segundo elemento consistente na identificação da pessoa. Por meio deste segundo elemento é possível determinar a quem a imagem se refere. A imagem idêntica à pessoa permitindo que ela seja reconhecida.

O terceiro elemento corresponde à aptidão da imagem ser reconhecida. Somente quando os terceiros podem captar os traços de individualidade e identidade é que se pode falar em direito à imagem. A imagem somente adquire a característica de manifestação sensível da figura humana quando permite o reconhecimento da individualidade e identidade da figura retratada.

Por atender este conteúdo imaterial, deve-se considerar a caricatura como forma de representação da imagem. Apesar de a caricatura ser realizada a partir da distorção dos traços, do realce de certos aspectos da figura, o fato é que tal representação consegue plenamente identificar e tornar reconhecível a figura retratada. Aliás, o valor do cartunista reside, precipuamente, na sua capacidade de transmitir a imagem da pessoa retratada. Logo, tal forma de reprodução não pode se afastar da tutela do direito à própria imagem.

O simples uso não autorizado, excetuadas as exceções que a doutrina construiu, caracteriza violação da imagem. Desnecessária qualquer repercussão na esfera de honorabilidade da pessoa. O uso pode até ser enaltecedor das qualidades do agente. Todavia a falta de autorização caracteriza violação do referido direito da personalidade.

É certo que a proteção da vida privada sofre algumas limitações quando a pessoa, em razão de suas atividades, goza de grande popularidade, tornando-se personalidade pública.

Mesmo nesses casos, tais pessoas não abdicam da sua vida privada. Sofrem algum tipo de limitação na esfera mais externa da sua vida particular, mas conservam a plenitude do direito a intimidade e ao sigilo. Nesse sentido, assevera Fiúza:

Na verdade, o que pode ser disponibilizado é o bem, não o direito que a forma, sempre que não repercutir sobre a moral e os bons costumes. Assim, o caso da publicação da imagem consentida, da intromissão na vida privada sem oposição da injúria pública que se admite. Tudo isso não importa, insisto, renunciar o direito senão ao bem, e em certa medida

temporariamente. O direito em essência é indisponível e pode-se somente ceder algumas faculdades.²⁹

Certa limitação ao direito existirá, em razão da notoriedade, quando a pessoa se apresenta em público. Todavia não se transige com intromissões na vida íntima reservada e particular.

O direito fundamental à liberdade, expressa e assegura ao ser humano a liberdade de escolha, a garantia e proteção ao exercício dos direitos fundamentais. À margem da filosofia política, o próprio conceito de liberdade de expressão é alvo de muitas controvérsias. Lima e Guimarães evidenciam a necessidade de uma discussão consistente sobre o significado do conceito para que alguns mitos possam ser contestados. Os autores contestam a interpretação mais usual de liberdade de expressão mobilizada, sobretudo, pelas empresas de comunicação. Explorando os limites de um liberalismo focado no individualismo e na acepção negativa de liberdade, os autores argumentam a centralidade de uma concepção focada na ideia de público.³⁰

1.1 DEMOCRACIA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Seguindo a evolução das declarações de direitos, não se pode deixar de mencionar a Magna Carta (de 1215-1225), que mesmo não tendo o sentido que hoje têm as declarações sobre direitos, foi um marco histórico para assegurar os direitos fundamentais.³¹

Silva afirma que:

[...] a democracia, enquanto ideologia figura como uma ideia-força, que emprega valor e significado à vivência humana, refletindo a cosmo visão de uma sociedade ou indivíduo posto. Aliás, sob esse aspecto, a democracia deve ser encarada com o maior cuidado, sendo prudente evitar definições genéricas e comerciais como ‘o governo do povo, pelo povo e para o povo’, que antes de servir de ponto de referência com o mundo dos fatos, toma pelos sonhos e desejos sujeitos fartos da própria realidade.³²

²⁹FIÚZA, César. *Curso Avançado de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.33.

³⁰LIMA, Venício Arthur de; GUIMARÃES, Juarez. *Liberdade de Expressão, as várias faces de um desafio*. São Paulo: Paulus, 2013, p.42.

³¹FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p.156.

³²SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p.221.

A democracia é uma conquista, que está inserida nesse contexto, devendo também ser respeitada e efetivada. Os valores mais importantes para a democracia são a “liberdade e a igualdade, que são valores fundamentais para a democracia ser realmente efetivada”.³³

De acordo com Alexandre Sankievicz:

O reconhecimento de que, na sociedade brasileira, convivem indivíduos portadores das mais diversas concepções de valores e estilos de vida. Representa também a opção pelo acolhimento de uma sociedade complexa, composta por um grande rol de grupos sociais, econômicos e culturais, que deve buscar mecanismos compatíveis com a igual liberdade e participação de todos na construção do direito legítimo.³⁴

A função da liberdade de expressão não é apenas assegurar a livre expressão do pensamento, mas criar uma sociedade pluralista, onde todos os cidadãos tenham o igual direito a participar da política nacional. Deve haver um equilíbrio, para que as minorias recebam um tratamento justo, visando coibir qualquer forma de abuso de uma posição dominante.

Para Habermas, os direitos fundamentais, sob o ângulo democrático, podem ser enquadrados na seguinte classificação:³⁵

- a) Direitos fundamentais resultantes da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação;
- b) Direitos fundamentais resultantes da configuração politicamente autônoma do status de membro de associação voluntária de parceiros de direito;
- c) Direitos fundamentais resultantes imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual;

³³*Op. Cit.*, p.212.

³⁴SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de expressão e pluralismo – Perspectivas de Regulação*. São Paulo, Saraiva, 2011, p.47.

³⁵TAVEIRA, Christiano de Oliveira. *Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa*. Uma proposta de reformulação do papel do Estado na garantia da liberdade de expressão. Tese de doutorado em Direito Público defendida na Universidade de Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, em 2010, p. 22-23.

- d) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, em que os civis exercitam sua autonomia política, por meio dos quais criam o direito legítimo;
- e) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social e economicamente, na medida de necessidade de aproveitamento dos direitos elencados de (a) a (d).³⁶

Em relação à classificação acima relacionada qualifica a liberdade de expressão como uma derivação do status “*activae civitatis*”. Para o autor, a classificação dos direitos fundamentais sob o ângulo da democracia vislumbra não somente uma vertente absenteísta da liberdade de expressão perante o poder público, equivalente ao denominado status *subjectionis*, como também uma dimensão democrática do aludido direito, atrelada ao status *activae civitatis*, responsável pela fruição de outros direitos, como os de cunho político.

O regime democrático é uma garantia geral da realização dos direitos humanos fundamentais. Vale dizer, portanto, que é na democracia, que a liberdade encontra campo de expansão. É nela que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal. Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista.

O princípio garantidor da liberdade de expressão, de uma forma geral, está implícito no primeiro artigo da Constituição Federal, que define o Brasil como Estado Democrático de Direito.

Marilena Chauí tem reafirmado que uma das características fundamentais da democracia é:

Constituir uma forma sociopolítica definida pelos princípios da isonomia (igualdade dos cidadãos perante a lei) e da *isegoria* (direitos de todos para expôr suas opiniões, vê-las discutidas, aceitas ou recusadas em público). Nesta forma sociopolítica todos são iguais porque são livres, isto é, ninguém está sob o poder de outro, uma vez que todos obedecem às mesmas leis das

³⁶HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Volume I, 1997, p.159 – 160.

quais todos são autores diretamente numa democracia participativa, indiretamente, numa democracia representativa.³⁷

Se a comunicação é fundamental à democracia e auto realização humana, a liberdade de expressão se torna condição para sua viabilização. A livre comunicação se torna condição para a sua viabilização. A livre comunicação calcada na publicidade possibilita a pesquisa social permanente, reflexiva e moral. Assegurar a liberdade de expressão torna-se, pois, essencial ao enriquecimento da opinião pública e à sustentação continuada da comunidade moral. O filósofo John Dewey afirmava que a liberdade de expressão “é relativa das forças históricas repressivas, hoje a liberdade de expressão significa libertar-se da insegurança material e das coerções e repressões que vedam as multidões de participar dos vastos recursos culturais”.³⁸

Assim configurada, a opinião pública democrática depende de requisitos que se organizam em dois grandes grupos:³⁹

- a)O primeiro relaciona-se às condições de representação política;
- b)O segundo, às condições de proteção e promoção do discurso público.

O primeiro grupo reúne as condições de participação popular como mecanismos de materialização da opinião pública, equivalendo a mapear as condições de que as vozes dos cidadãos e das cidadãs sejam ouvidas e tenham efeito. Esse grupo contribui para aumentar ou diminuir a dimensão democrática da formação da opinião pública:⁴⁰

- a)O sistema partidário;
- b)O sistema de financiamento de campanha;
- c)Os mecanismos de participação popular e;
- d)Os mecanismos de representação.

³⁷CHAUI, Marilena. *O Poder da Mídia*. In: Observatório da Imprensa. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/_ed710_o_poder_da_midia>. Acesso em: 15 mai.2015.

³⁸DEWEY, John. *Liberalismo, Liberdade e Cultura*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1970, p.114.

³⁹LIMA, Venício Arthur; GUIMARÃES, Juarez. *Liberdade de Expressão, as várias faces de um desafio*. São Paulo: Paulus, 2013, p.77.

⁴⁰*Op. Cit.*, p.77-78.

Para o segundo grupo, os autores consideram a possibilidade objetiva de preservar as condições de autonomia de vozes que compõem o discurso público e que devem se orientar pelo reconhecimento do estatuto público da comunicação. São dois os subgrupos de requisitos:

- a) Os instrumentos de proteção e promoção da liberdade de expressão;
- b) Os critérios de organização do sistema de mídia.

No primeiro subgrupo, encontram-se os mecanismos de interdição da censura, os de proteção ao discurso público, a proteção à intimidade e direito de acesso à informação pública. No segundo subgrupo, encontram-se os instrumentos de proteção contra a concentração de propriedade de mídia e a instituição de regras públicas para a exploração do serviço de radiodifusão.⁴¹

Amparado pela concepção de liberdade de expressão, o conceito de opinião pública democrática se ampara no fundamento da democracia, considerando comunicação e política como campos inter-relacionados. Toda comunicação se estabelece dentro de relações políticas e que toda ação política se concretiza em práticas comunicativas.

Mello sinteticamente aponta que há duas grandes concepções sobre a liberdade de expressão com base no contexto norte americano:

- (i) teoria libertária – centrada na figura do autor da mensagem, prega que as “garantias da Primeira Emenda visam a proteger fundamentalmente a autonomia privada e o direito à expressão do pensamento sem interferências externas”;
- (ii) teoria democrática – coloca o destinatário da mensagem no centro de gravidade da liberdade de expressão, prega que a Primeira Emenda é um instrumento de autogoverno na medida em que permite que os cidadãos sejam livremente informados para que possam formar livremente a opinião. A teoria democrática se relaciona com a criação de um processo coletivo de debate e tomada de decisões na esfera pública.⁴²

No Brasil, a sede principal dos direitos fundamentais é a própria Constituição da República. É esta que prevê de forma, pode-se dizer implícita, a cláusula geral de tutela da

⁴¹*Op. Cit.*, p.77-78.

⁴²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p.450.

personalidade, ao eleger como valor fundamental da República brasileira a dignidade da pessoa humana, que deverá ser protegida e promovida individual e socialmente.⁴³

Soares salienta que em 22.11.1823 surge um Decreto “estatuindo livre a imprensa, até nas matérias de cunho religioso”.⁴⁴ No caso dos direitos de liberdade de expressão, incluído a manifestação do pensamento, a atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, a relativização é permitida apenas através da própria constituição.

A liberdade de expressão foi consagrada na Constituição Imperial de 1824 (art.179, IV) e a partir daí passa a ser uma constante em todas as nossas Constituições.⁴⁵

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. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.⁴⁶

A liberdade de expressão é necessária para fortalecer as relações sociais, pois um povo que tem acesso à informação tem mais condições de participar das decisões políticas. O acesso à informação é um direito constitucionalmente garantido. Dobson argumenta que “o foco da expressão acabou por negligenciar o que é mais essencial à democracia que é a garantia do direito de ser ouvido”. De nada adianta proteger a liberdade de informação se somente alguns a possuem ou se essa fala não tem a menor possibilidade de afetar o processo por meio do qual uma coletividade se atualiza e se reconstrói.⁴⁷

⁴³ SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.102.

⁴⁴*Ibid.*, p.103.

⁴⁵ Constituição de 1891 (§ 12); Constituição de 1934 (art. 113, n. 9); Constituição de 1937 (art. 122, n. 15); Constituição de 1946 (art. 141, § 5º); Constituição de 1967 (art. 150, § 8º); Emenda Constitucional n. 1 de 1969 (art. 153, §8º). Pesquisa realizada na obra de Campanhole & Campanhole, “*Todas as constituições do Brasil*”.

⁴⁶STF - HC 82.424, Rel. p/o ac. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-03, DJ de 19-3-04. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiastf/>>. Acesso em: 10 jul.2015.

⁴⁷ DOBSON, Andrew. *Listerning: The New Democratic Deficit*. Political Studies, 2012, p.843.

A opinião pública democrática deve se apresentar como “uma proposta para resgatar um sentido de comunidade viva na qual a pessoa humana se dissolva e se resgate simultaneamente”.⁴⁸ O interesse público deve ser voltado para o respeito de nossos mais autênticos desejos.

Motta, afirma que “os direitos individuais têm hierarquia constitucional e, por conseguinte, só podem ser limitados por expressa autorização legal com fundamento na própria constituição”.⁴⁹ Nesse contexto, podemos afirmar que os direitos fundamentais ou são limitados pela própria constituição ou por lei criada por determinação constitucional.

A Constituição de 1988 trata da matéria no art. 5º, IX, XIV e art. 220:

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. Essa norma visa proteger o livre exercício e criação artística e científica, permitindo a circulação de conhecimento.

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

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

O pensamento pode ser manifestado e exteriorizado pelas mais diversas formas, sendo inerente não apenas à ideia de uma sociedade democrática, mas também ao ser humano. A liberdade genérica de expressão de pensamento, disposta no inciso IV do artigo 5º, da Constituição Federal, dispõe que, “é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato”. A expressão permite a todos os cidadãos expor de forma livre seus pensamentos, ideias e opiniões, bem como de permanecer calado.⁵⁰

A desqualificação da opinião pública no Brasil já é fato conhecido na literatura quando se trata de participação cívica, cidadania e movimentos sociais, por outro lado, é importante destacar algumas especificidades do caso aqui focado e sua relação com o tema que elegemos como eixo central das análises que é a constituição imaginada da nação.

⁴⁸LIMA, Venício Arthur; GUIMARÃES, Juarez. *Liberdade de Expressão, as várias faces de um desafio*. São Paulo: Paulus, 2013, p.79.

⁴⁹MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. *Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e 1.000 questões*. São Paulo: Adeptos, 2006, p.65.

⁵⁰FARIAS, Edilsom. *Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e proteção constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.154.

Sarlet assevera que a respeito da sistematização dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, pode-se fixar o seguinte entendimento:

Com base no exposto, verifica-se que, além de no mínimo uma relativa unidade de conteúdo (ou, se quisermos, do reconhecimento de certos elementos comuns), o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, bem como sua proteção reforçada contra a ação erosiva do legislador, podem ser considerados elementos identificadores da existência de um sistema de direitos fundamentais também no direito constitucional pátrio, caracterizado por sua abertura e autonomia relativa no âmbito do próprio sistema constitucional que integra.⁵¹

O texto constitucional é incisivo “*nos termos desta constituição*”, não dando margem à relativização do direito à liberdade de expressão por via de lei infraconstitucional. Assim, apenas a Constituição Federal está autorizada a relativizar o direito à liberdade de expressão. A relação entre liberdade de expressão e democracia fica comprometida por conta das dificuldades de tratar um direito individual do ponto de vista de sua dimensão pública.

Piovesan assevera que:

Quando uma pessoa pretende exercitar sua garantia constitucional da liberdade de expressão, tem direito também de acesso ao conhecimento, à informação, à educação, como aspectos instrumentais da liberdade, sendo que tais aspectos necessitam de acesso, e para tais acessos, é imprescindível à facilitação, implementação e a viabilização da obtenção das condições mínimas que permitem a prática da liberdade, com uma nítida atitude promocional por parte das autoridades públicas.⁵²

Cabe ressaltar que a Constituição preocupou-se, com a proteção das pessoas contra os abusos do exercício desta liberdade, consagrando no art. 5º, V, que: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.73.

⁵² PIOVESAN, Flávia.(Coord.). *Direitos Humanos*, vol. I, Curitiba: Juruá, 2007, p.68.

Nesta mesma linha de proteção deve ser lembrada a norma do art. 5º, X, que garante a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem, assegurando a indenização do dano material e moral decorrente da violação de tais direitos.

No direito pátrio, a ideia de concessão de personalidade a todo ser humano sempre vigorou, mesmo durante a escravidão, embora o escravo não fosse equiparado ao homem livre. Atualmente, a norma contida no art. 1º do Código Civil Brasileiro assegura esse atributo com amplitude, sem distinção de qualquer natureza ou espécie, utilizando-se do vocábulo “pessoa”. Todo ser humano participa da vida jurídica, sem distinção de sexo, idade, cor, raça, estado de saúde e nacionalidade. As restrições que o estrangeiro conhece decorrem do interesse da segurança nacional ou da ordem pública.

Assim, como dizia Mello:

“[...] um pensamento originário começa a fluir no campo jurídico civilístico, guiado não só pela filosofia constitucional, bem como por estudiosos do vigor de Luiz Edson Fachin, Francisco Amaral, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes, Teresa Negreiros, Judith Martins Costa, Daniel Sarmiento dentre outros. Estes autores estão dispostos a conhecer e a buscar a essência do direito civil, em seu sentido originário; [...] a problemática da eficácia das normas de direitos fundamentais no âmbito das relações interprivadas; [...] e teses ou orientações doutrinárias quanto à sua eficácia dos direitos fundamentais eficácia mediata ou indireta; c) tese dos deveres de proteção; d) tese de eficácia direta ou imediata”.⁵³

Colocando à parte as questões de nacionalidade e constituições específicas destes países, vejamos alguns exemplos de casos que ilustram bem a problemática da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico civil no contexto do direito pós-moderno:

[...] Caso 1- A urbanização quimicamente branca ou a “*action under color of State Law*”. Os compradores de moradias dentro de uma urbanização localizada numa cidade norte-americana teriam de aceitar a cláusula contratual de proibição de venda a indivíduos de raça negra. Um dos adquirentes violou a cláusula contratual, alienando a sua propriedade a um “cidadão preto”. O problema aí está: será de imputar a violação do princípio da igualdade ao próprio Estado na medida em que este, através de seus tribunais, dá razão aos titulares da urbanização, reconhecendo a nulidade da venda em violação de uma cláusula contratual? Mas o que é que é “nulo”: é

⁵³MELLO, Cleyson de Moraes. *Curso de Direito Civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2008, p.18.

a própria cláusula contratual por amor à Constituição (princípio de igualdade) ou a venda em violação da cláusula por amor à liberdade contratual?

[...] Caso 2 – A “terceira mulher”: da “mulher diabolizada” e da “mulher exaltada” à “mulher criadora do seu papel”. [...] Uma multinacional propõe a uma sua executiva de *top* a colocação imediata num importante posto de chefia com a cláusula de proibição de gravidez ou de “barriga de aluguel” durante 10 anos. A opção para a mulher de 26 anos é clara: ser mãe ou ser mulher de sucesso. A “proibição de gravidez” é uma cláusula constitucionalmente proibida; mas como proibir, no mundo da autonomia contratual-global, a inserção de uma condição que mais não é, segundo alguns, que a invenção da “terceira mulher”: a mulher criadora do seu próprio papel?

[...] Caso 3 – *As antenas parabólicas dos imigrantes portugueses*. Um imigrante português solicitou ao senhorio do prédio que tomara de arrendamento a autorização necessária para colocar no telhado uma antena parabólica de televisão para melhor captar os programas de língua portuguesa. O senhorio denegou tal autorização, e, perante esta recusa, o imigrante português intentou a ação competente junto dos tribunais para o reconhecimento do seu direito fundamental à informação. O êxito junto aos tribunais ordinários foi nulo, mas o mesmo já não aconteceu quando, através de ação constitucional de defesa, o Tribunal Constitucional Alemão se teve de pronunciar sobre o assunto. A ordem jurídica dos direitos fundamentais está presente na “ordem dos contratos”. Os contratos de arrendamento não são espaços livres de direitos fundamentais como o direito de informar-se e ser informado. [...]

[...] Caso 4 – Num congresso de um partido político destinado a escolher os candidatos desse partido as eleições parlamentares, foi excluída a participação de indivíduos de raça negra. [...] O princípio de igualdade vinculará ou não, diretamente, uma associação partidária? [...] Até que ponto os direitos fundamentais devem interferir na autonomia e liberdade contratual? Se por um lado devemos refletir sobre a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica civilística, por outro, devemos ficar atentos a essa influência, para não transformar o direito civil em um direito de “não-liberdade”, já que a gênese do direito privado é a liberdade e autonomia das partes.⁵⁴

Apesar da nossa “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não apresentar explicitamente o mandamento da eficácia dos direitos fundamentais”, concluía Mello que, “estes devem possuir eficácia tanto no plano das relações verticais (relações entre

⁵⁴ MELLO, Cleyson de Moraes. *Curso de Direito Civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2008, p.19-21.

indivíduo e Estado) como nas relações horizontais (relações entre particular e particular), com o firme propósito de perseguir uma sociedade livre, justa e solidária”.⁵⁵

Mello afirma que,

[...] desta forma, levando em consideração a distinção sistemática das normas constitucionais, bem como o teor da norma contida no artigo 5º, § 1º da CRFB/88, a melhor exegese deste dispositivo constitucional é no sentido de que ele apresenta um viés principiológico; [...] uma espécie de “mandado de otimização” (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais”. [...] A norma jurídica civilística não pode ser compreendida como um juízo hipotético ancorada nos princípios da lógica formal, a partir de um rigorismo da separação dos mundos do “*ser*” e “*dever ser*”. O direito civil e o direito constitucional devem estar em perfeita harmonia a fim de que possam espelhar a realização e concretização do direito. [...], a partir de uma leitura constitucional de forma que o “direito civil” e “realidade” sejam os lados de uma mesma moeda.⁵⁶

Democratizar a opinião pública não significa pensar exclusivamente em sua capacidade de fala. É necessário considerar sua capacidade de escuta. A opinião pública precisa aprender a ouvir e tratar a fala como consequência da escuta, recepcionando um princípio da liberdade republicana que sustenta a concepção de liberdade de expressão como a liberdade de falar e ser ouvido.⁵⁷

[...] Não é possível ignorar que a atividade de comunicação social se insere no escopo de proteção de uma das liberdades mais caras à democracia: a liberdade de expressão. Mas ao se reconhecer que a liberdade de expressão, associada a uma grande concentração do poder, distorce o processo democrático (e o exercício da mesma liberdade por outras pessoas), não é admissível concebê-la em termos tão absolutos a ponto de negar a possibilidade de regulação dos meios de comunicação social (o que acabaria por preservar estruturas de poder antidemocráticas e privilegiar a expressão de algumas – poucas – vozes em detrimento de outras). Adverte o autor, por outro lado: “[...] Mas a regulação e fixação de limites a esse poder devem ser pensadas de forma a evitar que, sob a justificativa de proteger a democracia, se pretenda eliminar a independência que os meios de comunicação devem ter em relação ao Estado” [...].⁵⁸

⁵⁵*Ibid.*, p.22.

⁵⁶*Ibid.*, p.25.

⁵⁷LIMA, Venício Arthur de; GUIMARÃES, Juarez. *Liberdade de Expressão, as várias faces de um desafio*. São Paulo: Paulus, 2013, p.75.

⁵⁸FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet*. 2009, p.43.

O critério fundamental para a formulação e a avaliação de uma política pública garantidora da liberdade de expressão e, portanto, da ausência de censura deve ser sempre se ela possibilita a superação da cultura do silêncio. Assim, possibilita que mais e diferentes vozes sejam ditas e ouvidas através da participação cidadã no debate público, avançando no sentido da *isegoria*, princípio basilar da democracia republicana.

Podemos afirmar que o direito à liberdade de expressão é um direito fundamental constitucionalmente protegido e, “assim como os demais, não possui caráter absoluto, devendo respeitar seus limites quando em conflito com os demais direitos fundamentais de igual status jurídico e resguardados pela nossa Carta Magna”.⁵⁹

A Constituição de 1988 estrutura juridicamente um regime político em que tem sido constante o alargamento dos direitos e das formas de ação democrática, como o recente ciclo de levantes demonstra. Sua existência é ao mesmo tempo o sinal de ingresso da participação popular organizada nos processos decisórios formais e o ponto de partida no processo de afirmação de um poder constituinte efetivamente popular entre nós.

O Estado de Direito só pode ser o Estado de Direito se for também um Estado Democrático e um Estado Social. De igual forma é preciso combater e controlar qualquer tipo de excesso seja através da proporcionalidade, da adequação, da razoabilidade e da necessidade, visando deixar os poderes públicos num patamar mais humano em relação aos cidadãos, acentuando as garantias individuais, tornando o Estado de Direito mais “amigo” da justiça e dos direitos fundamentais, da segurança e da liberdade.

Thomas I. Emerson, na obra mais clássica sobre liberdade de expressão nos Estados Unidos, defendeu que:

O Estado tem também um papel afirmativo a desempenhar na manutenção da liberdade de expressão na sociedade moderna. Ele deve proteger pessoas e grupos que tentem exercer este direito de interferências privadas e não governamentais, seja através da força, seja por outros métodos. Ele deve também adotar medidas positivas para promover e encorajar a liberdade de expressão, seja fornecendo os meios, eliminando distorções na mídia ou tornando as informações acessíveis.⁶⁰

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.73.

⁶⁰ EMERSON, Thomas Irwin. *The System of Freedom of Expression*. New York: Random House, 1970, p.04.

Assegurar a liberdade de expressão torna-se, pois essencial ao enriquecimento da opinião pública e a sustentação continuada da comunicação moral.

1.2 ANÁLISE HISTÓRICA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Entre os séculos XIX e XXI ocorreram mudanças de perspectiva no Estado liberal. Se o Estado liberal do século XIX foi definido pela luta em favor das liberdades individuais, o que demandou um governo limitado, o Estado liberal hoje acolhe simultaneamente os valores liberdade e igualdade. Em certa medida, isso explica a ampliação da proteção do Direito a um grande elenco de grupos desfavorecidos.⁶¹

Os mais de três séculos de experiência colonial condicionaram intensamente nossa formação constitucional. Um projeto colonial pensado desde a metrópole portuguesa, na qual a terra brasileira e sua gente eram compreendidas tão somente como objeto de domínio e exploração. A subjugação dos povos indígenas deixou marcas indeléveis que até hoje não foram superadas, como se pode perceber no padrão secular de violência política e sexual.

Segundo Fiss, para Constant:

[...] a concepção de liberdade tida pelos antigos [...] consistia em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com os estrangeiros tratados de aliança, em voltar às leis, em pronunciar julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados; em fazê-los comparecer diante de todo um povo, em acusá-los de delitos, em condená-los ou em absolvê-los; mas, ao mesmo tempo que consistia nisso o que os antigos chamavam de liberdade, eles admitiam, como compatível com ela, a submissão completa do indivíduo a autoridade do todo.⁶²

O estudo contemporâneo dos institutos da Liberdade de Expressão e dos Direitos Fundamentais acompanha de perto a evolução do Direito Constitucional e encontra-se íntima e necessariamente ligado às repercussões decorrentes do exercício das liberdades públicas e da Jurisdição Constitucional que nascem como necessidade absoluta e condição essencial de

⁶¹ FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Tradução e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.38.

⁶² CONSTANT *apud* FISS, 2005, p.38.

existência e sobrevivência do Estado Democrático de Direito, o qual surge em torno de um núcleo de direitos fundamentais a serem preservados por um ordenamento jurídico construído ao seu redor.

O conceito de liberdade de expressão é muito anterior ao debate clássico ocorrido na Inglaterra do século XVII, denominado século das luzes, onde, os movimentos pela conquista do direito à liberdade de expressão e manifestação do pensamento, tiveram real início. Na Inglaterra a expressão *freedom of speech* só aparece pela primeira vez nos famosos *Institutes of the Laws of England*, publicados por Sir Edward Coke, entre 1628 e 1644.⁶³

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fala do direito à livre comunicação das ideias e das opiniões e que todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente. Somente em setembro de 1791 essa Declaração foi promulgada pela Assembleia Nacional Francesa. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabelecia em seu artigo 11 que: “a livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.⁶⁴

Por outro lado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, teve por finalidade estabelecer a liberdade de pensar e expressar o pensamento, conforme se observa nos seguintes dispositivos transcritos:

Art. XVII – Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião. Este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou de crença, e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Art. XIX – Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão. Este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.

Em Portugal, as liberdades públicas foram reconhecidas em 1976, quando da opção republicana, posteriormente à queda do fascismo em 1974. A Constituição Portuguesa confere proteção à liberdade de expressão, garantindo aos cidadãos o direito de expressar seu

⁶³LIMA, Venício Arthur de; GUIMARÃES, Juarez. *Liberdade de Expressão, as várias faces de um desafio*. São Paulo: Paulus, 2013, p.96.

⁶⁴*Op. Cit.* p.97-98.

pensamento da forma mais ampla possível, por meio da palavra, imagem, e outros meios compatíveis.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, e a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, de 2000, falam do direito da pessoa à liberdade de opinião e expressão, especificando que esse direito inclui “a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios independentemente de fronteiras”.⁶⁵

O instituto da liberdade de expressão foi surgindo como resultado necessário da liberdade de pensamento, sendo a sua forma de exteriorização, e o seu surgimento não apenas um fruto da criação e consolidação do Estado Constitucional, como também permitindo o seu desenvolvimento e sua evolução, tanto do ponto de vista histórico como do político, servindo de veículo para as ideias liberais e anti-absolutistas.

Segundo Rodrigues, “a ideia de tolerância religiosa foi a primeira forma moderna de aparecimento histórico dos direitos fundamentais em geral e do próprio Estado constitucional”.⁶⁶

Na Carta de 1824 no Brasil já vigorava a liberdade de imprensa em seu artigo 179⁶⁷, porém a eficácia dessa norma era, para dizer o mínimo, discutível. A liberdade era considerada a base dos direitos civis e políticos dos cidadãos, juntamente ao direito de propriedade e de segurança individual. Dada a realidade rural do país, as lideranças políticas exerciam seu poder para controlar toda e qualquer forma de oposição.

Essa Carta dispunha em seu artigo 179 *caput* e inciso IV:

A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

[...]

IV Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela Imprensa, sem dependência de censura; com tanto que

⁶⁵LIMA, Venício Arthur; GUIMARÃES, Juez. *Liberdade de Expressão, as várias faces de um desafio*. São Paulo: Paulus, 2013, p.98.

⁶⁶RODRIGUES, Álvaro Junior. *Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação*. Curitiba: Juruá, 2009, p.29.

⁶⁷*Teor do artigo 179, 4º da Carta de 1824*: “Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela Imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que cometerem no exercício deste Direito, nos casos, e pela forma, que a Lei determinar”.

hajam de responder pelos abusos, que cometerem no exercício deste Direito, nos casos, e pela forma, que a Lei determinar.

De acordo com o disposto no inciso IV do supracitado artigo, aqueles que cometiam abusos, eram responsabilizados na forma da lei.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, trazia em seu artigo 72, caput, e parágrafo 12:

A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 12 - Em qualquer assunto é livre a manifestação 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.

O artigo 72, § 12 da Constituição de 1891 disciplinava que: “em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa, ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar”. O texto constitucional pela primeira vez dispôs sobre a vedação do anonimato, visto como uma reserva ao direito de liberdade de expressão. A Constituição de 1934 garantia a liberdade de pensamento vedando a censura. Conforme o § 9º, havia exceção quanto à censura de espetáculos e diversões públicas. O artigo 114 deste diploma legal preceitua que: “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota”.

Os problemas de efetivação continuam até a Constituição outorgada de 1937⁶⁸. Nela, o legislador restringe a liberdade de expressão com a previsão de censura prévia sobre

⁶⁸Artigo 122, n.15, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937: Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

15 - todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.

A lei pode prescrever:

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

diversos elementos de comunicação. A esse período devemos atribuir especial atenção. Em completa desarmonia, o Brasil tem uma legislação e uma política interna alinhada com o nazi-fascismo, porém, declara guerra aos países do Eixo. Em dezembro de 1939, por meio de decreto presidencial, foi criado o Departamento de Imprensa e Propaganda, conhecido como DIP. Este órgão era encarregado da censura do teatro, cinema, radiodifusão, imprensa, ou seja, de todos os meios de comunicação e de liberdade de pensamento e expressão.

Após a Segunda Guerra Mundial, com a consolidação do estado democrático e social de direito, a liberdade de expressão passou a receber um novo nível de proteção dentro dos textos constitucionais com a difusão do conceito da supremacia constitucional sobre ordenamento jurídico. A liberdade de imprensa nasceu no início da idade moderna e se concretizou, essencialmente num direito subjetivo do indivíduo manifestar o próprio pensamento: nasce, pois, como garantia de liberdade individual. Mas, ao lado de tal direito do indivíduo, veio afirmando-se o direito da coletividade à informação.

Em 1964, o golpe militar passa a representar um poderoso golpe nos direitos relativos à liberdade de expressão e pensamento. Em 1965, o governo militar, através do AI-2, modifica a redação constitucional e retira a proteção ao direito de liberdade de expressão. A censura caminha para sua institucionalização. Em 1967⁶⁹, a Constituição mantém restritas as

b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;

c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.

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

a) a imprensa exerce uma função de caráter público;

b) nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei;

c) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente nos jornais que o informarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação;

d) é proibido o anonimato;

e) a responsabilidade se tornará efetiva por pena de prisão contra o diretor responsável e pena pecuniária aplicada à empresa;

f) as máquinas, caracteres e outros objetos tipográficos utilizados na impressão do jornal constituem garantia do pagamento da multa, reparação ou indenização, e das despesas com o processo nas condenações pronunciadas por delito de imprensa, excluídos os privilégios eventuais derivados do contrato de trabalho da empresa jornalística com os seus empregados. A garantia poderá ser substituída por uma caução depositada no princípio de cada ano e arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a natureza, a importância e a circulação do jornal;

g) não podem ser proprietários de empresas jornalísticas as sociedades por ações ao portador e os estrangeiros, vedado tanto a estes como às pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas. A direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, só poderá ser exercida por brasileiros natos.

⁶⁹O artigo 8º, inciso VIII, alínea “d” da Carta de 1967-1969, preceituava ser competência da União organizar a Polícia Federal com a finalidade de “prover a censura de diversões públicas”.

liberdades. Mas, em 1968⁷⁰, ocorre o golpe mais duro, o AI-5, conhecido por ser o mais arbitrário e antidemocrático dos atos institucionais.

Em 1988, a nova Constituição (CRFB/88), finalmente instituiu no Brasil novos princípios jurídicos. Estes princípios, “conferem suporte axiológico a todo sistema normativo brasileiro” e “devem ser sempre levados em conta quando se trata de interpretar quaisquer normas do ordenamento jurídico pátrio”. Assim, conclui Mazzuoli, “a Constituição brasileira de 1988 deu um passo extraordinário rumo à abertura do nosso sistema jurídico ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos”.⁷¹

Nesta Carta foram estabelecidos limites ao exercício da liberdade de expressão tais como a vedação ao anonimato, o direito de resposta e indenização por danos morais e patrimoniais à imagem, a preservação da intimidade, vida privada, honra e a imagem das pessoas, para exigir qualificação profissional dos que se dedicam aos meios de comunicação e para que seja assegurado a todos o direito de acesso à informação.⁷²

Após mais de duas décadas da promulgação da CFRB/88, é importante e imperioso proceder a uma “redefinição” do papel do estado na garantia da liberdade de expressão. Uma concepção democrática, reguladora, essencial ao funcionamento do regime democrático, não se tratando nesse caso de mera opção ideológica, mas de uma verdadeira imposição do texto constitucional brasileiro.

1.3 IMPRENSA COMO DIREITOS PREFERÊNCIAIS

Em meados do século XVIII a imprensa surgiu como imprensa de opinião, cujas principais características foram a presença literária e o estilo polêmico. Na segunda metade do século XIX, a imprensa é marcada pela natureza comercial e pela vinculação à publicidade.

Segundo Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, “o Brasil Colônia não conheceu imprensa. As tentativas de criação de tipografias foram rechaçadas pela MetrÓpole. Somente com a vinda da família Real é que surgiu o primeiro jornal”.⁷³

⁷⁰ Em pleno regime militar, as restrições ao exercício do direito de liberdade de expressão, tornaram-se ainda mais nítidas, quando em cotejo às Constituições anteriores.

⁷¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p.837.

⁷² CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na História*. Rio de Janeiro, Revan, 2006, p.27.

⁷³ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de Informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.54.

A liberdade de imprensa é a mola propulsora da opinião pública, imprescindível para o correto funcionamento do governo. Este aspecto foi ressaltado por Thomas Jefferson, citado por Roig⁷⁴.

A liberdade de imprensa consiste numa das formas de manifestação da liberdade de expressão do pensamento. Esta possibilidade de expressar livremente opiniões, praticada pela imprensa é modernamente designada “direito de informar”. É num clima de liberdade que a imprensa pode cumprir o seu papel, trazendo informação, divulgando ideias, propiciando a crítica e a formação da opinião pública. Esta opinião pública vai determinar os destinos do governo.

A liberdade de imprensa está umbilicalmente ligada à Democracia. É um instrumento imprescindível para o perfeito funcionamento do sistema governamental. A liberdade de expressão foi consagrada na Constituição Imperial de 1824 (art.179, IV) e a partir daí passa a ser uma constante em todas as nossas Constituições⁷⁵.

Pode-se então dizer que a liberdade de imprensa decorre do princípio democrático consagrado na nossa Constituição. Trata-se da concretização de um princípio de grau superior.

A nossa Constituição de 1988, refere-se à liberdade individual de manifestação do pensamento (inciso IV do Artigo 5º), e à plena liberdade de informação jornalística (Inciso 1º do artigo 220). A Constituição, ao mesmo tempo que assegura que a imprensa é incensurável e goza de total liberdade, encontra barreiras em princípios como a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Godoy assevera que:

Se for certo que, nos primórdios de sua vulgarização, a palavra imprensa englobava num mesmo conceito todos os produtos das artes gráficas, das reproduções por imagens e por processos mecânicos e químicos, envolvendo livros, gravuras, jornais e impressos em geral, hodiernamente, em virtude de seu grande desenvolvimento, essas mesmas artes se subdividiram, esgalhando-se em planos distintos, formando qual uma nova especialidade, não sendo mais possível jungir a imprensa ao conceito dos velhos tempos.

⁷⁴ ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. *Orígenes Doctrinales de La Libertad de Exrpsion*. Madrid: BOE, 1994, p. 366-367.

⁷⁵ Constituição de 1891 (§ 12); Constituição de 1934 (art. 113, n. 9); Constituição de 1937 (art. 122, n. 15); Constituição de 1946 (art. 141, § 5º); Constituição de 1967 (art. 150, § 8º); Emenda Constitucional n. 1 de 1969 (art. 153, §8º).

Urge, portanto, emancipá-la dos anexos, dando-se lhe a conceituação moderna de jornalismo, desvinculando-a do conceito genérico de impressos.⁷⁶

O art. 27 da Lei 5250/1967, lei de imprensa, “revogada”, elencava os atos que eram permitidos a atividade de imprensa e que, portanto não constituíam atividade ilícita da imprensa, sendo eles, a saber:

Não constituem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação:⁷⁷

I - a opinião desfavorável da crítica literária, artística, científica ou desportiva, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

II - a reprodução, integral ou resumida, desde que não constitua matéria reservada ou sigilosa, de relatórios, pareceres, decisões ou atos proferidos pelos órgãos competentes das Casas legislativas;

III - noticiar ou comentar, resumida ou amplamente, projetos e atos do poder Legislativo, bem como debates e críticas a seu respeito;

IV - a reprodução integral, parcial ou abreviada, a notícia, crônica ou resenha dos debates escritos ou orais, perante juízes e tribunais, bem como a divulgação de despachos e sentenças e de tudo quanto for ordenado ou comunicado por autoridades judiciais;

V - a divulgação de articulados, quotas ou alegações produzidas em juízo pelas partes ou seus procuradores;

VI - a divulgação, a discussão e a crítica de atos e decisões do Poder executivo e seus agentes, desde que não se trate de matéria de natureza reservada ou sigilosa;

VII - a crítica às leis e a demonstração de sua inconveniência ou inoportunidade;

VIII - a crítica inspirada pelo interesse público;

IX - a exposição de doutrina ou ideia.

Parágrafo único: Nos casos dos incisos II a VI deste artigo, a reprodução ou noticiário que contenha injúria, calúnia ou difamação deixará de constituir abuso no exercício da liberdade de informação, se forem fiéis e feitas de modo que não demonstrem má-fé.

À imprensa também é permitido promover a divulgação, a discussão e a crítica de atos e decisões do Poder Executivo e seus agentes – evidentemente, quando não se tratar de

⁷⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno. *A Liberdade da Imprensa e os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2008, p.52.

⁷⁷ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 mai.2015.

matéria de natureza reservada ou sigilosa – e a crítica às leis, incluindo a demonstração de sua inconveniência ou inoportunidade.

No Código de Ética dos jornalistas FENAJ (Federação Nacional dos Jornalistas)⁷⁸ encontram-se os dispositivos que remetem na obrigação de relatar apenas a verdade:

Art. 2º - Como o acesso à informação de relevante interesse público é um direito fundamental, os jornalistas não podem admitir que ele seja impedido por nenhum tipo de interesse, razão por que:

I - a divulgação da informação precisa e correta é dever dos meios de comunicação e deve ser cumprida independentemente da linha política de seus proprietários e/ou diretores ou da natureza econômica de suas empresas;
II - a produção e a divulgação da informação devem se pautar pela veracidade dos fatos e ter por finalidade o interesse público;

[...]

Art. 4º - O compromisso fundamental do jornalista é com a verdade no relato dos fatos, deve pautar seu trabalho na precisa apuração dos acontecimentos e na sua correta divulgação.

Art. 7º - O jornalista não pode:

[...]

II - submeter-se a diretrizes contrárias à precisa apuração dos acontecimentos e à correta divulgação da informação;

Art. 12 - O jornalista deve:

[...]

VI - promover a retificação das informações que se revelem falsas ou inexatas e defender o direito de resposta às pessoas ou organizações envolvidas ou mencionadas em matérias de sua autoria ou por cuja publicação foi responsável.

A liberdade de imprensa é, antes de tudo, um dever, mesmo porque não se resume a uma faculdade de agir com liberdade, constituindo, sim, em uma verdadeira obrigação. E não é só. A liberdade de imprensa como obrigação ganha importância, entre outros fatores, pelo fato de que a informação transmitida tem, via de regra, um amplo alcance, dado o próprio caráter coletivo deste direito.

Este conceito de verdade se consubstancia em noticiar sem criar, sem distorcer ou sem deturpar fatos, isto, pois, o jornalista, em razão da sua função e do atendimento aos fins da imprensa, tem a obrigação de ser honesto e veraz.

⁷⁸ FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS. *O Código de Ética dos Jornalistas*. 2010. Disponível em: <<http://www.fenaj.org.br/comhumanos.php>>. Acesso em: 30 abr.2015.

Além de transformar em empresa e operar dentro da lógica do capital, a imprensa passou também a deter o monopólio virtual da construção, manutenção e reprodução de capital simbólico e, portanto, a funcionar dentro de outra lógica, isto é, a lógica do poder.

Hoje em dia uma das características das empresas de imprensa é, sobretudo, o aumento da democracia de capital, que significa um crescente monopólio das empresas jornalísticas existente? (...) Esse crescente capital fixo significa também um aumento de poder que permite moldar a opinião pública arbitrariamente? Ou, pelo contrário, [...] significa uma crescente sensibilidade por parte das distintas empresas diante das flutuações de opinião pública?⁷⁹

Quando a imprensa se transforma em uma instituição, ou melhor, em empresa capitalista, sua relação direta com a liberdade de expressão individual pode tornar-se problemática.

Para ilustrar o que foi exposto segue decisão do Superior Tribunal de Justiça à cerca do tema:⁸⁰

PROCESSO CIVIL. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. 1) AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MATÉRIA JORNALÍSTICA CONSIDERADA LESIVA À HONRA DO AUTOR, MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 2) RECURSO ESPECIAL. VALORAÇÃO DA PROVA INQUESTIONADA, CONSTITUÍDA DE ESCRITOS. ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OBSTÁCULO NA SUMULA 7 DO STJ; 3) NARRATIVA PURA DE FATOS OCORRIDOS, NÃO PROTEGIDOS POR SIGILO LEGAL. MEROS TRANSTORNOS E ABORRECIMENTOS DECORRENTES DE EXPOSIÇÃO PÚBLICA.

1. A publicação, desacompanhada de opiniões e comentários depreciativos do jornal, de série de reportagens relativas ao fato de investigação dos órgãos superiores do Ministério Público a respeito de alegada divulgação de questões do Concurso de Ingresso na carreira pelo autor, então integrante da Comissão Examinadora, não configura dano moral ao autor, cuja honorabilidade restou intacta, proclamada, inclusive, por testemunhos pessoais de julgadores no Acórdão recorrido.

2. Inexistência de violação ao direito à intimidade e a sigilo do ocorrido.

⁷⁹LIMA, Venício Arthur de; GUIMARÃES, Juarez. *Liberdade de Expressão, as várias faces de um desafio*. São Paulo: Paulus, 2013, p.100.

⁸⁰REsp 959330 / ES-RECURSO ESPECIAL 2007/0131492-4 Ministro SIDNEI BENETI (1137). DJe 16/11/2010. Disponível em: <www.stj.gov.br/recursos>. Acesso em: 01 jun.2015.

3. Atos que se inseriram na estrita liberdade de imprensa, constitucionalmente assegurada.
4. Violação aos artigos 175 e 1.547/CC1916 reconhecida.
5. Recurso Especial provido. Improcedência da ação indenizatória.

Quando a imagem é captada em local público, a doutrina considera dispensável a autorização, entretanto esta não poderá destacar uma pessoa dentre a multidão para exclusivamente retratá-la. É importante que seja retratado a generalidade das pessoas e não que seja retratada especificamente determinada pessoa.

No nosso ordenamento jurídico o uso desautorizado de imagem por si só já representa uma violação ao direito de personalidade, ainda que não haja qualquer tipo de ofensa. Dessa forma, se a imagem destacar determinada pessoa, ainda que em local público, não poderá ser utilizada sem autorização, mesmo que com o objetivo de ilustrar matérias jornalísticas.

Em relação à personalidade pública, existe uma menor proteção do direito a imagem. Em geral, fotos de personalidades públicas em locais públicos e de preferência em circunstâncias que digam respeito ao fato da sua notoriedade, não precisam de autorização.

A liberdade é o primeiro dos deveres da imprensa, sem ela resta prejudicada as informações que pecarão em algum momento, seja pela falta de veracidade ou imparcialidade, no escopo de informar aos cidadãos e atender aos ditames democráticos.

Durante a constituinte, os chamados grupos de esquerda ainda pregavam a ideia de que cabia ao governo interferir nas relações de produção, quanto nos processos de apuração e na distribuição da informação, para supostamente garantir que não haja manipulação em favor de interesses privados.

No primeiro semestre de 2009, após mais de vinte anos de vigência da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal “enterrou” um dos últimos entraves autoritários que anacronicamente mostravam-se presentes na ordem normativa brasileira: a Lei Federal 5.250 de 9 de fevereiro de 1967, conhecida como a Lei de Imprensa, foi considerada inconstitucional e totalmente excluída do ordenamento jurídico.

Com a finalidade de proteção da democracia, pluralismo e liberdade de expressão, cabe então, por exemplo, ao Poder Executivo promover condições básicas para o pleno exercício da liberdade de manifestação do pensamento, através do estímulo à formação de

novas mídias, com investimentos financeiros na área comunicativa, bem como a concessão de novas empresas de difusão de informação, reduzindo a concentração do mercado comunicativo em poucas mãos, protegendo assim não só a liberdade de expressão como o princípio constitucional econômico da “proibição de monopólio”.

“O tempo ensinou que a imprensa livre não era aquela vinculada a segmentos da sociedade, mas sim a do mundo capitalista, das empresas”.⁸¹

“Em nada é privilegio da imprensa, que dela reclama, ou dos homens que fazem ofício de informar, de reformular opiniões, e emitir críticas”.⁸²

1.4 DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento é tópico da doutrina internacional já há alguns anos, basicamente tratado como a possibilidade de apagar dados sobre a pessoa, impedindo que permaneça disponível indefinidamente a informação. A questão defendida é que ninguém é obrigado a conviver para sempre com erros pretéritos.

Este direito já foi negado e reconhecido em diversos países e ainda não há ponto pacífico. Mundialmente, a matéria ressurgiu e ganhou maiores contornos após a citada decisão do tribunal europeu. Continua acesa a discussão que põe em confronto o direito à privacidade e à liberdade de expressão e comunicação.

Com a edição do Enunciado 531 pelo Conselho de Justiça Federal o Direito ao Esquecimento ganhou evidência no Brasil, reconhecendo-se genericamente entre os direitos da personalidade. Em seguida, entrou em destaque com a sua aplicação a dois casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, que de certa forma começaram a definir os contornos. O Enunciado 531 diz é que “ninguém é obrigado a conviver para sempre com o passado”.

O Enunciado 531 se justifica:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais e não se atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de

⁸¹ Deputado Roberto Freire do PPS. 2013. Disponível em: <<http://www.pps.com.br/artigos/2013>>. Acesso em: 30 abr.2015.

⁸² FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS. *O Código de Ética dos Jornalistas*. 2010. Disponível em: <<http://www.fenaj.org.br/comhumanos.php>>. Acesso em: 30 abr.2015.

discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.⁸³

Ainda na primeira metade do ano de 2013 foi consagrada pela primeira vez por uma corte superior brasileira a tese formada do “Direito ao Esquecimento”, trazido à tona alguns meses antes com a edição do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF), o qual proclamou que entre os direitos da personalidade protegidos no artigo 11 do Código Civil encontra-se o de ser esquecido (STJ, 2013a; STJ, 2013b; CJF, 2013). Lê-se do novo enunciado:

A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento; o que quer dizer que a norma que protege a imagem e vida privada dos cidadãos também se aplicaria às informações sobre o passado do indivíduo. E mais, tal direito, no entender dos juristas, seria absolutamente justificado na sociedade do “hiperinformacionismo”, como vem sendo chamada pela doutrina a época atual, devido ao fato de as informações poderem concretamente perdurar ao alcance de todos por tempo indefinido graças às novas tecnologias, evidentemente, por muito mais tempo do que permite a “memória natural” do homem. Nada é apagado e tudo fica disponível para consulta a qualquer tempo de sua existência no âmbito nacional.⁸⁴

No artigo 11 do Código Civil, o direito de ser esquecido “está implícito entre um dos direitos da personalidade, sendo intransmissíveis e irrenunciáveis, assim como o direito inerente à pessoa, à sua dignidade, honra, imagem, nome e a intimidade”.

Direito ao esquecimento é um desdobramento do interesse do resguardo pessoal, “o poder jurídico de impedir qualquer forma de exploração de episódios embaraçosos, infelizes ou desabonadores, que interessa sejam esquecidos”.⁸⁵

A inclusão do direito ao esquecimento entre aqueles protegidos no Código Civil Brasileiro teria uma abrangência ainda maior, assegurando a possibilidade de discussão quanto ao “uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”, com a importante ressalva de que não se atribuiria a ninguém o

⁸³ Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 01 jun.2015.

⁸⁴ STJ, 2013a; STJ, 2013b; CJF, 2013.

⁸⁵ BRASIL. *Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/>> Acesso em: 02 jun.2015.

direito de apagar fatos ou de reescrever a própria história, conforme a justificativa doada pelo próprio Centro de Estudos Judiciários do CJF.

“O resguardo à privacidade não pode apagar a história nem pode tolher o direito da imprensa de divulgar, de modo contextualizado, fatos relevantes e de interesse público”.⁸⁶

Nos Estados Unidos da América do Norte o caso envolvendo a professora secundária de 25 anos, *Stacy Snyder*, abriu a discussão na Suprema Corte dos EUA sobre o direito à autodeterminação. *Stacy* disponibilizou em sua página na rede social “*My Space*” uma foto fantasiada de pirata, segurando um copo de bebida. Ela intitulou sua foto como “*Drunken Pirata*”, “*Pirata Bêbada*”. O conhecimento da foto pela escola onde trabalhava resultou em advertência por falta de profissionalismo e impedimento de receber seu diploma de graduação da Universidade onde estudava sob alegação de que a estava promovendo a bebida alcoólica e dando mau exemplo aos seus alunos. *Stacy* acionou judicialmente a Universidade, sob a alegação que decisão contrariava o direito à liberdade de expressão protegida pela Primeira Emenda da Constituição dos EUA. No entanto, a Suprema Corte Federal dos EUA rejeitou seu pedido dizendo que, sua autodenominação “*Pirata Bêbada*” não estaria protegida pelo direito de livre expressão tendo em vista que *Stacy* como educadora torna-se pessoa pública.⁸⁷

Não haveria motivos para se omitir ou suprimir um fato ou o nome de alguém que esteja envolvido em situação de interesse público, desde que a notícia seja cercada do cuidado jornalístico, de forma que o “Direito ao Esquecimento” perde a sua razão de existir.

No Brasil, o “Direito ao Esquecimento” ainda há que se determinar a sua amplitude, ou discutir a necessidade de sua existência, para que não haja arbitrariedades, bem como há que se definir formas de garantir sua efetividade, caso se decida por sua legítima aplicação, especialmente no que concerne à internet e a sociedade da informação, motivos pelos quais ele foi criado.

1.5 ANIQUILAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

⁸⁶ MOREIRA, Rogério de Meneses Fialho. *Direito ao esquecimento na sociedade da informação*. Revista Brasília em Dia. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://portaldireitodigital.blogspot.com.br/2013/07/direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da.html>>. Acesso em: 02 jun.2015.

⁸⁷ CASO STACY SNYDER: Disponível em: <<http://ciberdominiopublico.blogspot.com.br/2010/07/memoria-na-era-digital-e-o-fimdo.html>>. Acesso em: 28 mai.2015.

Como forma de controlar o poder vertical, a liberdade de escolha, como espécie da liberdade individual, deve ser conferida aos cidadãos com a finalidade de restringir determinados atos dos governantes por meio do exercício do direito constitucional à liberdade de expressão manifesta pelo voto. É preciso decidir, em um primeiro momento quais as exigências que a democracia e o princípio da igualdade impõem à compreensão da liberdade de expressão.

Diante de determinada situação concreta conflitual, nos encontramos perante direitos iguais ou desiguais, o que implica aferir face a cada um dos direitos em conflitos, “as suas concretas circunstâncias, aumentativas ou diminutivas, do respectivo peso jurídico”.⁸⁸

Barroso assevera que:

A luta pela liberdade, a ampliação da participação política, a consagração econômica da livre iniciativa, o surgimento da opinião pública, dentre outros fatores, fizera do modelo liberal o cenário adequado para o renascimento do espaço público, sem comprometimento do espaço privado. De forma esquemática, a Constituição, de um lado, e o código Civil Napoleônico, de outro, expressaram esse ideal de equilíbrio entre espaços público e privado. Configurou-se a dualidade Estado/sociedade civil, sob cujo rótulo genérico se abrigaram a distinção entre as relações de poder, as relações individuais e os mecanismos de proteção dos indivíduos em face do Estado.⁸⁹

A atuação limitada do Estado conforme expressamente prevê a lei, possui a liberdade de se autodeterminar, de agir conforme suas convicções, desde que não contrarie a lei, ou prejudique terceiros. O Estado é chamado a promover uma liberdade pública, atuando como um mediador imparcial do debate público, condição que lhe garante alguns deveres.

O art. 3º, em nossa Carta Maior definiu como objetivos fundamentais da República, dentre outros, o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

De acordo com Bobbio, “[...] os mecanismos constitucionais que caracterizam o Estado de direito têm o objetivo de defender o indivíduo dos abusos do poder”. Dessa forma,

⁸⁸CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.93.

⁸⁹BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas- Limites e possibilidade da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.87.

o autor afirma que as restrições a um determinado direito devem ser fundamentadas com base na própria Constituição:⁹⁰

[...] O princípio da proibição do excesso, atrás considerado como um subprincípio densificador do Estado de direito democrático, significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida).⁹¹

A liberdade de expressão pública tem uma finalidade democrática, que se volta para a coletividade e, portanto, não tem o indivíduo emissor da mensagem no seu centro de gravidade. Não parece adequado tratar a informação relevante ao debate público a partir de uma perspectiva exclusivamente individualista: “Em uma democracia representativa, a única alternativa dos cidadãos para mudar o rumo das coisas é protestar e queixar-se frente às autoridades”.⁹²

Os limites da liberdade de imprensa no contexto constitucional não são impostos pelo seu próprio fim, mas decorrentes da existência de outros princípios e direitos: “a integridade moral, o direito ao bom nome e reputação, o direito à identidade pessoal, à imagem e à intimidade da vida privada e familiar”.⁹³

O artigo 221 da Constituição da República dispõe que “ao contrário dos demais desdobramentos da liberdade da expressão, em se tratando especificamente da programação de empresas de rádio e televisão, não existe, a priori, uma liberdade absoluta de informação”. Nesse contexto a liberdade não vai ser aniquilada por outros bens e interesses constitucionais de alta carga axiológica, mas pelo simples fato de existir norma expressa no texto da Lei Fundamental direcionando o discurso a ser veiculado. A autorização para a invalidação de determinada norma ou ato que contrarie o efeito pretendido pelo artigo 221 da Constituição Federal decorre justamente de sua “eficácia negativa”.⁹⁴

⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo, Brasiliense, 2000, p.20.

⁹¹ *Ibid.*, p.21.

⁹² GARGARELLA, Roberto. *El Derecho A La Protesta*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p.60.

⁹³ *Ibid.*, p.61.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 369.

Gargarella comenta que:

[...] Em muitas zonas e círculos sociais do nosso país, os indivíduos encontram graves dificuldades para tornar audíveis as suas vozes e chamar a atenção do poder político. Fatos tão tristes como um grupo de vizinhos que incendeie e destrua descontroladamente um edifício público; ou que outros acampem em praça pública; ou que outros decidam comer em público animais domésticos; que outros bloqueiem uma estrada nacional; nos falam de uma desesperada necessidade de tornar visíveis situações extremas que, aparentemente, e de outro modo, não alcançariam visibilidade pública. Nesse ponto, entendo que os funcionários públicos devem saber interpretar as práticas citadas com a gravidade que elas têm: é preocupante que um sistema democrático conviva com situações de miséria, contudo, é catastrófico que tais situações não possam se traduzir em demandas diretas sobre o poder público.⁹⁵

Os casos de aniquilação que colidem entre si “apontam para a necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação ao outro”.⁹⁶

Não há contradição entre o princípio em questão e a restrição do âmbito de proteção da liberdade de expressão e comunicação, quando necessário “para resguardar os cidadãos ou a coletividade de eventuais abusos cometidos por essa liberdade. A proibição de censura não se confunde com imunidade absoluta da liberdade de expressão e comunicação”[...].⁹⁷

Robert Alexy desenvolveu com extrema propriedade uma teoria dos direitos fundamentais, em que “sedimentou a formulação de que, por possuírem uma dimensão de peso, os princípios, ao contrário das regras, poderiam ser ponderados diante de um caso concreto”.⁹⁸

⁹⁵*Op. Cit.*, p.30.

⁹⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p.358.

⁹⁷FARIAS, Edilson. *Liberdade de Expressão e de Comunicação*. Teoria e Proteção Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.158.

⁹⁸ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007, p.70 -79.

Canotilho sublinha ainda, que “a atividade de ponderação não seria um método privativo de aplicação de princípios, podendo também ocorrer na hipótese de regras que convivem em abstrato, mas que concretamente podem entrar em conflito”.⁹⁹

Sempre que informações, notícias e declarações são vinculadas nos meios de comunicação sendo publicadas repletas de dúvidas, inverdades não passíveis de comprovação, acabam os magistrados querendo ou não, tornando-se pressionados pelo clamor popular, fato este que pode impactar indiretamente no momento da decisão final.

Em busca da verdade real, recomenda-se ao julgador e às partes, entre estas, principalmente o Ministério Público, que se empenhem no processo para atingir a verdade real, para desvendá-la, para determinar os acontecimentos exatamente como sucederam, a fim de permitir a justa resposta estatal.

Alguns artistas criaram um grupo denominado “Procure Saber”, cujo principal objetivo foi de defender a proibição de biografias não autorizadas e a participação dos biografados nos lucros das biografias. O grupo “Procure Saber” reflete os dilemas comentados por Chico Buarque em entrevista publicada no sítio “*oglobo.com*” conforme abaixo:

Pensei que o Roberto Carlos tivesse o direito de preservar sua vida pessoal. Parece que não. Também me disseram que sua biografia é a sincera homenagem de um fã. Lamento pelo autor, que diz ter empenhado 15 anos de sua vida em pesquisas e entrevistas com não sei quantas pessoas, inclusive eu. Só que ele nunca me entrevistou.

[...]

O biógrafo de Roberto Carlos escreveu anteriormente um livro chamado “Eu não sou cachorro não”. A fim de divulgar seu lançamento, um repórter do “Jornal do Brasil” me procurou para repercutir, como se diz, uma declaração a mim atribuída. Eu teria criticado Caetano e Gil, então no exílio, por denegrir a imagem do país no exterior. Era impossível eu ter feito tal declaração. O repórter do “JB”, que era também prefaciador do livro, disse que a matéria fora colhida no jornal “Última Hora”, numa edição de 1971. Procurei saber, e a declaração tinha sido de fato publicada numa coluna chamada Escrache. As fontes do biógrafo e pesquisador eram a “Última Hora”, na época ligada aos porões da ditadura, e uma coluna cafajeste chamada Escrache. Que eu fizesse tal declaração, em pleno governo Médici, em entrevista exclusiva para tal coluna de tal jornal, talvez merecesse ser visto com alguma reserva pelo biógrafo e pesquisador. Talvez ele pudesse me consultar a respeito previamente e tirar suas conclusões. Mas só me procuraram quando o livro estava lançado. Se eu processasse o autor e

⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p.359.

mandasse recolher o livro, diriam que minha honra tem um preço e que virei censor.

Nos anos 70 a TV Globo me proibiu. Foi além da Censura, proibiu por conta própria imagens minhas e qualquer menção ao meu nome. Amanhã a TV Globo pode querer me homenagear. Buscará nos arquivos as minhas imagens mais bonitas. Escolherá as melhores cantoras para cantar minhas músicas. Vai precisar da minha autorização. Se eu não der, serei eu o censor.¹⁰⁰

Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) em decisão unânime, aprovaram em 10 de junho de 2015, derrubando a necessidade de autorização prévia de uma pessoa biografada para a publicação de obras sobre sua vida. A decisão libera biografias não autorizadas pela pessoa retratada por familiares, publicadas em livros ou veiculadas em filmes, novelas e séries.¹⁰¹

O ministro Luís Roberto Barroso disse que a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), de “permitir a publicação de biografias não autorizadas, reitera a “profissão” do Supremo de fé na liberdade de expressão”.¹⁰²

Barroso afirma que [...] “não deve existir hierarquia entre os direitos essenciais, mas que a liberdade de expressão deve ser uma liberdade preferencial”. Para o Ministro:

A liberdade de expressão não é garantia de verdade nem de Justiça é garantia da democracia. Defender a liberdade de expressão pode significar eventualmente conviver com a injustiça e inverdade. Isso é válido para pessoas públicas, sejam agentes públicos, sejam artistas.¹⁰³

A Ministra Cármen Lúcia, relatora da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4815, votou no sentido da procedência da ação para declarar inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias. Seu voto dá interpretação conforme a Constituição da

¹⁰⁰Entrevista publicada em 16/10/2013, disponível para consulta no endereço eletrônico: <<http://oglobo.globo.com/cultura/penso-eu-10376274>>. Acesso em: 12 jun.2015.

¹⁰¹GLOBO. STF decide liberar publicação de biografias sem autorização prévia. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2015/06/stf-decide-liberar-publicacao-de-biografias-sem-autorizacao-previa.html>>. Acesso em: 11 jun.2015.

¹⁰²YAHOO. Decisão sobre biografias retoma papel do STF de fé na liberdade de expressão. 2015. Disponível em: <<https://br.noticias.yahoo.com/decis%C3%A3o-biografias-retoma-papel-stf-f%C3%A9-liberdade-express%C3%A3o-232200348.html>>. Acesso em: 11 jun.2015.

¹⁰³STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>>. Acesso em: 10 jul.2015.

República aos artigos 20 e 21 do Código Civil, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.¹⁰⁴

De acordo com Cármen Lúcia ao obter-se, em geral, aquele resultado censor pela via judicial: “[...] com base nos artigos 20 e 21 do Código Civil, a dicção que lhes foi conferida acaba dando ensejo à proliferação de uma espécie de censura privada que é a proibição, por via judicial, das biografias não autorizadas”.¹⁰⁵

Segue abaixo pedido formulado na ação:

Que seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil, para que, mediante interpretação conforme à Constituição, seja afastada do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade do consentimento da pessoa biografada e, *a fortiori*, das pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais). Caso assim não se entenda, por mera eventualidade... pede seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil para que, mediante interpretação conforme a Constituição, seja afastada do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade do consentimento da pessoa biografada e, *a fortiori*, das pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais, elaboradas a respeito de pessoas públicas ou envolvidas em acontecimentos de interesse coletivo.¹⁰⁶

Segundo a ministra “[...] o Código Civil não poderia se sobrepor a princípios constitucionais”. Ela ponderou que, “se alguém se sentir ofendido por obra literária, terá o direito de entrar na Justiça pedindo indenização pelo dano eventualmente causado”.¹⁰⁷

Ainda destacou que:

O direito à liberdade de expressão é outra forma de afirmar-se a liberdade do pensar e expor o pensado ou o sentido. E é acolhida em todos os sistemas constitucionais democráticos. A atualidade apresenta desafios novos quanto ao exercício deste direito. A multiplicidade dos meios de transmissão da

¹⁰⁴STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>>. Acesso em: 10 jul.2015.

¹⁰⁵STF.Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>>. Acesso em: 10 jul.2015.

¹⁰⁶STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>>. Acesso em: 10 jul.2015.

¹⁰⁷GLOBO. COM. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cultura/stf-vota-pelo-fim-da-autorizacao-previa-de-biografias-16403981#ixzz3g3s1evJk>>. Acesso em: 10 jul.2015.

palavra e de qualquer forma de expressão sobre o outro amplia as definições tradicionalmente cogitadas nos ordenamentos jurídicos e impõem novas formas de pensar o direito de expressar o pensamento sem o esvaziamento de outros direitos, como o da intimidade e da privacidade.¹⁰⁸

Mas em toda a história da humanidade, o que se tem como fio condutor de lutas de direitos fundamentais é exatamente a liberdade de expressão:

A liberdade de expressão permite assegurar a continuidade do debate intelectual e do confronto de opiniões, num compromisso crítico permanente. Com essa qualidade, ela integra o sistema constitucional de direitos fundamentais, deduzindo-se do valor da dignidade da pessoa humana e dos princípios gerais de liberdade e igualdade, juntamente com a inerente exigência de proteção jurídica. A liberdade de expressão em sentido amplo é um direito multifuncional, que se desdobra num cluster de direitos comunicativos fundamentais (*Kommunikationsgrundrechte*) que dele decorrem naturalmente, como seja, por exemplo, a liberdade de expressão *stricto sensu*, de informação, de investigação acadêmica, de criação artística, de edição, de jornalismo, de imprensa, de radiodifusão, de programação, de comunicação individual, de telecomunicação e comunicação em rede. As liberdades comunicativas encontram-se ainda associadas a outras liberdades, como a liberdade de profissão, a livre iniciativa econômica, de prestação de serviços e o direito de propriedade.¹⁰⁹

[...] Desde há muito que a doutrina constitucional proclama a função constitutiva e estabilizadora da livre formação individual e coletiva através de uma esfera de discurso público e aberta e pluralista. Os fundamentos dessa proclamação têm sido discernidos na procura da verdade e do conhecimento na expressão e autonomia individuais, na defesa do Estado de direito democrático, na livre concorrência de ideias, no desenvolvimento normativo, na libertação das tensões sociais, na proteção da diversidade de opiniões, na acomodação de interesses, na transformação pacífica da sociedade. [...] debate intelectual e do confronto de opiniões, num compromisso crítico permanente. Com essa qualidade, ela integra o sistema constitucional de direitos fundamentais, deduzindo-se do valor da dignidade da pessoa humana e dos princípios gerais de liberdade e igualdade, juntamente com a inerente exigência de proteção jurídica. As liberdades comunicativas encontram-se ainda associadas a outras liberdades, como a liberdade de profissão, a livre iniciativa econômica, de prestação de serviços e o direito de propriedade. Inerente ao direito à liberdade de expressão encontra-se uma presunção de inconstitucionalidade de todas as formas de

¹⁰⁸STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>>. Acesso em: 10 jul.2015.

¹⁰⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Constituição e Código Civil Brasileiro*: âmbito de proteção de biografias não autorizadas. In: JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio; SANTOS, Márcio Gil Tostes dos. *Constituição Brasileira de 1988. Reflexões em Comemoração ao seu 25º Aniversário*. Curitiba: Juruá, 2014, p.132.

censura, particularmente de censura prévia, seja ela pública ou privada. [...] A proibição de censura é de âmbito geral, do ponto de vista dos conteúdos expressivos, dos meios de comunicação envolvidos e dos destinatários por ela vinculados, valendo diante de qualquer entidade ou poder, de direito ou de facto, que esteja em condições de impedir a expressão ou divulgação de ideias e informações.¹¹⁰

O ministro Luís Roberto Barroso acompanhou o voto da ministra Cármen Lúcia e argumentou que [...] “a liberdade de expressão deve ter tratamento preferencial, por ter sido um preceito já violado em outros momentos da história brasileira”.¹¹¹

Paulo César de Araújo comemorou a decisão. Autor de uma biografia não autorizada sobre Roberto Carlos, recolhida das livrarias, o escritor afirmou que “eliminou talvez o último entulho autoritário da nossa legislação. Não tinha cabimento viver no Estado democrático de direito com censura prévia e livros apreendidos”.¹¹²

Luiz Fux condenou a censura e argumentou que quanto maior a notoriedade de uma pessoa, menor sua privacidade.¹¹³

Segundo o Presidente do STF Ricardo Lewandowski:

É impossível que se censure ou exija autorização prévia de biografias. A Corte hoje reafirma a mais plena liberdade de expressão artística, científica e literária desde que não se ofendam outros direitos constitucionais dos biografados.¹¹⁴

Lewandowski declarou que “não existem direitos ou liberdades absolutas e destacou a possibilidade de pessoas afetadas recorrerem à Justiça”.¹¹⁵

Dias Toffoli asseverou que “a necessidade de obter as autorizações impediria que a sociedade tivesse conhecimento de obras artísticas e intelectuais de envergadura, bem como de saber mais das vivências e da construção de personalidades públicas”.¹¹⁶

¹¹⁰*Ibid.*, p.128-129.

¹¹¹GLOBO. COM. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cultura/stf-vota-pelo-fim-da-autorizacao-previa-de-biografias-16403981#ixzz3g3s1evJk>>. Acesso em: 10 jul.2015.

¹¹²BIBLIOO. Disponível em: <<http://biblioo.info/liberdade-de-expressao-restabelecida/>>. Acesso em: 10 jul.2015.

¹¹³_____. Disponível em: <<http://biblioo.info/liberdade-de-expressao-restabelecida/>>. Acesso em: 10 jul.2015.

¹¹⁴_____. Disponível em: <<http://biblioo.info/liberdade-de-expressao-restabelecida/>>. Acesso em: 10 jul.2015.

¹¹⁵_____. Disponível em: <<http://biblioo.info/liberdade-de-expressao-restabelecida/>>. Acesso em: 10 jul.2015.

¹¹⁶Zero Hora – STF vota pelo fim da autorização prévia de biografias. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/entretenimento/noticia/2015/06/stf-vota-pelo-fim-da-autorizacao-previa-de-biografias-4778679.html>>. Acesso em: 11 jun.2015.

Atualmente, três tipos de situações são mais comuns e discutidas no Judiciário: o uso de dados privados e imagem de pessoas para fins informativos, ou seja, pela imprensa, caso em que a jurisprudência tem sido favorável à livre expressão, posicionando-se firmemente; a segunda relaciona-se à publicidade, uso da imagem para fins publicitários, também a jurisprudência colocando-se firmemente contrária, ou seja, fazendo prevalecer o direito individual de proteção à imagem; e o terceiro são casos relacionados a filmes e livros biográficos.¹¹⁷

O artigo 13º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos é explícito em vedar a censura prévia:

I. 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.

E, no inciso II do artigo 13º da Convenção, se tem:

II. 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.

Silva compreende que a classe [...] “categoria de pessoas ligadas por um vínculo de interesse comum que as levou a congregar-se para defendê-lo. É também esse vínculo de interesse que define a relação de pertinência, ou pertinência temática, como se diz. [...]. A norma contestada deverá repercutir direta ou indiretamente sobre a atividade profissional ou econômica da classe envolvida”.¹¹⁸

O advogado Gustavo Binenbojm, afirmou na tribuna que “a necessidade de autorização prévia para a publicação de biografias, conforme os artigos 20 e 21 do Código

¹¹⁷STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>>. Acesso em: 12 jul.2015.

¹¹⁸SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.556.

Civil, é uma forma privada de censura e contraria frontalmente a Constituição Federal de 1988”.¹¹⁹

Segundo Binenbojm:

A autorização prévia confere um poder de veto aos relatos e viola o direito dos cidadãos à informação, prejudicando a compreensão ampla de determinados períodos históricos, pois as biografias são uma fonte histórica sob a ótica de pessoas públicas ou não. Se nas ditaduras a censura se impõe pela força e pelo medo, em períodos democráticos ela assume formas veladas e meios de controle de livre acesso ao mercado de ideias e informações.¹²⁰

O homem possui direitos de expressão, como responder, falar o que pensa, reivindicar, incomodar, reagir e não querer ouvir o que não lhe agrada, mas infelizmente isso não é possível em algumas situações. A procura pela liberdade de expressão traz muitas fantasias, e ela se mistura com a má educação de querer dizer o que pensa, sem ao menos ter sido pedido uma opinião. É necessário saber que estamos lidando com pessoas e não com objetos de manipulação. A paz e a ordem devem ser alcançadas, sem que para isso haja a aniquilação da liberdade.

Bueno afirma que,

A liberdade é o próprio homem, porque é a sua vida moral, é a sua propriedade pessoal a mais preciosa, o domínio de si próprio, a base de todo o seu desenvolvimento e perfeição, a condição essencial do gozo de sua inteligência e vontade, o meio de perfazer seus destinos. É o primeiro dos direitos, e salvaguarda de todos os outros direitos, que constituem o ser, a igualdade, a propriedade, a segurança e a dignidade humana. O bem ser do homem é tanto maior quanto maior é a sua liberdade, quanto menor é o sacrifício ou restrições dela.¹²¹

¹¹⁹ESTADÃO. Disponível em:<<http://cultura.estadao.com.br/noticias/literatura,biografias-sao-liberadas-no-brasil,1703844>>. Acesso em: 10 jun.2015.

¹²⁰ESTADÃO. Disponível em:<<http://cultura.estadao.com.br/noticias/literatura,biografias-sao-liberadas-no-brasil,1703844>>. Acesso em: 10 jun.2015.

¹²¹BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958, p.382.

Direito à liberdade de expressão é outra forma de afirmar-se a liberdade do pensar e expor o pensado ou o sentido. E é acolhida em todos os sistemas constitucionais democráticos. A tarefa de distinguir os limites que separam os exageros e extravagâncias devem ser inerentes à sátira e a toda espécie de humor, da liberdade de expressão abusiva, persecutória e antijurídica.

Buscou-se no Supremo Tribunal Federal o impedimento de divulgação ampla de dados sobre ganhos de servidores públicos, o que foi negado ao argumento de que os bens que compõem os acervos recebidos pelo agente público interessam aos cidadãos, não havendo motivo para não se dar à sociedade a informação por ela reclamada:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA TRANSPARÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE. DISTINÇÃO ENTRE A DIVULGAÇÃO DE DADOS REFERENTES A CARGOS PÚBLICOS E INFORMAÇÕES DE NATUREZA PESSOAL. OS DADOS PÚBLICOS SE SUBMETEM, EM REGRA, AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO. DISCIPLINA DA FORMA DE DIVULGAÇÃO, NOS TERMOS DA LEI. PODER REGULAMENTAR DA ADMINISTRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O interesse público deve prevalecer na aplicação dos Princípios da Publicidade e Transparência, ressalvadas as hipóteses legais. II – A divulgação de dados referentes aos cargos públicos não viola a intimidade e a privacidade, que devem ser observadas na proteção de dados de natureza pessoal. III – Não extrapola o poder regulamentar da Administração a edição de portaria ou resolução que apenas discipline a forma de divulgação de informação que interessa à coletividade, com base em princípios constitucionais e na legislação de regência. IV – Agravo regimental a que se nega provimento” (RE n. 766.390-AgR/DF, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJ 15.8.2014).

Portanto, a proteção à honra e à imagem da pessoa fez-se objeto de preocupação dos legisladores. O cuidado do direito com a proteção da honra passou, a ser constitucionalmente tratado por respeitar uma dimensão do direito à vida digna da pessoa.

Segundo posicionamento de Cármen Lúcia:

[...] Como cidadãos, os jornalistas têm o dever social e político de discutir, chegar a um consenso na categoria e fazer com que a discussão chegue à sociedade, fomentando o debate. São os jornalistas, como quem têm mais informações sobre o ofício, quem pode ver isso, [...], grupos de interesse de

toda a natureza ameaçam a liberdade de imprensa, e não só o Estado. A própria sociedade, ponderou ela, está mais intolerante.¹²²

Em meio à batalha, além de setores da classe artística, parte dos políticos também resiste à liberação do novo texto. A decisão do Supremo reforça a posição do Brasil entre os países com democracia moderna que preserva, em seu sentido mais amplo, as liberdades de expressão, de imprensa e de opinião. Está aí o melhor antídoto contra teses de cunho autoritário. Os deputados chegaram, aprovaram o texto que libera as biografias sem autorização, mas o projeto ainda aguarda aval do Senado.

¹²² UOL. Disponível em: <<http://aovivo.folha.uol.com.br/2015/06/10/4175-aovivo.shtml>>. Acesso em: 11 jul.2015.

2. DIREITO À INFORMAÇÃO

O direito à informação vem crescendo pelo mundo todo desde 1990, passando por uma série de mudanças significativas em prol da aceitação crescente do direito à informação, incluindo-se aí as transições para a democracia. Como afirma Farias, o direito de se informar consiste na “possibilidade de qualquer cidadão ou entidade buscar livremente as informações desejadas, sem qualquer tipo de impedimento ou proibição. Já o direito de ser informado é a faculdade de ser mantido integralmente informado”.¹²³

A história do direito à informação embora consagrada dentro dos regimes democráticos, mesmo que tenha se encarregado de revelar que a intervenção estatal sobre os meios de comunicação conduz a um abuso de poder que colocam em risco os direitos fundamentais do homem, não pode ser agente de perturbação ou destruição social.¹²⁴

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já evidenciava a importância histórica do acesso à informação na garantia dos demais direitos humanos fundamentais, especialmente através do seu preâmbulo:

Os representantes do povo francês, constituídos em Assembleia Nacional considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os atos do Poder legislativo e do Poder executivo, a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.¹²⁵

¹²³FARIAS, Marcelo Santana. *O Direito à Informação como Pressuposto de Efetividade dos Direitos Fundamentais*. 2008. Monografia de Conclusão de Curso. Curso Juspodium, Salvador, p.156.

¹²⁴CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997, p.98.

¹²⁵DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 29 abr.2015.

Com o passar dos tempos, muitos foram os avanços relacionados à informação, que fez com que a relação das sociedades juntamente com o uso da comunicação, aumentasse a importância do direito à informação para a população. Silva assevera que “o direito à informação pressupõe, portanto, o dever de informar a verdade com clareza e transparência, devendo ainda o seu exercício ser revestido dos atributos da verdade e imparcialidade”.¹²⁶

Em termos gerais, podemos afirmar que o acesso à informação melhorou muito a capacidade do cidadão comum de controlar a corrupção, de cobrar dos líderes e de contribuir para os processos decisórios, fazendo com que paralelamente ocorresse um aumento das demandas pelo respeito ao direito à informação.¹²⁷

Martins lembra que o acesso à informação é “essencial para o desenvolvimento social”. A autora afirma ainda que “a desigualdade social é desencadeada pela falta de informação de pessoas exploradas por terceiros mal intencionados, que se aproveitam da sua ignorância para tirar do povo os direitos que lhe pertencem”.¹²⁸

Como afirma o *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights*, “o direito de acesso à informação oficial é uma das pedras angulares da democracia representativa”. Esse sistema dá ao povo a garantia de que o governo deve, através de seus representantes, responder ao povo que lhes confiou sua representação e a autoridade para tomar decisões sobre assuntos públicos. É ao indivíduo que delegou a administração dos assuntos públicos a seu representante que pertence o direito à informação. Informação esta que o Estado usa e produz com o dinheiro dos contribuintes.¹²⁹

Segundo Martins, o direito à informação, “antecede todos os outros direitos fundamentais, uma vez que o exercício desses depende do seu conhecimento e da sua capacidade de exigí-los”.¹³⁰ O funcionamento efetivo dos regimes democráticos depende

¹²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.924.

¹²⁷ STIGLITZ, Joseph Eugene. *Transparency in Government*. WORLD BANK INSTITUTE. The Right To Tell: the role of the mass media in economic development, Washington, D.C.: World Bank, 2002, p.28.

¹²⁸ MARTINS, Paula. *O direito internacional e a liberdade de informação*. In: AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DOS DIREITOS DA INFÂNCIA; ARTIGO 19. Acesso à informação e controle social das políticas públicas. Coordenação: Guilherme Canela e Solano Nascimento. Brasília, DF: 2009, p.17-27.

¹²⁹ OEA. *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights*, 1998, v. 3: report of the Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression - 16 de Abril de 1999. (OEA/Ser. L/V/II.102, Doc. 6 rev.).

¹³⁰ MARTINS, Fernando Barbalho. *Do Direito à Democracia*. Neoconstitucionalismo, Princípio Democrático e a Crise no Sistema Representativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.47.

enormemente do recebimento, pelo povo, de informações amplas e precisas sobre como é gerido o Estado.

O direito à informação é de importante benefício à legislação atual, vigente na área comunicativa, pois, ajuda a promover a fluidez das informações entre o governo e o setor privado, maximizando assim o potencial para sinergias. O direito à informação responde ainda, às preocupações de certos governos acerca do custo de implementação dessa legislação. Dirley da Cunha Júnior seguindo a mesma linha de pensamento estabelece que “o direito de informar consiste na prerrogativa da transmissão de informações pelos meios de comunicação, acrescentando ainda que este processo, não deve sofrer restrições, sendo protegido constitucionalmente”.¹³¹ Para Silva “o direito à informação, como alicerce fundamental, para a preservação da verdade factual, é indispensável e requer a informação exata e honesta”.¹³²

O direito de receber informações verdadeiras para Cunha Júnior é um direito de liberdade, e deve ter como finalidade o fornecimento de elementos para a livre formação de convicções relativas a todos os assuntos ou temas públicos, devendo ainda ser dirigido a todos, sem distinções. A veracidade da informação se estabelece como uma imposição jurídica e moral.

No Brasil, através da Constituição Federal de 1988, o direito à informação vem exercendo papel preponderante na garantia dos direitos fundamentais. Um cidadão só pode exercer seu direito se sobre ele estiver informado.

Segundo Cunha Júnior:

O direito à informação tem larga abrangência, indo desde a informação genérica sobre o direito à vida, à dignidade humana ou o direito à moradia; até a informação específica sobre a forma ou ação judicial por que se pode optar, a fim de garantir, de fato, um direito previsto na Constituição ou em norma infraconstitucional. Neste sentido, é fácil perceber que a efetividade de todos os direitos fundamentais depende não só do acesso à informação, como de sua qualidade e clareza.¹³³

A proteção constitucional ao sigilo da fonte, prevista no inciso XIV do artigo 5º da Constituição Federal, dispõe que “a liberdade de divulgação de informações, deve ser

¹³¹CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodium, 2011, p.43.

¹³²SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p.926.

¹³³CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodium, 2011, p.44.

assegurada, preservando tanto o profissional que a obteve e a divulgou, como quem a forneceu”.

Cabe ressaltar ainda que o referido dispositivo assegura o direito de “auferir, transmitir e buscar informações, não podendo sofrer ressalvas ou embaraços por parte do Estado, exceto no que tange a matéria sigilosa constante no artigo 5º, inciso XXXIII, *in fine*, da CRFB/88.

Assim, o artigo 220, *caput*, da Constituição Federal, nos informa: “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”.

Ainda disposto no artigo 5º, inciso LXXII, da Constituição Federal, referindo-se ao *habeas data*, ressalta que o acesso a esse tipo de informação, bem como o direito de retificá-la caso haja qualquer erro, está garantido constitucionalmente.

A Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão,¹³⁴ aprovou em outubro de 2000, o mais completo documento oficial sobre liberdade de expressão no sistema interamericano até o momento. O preâmbulo reitera as declarações supracitadas sobre o direito à informação: “Convencido de que a garantia do direito de acesso à informação mantida pelo Estado assegurará maior transparência e prestação de contas das atividades do governo e o fortalecimento das instituições democráticas”.

Nessa declaração, os princípios reconhecem de forma inequívoca o direito à informação:

- a) Toda pessoa tem o direito de acesso à informação sobre si e seus bens com presteza e sem ônus, independentemente de estar contida em banco de dados, cadastros públicos ou privados e, se necessário, de atualizá-la, corrigi-la ou emendá-la;
- b) O acesso à informação mantida pelo Estado constitui um direito fundamental de todo indivíduo. Os Estados têm obrigações de garantir o pleno exercício desse direito. Esse princípio permite somente limitações excepcionais que precisam ser definidas previamente por lei na eventualidade de um perigo real e iminente que ameace a segurança nacional das sociedades democráticas.

¹³⁴ 108ª Sessão Regular, 19 de outubro de 2000. Disponível em: <<http://www.iachr.org/declaration.htm>>. Acesso em: 28 abr.2015.

A aprovação da Lei 12.527, em 18 de novembro de 2011, abre uma nova perspectiva para o cidadão comum em relação a seu direito de acesso à informação, ao regulamentar “a obrigação estatal de fornecê-la, ou mesmo de que forma ele poderá assegurá-la”. Sua regulamentação teve a finalidade de cercar o direito de informar, de garantias que afastam qualquer tipo de obstrução, censura, cerceamento ou embaraço. Para Amaral “o direito de informar tem, neste sentido, uma feição negativa, embora seja assegurado por uma norma permissiva”.¹³⁵

O acesso às informações públicas é uma das maiores garantias dos mecanismos de consolidação do regime democrático, pois o livre acesso à informação pública constitui-se num dos pilares do combate à corrupção, em busca da defesa dos direitos individuais e coletivos da sociedade.¹³⁶

Carvalho, neste sentido assevera que:

[...] Em um sistema democrático, onde o poder público repousa no povo, que o exerce por representantes eleitos ou diretamente, sobreleva a necessidade de cada membro do povo fazer opções políticas sobre a vida nacional. Não só no processo eleitoral, mas por meio de plebiscitos ou referendos, o povo exerce seu poder político. Para poder optar, para poder decidir com consciência, indispensável que esteja inteirado de todas as circunstâncias e consequências de sua opção e isso só ocorrerá se dispuser de informações sérias, seguras e imparciais de cada uma das opções, bem como da existência delas. Nesse sentido, o direito de informação exerce um papel notável, de grande importância política, na medida em que assegura o acesso a tais informações.¹³⁷

Para Ricci,

“[...] a garantia do direito de acesso à informação é essencial para reduzir os riscos e custos associados às assimetrias de informação, que surge, em função dos indivíduos que precisam delegar aos representantes eleitos, o governo da cidade, do estado e do país. Esse processo gera uma

¹³⁵ AMARAL, Sérgio Tibiriçá. *O closed caption, a legenda animada, como direito fundamental de informação de terceira geração*. Bauru: ITE, 2003. Dissertação (Mestrado) - Instituição Toledo de Ensino, 2003, p.315.

¹³⁶ MARTINS, Fernando Barbalho. *Do Direito à Democracia. Neoconstitucionalismo, Princípio Democrático e a Crise no Sistema Representativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.09.

¹³⁷ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.320.

especialização de atividades, de forma que os eleitores não dispõem das informações necessárias para avaliar e validar as ações e explicações dos governantes.¹³⁸

O acesso ao direito de informação através de sua regulamentação contribuiu para a concretização do direito de acesso à informação, fortalecendo o controle social e reduzindo os riscos da chamada “assimetria de informações”. Com a vigência da lei é possível perceber mudanças no interesse e na cultura da sociedade.

Como afirmava há mais de cem anos o juiz da Suprema Corte norte-americana Louis Brandeis “a luz solar é o melhor dos desinfetantes”.¹³⁹ A transparência das informações é o melhor antídoto contra a corrupção, já que mostra a ineficiência do governo e sua violação em relação aos direitos humanos do cidadão.

2.1 HISTÓRIA E MEMÓRIA DA INFORMAÇÃO

A doutrina distingue o direito de informar, da liberdade de expressão *stricto sensu*, o primeiro diz respeito à comunicação de fatos, enquanto a segunda está relacionada à manifestação do pensamento, de ideias, juízos de valor, sentimentos e obras artísticas e literárias.¹⁴⁰

A norma constitucional pela França, em 1789, e pelos Estados Unidos, em 1791, na primeira emenda à Constituição americana trouxe o direito à informação através da liberdade de imprensa.¹⁴¹ A existência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já evidencia a importância histórica do acesso à informação na garantia dos demais direitos humanos fundamentais.¹⁴²

O Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, é o mais conhecido decreto no Brasil, cuja redação de seu artigo 13 demonstra não só similitude com o artigo 19 da Declaração

¹³⁸RICCI, Rudá. *Controle social: um conceito e muitas confusões*. Revista Espaço Acadêmico, Maringá, n. 98, jul. 2009, p.9-12.

¹³⁹LOUIS, Brandeis. “*What Publicity Can Do*”. Harpers’s Weekly, 20 de Dezembro de 1913, p.03.

¹⁴⁰CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito à Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25; PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação*. São Paulo: RT, 2002, p.54.

¹⁴¹SERRANO, Vidal. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997, p.84.

¹⁴²DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php>>. Acesso em: 27 abr.2015.

Universal dos Direitos Humanos, como a importância e relevância deste tema, reconhecido ampla e internacionalmente:

Liberdade de pensamento e de expressão 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.¹⁴³

Segundo Ferreira,¹⁴⁴ “a Magna Carta de 1215 foi o primeiro documento a prever direitos relativos à informação”, marcando assim, a história dos direitos, colocando limites ao poder absoluto dos barões, entre os quais o júri, o devido processo legal e alguns direitos de informação, além da anterioridade tributária. De acordo com Guerra¹⁴⁵, mesmo que a Carta inglesa tenha sido menos abrangente em sua época como costumeiramente se imagina, como precisamente demonstraram Woodward e Altavila, “a Magna Carta permanece sendo referência como um marco que diferenciou o sistema de arbítrio real da nova era de garantias individuais”.

Segundo Guerra:

A Carta Magna não foi um documento criado com o fim de abranger o povo com seus direitos criados, bem como não tinha uma legislação vasta e completa acerca do direito de informação, quanto mais da liberdade de imprensa especificamente. Trata-se de uma possibilidade assegurada constitucionalmente, na qual não só do profissional, no exercício de suas funções, como também de todo sujeito que pretenda obter as informações que deseja, sem qualquer obstáculo, até mesmo do Poder Público.¹⁴⁶

No Tribunal Constitucional alemão, a veracidade das informações ensejou decisões importantes, como o caso da *Negação do Holocausto*, em que se considerou válida a proibição de realização de um congresso em que seria discutida a inexistência do trágico evento histórico, sob o argumento de que esta negação não configurava manifestação de uma

¹⁴³ _____. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php>>. Acesso em: 27 abr.2015.

¹⁴⁴ FERREIRA, Aluizio. *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira*. São Paulo: Celso Bastos, 1997, p.149.

¹⁴⁵ GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.141.

¹⁴⁶ _____. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.141.

opinião, mas a afirmação de um fato, e que as afirmações inverídicas sobre fatos, por não contribuírem para a formação da opinião pública, não seriam protegidas pela Constituição. Dessa distinção se extrai, por vezes, uma diferenciação quanto aos respectivos regimes jurídicos. Segundo Barroso “o exercício do direito de informar pressuporia o cumprimento do requisito da veracidade, absolutamente impertinente no campo da liberdade de expressão *stricto sensu*”.¹⁴⁷ Machado¹⁴⁸ no mesmo sentido afirma que “do ponto de vista teórico-cognitivo, é há muito dada como assente a impossibilidade de conhecimento dos fatos totalmente impermeável a valorações subjetivas”. Para Canotilho, “[...] se um direito fundamental está constitucionalmente protegido como direito individual, então esta proteção efetua-se sob a forma de direito subjetivo”.¹⁴⁹

A Constituição de 1824, outorgada após a proclamação da independência por Dom Pedro I, tinha como traços marcantes a centralização política e administrativa, prevendo a existência do Poder Moderador além dos clássicos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.¹⁵⁰

O inciso IV do artigo 179 da Carta Imperial de 1824 determinava que:

IV - Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela Imprensa, sem dependência de censura, contanto que hajam de responder pelos abusos que cometerem no exercício deste direito, nos casos e pela forma que a lei determinar.

Meyer-Pflug “considera ser este o fator determinante para concluir que apesar de assegurada a liberdade de expressão pela Carta Imperial, esta não poderia ser tida como um direito absoluto”.¹⁵¹

¹⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Liberdade de Expressão versus direitos da personalidade*. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação”. In: Temas de Direito Constitucional. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.103.

¹⁴⁸ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p.472.

¹⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p.321.

¹⁵⁰ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.80.

¹⁵¹ *Ibid.*, p.80.

Desde o tempo do Império, a liberdade de imprensa no Brasil ultrapassou, com frequência, os limites relativos aos direitos da personalidade, mas foi a partir de 1950 que os casos de invasão da intimidade das pessoas foram ganhando força.

A Constituição Federal de 1988, para Afonso da Silva, “foi a única Constituição a determinar em sentido contrário, inadmitindo a possibilidade da criação de uma lei que venha a regular os direitos da imprensa no Brasil”.¹⁵²

Segundo Barroso “o interesse público na divulgação de informações [...] é presumido, por algum outro interesse público ou privado, que somente poderá ocorrer, legitimamente, nas situações-limite, excepcionalíssimas, de quase ruptura do sistema”.¹⁵³

O direito à memória da coletividade, “embora construído sobre o manto fundamental e legítimo do direito à informação, ficaria relativizado diante do direito à privacidade, a honra e a intimidade, também fundamentais na construção da dignidade humana”.¹⁵⁴

O direito à informação alcança todas as questões que apresentam algum interesse público na atividade política, sendo que este deve ser concebido de maneira alargada, para abranger a mais ampla variedade de matérias que tenham relevo para a vida social, bem como na atuação dos Poderes Públicos e de seus agentes.

A partir da Constituição de 1988, por meio do reconhecimento constitucional, juridicamente exposto, mas não menos incisivo nas práticas dos Tribunais em períodos de outrora, passaram referidos direitos a terem além de caráter de direitos fundamentais, também a proteção jurídica do Estado ao nível de cláusulas pétreas. E diante de várias concepções ou justificativas, a que melhor se encaixa no perfil constitucional é a de que “[...] o direito de informação é um direito fundamental, de interesse comunitário, constitucionalmente protegido, inerente ao funcionamento das sociedades democráticas”.¹⁵⁵

A informação, enquanto fato social opera como estrutura significativa para provocar conhecimento nos sujeitos e em seus coletivos. O desenvolvimento desses sujeitos é “[...]”

¹⁵²SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p.669.

¹⁵³BARROSO, Luis Roberto. *Liberdade de Expressão versus direitos da personalidade*. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação”. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.104.

¹⁵⁴RODOTÁ, Stéfano. *A vida na sociedade da vigilância – A privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.12.

¹⁵⁵ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.215.

ocorrência social natural da acumulação deste conhecimento”.¹⁵⁶ Como fator cognitivo do sujeito, sua natureza e função conservam um elemento de sentido.¹⁵⁷

2.2 INTERESSE PÚBLICO E ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento, que nos permite voltar aos fatos do passado, também traz uma grande polêmica em relação ao assunto, já que permite que fatos passados, da vida de uma pessoa, possam ser esquecidos, impedindo que novas notícias sejam dadas sobre esses fatos. O direito ao esquecimento permite que alguns transtornos ou fatos que foram passados na vida de uma pessoa não possam ser lembrados e nem divulgados, pois ao serem lembrados os responsáveis pelos fatos indevidamente veiculados, podem receber uma “punição” da justiça.

O indivíduo possui a liberdade de evitar que um determinado fato que passou em sua vida seja esquecido. Esse direito do cidadão de não deixar que esse momento de sua vida seja exposto ao público em geral causando-lhe dor e sofrimento se chama direito ao esquecimento. O Min. Luís Felipe Salomão também ressaltou que: “ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos – historicidade essa que deve ser analisada em concreto – cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo”.¹⁵⁸

Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, visando conciliar o direito ao esquecimento com o direito à informação, asseveram:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.¹⁵⁹

¹⁵⁶ BARRETO, Aldo de Anime. *O rumor do conhecimento*. São Paulo em Perspectiva, v.12, n. 4, 1998, p.69-77. Disponível em: <http://www.seade.gov.br/produtos/spp/v12n04/v12n04_10.pdf>. Acesso em: 30 Abr.2015.

¹⁵⁷ CASTRO, Ana Lúcia Siaines de. *O valor da informação: um desafio permanente*. Datagramazero, Rio de Janeiro, v.3, n.3, jun. 2002, p.03. Disponível em: <http://www.dgz.org.br/out00/Art_01.htm>. Acesso em: 29 abr.2015.

¹⁵⁸ RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). Disponível em: <www.stj.jus.br/recursos>. Acesso em: 02 mai.2015.

¹⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.1440.

Os americanos Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis no final do século XIX, publicaram um artigo intitulado “*Right to Privacy*”, que “viria a constituir o marco inicial da reforma do direito à intimidade e vida privada, deixando antes de si seus precedentes e a pré-história”.

O Direito ao esquecimento ganhou evidência recentemente no Brasil, em um primeiro momento com a edição do Enunciado 531 pelo Conselho de Justiça Federal reconhecendo-o genericamente entre os direitos da personalidade. No segundo momento com a sua aplicação a dois casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, que de certa forma começaram a definir os contornos de sua existência no âmbito nacional.¹⁶⁰

Com base na Constituição Federal nos artigos 1º, inciso III e 5º, inciso X; e no artigo 21 do Código Civil Brasileiro, Barroso,¹⁶¹ assevera que o supramencionado direito possui “uma marcante raiz constitucional e legal, uma vez que coaduna com a vertente da dignidade da pessoa humana, do direito à vida privada, honra, imagem e à intimidade”.

“O direito ao esquecimento é um direito fundamental à dignidade da pessoa humana e à inviolabilidade pessoal” (inciso III do art. 1º, 5º, X da CF, art. 93 e art. 748 do CPP). Consoante o texto, mesmo aquele que erra não pode ser penalizado para sempre e não pode ser submetido a tratamento degradante, seja pelo Estado ou pelos particulares. Afirma-se que: “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.¹⁶²

A Política de Segurança da Informação dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal é regulado pelo Decreto 3.505/2000, em situações nas quais a Administração, especificamente, tem relação com a informação. Segundo Barroso,¹⁶³ “o caminho não é violar o princípio da publicidade, nem criar meios de censura, mas não se pode violar os princípios da intimidade, vida e dignidade, violando-se, por consequência, o direito ao esquecimento”.

A falta de privacidade é um dos maiores problemas que o homem do século XXI está enfrentando, pois a sociedade moderna nos impõe uma vigilância constante, que faz parte da

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.67.

¹⁶¹ *Ibid.*, p.67.

¹⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.1440.

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.67.

vida moderna que trabalha e tem dificuldade de estabelecer quais são os limites dessa privacidade.¹⁶⁴

O Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal afirma que “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”; o que afirma que a norma que protege a imagem e vida privada dos cidadãos também se aplicaria às informações sobre o passado do indivíduo.¹⁶⁵

Atualmente as informações circulam com grande velocidade, fazendo com que não pensemos tão somente em mecanismos de abstenção ou repressão, mas de meios eficazes para evitar os abusos e excluí-los, ou impedir que gerem prejuízos continuados ou mais gravosos. Filosoficamente pode-se afirmar que pautada na permissividade, segundo o qual ser devassado ou espionado é, em alguma medida, tornar-se importante e popular, invertendo-se valores e tornando a vida privada um prazer ilegítimo e excêntrico, seguro sinal de atraso e de mediocridade. Para Moreira:¹⁶⁶ “O resguardo à privacidade não pode apagar a história nem pode tolher o direito da imprensa de divulgar, de modo contextualizado, fatos relevantes e de interesse público”.

Segundo assevera o Ministro Luiz Felipe Salomão, se ainda existir o interesse público, não há que se falar em direito ao esquecimento, sendo assim é lícita a divulgação daquela notícia, como no caso de “crimes genuinamente históricos, quando a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável”.¹⁶⁷

Assim, o direito ao esquecimento se configura como algo real e materialmente concretizável que possibilita aos indivíduos o efetivo controle sobre fatos pretéritos ligados a suas vidas, permitindo que tomem o rumo que lhes apeteça sem que precisem ter seus nomes compulsoriamente associados a atividades, acontecimentos e notícias que não mais fazem parte de seu cotidiano atual. Desse modo, a efetivação do direito ao esquecimento impede, à

¹⁶⁴ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Organização Maria Celina Bodin de Moraes. Tradutores Danilo Doneda e Luciano Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.12.

¹⁶⁵ BRASIL. *Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/>>. Acesso em: 27 abr.2015.

¹⁶⁶ MOREIRA, Rogério de Meneses Fialho Moreira. *Direito ao esquecimento na sociedade da informação*. Revista Brasília em Dia. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://portaldireitodigital.blogspot.com.br/2013/07/direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da.html>>. Acesso em: 28 abr.2015.

¹⁶⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Recurso Especial nº 1.335.153-RJ, 28 de Maio de 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br/recursos>. Acesso em: 02 mai.2015.

guisa de exemplo, que o sofrimento já vivido no passado seja constantemente lembrado, como também possibilita a reconstrução da imagem dos sujeitos de acordo com a vontade deles e não com as fortes marcas estigmatizadas no passado.

Segundo Schreiber:

No Brasil, o direito ao esquecimento já contou com algumas manifestações, ainda que não tratado explicitamente com esse termo. O caso Doca Street, que causou grande repercussão na sociedade brasileira dos anos 70, claramente exemplifica a discussão do esquecimento. Raul Fernando do Amaral Street, mais conhecido por Doca, assassinou a socialite Ângela Diniz em dezembro de 1976. No primeiro júri, Doca foi absolvido sob a alegação de legítima defesa da honra. Contudo, diante da intensa campanha feminista, com apoio da mídia, o processo foi reaberto e ele foi condenado a 15 anos de reclusão, dos quais cumpriu sete em regime fechado, obtendo a condicional em 1987.¹⁶⁸

O caso da apresentadora Xuxa Meneghel é outro fato interessante. A apresentadora entrou com um processo contra o site de buscas Google. Segue o caso:

Em outubro de 2010, a referida apresentadora ajuizou ação visando a compelir o provedor Google a remover do seu site os resultados relativos à busca pela expressão “Xuxa pedófila” ou, ainda, qualquer outra que associasse o nome da apresentadora a uma prática criminosa qualquer. O pleito liminar foi deferido para que o Google se abstinhasse de disponibilizar aos seus usuários aqueles resultados. A última corte a se debruçar sobre o caso, até então, foi o Superior Tribunal de Justiça. Em julgado datado de 26 de junho de 2012, a 3ª turma do STJ, por unanimidade, decidiu que o Google era apenas um facilitador de informação e, por isso, a ação deveria ser movida contra aqueles que veicularam os dados. Na decisão ainda ficou consignado que não se pode reprimir o direito da coletividade à informação.

Dessa forma, o direito ao esquecimento permitiria que os usuários confirmassem a exclusão de seus dados após retirados da exposição pública.

Na jurisprudência internacional, podemos destacar casos emblemáticos que foram julgados no decorrer dos tempos, como reconhecimento ao Direito ao Esquecimento, como os julgamentos de “*Melvin vs. Reid*”- ocorrido em 1931, no Tribunal de Apelação da Califórnia e o caso “*Lebach*”- República Federal da Alemanha” e ainda o caso “*Marlene Dietrich*” – julgado pelo Tribunal de Paris.

¹⁶⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p.25.

Segundo Dotti¹⁶⁹, o julgamento do caso *Marlene Dietrich* a Corte expressamente declarou a existência da garantia, ao proferir que:

“[...] as recordações da vida privada de cada indivíduo pertencem ao seu patrimônio moral e ninguém tem o direito de publicá-las mesmo sem intenção malévola, sem autorização expressa e inequívoca daquele de quem se narra a vida”. O direito ao esquecimento, como uma das importantes manifestações da vida privada, estava então consagrado definitivamente pela jurisprudência, após uma lenta evolução que teve, por marco inicial, a frase lapidar pronunciada pelo advogado Pinard em 1858: “O homem célebre, senhores, tem o direito a morrer em paz”!

A análise dos casos deve ser feita isoladamente, ponderando-se especialmente a atualidade da informação, sua importância, a veracidade ou seus indícios. Faz-se necessário observar se o cidadão é comum ou uma personalidade pública. Faz-se necessário observar que o dilema do direito ao esquecimento *versus* publicização não se restringe apenas a casos que envolvam a ressocialização de ex-criminosos. Há que considerar situações também, que se tornam frequentes, como o surgimento e a popularização das redes sociais.¹⁷⁰

O direito ao esquecimento pode ser definido, tal como o foi pelo jurista e filósofo belga François Ost, que escreveu:

Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade muitas vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal, temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído.¹⁷¹

O esquecimento pode configurar-se como fato que ofende o princípio basilar da dignidade humana do interesse público ou necessidade histórica da informação em relação ao indivíduo. Segundo Barroso, o direito ao esquecimento está relacionado ainda, “a uma ideia de ressocialização, merecendo a pessoa que deixem de ser comentados os fatos ainda que

¹⁶⁹ DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.22.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p.22.

¹⁷¹ OST, François. *O Tempo do direito*. Tradução: Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p.160.

verídicos vivenciados há muito tempo e que lhe causem constrangimento e inconformismo social”.¹⁷²

O direito ao esquecimento traz grande polêmica em relação ao direito de apagar as informações das pessoas que são veiculadas na *internet*. O entendimento de alguns Tribunais é de que esse direito pode ser aplicado nos meios eletrônicos, de forma ponderada, observando-se os princípios diversos, diante do caso concreto. É necessário avaliar se há um efetivo dano com a vinculação das informações e se há relevante interesse da sociedade naqueles dados, devendo-se, ainda, avaliar a participação real da pessoa na ocorrência dos fatos.¹⁷³

Em última análise, podemos observar que o direito ao esquecimento é o direito de não ser lembrado, de não ter uma passagem ruim da vida outrora legitimamente tornada pública por sua conexão com fatos terríveis, recontada tantos anos depois ao seu acontecimento, apesar da sua veracidade e desde que a evocação da história se mostre nociva à vida da pessoa implicada.

2.3 DIREITO À MEMÓRIA E ESQUECIMENTO

“Não há vida social sem informação, eis que a vida do homem, enquanto ser social é a história da sua comunicação com os demais. Uma luta de ideias, um prolongar e estender de pensamentos”.¹⁷⁴ A liberdade não está apenas no corpo físico, mas acima de tudo, na mente, no pensar e transmitir pensamentos.

Paul Ricoeur,¹⁷⁵ filósofo francês, soube entrelaçar com maestria memória, história e esquecimento. Para o filósofo, “a memória seria um trabalho contínuo sempre capaz de se sobrepor a processos estruturais pré-estabelecidos”. Michael Pollak, no texto “memória, esquecimento e silêncio” aponta para os “processos de dominação e submissão das diferentes versões e memórias, apontando para a clivagem entre a memória oficial e dominante e “memórias subterrâneas”, marcadas pelo silêncio, pelo não dito, pelo ressentimento”.¹⁷⁶

¹⁷² *Ibid.*, p.160.

¹⁷³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p.917.

¹⁷⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.244.

¹⁷⁵ RICCOEUR, Paul. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Paris: Seuil, 2000, p.12.

¹⁷⁶ POLLAK, Michael. “*Memória, esquecimento e silêncio*”. *Estudos Históricos*, 1989, p.3-15.

Carvalho afirma veementemente que a luta do homem sempre foi para vencer o tempo:

Sua luta sempre foi para vencer o tempo, para aproveitá-lo cada vez mais intensamente, talvez como forma de perenizar ao máximo sua existência. Nessa luta angustiante do homem contra o tempo limitado e fatal, sobressai o pensamento como única porção sua com vocação para eternizar-se, para deixar as barreiras físicas não só do tempo, mas também do espaço. [...] A palavra, portanto, é a senha para manter vivo o homem, ser finito. É a única arma que o torna capaz de vencer o tempo e o lugar.¹⁷⁷

Padrós afirma que “lembrar o passado é um elemento essencial na conformação da identidade, individual ou coletiva. A necessidade de lembrar é, talvez, a principal atribuição da memória. Sem memória não existiriam referências ou experiências”.¹⁷⁸

A memória, antes acessível em arquivos de papel, fotografias, fitas de vídeo e discos de áudio, restrita aos espaços físicos onde esses materiais eram manuseados e aos suportes onde era gravada, viu suas fronteiras se expandirem e se romperem quase à totalidade, e seu acesso tornar-se globalmente possível à distância de alguns cliques: “a memória digital, protótipo da memória perfeita, pode nos impedir de evoluir e mudar. A humanidade seguiu seu curso, o curso do qual fazemos parte hoje, graças à capacidade de lembrar do que é importante e descartar memórias desnecessárias”.¹⁷⁹

A memória se desenvolve sobre um fundo de esquecimento. Para se constituir, ela pressupõe a seleção de determinados conteúdos e supressão de outros tantos, o que confere ao trabalho da memória uma tensão adicional e põe em evidência a importância do recalamento na manutenção de uma cultura.¹⁸⁰

Paul Ricoeur, ao tratar da questão da anistia, mencionava a sua origem, “o decreto de Atenas de 403 a.C, em que se proibiu recordar os crimes cometidos pelos dois partidos, exigindo-se, para tanto, juramento individual dos cidadãos”.¹⁸¹ Nessa era da informação, não

¹⁷⁷CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Op. Cit.*, p.244.

¹⁷⁸PADRÓS, Enrique Serra. *Usos da Memória e do Esquecimento na História*. Revista Letras, Santa Maria, n. 22, 2001, p.79-95.

¹⁷⁹JEFFRIES, Stuart. *Why we must remember to delete – and forget – in the digital age*. The Guardian, 30 Jun. 2011, p.16.

¹⁸⁰OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005, p.169.

¹⁸¹RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Tradução de Alain François. Campinas: UNICAMP, 2007, p.460-462.

há memória sigilosa, é apenas uma memória nunca revelada. O sigilo processual é um refúgio da memória, salvaguardada pela couraça judiciária, que a isola do conhecimento público:

A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expreso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas.¹⁸²

A Constituição de 1988 impõe esta preservação, através da tutela do patrimônio cultural que, nos termos do seu art. 216, compreende os “bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Tal preservação configura, portanto, direito fundamental cultural, assegurado pelo artigo 215 da Constituição.

De acordo com Ricoeur:

O “direito ao esquecimento” mantém também uma tensão insanável com a faceta mais específica do direito à memória. Trata-se da dimensão do direito à memória por vezes chamada de *direito à memória e à verdade*, ou apenas de *direito à verdade* que envolve a obrigação do Estado de revelar e difundir à sociedade fatos históricos profundamente negativos, consistentes em graves violações de direitos humanos, geralmente ocorridos em períodos ditatoriais, e que eram mantidos em sigilo.¹⁸³

O direito ao esquecimento está relacionado ao uso e armazenagem de informações pessoais sigilosas como números de documentos, históricos médicos, profissionais, etc., mas também toca toda a trajetória de vida do indivíduo desde antecedentes criminais a questões de relacionamentos íntimos e violências sofridas

No Plano Nacional de Direitos Humanos divulgado pelo o Decreto 7037/2009, esta ideia foi assim destacada:

A investigação do passado é fundamental para a construção da cidadania. Estudar o passado, resgatar sua verdade e trazer à tona acontecimentos, caracterizam uma forma de transmissão de experiência histórica que é

¹⁸² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Enunciado nº 404, Conselho da Justiça Federal (CJF), 15 de Dezembro de 2011. Disponível em: <http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/download.wsp/tmp.arquivo=2288>. Acesso em: 30 abr.2015.

¹⁸³ *Ibid.*, p.461.

essencial para a constituição da memória individual e coletiva. [...] O silêncio e o esquecimento das barbáries geram graves lacunas na experiência coletiva de construção da identidade nacional. Resgatando a memória e a verdade, o País adquire a consciência superior sobre sua própria identidade, a democracia se fortalece. As tentações totalitárias são neutralizadas e crescem as possibilidades de erradicação definitiva de alguns resquícios daquele período sombrio, como a tortura, por exemplo, ainda presente no cotidiano brasileiro.

A memória e o esquecimento são reconhecidos, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, por diversos documentos internacionais, como o Conjunto de Princípios para a Proteção e para a Promoção de Direitos Humanos mediante a Luta contra a Impunidade, aprovado pela ONU em 1998.

O Direito ao Esquecimento é um direito que acompanha os demais direitos fundamentais e direitos de personalidade, tendo sua importância observada, na medida em que, na contemporaneidade, é grande a incidência de casos em que se observam características próprias. Sendo assim é notório que “tal direito deve ser aplicado com base no princípio da proporcionalidade, sempre ponderando aquilo que está sendo discutido, não dando a um ou a outro princípio um peso maior, pois ambos são resguardados da mesma forma pela Constituição”.¹⁸⁴ Esse assunto é fundamental ser aprimorado e discutido, principalmente pelo fato de o Brasil ainda ter “políticas frágeis”, em nosso ordenamento jurídico.¹⁸⁵

¹⁸⁴PORTELA, Airton. *Constituição pressupõe direito fundamental ao esquecimento*. 2014, p.02. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-jun-18/airton-portela-constituicao-pressupoe-direito-esquecimento>> Acesso em: 20 ago.2015.

¹⁸⁵JUNIOR RODRIGUES, Otavio Luiz. *Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990*. 2013, p.14. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990>> Acesso em: 17 jun.2015.

3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana elencada na Constituição de 1988, artigo 1º, inciso III da República Federativa do Brasil, representa “um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo”.¹⁸⁶

A Constituição Federal de 1988 também faz referência expressa à proteção da intimidade e declara invioláveis a vida privada, a honra e a imagem, assegurando a reparação do dano moral (artigo 5º, X, CF). Em decorrência do regime estabelecido pela Carta de 1988, se advoga a concepção relativa à dignidade da pessoa humana, que a despeito de desfrutar, em tese, de uma evidente primazia axiológica no ordenamento brasileiro, não a alça, em concreto, a um patamar absoluto no processo ponderativo.

Farias contempla que:

[...] A categoria histórica da pessoa humana é estimada atualmente como o mais eminente de todos os valores, porque constitui a fonte e a raiz de todas as demais. Contudo, ela não deve ser vista como um valor absoluto, no sentido de prevalecer sempre sobre os outros em todas e quaisquer circunstâncias (concepção individualista-burguesa). É necessário compatibilizá-la com outros valores sociais e políticos da coletividade (concepção personalista) [...].¹⁸⁷

A imprecisão e plasticidade em torno da delimitação da “liberdade de expressão” pode, através de seu conteúdo, conduzir a subjetivismos e arbitrariedades, pondo-se em risco a própria liberdade de informação.

Segundo Barroso:

A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da

¹⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.252.

¹⁸⁷ FARIAS. Edilson Pereira. *Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p.167.

incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar [...].¹⁸⁸

O autor assevera que, na filosofia, a ideia de dignidade da pessoa humana está presente na segunda formulação do imperativo categórico kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo:

a) Uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal;

b) Cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para realização de metas coletivas ou de metas individuais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade.

Sobre a dignidade de um povo, de uma raça, de cultura ou etnia, segundo Meyer-Pflug “os sistemas jurídicos têm conferido proteção a ambos, tanto à dignidade de cada ser humano como a dignidade referente a um grupo, e o sistema constitucional brasileiro adotou essa posição”.¹⁸⁹

A dignidade da pessoa humana é reconhecida dentro do Direito Público “como uma das justificações teóricas para a fruição de diversos direitos fundamentais, como a livre manifestação do pensamento”.¹⁹⁰

Fernando Sorondo afirma que: “Os Direitos Humanos julgam a ordem vigente, são um formador de opinião pública nos mais diversos confins do planeta, e põem a descoberto os condicionamentos econômicos, sociais e políticos que impedem sua completa realização”.¹⁹¹

A dignidade da pessoa humana passou a ter base constitucional com o artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988, tendo um valor supremo na ordem jurídica e estando totalmente integrada aos direitos e garantias fundamentais do homem, que são tradicionalmente apresentados como direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais. A partir de então, o Estado passou a proteger e respeitar a dignidade da pessoa humana, sendo que no texto constitucional, encontramos uma tutela bastante abrangente no inciso XLI do

¹⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p.252.

¹⁸⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.125

¹⁹⁰ FARIAS, Edilsom. *Colisão de Direitos: A Honra, a Intimidade, A Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Comunicação*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p.58 – 64.

¹⁹¹ SORONDO, Fernando. *Os Direitos Humanos através da História*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.67.

artigo 5º onde prevê que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

A Constituição de 05 de outubro de 1988 veio restabelecer a democracia e consagrar, em técnica mais moderna, uma série de direitos e garantias não previstos anteriormente. Os direitos da personalidade são, por definição, aqueles oponíveis aos demais indivíduos da sociedade, não se relacionando diretamente com o Estado. A Constituição apresenta uma etapa fundamental no processo de redemocratização do país, através de sua narrativa analítica, pluralista, pragmática, utópica, e emancipatória (neutralizada por diversionismo terminológico): “os aspectos constitucionais são extremamente limitados, razão pela qual há necessidade de redefinição dos conceitos dados às garantias fundamentais, acrescentando-se ao mesmo a definição de garantias institucionais”.¹⁹²

A constitucionalização do direito civil, e o reconhecimento da fundamentalidade da tutela da dignidade da pessoa humana, mudou a situação, e com ela, o conceito de personalidade. De acordo com Mello:

Não são apenas os bens externos à subjetividade humana, necessários em maior ou medida para assegurar o êxito de determinadas finalidades do homem unificado pela ideologia burguesa, que são objeto de normatização jurídica. Os elementos intrínsecos à pessoa como tal, em toda a sua complexidade natural e histórica, racional e emocional, irrompem como fundamentais para garantir a felicidade humana, e essa fundamentalidade não pôde mais ser ignorada pelo sistema jurídico. A honra, a reputação, a imagem, o nome e os atributos humanos que determinam a positividade ou negatividade das relações da pessoa com outros indivíduos e a comunidade em geral; a afetividade, a sexualidade, a integridade física e psíquica, todos os fatores fisiológicos, psicológicos e emocionais que são decisivos para o bem-estar humano compõem, da mesma forma, um conjunto de elementos que, dada a sua fundamentalidade para a felicidade do homem, exigem a atenção incisiva do direito. E embora ainda inexplorada pela doutrina conquanto sempre reconhecida pelo Direito moderno, também a religiosidade é atributo fundamental da natureza do homem. Pois todos esses elementos intrínsecos à “humanidade essencial” da pessoa, que concernem a sua personalidade, ou seja, à dimensão existencial da subjetividade humana, compreendem hoje os direitos de personalidade.¹⁹³

¹⁹²BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.133.

¹⁹³MELLO, Cláudio Ari. *Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade*. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.56.

Os direitos da personalidade fazem parte da história da humanidade, dos novos direitos e certamente irá fortalecer-se ainda mais no meio jurídico contemporâneo, pois a sociedade está buscando, no contexto social, a proteção dos seus direitos individuais e fundamentais.

Mello assevera que:

Ao analisarmos a carta dos direitos fundamentais expostos pela Constituição, percebemos uma sintonia com a Declaração Universal de 1948, bem como com os principais pactos sobre os Direitos Humanos, dos quais o Brasil é signatário. Intensifica-se a interação e conjugação do Direito internacional e do Direito interno, que fortalecem a sistemática de proteção dos direitos fundamentais, com uma principiologia e lógica, fundadas na primazia dos direitos humanos.¹⁹⁴

A dignidade da pessoa humana pode ser entendida como a referência da representação do “valor” do ser humano, como “princípio” e como “regra”, sendo que como valor tem caráter absoluto, intangível e incondicionado; como princípio é relativizável, uma vez que a norma tem de conviver com os efeitos de outras normas de garantia; e como regra, dá a aparência de absoluta ao resolver sem apelo casos-limite.

Prevista no artigo 1º da Lei Fundamental, a dignidade da pessoa humana se coloca “como o valor central do Direito Constitucional, dela derivando o exercício de todos os demais direitos fundamentais básicos, dentre os quais a liberdade de expressão”.¹⁹⁵

[...] O “saber” jurídico não pode ficar atrelado ao ente, dominado pela sua estrutura, mas sim deve caminhar sempre para além deste, ultrapassando-o, constantemente. O operador jurídico deve procurar superar o texto da lei, em busca do seu fundamento – em direção ao ser. O saber essencial ao Direito não está posto, não é algo dado, objetificado (entitativo), mas sim desvelado ao julgador na análise do caso concreto decidindo. É um “saber” essencial que passa por cima do ente e procura atingir a sua forma mais originária. Somente quando ultrapassamos o ente, em busca do seu ser, as “proposições” jurídicas terão alguma justificação. [...] O esquecimento da Verdade do Ser em favor da “coisificação” do Direito, não pensado em sua essência, é o sentido de sua decadência. [...] O *pensar usual* (pensar o ente) dos operadores do direito é aquele em que a *personalidade humana* não é

¹⁹⁴ _____. *Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade*. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). O Novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.56.

¹⁹⁵ CARMÍ, Guy E. *Dignity versus liberty: the two western cultures of free speech*. 2008, p. 47 - 48. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=1246700>>. Acesso em: 28 mai.2015.

considerada como vetor máximo do ordenamento jurídico, senão como aptidão de ser titular de direitos e deveres, conforme prescreve o artigo 1º do Código Civil, ou seja, considerada como sinônimo de capacidade jurídica. Ao contrário, a compreensão da *personalidade jurídica* deve se dar em duas vertentes: a primeira, como a possibilidade de ser sujeito de direitos e deveres e a segunda, e mais relevante, como o *sentido existencial do próprio ser humano*, visto como valor fundamental de nosso ordenamento jurídico. Neste caso, é o princípio da dignidade da pessoa humana ressoando em sua mais nobre originalidade (pensar do ser).¹⁹⁶

Entende-se o princípio da dignidade da pessoa humana como o mandado de otimização do sistema jurídico nacional, constituído sob a fase de concreção e objetividade da constitucionalização, abstraído o seu entendimento puramente dogmático. O princípio da dignidade do homem está positivado. Não é, pois, um “conselho” para o Estado: a dignidade normatizada não sugere, impõe; não aconselha, determina; não inspira, prescreve; porquanto está positivada não para ser compreendida como esperança, aspiração, ideia, impulso, mas como Direito.

Logo, temos que:

[...] este é o maior desafio do jurista no início do século XXI: saber e conhecer o que seja o Homem, o que é a pessoa humana, sua dignidade e personalidade jurídica. [...] Daí a necessidade de uma nova racionalidade a partir de uma perspectiva ontológico-existencial; [...] é a possibilidade de análise do fenômeno jurídico a partir de suas vicissitudes totalitárias concretas no mundo da vida. É a relação jurídica ajustada a uma nova dinâmica social de inter-relação humana vista a partir de suas especificidades concretizantes. É o Direito inserido na pós-modernidade.¹⁹⁷

A dignidade da pessoa humana traz, portanto, sua aplicabilidade imediata, cuja razão de ser se dá simplesmente por estar positivada; tem, pois, racionalidade que preleciona um juízo concreto de *dever ser*, um fundamento autônomo de decisões. Quer dizer que sua concretude existe para ser buscada em vias procedimentais, como fundamento de defesa a interesses materialmente dela derivados. A utilidade prática desse princípio se extrai justamente da razão de ter sido inserido expressamente no ordenamento constitucional, repudiando assim as práticas, imputáveis aos poderes públicos ou aos particulares que visem a

¹⁹⁶ MELLO, Cleyson de Moraes. *Código Civil comentado e Interpretado*. Campo Grande: Contemplar, 2013, p.45.

¹⁹⁷ _____. *Código Civil comentado e Interpretado*. Campo Grande: Contemplar, 2013, p.46.

expor o ser humano a desigualdades, a desconsiderações como pessoa impedindo sua coisificação e buscando não privá-lo dos meios mínimos necessários à sua manutenção. Obrigatoriamente se ergue o sistema constitucional e infraconstitucional, devendo, assim ser tomado pelos aplicadores do Direito e operadores do Estado.

O artigo 1º do Código Civil dispõe: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Mesmo que o indivíduo possua capacidade de direito ou de gozo, inerente a sua condição de ser humano, todos possuem de fato, capacidade “de fato ou de exercício”, que traduz a aptidão para a prática pessoal de atos na vida civil. Para ter direitos, basta existir, nascer com vida, adquirindo personalidade.

O artigo 5º, §1º da Constituição Federal determina que:

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, cabendo aos poderes públicos (Judiciário, Legislativo e Executivo) promover o desenvolvimento desses direitos. Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que “os direitos fundamentais só têm aplicação direta se as normas que os definem são completas na sua hipótese e no seu dispositivo”.¹⁹⁸ A previsão de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não é absoluta, uma vez que nem todas as normas são de eficácia plena ou contida, sendo que quando se tratar de comandos que definem direitos que necessitam de regulamentação, a norma passa a ter um conteúdo limitado, necessitando de regulamentação infraconstitucional. [...] Daí que o direito privado é nominado de direito privado socializado, publicizado, constitucionalizado ou despatrimonializado, no sentido de maior relevo para a realização da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana, nortes da nova ordem constitucional brasileira. Os princípios e valores constitucionais ganham proeminência no processo de interpretação e aplicação do Direito. [...] Com o advento do Código Civil Brasileiro de 2002 ganham destaque as *cláusulas gerais e os direitos da personalidade*. As cláusulas gerais devem ser interpretadas em harmonia com os princípios fundantes da Constituição da República, [...] os valores civilísticos de índole liberal devem ser mitigados pelos valores coletivos de solidariedade e justiça social.¹⁹⁹

O artigo 11 do Código Civil, dispõe que: “com exceção dos casos previstos em Lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

¹⁹⁸FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p.102.

¹⁹⁹MELLO, Cleyson de Moraes. *Código Civil Comentado e Interpretado*. Campo Grande: Contemplar, 2013, p.51.

Segundo Luís Roberto Barroso: “a doutrina civilista [...] extrai do princípio da dignidade da pessoa humana os denominados direitos da personalidade, reconhecidos a todos os seres humanos e oponíveis aos demais indivíduos e ao Estado”.²⁰⁰

Os direitos da personalidade são ínsitos à pessoa, em todas as suas projeções, dotados de certas características, quais sejam: a) são *absolutos*, isto é, são oponíveis contra todos (*erga omnes*), impondo à coletividade o dever de respeitá-los; b) *generalidade*, os direitos da personalidade são outorgados a todas as pessoas, pelo simples fato de existirem; c) *extrapatrimonialidade*, os direitos da personalidade não possuem conteúdo patrimonial direto, aferível objetivamente; d) *indisponibilidade*, nem por vontade própria do indivíduo o direito da personalidade pode mudar de titular; e) *imprescritibilidade*, inexistente um prazo para seu exercício, não se extinguindo pelo seu não uso; f) *impenhorabilidade*, os direitos da personalidade não são passíveis de penhora; e, g) *vitaliciedade*, os direitos da personalidade são inatos e permanentes, acompanhando a pessoa desde seu nascimento até sua morte.

Hoje, as situações jurídicas patrimoniais submetem-se às situações jurídicas existenciais, de modo que aquelas devem, sempre, se conformar ao princípio da dignidade da pessoa humana. Não é à toa que falamos, atualmente, na constitucionalização do Direito Civil, relendo os seus clássicos institutos à luz do princípio da “dignidade humana” e dos “valores celebrados constitucionalmente”.

Coadunando neste sentido, o artigo 6º do Código Civil de 2002, dispõe que a existência da pessoa natural termina com a morte [...]. Presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva. Bonavides ressalta, ilustrando que:

Existe a possibilidade de reabilitar-se a memória do morto, pois não é completo o aniquilamento do “de *cujus*” pela morte. Sua vontade sobrevive através do testamento devendo ser dado ao cadáver o devido respeito sob pena de sofrer sanções penais. Militares e servidores públicos podem ser promovidos “*post mortem*” e aquinhoados com medalhas e condecorações.²⁰¹

²⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p.253.

²⁰¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.135.

O Tribunal Constitucional Federal dá claramente uma prevalência valorativa mesmo frente a outros direitos fundamentais, aos direitos de liberdade, de opinião e de liberdade de informação, por causa da sua significativa importância para a convivência democrática.

Para Venosa:

Os direitos da pessoa humana são intransmissíveis, haja vista não poder ser transferido de uma pessoa à outra; irrenunciáveis por não poder abandonar, desistir dele voluntariamente; são extrapatrimoniais, ou seja, não tem valor econômico; inalienáveis pelo fato de não possuir caráter comercial, não pode a pessoa dele desfazer-se; indisponíveis, não pode por vontade própria não o querer, nascem e extinguem-se conosco; são imprescritíveis por não se extinguir com o uso ou com o passar do tempo; e, impenhoráveis, pois não podem ser dados em garantia.²⁰²

Para a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, o magistrado só deve possuir um único limite: a Constituição. Nem a lei e nem sua falta pode impedir que os juízes façam cumprir os mandamentos constitucionais, sobretudo as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais. Afinal, não são os direitos fundamentais que circulam no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais. A Constituição representa a referibilidade e a concretude de um ordenamento jurídico harmônico e coeso.

Para Sarmiento, o princípio da dignidade da pessoa humana, “sustenta-se por consistir no epicentro axiológico da Constituição da República, haveria de ser reconhecido como o principal critério na aplicação da ponderação de bens constitucionais”.²⁰³ A dignidade da pessoa humana afirma-se, assim, conclui Sarmiento “como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais”. Portanto, o operador do direito, ao deparar-se com uma colisão entre princípios constitucionais, tem, observada a proporcionalidade, “de adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove”.²⁰⁴

Trata-se de limitação absoluta, o que implica a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana em qualquer caso de conflito com os direitos à liberdade de expressão e de informação.

²⁰² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil. Parte Geral*. v.1, São Paulo: Atlas, 2005, p.23.

²⁰³ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.74.

²⁰⁴ _____. *Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.76.

Desde 1988 firmados no topo do nosso ordenamento jurídico, os direitos da personalidade constam hoje também no novo Código Civil brasileiro, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, como uma novidade no diploma, posto que o Código revogado, não tratava da matéria.

Pasquali defende o princípio da dignidade da pessoa humana como oposição a outros valores ou princípios coletivos:

“Inexiste valor no mundo que supere o da pessoa humana, em hipótese alguma pode prevalecer o valor coletivo mediante o sacrifício do valor da pessoa humana, devendo, pois, prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana, sobre qualquer outro valor e princípio”.²⁰⁵

O princípio da dignidade da pessoa humana pode cumprir dupla função: “[...] Se por um lado, serve como elemento de proteção dos direitos fundamentais contra eventuais medidas restritivas; e, por outro, serve como justificativa para imposição de restrições aos próprios direitos fundamentais”.²⁰⁶

[...] Os princípios que permeiam a dignidade da pessoa humana estão fincados no rol dos direitos da personalidade, bem como ancorados no conjunto de direitos fundamentais, de tal sorte que, caso ocorra (des)respeito pela vida, pela integridade psicofísica, pela moral ou imagem do ser humano, ou suas condições mínimas de existência sejam violadas estar-se-á diante da violação da dignidade da pessoa humana. [...] Dessa forma, o pensamento jurídico objetificante somente será superado a partir da (re)fundamentação do Direito. O fundamento se dá a partir do ser-no-mundo. Mundo é a *clareira do Ser*, a qual o homem se ex-põe por sua essência lançada. [...] A dignidade da pessoa humana é, pois, um *sendo*. Melhor dizendo: uma con-juntura, sempre de acordo com o destino Histórico do Homem que mora na Verdade do Ser.²⁰⁷

Na visão de que a contextualização histórico-cultural da dignidade da pessoa humana é necessária e relativa, Mello traz alguns exemplos ligados ao cotidiano da vivência social, chamando nossa atenção ao final para uma dúvida. Vejamos estes exemplos:

²⁰⁵ PASQUALI, Renata. *O devido processo legal e a liberdade de imprensa*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2009, p.19.

²⁰⁶ ANDRADE, Fábio Martins de. *Mídia e Poder Judiciário: A influência dos Órgãos da Mídia no Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.224.

²⁰⁷ MELLO, Cleyson de Moraes. *Código Civil Comentado e Interpretado*. Campo Grande: Contemplar, 2013, p.49-50.

[...] a) a colocação de algemas em todo e qualquer indivíduo? b) a aplicação da pena “de cara para a parede” a todos os alunos travessos? c) a disponibilização das notas dos alunos nos corredores universitários? d) a impossibilidade de matrícula do aluno por falta de pagamento? e) o aborto nas questões da anencefalia? f) a questão do direito das famílias, em especial, a homoafetividade e a concepção do “poli-amor”? g) a questão da transfusão de sangue em relação às “testemunhas de Jeová”? h) o direito de morrer com “qualidade de vida”? Neste caso cabe a seguinte pergunta: a dignidade do *homo humanus* não estaria acima do multiculturalismo? Seria o caso da adoção de um paradigma universal mínimo que traduzisse uma espécie de “invariantes ontológicas” ou “invariantes ec-sistentes”? Já que em certas regiões atos atentatórios à dignidade humana são tidos como legítimos e suportados pela prática social.²⁰⁸

Em sua interpretação, Filho afirma que “o princípio da dignidade da pessoa como um princípio fundamental geral e os direitos fundamentais como princípios fundamentais especiais, que são a concretização do princípio fundamental geral da dignidade da pessoa humana”.²⁰⁹

Para Moraes, o princípio da dignidade humana pode ser interpretado como:

[...] um valor espiritual e moral inerente à pessoa que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.²¹⁰

O homem à imagem e semelhança do Criador deriva sua eminente dignidade e grandeza, onde identifica assim, seu lugar na história e na sociedade. No âmbito do direito, a dignidade da pessoa humana não é, só o ser humano é o centro de imputação jurídica, valor

²⁰⁸MELLO, Cleyson de Moraes. *Código Civil Comentado e Interpretado*. Campo Grande: Contemplar, 2013, p.50.

²⁰⁹GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. Revisada e Ampliada São Paulo: RCS, 2005. p.62.

²¹⁰MORAES, Maria Celina Bodin. *O Conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Revisada e Ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.115.

supremo da ordem jurídica.²¹¹ O reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana pelo Direito são resultados da evolução do pensamento humano.

Bittar assevera que, historicamente, quanto à dignidade humana: “[...] a noção não está ausente no pensamento grego, pois se manifesta na concepção cosmológica de responsabilidade ética dos estóicos [...]”.²¹² Gomes afirma que o pensamento estóico atribui à dignidade da pessoa humana “uma qualidade intrínseca existente em todos os homens. Ainda segundo o ensinamento da mencionada autora, a dignidade humana tem sua base na liberdade e na igualdade”.²¹³

O que liga os direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, nos seus tores históricos e filosóficos, demonstrará a pertinência desses direitos, que são inerentes da pessoa humana, delineando toda sua universalidade como ideal.

Sarmiento assevera que, “o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico [...]”. Segundo o autor pode ser dito que “o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na ideia de respeito irrestrito ao ser humano, razão última do Direito e do Estado”.²¹⁴

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, sendo uma referência ética e jurídica para os povos, traça a indivisibilidade destes direitos, dispondo sobre a categoria dos direitos civis e políticos ao lado dos direitos econômicos, sociais e culturais. Destarte, conjuga o discurso liberal e o discurso social da cidadania, bem como o valor da liberdade e o valor da igualdade. Esses direitos não poderão ser alienados, doados, emprestados, e deverão ser respeitados pelos Estados-membros da Organização das Nações Unidas.

Preâmbulo: Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis

²¹¹SILVA, Jose Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. In: Revista de Direito Administrativo, vol. 212, 1998, p.89.

²¹²BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade*. In: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (org.). *Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização*. Osasco: Edifio, 2006, p.41.

²¹³GOMES, Andréia Sofia Esteves. *A dignidade da pessoa humana e o seu valor jurídico partindo da experiência constitucional portuguesa*. In: MIRANDA, Jorge (coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana* – São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.24-37.

²¹⁴SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p.72.

é fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; [...] Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher [...] Considerando que os Estados membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdade fundamentais do homem e a observância desses direitos e liberdades.²¹⁵

O princípio da dignidade da pessoa humana foi um importante passo em direção à paz entre os blocos rivais, integrando a legislação básica internacional. Segundo Moraes, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, assinada em Nice, em dezembro de 2000, assegura em seu artigo primeiro: “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”.²¹⁶

A dignidade da pessoa humana sempre existiu, mas é justo argumentar que foi apenas nas últimas décadas do século XX que ela adquiriu força universal. O Brasil adotou o princípio da dignidade humana como o mais importante de todos os princípios, devido a sua funcionalidade dentro do sistema.²¹⁷

Sarmento aborda a importância da positivação da dignidade da pessoa humana: “Consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, CF), e que costura e unifica todo sistema pátrio de direitos fundamentais”.²¹⁸

O homem para desfrutar de uma vida digna, dignidade esta que, para Barroso pode apresentar-se em dois aspectos, o intrínseco e o extrínseco, onde o aspecto intrínseco segundo o autor:

O aspecto intrínseco, inerente, é a parte mais difícil de ser explicada, não podendo fazer parte de um rol taxativo por motivo das inúmeras possibilidades existentes e a mutabilidade dos valores conforme o tempo, história, fatos, religiões, pessoas, ou seja, é um fator subjetivo. O aspecto intrínseco da dignidade da pessoa humana está estritamente relacionado aos direitos fundamentais de primeira geração. É a dignidade mais instintiva do

²¹⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade*. In: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (org.). *Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização*. Osasco: Edifio, 2006, p.42.

²¹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin. *O Conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Revisada e Ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.117.

²¹⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 110.

²¹⁸ *Op. Cit.*, p.110.

homem, nem por isso é considerada mais importante do que as outras como se verá a seguir.²¹⁹

Para que a dignidade da pessoa humana seja cumprida, vários preceitos constitucionais devem ser cumpridos, exigindo assim, a prestação positiva ou negativa do Estado, preceitos tais que possuem uma relação direta com o princípio constitucional garantidor da dignidade da pessoa humana.

O artigo 6º da constituição de 1988, expondo os direitos sociais, dispõe da “importância do aspecto extrínseco material da dignidade da pessoa humana, que funciona como diretriz de um mínimo de condições materiais para se viver com dignidade”.²²⁰ Esse aspecto possui como finalidade gerar um mínimo de bem-estar ao cidadão, oferecendo-lhe uma qualidade de vida digna por meio da justiça da igualdade social.

Segundo Silva, os direitos sociais são normas constitucionais que: “possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualdade de situações sociais desiguais. O poder de ação assegurado legalmente a toda pessoa para defesa e proteção de toda e qualquer espécie de bens materiais ou imateriais, do qual decorre a faculdade de exigir a prestação ou abstenção de atos, ou o cumprimento da obrigação, a que outrem esteja sujeito. As duas funções são relevantes e necessárias para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. O respeito a esses direitos aponta para a concretização da dignidade da pessoa humana”.²²¹

O Estado possui o dever de cumprir o mínimo existencial relacionado aos direitos. A Constituição da República direciona o Estado para a sua obrigação tanto negativa como positiva em seu artigo 3º onde dispõe que são seus objetivos fundamentais constituir uma sociedade livre, sem preconceitos, erradicar a pobreza, a marginalização e as desigualdades:

A proteção internacional dos direitos do homem trouxe a promoção, por meios jurídico-internacionais, da garantia dos direitos fundamentais relativamente ao próprio Estado de que cada um é cidadão...e tem por

²¹⁹BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. *O Começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.375.

²²⁰*Op. Cit.* p.377.

²²¹SILVA, Jose Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 212. 1998, p.91.

causa...sobretudo o repúdio da opressão feita por regimes políticos de vários sinais ideológicos e a consciência universal da dignidade da pessoa humana que vai se formando.²²²

Os princípios constitucionais expressam valores, comandando-os como um “dever”, ou seja, os princípios irão instrumentalizar para o campo jurídico os valores, para que estes sejam realizados. O STF faz referências expressas à dignidade da pessoa humana em seus julgados conforme segue abaixo:

Tráfico de entorpecentes. [...] Prisão em flagrante. Óbice ao apelo em liberdade. Inconstitucionalidade: necessidade de adequação do preceito veiculado pelo artigo 44 da Lei 11.343/06 e do artigo 5º, inciso XLII aos artigos 1º, inciso III, e 5º, incisos LIV e LVII da constituição do Brasil. [...] Apelação em liberdade negada sob o fundamento de que o artigo 44 da Lei n. 11.343/06 veda a liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes. Entendimento respaldado na inafiançabilidade desse crime, estabelecida no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. Afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. Inexistência de antinomias na Constituição. Necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição do Brasil. A regra estabelecida na Constituição, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra, de modo que, a admitir-se que o artigo 5º, inciso XLIII estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado. A inafiançabilidade não pode e não deve – considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal – constituir causa impeditiva da liberdade provisória. Não se nega a acentuada nocividade da conduta do traficante de entorpecentes. Nocividade aferível pelos malefícios provocados no que concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Não obstante, a regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade da segregação ante tempus. Impõe-se porém ao Juiz, nesse caso o dever de explicitar as razões pelas quais alguém deva ser preso cautelarmente, assim permanecendo. (HC 101.505, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-12-09, 2ª Turma, DJE de 12-2-10). No mesmo sentido: HC 100.742, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-11-09, 2ª Turma, Informativo 566; HC 101.055, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 3-11-09, 2ª Turma, DJE de 18-12-09. Em sentido contrário: HC 93.229, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 1º-4-08, 1ª Turma, DJE de 25-4-08”. (BRASIL, STF, 2012)

²²²MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional - tomo I*. Preliminares: o Estado e os Sistemas Constitucionais. Coimbra: 1997. p.93.

A dignidade da pessoa humana, fundamento previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, constitui um vetor de aplicação dos direitos e garantias fundamentais. Sendo aplicado pelo STF em diversas oportunidades de seus julgados. O caráter de extrema generalidade das normas de princípio torna impossível, em boa lógica, a delimitação do seu objeto e do seu campo de aplicação, variando sua aplicação caso a caso.²²³

Nunes afirma que: “[...] não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas”. A interpretação não pode ocorrer sem a observação desse princípio.²²⁴

Para Barroso, “grande parte da doutrina define que entre o subjetivismo da vontade do legislador e o objetivismo da vontade da lei, deve prevalecer a vontade da lei”.²²⁵

Apesar de todo o esforço dos doutrinadores, é de se concluir que os métodos tradicionais continuam prevalecendo até hoje. O Estado deverá promover o cumprimento e a concretização da dignidade, que ocorrerá pela prestação positiva ou negativa na obediência dos Direitos Fundamentais que estão positivados na Constituição.

3.1 DIGNIDADE E LIBERDADE

O ambiente da liberdade, conectado às novas tecnologias entronizou na vida do brasileiro todo um conjunto de ferramentas que emanam das mídias sociais aos mais diversos veículos de comunicação. O Brasil de hoje é radicalmente diferente daquele que conhecem os constituintes, pontilhado de emissoras de rádio e TV, comerciais e comunitárias, de jornais, revistas, sites e blogs das mais variadas tintas e cores, formando um verdadeiro mosaico de percepções e ideias.²²⁶

Barcellos assevera que um “dos poucos consensos teóricos do mundo contemporâneo diz respeito ao valor essencial do ser humano, despontando a dignidade da pessoa humana

²²³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: tomo I*. Preliminares: o Estado e os Sistemas Constitucionais. Coimbra: 1997, p.93.

²²⁴ NUNES, Luiz Antônio. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.51.

²²⁵ BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da história*. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.379.

²²⁶ GOMES, Marcos Emílio. *A Constituição de 1988 - 25 anos – A Construção da Democracia e Liberdade de Expressão: O Brasil antes, durante e depois da Constituinte*. São Paulo: Instituto Vladimir Herzog, 2013, p.15.

como um axioma da civilização ocidental e talvez a única ideologia remanescente no início do novo milênio”.²²⁷

O artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabelece:

“A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

Os direitos garantidos na constituição de 1988 mostram que o árduo caminho trilhado para a conquista da liberdade de expressão e de imprensa no Brasil, nos faz lembrar a luta empunhada por aqueles que sofreram pela falta de liberdade. A Constituição Federal, ao assegurar a liberdade de expressão, não permite o abuso sem implicar responsabilidade daquele que causar dano material ou moral a outrem.

O país vive o mais longo período contínuo de vida democrática de sua história. Muitas questões complexas relacionadas à liberdade de expressão foram surgindo envolvendo a imposição de limites a este direito fundamental, necessários à proteção de outros direitos igualmente importantes como dignidade da pessoa humana, igualdade, privacidade, honra e devido processo legal.

O assassinato de Vladimir Herzog foi um marco na história da constituição, quando oito mil pessoas conseguiram chegar a Catedral da Sé para o culto ecumênico em 31 de outubro de 1975, realizado por Dom Paulo Evaristo Arns, em memória do jornalista que se tornou um símbolo da luta de resistência democrática. Segundo Gomes, “a saga da recomposição democrática, que só se consolidaria com a promulgação da nova Constituição, tem seu ponto de partida efetivo nas ruas, a partir daquele ato ecumênico”.²²⁸

A garantia da liberdade de expressão inscrita como lei fundamental que passou a reger a nação, nem sempre é considerada pelos cidadãos. A liberdade de expressão não se presta somente a proteger as opiniões que estão de acordo com os valores nutridos pela maioria, mas também as que delas divergem.

²²⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.103.

²²⁸GOMES, Marcos Emílio. *A Constituição de 1988 - 25 anos – A Construção da Democracia e Liberdade de Expressão: O Brasil antes, durante e depois da Constituinte*. São Paulo: Instituto Vladimir Herzog, 2013, p.16.

A ruptura constitucional no Brasil começou nas conspirações de gabinete antes do plebiscito de 1963 que restaurou o presidencialismo e os poderes de João Goulart. A saga da recomposição democrática, que só se consolidaria 25 anos depois com a promulgação da atual constituição, que teve seu ponto de partida efetivo nas ruas, a partir daquele ato ecumênico, que reuniu tal multidão sem a facilidade das redes sociais dos dias de hoje e sem convocação da mídia.²²⁹ Uma norma constitucional não pode ser interpretada de modo absoluto e de forma isolada, devendo se rechaçar excessos e arbítrios, eis que os direitos individuais não podem ser considerados ilimitados, devendo conviver as liberdades harmoniosamente.

A liberdade de expressão não pode ser considerada como um direito absoluto, havendo restrição e mitigação à liberdade de imprensa, com vistas a preservar outros direitos individuais tão relevantes, como, por exemplo, os direitos da personalidade.

Prevista no artigo 220 da Lei Maior, a garantia constitucional de liberdade de expressão, é verdadeiro corolário da norma prevista no artigo 5º, inciso IX, que consagra a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Moraes, a respeito de sua obra *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, comenta a pertinente lição:

O direito de receber informações verdadeiras é um direito de liberdade e caracteriza-se essencialmente por estar dirigido a todos os cidadãos, independentemente de raça, credo ou convicção político-filosófica, com a finalidade de fornecimento de subsídios para a formação de convicções relativas a assuntos públicos. A proteção constitucional às informações verdadeiras também engloba as eventualmente errôneas ou não comprovadas em juízo, desde que não tenha havido comprovada negligência ou má-fé por parte do informador. A Constituição Federal não protege as informações levianamente não verificadas ou astuciosas e propositadamente errôneas, transmitidas com total desrespeito à verdade, pois as liberdades públicas não podem prestar-se a tutela de condutas ilícitas. A proteção constitucional à informação é relativa, havendo necessidade de distinguir as informações de fato de interesse público, da vulneração de condutas íntimas e pessoais, protegidas pela inviolabilidade à vida privada, e que não podem ser devassadas de forma vexatória ou humilhante.²³⁰

²²⁹ *Op. cit.* p. 24.

²³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. *O Conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Revisada e Ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.252.

O artigo 3º da Constituição dispõe que são “seus objetivos fundamentais constituir uma sociedade livre, sem preconceitos, erradicar a pobreza, a marginalização e as desigualdades”. O exposto nos faz observar que não há maior importância do status negativo do Estado em relação ao status positivo e sim a existência de um elo entre os dois status.

O ser humano possui direitos que lhe permitem usufruir do mínimo existencial. Nesse sentido Moraes admitiu uma abertura maior do que as possibilidades elencadas como direito fundamental na Constituição da República.

Marinho Assevera que:

Resulta das necessidades a que o homem deve satisfazer para assegurar a sua própria sobrevivência e a de sua prole e integrar-se na vida social cercado de dignidade e respeito [...] Se o homem é naturalmente ordenado para conservação da espécie pela reprodução, possui, conseqüentemente, um direito natural a contrair matrimônio e a gerar e criar a prole. Se para sobreviver necessita de alimentos e de abrigar-se contra as intempéries, possui um direito natural de alimentar-se e de possuir habitação. [...] Sentir a justiça sem precisar fundamentá-la no Direito Positivo, é sentir o Direito Natural.²³¹

Os sentimentos de justiça devem se expressar como direito natural baseado em valores independentes de sua positivação; sendo subjetivo, vincula-se totalmente aos instintos e ao próprio direito à sobrevivência, ou seja, é tudo aquilo de que o homem necessita para dar continuidade à sua vida. Esse direito é intrínseco ao homem, encontra-se enraizado nele.

Historicamente foram desenvolvidas quatro gerações de direitos fundamentais do ser humano ligadas ao direito de liberdade. Após a revolução francesa, o conceito jurídico de vida passou a agregar a característica de autodeterminação humana, de liberdade. A partir daí, a vida somente é integral quando se tem liberdade. Os direitos fundamentais apontam para a realização material da igualdade e da liberdade a partir de ações positivas do Estado.²³²

²³¹MARINHO, Inezil Penna; MARINHO, Marta Diaz Lopes Penna. *Estudos das Diferenças entre o Jusnaturalismo, Historicismo, Sociologismo, Normativismo e Culturismo e o Jusnaturalismo no Brasil*. Brasília Instituto de Direito Natural, 1980, p.15.

²³²BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org). *A Nova*

Surgiu, então, a necessidade de se especificar aquilo que é de domínio público e o que é de domínio privado, regulando-se o quantum que o Estado pode interferir na particularidade humana, na liberdade do cidadão. Surge daí os direitos fundamentais de primeira geração.²³³

Os direitos fundamentais de primeira geração advieram do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de cunho individualista, visando a proteção do homem perante o Estado estando neles abrangidos os chamados *direitos de personalidade* do cidadão.²³⁴

A liberdade teve que ser garantida pelo Estado por meio de sua abstenção, garantindo assim, os direitos individuais universalmente, direitos de defesa frente ao Estado, que se revelou inimigo dos cidadãos durante a fase opressiva do século XVIII. O indivíduo devia limitar sua própria liberdade para defender o valor fundamental da propriedade.

Segundo Araújo e Nunes Júnior “os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.²³⁵

Bittar assevera que os direitos fundamentais de primeira geração segundo a Escola do Direito Natural, seriam:

Aqueles direitos inerentes a cada ser humano, existindo em seu âmago antes e independentemente ao direito positivo. Eles constituem o mínimo existencial do homem, sem os quais o mesmo não se realiza. Tem tanto um caráter relativo ao âmbito corpóreo (direito à vida, à integridade física),

Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.382.

²³³A doutrina costuma utilizar-se das expressões “geração” e “dimensão” para caracterizar cada uma das acepções jurídicas da “vida”. Trata-se de expressões já consolidadas, motivo pelo qual as utilizamos no presente trabalho, sem, entretanto, deixar de enfatizar a existência de alguma polêmica quanto à utilização das mesmas, como aponta Arion Sayão Romita, que prefere adotar as expressões “famílias”, “naipes” ou “grupos” de direitos fundamentais, sob a argumentação de que “Usual é o emprego do vocábulo gerações para designar as famílias (naipes ou grupos) de direitos fundamentais. Não se trata, porém, de gerações, estas se sucedem com o passar do tempo, umas tomam o lugar das outras. Não é o que ocorre, porém, com os direitos fundamentais. A revelação dos direitos de determinado naipe não faz desaparecer os anteriores. Os diferentes grupos de direitos fundamentais existem simultaneamente, concomitantemente, sendo impensável a supressão dos direitos de primeira e segunda “gerações” pelo fato de se revelar uma terceira “geração”. E acrescenta o Sayão Romita que não se justifica a denominação “dimensões”, vez que a mesma só adquire legitimidade quando alusiva a certo e determinado direito, mas se revela imprópria para designar os grupos de direitos fundamentais. Cf. Arion Sayão Romita, op. cit. p.89-90.

²³⁴MELLO, Cláudio Ari. *Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade*. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). O Novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.57.

²³⁵ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.56.

quanto psíquico e moral (direito à imagem, privacidade, à honra) do ser humano.²³⁶

O conceito de dignidade da pessoa humana e o conceito de personalidade são totalmente compreensíveis quando analisamos o quanto a dignidade do homem pode ser maculada mediante o desrespeito ao direito de sua personalidade. Os direitos de primeira geração são considerados negativos porque tendem a evitar a intervenção do Estado na liberdade individual, caracterizando-se como uma atitude negativa por parte dos poderes públicos.

Cláudio Melo assevera que:

[...] a expressão "social" encontra justificativa, entre outros aspectos [...], na circunstância de que os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracteriza as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um menor grau de poder econômico.²³⁷

Os direitos fundamentais vão em busca da igualdade material através da intervenção positiva do Estado para sua concretização. Vinculam-se às chamadas “liberdades positivas”, exigindo uma conduta positiva do Estado, pela busca do bem-estar social.

Os direitos de segunda geração são os chamados direitos de proteção sociais, que se caracterizam pelo direito dos cidadãos em exigirem uma prestação positiva do Estado para sua proteção. Os direitos sociais constitucionais servem de “norte” para termos a noção do mínimo material do aspecto extrínseco, mas ainda não existe uma posição definitiva doutrinária e jurisprudencial para os direitos que integram este aspecto da dignidade da pessoa humana.

Com as dificuldades e conquistas decorrentes da diuturna luta social pelo reconhecimento e pela eficácia dos direitos civis e políticos, de primeira geração, e dos direitos econômicos, sociais e culturais, direitos de segunda geração, outros valores, até então

²³⁶BITTAR, Carlos Alberto. Apud BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p.24.

²³⁷MELLO, Cláudio Ari. *Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade*. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.52.

não tratados como prioridade na sociedade ocidental, foram colocados na pauta de discussão em período posterior ao final da Segunda Guerra Mundial, em 1945, referidos valores, para serem efetivados, exigiam soluções inovadoras que só o reconhecimento de direitos de estirpe diversa dos já positivados poderia satisfazer. Estes novos direitos passaram, assim, a serem alcunhados de direitos de terceira geração.

“Tais direitos, também conhecidos como direitos da solidariedade ou fraternidade, caracterizam-se, assim, pela sua titularidade coletiva ou difusa, tendo coincidido o período de seu reconhecimento ou positivação com o processo de internacionalização dos direitos humanos”.²³⁸

Os direitos de terceira geração caracterizam-se pelo distintivo de demandarem a participação intensa dos cidadãos, sem a qual não tem eficácia, requerendo a existência de uma consciência coletiva na atuação individual de cada membro da sociedade, em aliança com Estado. Em regra, não se destinam à proteção individual, mas sim à proteção de grupos, o que se afina com as necessidades das sociedades de massa, provenientes da urbanização das sociedades humanas.

As principais mudanças desses direitos trouxeram novas reivindicações de novos movimentos sociais. São elas: “direito à paz, ao desenvolvimento e à autodeterminação dos povos, direito a um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado e direito à utilização do patrimônio comum da humanidade”.²³⁹

Os direitos fundamentais da quinta geração, como os de quarta, também não são pacificamente reconhecidos pela doutrina, como o são os das três primeiras. No entanto, os direitos que por essa geração são reconhecidos, quais sejam, a honra, a imagem, enfim, os “direitos virtuais” que ressaltam o princípio da dignidade da pessoa humana, decorrem de uma era deveras nova e contemporânea, advinda com o exacerbado desenvolvimento da Internet nos anos 90.²⁴⁰

Araújo e Nunes Júnior asseveram que os direitos de quarta e quinta gerações referem-se:

²³⁸*Ibid.*, p.53.

²³⁹BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.143.

²⁴⁰MELLO, Cláudio Ari. *Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade*. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.52.

[...], apesar de novos em se considerando o momento de seu reconhecimento, em princípio representam novas possibilidades de ameaças, à privacidade, liberdade, enfim, novas exigências da proteção a dignidade da pessoa, especialmente no que diz com os direitos de quarta geração.²⁴¹

Esses direitos se constituíram como direitos do povo e para o povo, com a finalidade de impor limites na esfera de atuação do Estado em relação aos indivíduos. Conforme Sarlet, a classificação de quarta e quinta dimensão “é desnecessária, porque a quarta trata sobre a bioética e, “*bio*” significa vida e entraria na primeira dimensão de direitos enquanto a quinta trata a respeito da cibernética e informação e entraria na terceira dimensão de direitos”.

O Estado deve promover uma liberdade pública, atuando como um mediador imparcial do debate público, condição que lhe garante alguns deveres-poderes. Fiss complementa que:

Um mediador deve ser sensível às limitações que os recursos - como tempo e dinheiro impõem ao debate e pode ter de dizer: “Nós já ouvimos muito deste lado. Talvez outros devessem ter a chance de falar antes de votarmos”. Um mediador imparcial quer vigorosa expressão de visões, mas é também sensível aos excessos na defesa de ideias e ao impacto de tais excessos sobre a qualidade do debate. Um mediador imparcial pode às vezes ter de interromper e dizer: “Você não poderia conter-se? Você tem sido tão abusivo no modo como tem exposto seu ponto de vista que muitos se retiraram por completo do debate”.²⁴²

Segundo Branco, “o ser humano se forma no contato com o seu semelhante, mostrando-se a liberdade de se comunicar como condição relevante para a própria higidez psicossocial da pessoa”. A liberdade de expressão é vista como corolário da dignidade humana. Os problemas relacionados sobre a liberdade de expressão têm origem na falta de distinção entre as diversas formas de exercício dessa liberdade, o que gera distorções e permite o confronto.²⁴³

²⁴¹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.57.

²⁴² FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Tradução e Prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.54.

²⁴³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.403.

Cada cidadão deve ter asseguradas as suas liberdades fundamentais, incluindo-se nestas a liberdade de expressão.

3.2 A DIGNIDADE HUMANA E OS LIMITES À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

Nem sempre as construções teóricas e, especialmente, jurisprudenciais fornecem elementos precisos para a identificação de um critério claro de solução do conflito envolvendo os princípios da dignidade humana e os limites da liberdade de informação. Por vezes os julgados se perdem em peculiaridades dos casos concretos, deixando de estabelecer uma “doutrina” mais substancial.

Entretanto, a análise dos vários sistemas jurídicos permite identificar alguns critérios importantes de solução do referido conflito. Sem ter a pretensão de esgotar o tema, trataremos dos seguintes critérios de solução do conflito: a) o teste da “*actual malice*”; b) o “*balancing*”; c) veracidade da informação; d) o interesse público e; e) o abuso de direito.

3.2.1 O teste da “*actual malice*”

A análise do sistema norte americano demonstra acentuado predomínio da liberdade de imprensa em face dos demais interesses em conflito. A constituição é interpretada de maneira a dar prevalência à liberdade de imprensa, apenas restringindo-se diante de situações de abuso evidente. Fora destas hipóteses o campo de atuação da imprensa é extremamente largo, impondo pesadas compressões aos direitos individuais e até mesmo aos interesses do Estado.

Poder-se-ia dizer que a regra é a ampla liberdade de atuação dos órgãos de imprensa, sendo excepcional a existência de limites. Exemplo marcante deste modo de tratar o conflito é a construção da regra “*actual malice*”²⁴⁴. A regra da “*actual malice*” significa que o ofendido, para lograr êxito na ação de indenização, deve provar a falsidade da declaração e que o jornalista sabia da falsidade da notícia, (*knowledge of falsity*) ou teria demonstrado um irresponsável descuido (*reckless disregard*) na sua conduta. Não basta a falsidade da notícia.

²⁴⁴ Em português a expressão significaria “malícia real”, “malícia verdadeira”.

Pela só publicação falsa, o jornalista estaria imune a qualquer ação de indenização. Somente surgiria sua responsabilidade, caso, além de falsa a notícia, houvesse um comportamento reprovável, representado pelo conhecimento da falsidade daquilo que foi veiculado ou pela total falta de cuidado na busca da verdade.

Na concepção da Suprema Corte, a prova da verdade representa um tipo de autocensura, pois carrear o ônus da prova da verdade ao jornalista não elimina apenas as reportagens falsas, mas também inviabiliza as reportagens verdadeiras, pois, muitas vezes, o jornalista não teria condições de fazer tal prova ou suportar o custo da demanda para produzi-la.

Inicialmente cabe observar que a regra da “*actual malice*” é inerente aos processos de indenização por ofensa a honra (“*libel*”). O teste da “*actual malice*” somente incide quando existe uma publicação falsa. Por vezes o dano à reputação é justificado, especialmente quando há imputação de fato verdadeiro que concerne ao interesse público a crítica dos atos do Governo e seus agentes. Há, portanto, certa imunidade para os atos verdadeiros.

As dificuldades surgem quando a publicação não é verdadeira, quando apresenta inexatidões. Nesta circunstância incide a regra da “*actual malice*”. A primeira conduta caracterizadora da “*actual malice*” é o conhecimento da falsidade da notícia. Entende-se que também caracteriza “*actual malice*” a presença das sérias dúvidas quanto a falsidade da notícia (“*serious doubt*”).

Na síntese de Hopkins: “Se o autor da ação de indenização pode provar que o editor do material difamatório sabia, ao tempo da publicação, que o material era falso, a “*actual malice*” foi demonstrada”.²⁴⁵

“[...] Se o editor tinha informação que tenderia a mostrar que o material que ele tinha para publicar era falso, então ele teve sérias dúvidas sobre a verdade deste material, e “*actual malice*” está presente”.²⁴⁶

Além do conhecimento da falsidade (“*knowledge of falsity*”) ou sérias dúvidas quanto à verdade (“*serious doubt*”), a “*actual malice*” também é caracterizada pelo irresponsável descuido quando à verdade da publicação (“*reckless disregard for the truth*”).

²⁴⁵ W. WAT HOPKINS; Justice Brennan, Justice Harlan, and New York Times Co. v. Sullivan: A Case Study in Supreme Court Decision Making. COMM. L. & POL’Y, 1996, p.469.

²⁴⁶ Op. cit. p.470.

A expressão “*reckless*” significa imprudente, excessivo, irresponsável e é justamente este grau de culpa que a jurisprudência exige para a caracterização da “*actual malice*”. É corrente a afirmação de que “*reckless disregard*”: “é mais do que negligência, é a irresponsabilidade tão grave que é equivalente ao conhecimento da falsidade. É mais do que ignorar a verdade, é evitar a verdade”.²⁴⁷

3.2.2 O teste da “veracidade da informação”

Por este critério a lesão ao direito da personalidade seria reconhecível quando a informação divulgada não fosse verdadeira.

Neste sentido Ramón Daniel Pizarro²⁴⁸: “a informação de fatos deve ser verdadeira, isto é, idônea para transmitir a realidade como é”. O informador deve descrever ou revelar essa realidade, fazendo-a cognoscível a terceiros, e para realizar esta tarefa, deve deixá-la ser o que é, sem alterá-la, sem fazer dela outra diferente.

A falta de adequação entre a realidade e o informado priva a notícia de exatidão. “A verdade na informação, por fim, não é outra coisa que a reprodução objetiva e exata da realidade pelo meio”.²⁴⁹

Típica aplicação deste critério encontra-se na Constituição espanhola, que no art. 20, I, determina: “reconhecem-se e protegem-se os direitos: [...] d) de comunicar e receber livremente informação veraz por qualquer meio de difusão”.

A partir desta regra a doutrina e jurisprudência espanholas passaram a distinguir a liberdade de expressão da liberdade de informação. O efeito desta distinção é o reconhecimento de que somente a liberdade de informação se sujeita ao requisito da veracidade. A expressão de ideias e opiniões não dependem da prova da verdade. Quem expressa uma opinião não pode ser compelida a demonstrar-lhe a veracidade:

“Uma ideia pode ser qualificada de acertada ou desacertada, de razoável, de sensata ou sólida, ou do contrário. Pode – inclusive – ser acusada de ofensiva aos direitos personalíssimos de uma pessoa. Mas nunca de verdadeira ou

²⁴⁷ *Op. cit.* p.471.

²⁴⁸ PIZARRO, Ramón Daniel. *Responsabilidade Civil dos Médicos em Massa de Comunicação* (Danos por notícias inexatas ou agravantes). Editorial Hammurabi, S.R.L.; Buenos Aires;1991, p. 208.

²⁴⁹ *Ibid.*, p.209.

falsa. Como bem o sustenta Desantes Guanter, “as ideias se movem no mundo do opinável e não no mundo inamovível da certeza”.²⁵⁰

Em contrapartida, quando se trata de liberdade de informação, exige-se que a informação seja veraz. Mais do que isto: exige-se um fato noticioso. Na realidade, o que se exige é menos a verdade absoluta do fato noticiado, mas preferencialmente a adoção de cautelas no sentido de buscar e divulgar fatos verdadeiros, ainda que posteriormente seja descoberta falsidade.

Como leciona Rodríguez: “para criar uma opinião é necessário que se parta de um determinado fato, que este seja veraz; quer dizer: conseguido com diligência razoável, ainda que possa resultar errôneo”.²⁵¹ O que se exige, portanto, como disse Pérez Luño, não é que “a informação seja veraz, senão que esta, ainda quando inexata, seja obtida de acordo com um cânon razoável de cuidado profissional. Para conseguir esta verdade o observador deve ter uma atitude de objetividade”.²⁵²

Para observância do requisito da veracidade da notícia, aquele que exerce a liberdade de informação deve empregar a diligência que normalmente se exige do profissional neste campo, “um especial dever de diligência para comprovar a veracidade da sua informação”.

Observa Manuel de Cossio que a diligência do jornalista “deve ser aferida no momento da publicação”.²⁵³ A posterior descoberta da inexatidão da notícia não determina a responsabilidade do agente. A conduta do agente, no momento da publicação, é comparada com a diligência que se espera do homem médio.

A preocupação com a veracidade das notícias publicadas parece ser uma constante em todos os sistemas. A ideia foi expressada por Regina Beatriz Tavares Silva,²⁵⁴ segundo a qual “a liberdade de informação somente se justifica na medida em que existe um direito geral de ser informado adequadamente, com informações corretas e imparciais”. Transcrevo a lição do eminente constitucionalista:

²⁵⁰ DESANTES GUANTER, José María. *El Derecho a la Información en Cuanto Valor Constitucional*. Piura: Universidad de Piura, 1992, p.213.

²⁵¹ RODRIGUES PALOP, Maria Eugenia. *Los Interesses Colectivos em el Discurso de los Derechos Humanos*. In: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *Una Discusión sobre Derechos Colectivos*. Madrid: Dykinson, 2001, p.271-287.

²⁵² PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005, p.48.

²⁵³ COSSIO, Manuel de. *Derecho al Honor. Técnicas de Protección y Límites*. Valência: Tirantblanch, 1993, p.35.

²⁵⁴ SILVA, Regina Beatriz Tavares. MANOEL J. Pereira dos Santos. *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação*. Série GV Law. São Paulo: Saraiva, 2007, p.1003.

A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade de 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, 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 tem um dever. O direito de informar ao público os acontecimentos e ideias incide no 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. Os jornalistas e empresas jornalísticas reclamam mais seus direitos do que cumprem seus deveres.²⁵⁵

O dever de verdade que recai sobre a liberdade de informação não é simplesmente um dever moral. Pelo contrário, reveste-se de todos os atributos do dever jurídico.

Nas construções doutrinárias que relacionam a liberdade de informação e verdade, constata-se uma nota comum: o reconhecimento de que a liberdade de informação exerce uma função pública. Função esta que somente se justifica quando exercida conforme a verdade. Falsidades, distorções, simulações, leviandades não estariam conforme a função pública que a liberdade de informação deve exercer, de modo que desapareceria a razão da sua proteção, caracterizando o abuso.

O critério da “veracidade da informação” mostra-se proveitoso diante do conflito com o direito a honra. Todavia já não demonstra a mesma operacionalidade em face dos outros direitos da personalidade como a imagem e a vida privada.

Quando está em jogo o conflito entre liberdade de informação e vida privada, interessa menos a veracidade do fato e mais a existência de alguma causa justificadora da intromissão. Daí a necessidade de buscar o auxílio de outros critérios que permitam superar o conflito em sua totalidade.

3.2.3 O teste da ponderação *ad hoc* (*balancing*)

Partindo da consideração de que os direitos em choque não possuem caráter absoluto, um critério frequentemente usado para a solução do conflito consiste na ponderação dos direitos envolvidos conforme o caso concreto.

²⁵⁵ *Ibid.*, p.1003.

A regra é de fácil enunciação teórica, ainda que de problemática realização prática: o julgador deverá sopesar os interesses em conflito e determinar casuisticamente qual deles deve prevalecer.

Não existem valorações prévias ou direitos que antecipadamente desfrutem de maior prestígio. Somente as circunstâncias do caso concreto permitem determinar qual direito deve prevalecer, qual dos interesses pode ser sacrificado ou mitigado em detrimento de outro.

É preciso levantar as circunstâncias de cada caso concreto, determinar qual apresenta uma maior importância, uma maior relevância para o caso sob *judice*, ainda que posteriormente o problema possa ser resolvido em termos diametralmente opostos.

A ponderação (*balancing*) busca o equilíbrio dos direitos, traçando limites, estabelecendo compressões, restringindo o âmbito de incidência, tudo com os olhos voltados para as peculiaridades do caso concreto.

Como leciona Rodrigues:

No caso em que se produza uma colisão entre o direito à honra e a liberdade de expressão, é preciso proceder a ponderação do valor de cada um dos direitos em jogo, segundo as circunstâncias de cada caso, estabelecendo mediante dita ponderação se a intromissão na honra vem ou não justificada no exercício da liberdade de expressão.²⁵⁶

O critério da ponderação *ad hoc* apresenta uma vantagem em relação aos demais porque pode ser aplicado indistintamente a todo tipo de conflito envolvendo liberdade de informação e direitos de personalidade.

O critério apresenta uma grande imprecisão e pode ser qualificado de vago. Quais seriam os dados relevantes aptos a determinar que a liberdade de imprensa deveria prevalecer sob a honra ou vice e versa? Na realidade a ponderação é mais uma técnica de composição nos conflitos de princípios do que propriamente um critério determinante de solução destes.

A busca dos critérios de solução do conflito vai no sentido de municiar o julgador de elementos aptos a possibilitar este sopesamento. O critério da ponderação “*ad hoc*” não

²⁵⁶RODRIGUES PALOP, Maria Eugenia. *Los Interesses Colectivos em el Discurso de los Derechos Humanos*. In: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *Una Discusión sobre Derechos Colectivos*. Madrid: Dykinson, 2001, p.271-287.

acrescenta dados que permitam dotar o julgador de elementos mais concretos para realizar a ponderação. Quais os elementos que o Juiz deve considerar ao fazer o balanço dos interesses? E esta questão que a teoria dos critérios deve estar apta para responder e que fica sem solução pela simples afirmativa de que os interesses devem ser sopesados.

De qualquer forma, é importante ter em mente a necessidade de ponderação para dar aos princípios a sua máxima funcionalidade, não olvidando que o conflito de princípios deve ser composto com o equilíbrio dos interesses opostos e não com a simples aniquilação de um dos princípios em detrimento do outro. Daí a validade do “*balancing*” como instrumento para a exata composição dos interesses em litígio.

3.2.4 O teste do “interesse público”

É corrente a afirmação de que os direitos da personalidade, e o conflito com a liberdade de informação, devem ceder diante do interesse público.

O que significa “interesse público”? Quais os valores são englobados por esta expressão? Em que medidas tais interesses sobrepõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente consagrado?

A lei de imprensa (lei n.5.250/67), revogada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, foi pródiga no que diz respeito a ponderar sobre o “interesse público” como critério para solução do conflito de princípios. A propósito, constava expressamente na regra, a determinação de que “não constituíam abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação: a crítica inspirada pelo interesse público” (art.27, VIII, da Lei n.5.250/67).

Uma primeira delimitação seria identificar o interesse público como interesse de toda comunidade, excluindo desde logo o interesse particularizado de grupos.

O “interesse público” remete ao conjunto de valores que são mais caros à sociedade, que dizem respeito à sua própria estrutura, que viabilizam a sua existência e tratam do funcionamento das suas instituições fundamentais.

Neste sentido a crítica aos agentes públicos, ao funcionamento das instituições de Estado, ao governo em geral, está amparado por inegável interesse público. O relatório fiel dos atos dos Poderes da República vem amparado pelo interesse público, representado pelo interesse no funcionamento dos órgãos de governo como parte do processo democrático.

A aplicação deste critério encontra-se em julgado do TJSP, relatado pelo Des. Lino Machado²⁵⁷. Trata-se de uma ação indenizatória promovida por Delegados de Polícia, os quais consideraram abusiva reportagem publicada por jornal na qual eram relatadas acusações formuladas por um investigador de polícia contra delegados. Entendeu o Tribunal que a matéria jornalística não extrapolou o âmbito do interesse público de informar reconhecendo uma compreensão da órbita do direito à honra dos agentes públicos:

Tratando-se os autores de autoridades policiais, estão, sem dúvida, sujeito as acusações infundadas, que, mesmo assim, demandam apuração, no âmbito administrativo. Se à imprensa incumbe o papel de finalizar o bom exercício das funções públicas as quais são desempenhadas a serviço da sociedade, não se pode acoiar de abusiva sua ação de divulgar fatos dos quais tinham tomado conhecimento e que poderiam revelar a existência de falhas na administração pública o mesmo crime cometido por funcionário público, desde que não estivesse a acusar ninguém mais só a apontar, fundada em fatos já constatados a existência de obscuridades que deviam ser esclarecidas pelas autoridades competentes. E como se torna possível conciliar a liberdade de imprensa com o respeito à boa fama das pessoas exercentes de cargos públicos. Fossem os autores cidadãos comuns em maior rigor haveriam de exigir-se do jornal na divulgação dos fatos; autoridades públicas que são, no entanto a publicação circunspecta dos fatos e das providências para apurá-los era dever da imprensa, pois o interesse público de que os fatos fossem apurados sobrelevava ao interesse privado dos autores de manterem intocada sua imagem por notícia que, tenuamente, podia deixá-los sob suspeita de envolvimento com contrabandistas. É um dos ônus do exercício da função pública, tanto maior quanto maior for a responsabilidade do cargo mais poderosos sejam os interesses contra os quais o funcionário tenha que combater.²⁵⁸

A licitude da conduta da imprensa exige a presença do interesse informativo, representado pela difusão de fatos atuais e com transcendência pública. Este interesse informativo não é equivalente a curiosidade do público, nem se pode medir com critério do número maior ou menor de vendas que provocam determinadas notícias, ou, com os resultados dos índices de audiência no caso dos espaços audiovisuais.

Não é o interesse informativo o ponto de encontro entre a curva da oferta jornalística e a curva da demanda do público. Vontade popular, curiosidade coletiva, bisbilhotice

²⁵⁷ Ap. n. 210.334-1 j.21.3.1995. Disponível em: <www.tjsp.gov.br/deciso.es>. Acesso em: 05 jun.2015.

²⁵⁸ N. 210.334-1 j.21.3.1995. Disponível em: <www.tjsp.gov.br/deciso.es>. Acesso em: 05 jun.2015.

mórbida, intromissão leviana e sensacionalista na vida alheia não se confundem com o “interesse público”.

3.2.5 O teste do “abuso do direito”

Na prática judiciária, por vezes, o uso anormal da liberdade de informação é denominado “abuso do direito”. Todavia a expressão não pode ser mantida se um conteúdo mais preciso, sob pena de transformar-se em simples jogo de palavras, numa construção formal sem conteúdo material.

Menezes Cordeiro identifica duas concepções de abuso do direito: de um lado a concepção francesa, de carácter subjetivo; para esta corrente, o abuso é identificado como um ato praticado no limite formal do direito subjetivo, mas com finalidade escusa, com intuito de prejudicar, etc.²⁵⁹

A outra vertente é a concepção alemã, no qual o abuso do direito se desvincula dos aspectos subjetivos para buscar um tom objetivo. Para esta corrente é preciso reconhecer em cada direito uma finalidade. O desvio da finalidade do direito, ainda que sob o manto dos limites formais do direito subjetivo, levaria ao reconhecimento do abuso do direito.²⁶⁰

Assim é possível constatar a existência de definições variadas para o abuso do direito, que vão desde noções como o ato praticado com o intuito de prejudicar, ou ato sem benefício para o titular, passando por concepções que caracterizam o abuso como ato praticado em desconformidade com a finalidade teológica do direito, para culminar em definições que tratam do tema como uma aplicação da boa-fé no exercício dos direitos subjetivos.

Parte-se da concepção subjetiva, onde o que determina o abuso é a intenção de prejudicar ou o exercício sem proveito para o titular, para uma concepção mais objetiva. Nesta última, a ênfase é colocada sobre a conduta, analisada objetivamente, verificando se o exercício do direito obedece à boa-fé.

²⁵⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra, Almedina, 2001, p.688.

²⁶⁰ Exemplo deste tipo de pensamento citado por Menezes Cordeiro (ob. cit., v.II. p.689,ss, item III) é o § 226 do BGB (Bürgerliches Gesetzbuch – Código Civil Alemão, 1/1/1900): “O exercício de um direito é inadmissível se unicamente pode ter a finalidade de causar dano a outra pessoa”. Observa Menezes Cordeiro que tal dispositivo do BGB, destinado a combater o que a doutrina denomina “chicana”, procura afastar os elementos subjetivos para adotar um critério mais objetivo e controlável, consistente na finalidade do direito.

A boa-fé passa a ser o critério de aferição do exercício regular do Direito. Por meio desta cláusula geral o aplicador do Direito tem meios para conter o uso abusivo do direito, ainda que sobre a pretensa aparência de observância dos limites formais do direito subjetivo. Os limites formais já não são manto para proteger o titular que age deslealmente, seja com intuito de prejudicar outrem seja ferindo os preceitos da ética e do bem comum.

No que concerne à liberdade de informação pode-se afirmar que a sua finalidade é propiciar a formação da opinião pública, base do regime governamental. Logo, possível reconhecer o abuso do direito quando a publicação não se destina a contribuir para a formação da opinião pública, mas motivada por outros interesses inconfessáveis, com a intenção de difamar, de vingar, de bisbilhotar a vida alheia, de lucrar, etc.

Tudo se resume, então, à questão de prova. Havendo elementos suficientes para concluir que sob a aparência formal de obediência do direito, o que existe é a intenção de lesar, injustificada agressão ao direito alheio, o abuso deve ser reconhecido.

A boa-fé, como elemento substancial na determinação do abuso do direito, pode revestir-se de grande importância na solução do conflito liberdade de informação versus direito da personalidade. Exige-se uma conduta honesta, ética, leal, pautada pelo respeito à confiança despertada na outra parte da relação e do mundo jurídico como um todo.

3.3 LIMITES À LIBERDADE

Quando a liberdade é utilizada de forma errada, sendo aquela que implica ofender o outro, ameaçar a vida das pessoas e violar o que é tido como sagrado, não deve ter lugar numa sociedade que se quer minimamente humana. Em muitas situações, a liberdade do outro se transforma em liberdade contra o outro. Silva conceitua que:

O direito de liberdade consiste na ausência de toda a coação anormal, ilegítima e imoral. Daí se conclui que toda a lei que limita a liberdade precisa ser normal, moral e legítima, no sentido de que seja consentida por aqueles cuja liberdade restringe. [...] Nessa noção, encontramos todos os elementos objetivos e subjetivos necessários à ideia de liberdade; é poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade. E aqui, aquele sentido histórico da liberdade se insere na sua acepção jurídico-

política. Assim, por exemplo, deixar o povo na ignorância, na falta de escola, é negar-lhe a possibilidade de coordenação consciente daqueles meios; oprimir o homem, o povo, é retirar-lhe aquela possibilidade, etc., desse modo, também, na medida em que se desenvolve o conhecimento, se fornecem informações ao povo, mais se amplia a sua liberdade com abrir maiores possibilidades de coordenação dos meios necessários à expansão da personalidade de cada um.²⁶¹

O limite da liberdade de expressão pode ser comentado por Kathleen M. Sullivan e Gerald Gunther, que resumiram o assunto:

A supressão de uma opinião é errada, seja ou não tal opinião verdadeira; se for verdadeira, a verdade é negada à sociedade; se for falsa, é negada à sociedade uma melhor compreensão da verdade que surge no conflito dela com o erro; e quando a opinião recebida é em parte verdadeira e em parte errada, apenas permitindo a exposição de visões discrepantes da sociedade, que poderá saber a verdade por inteiro.²⁶²

A liberdade de expressão é classicamente entendida como um direito que enseja prestações negativas do Estado, o qual deve se abster de interferir nas manifestações privadas.

A doutrina costuma dizer que regras são “mandados de definição” aplicáveis pelo critério do “tudo ou nada”, de forma que quando ocorrer subsunção do fato à norma, elas devem incidir. Em outras palavras, com relação a uma regra, ou ela se aplica ao caso concreto ou ela não se aplica; não há possibilidade de aplicação parcial da regra. Caso ocorra um conflito entre regras, ele deve ser solucionado por um dos critérios tradicionais de solução de antinomias: o hierárquico, segundo o qual a lei hierarquicamente superior prevalece sobre a inferior; o cronológico, segundo o qual a lei posterior prevalece sobre lei anterior; ou o da especialidade, segundo o qual a lei especial prevalece sobre a lei geral.²⁶³

Segundo Barroso o exercício da liberdade de expressão é expressamente trazido pelo texto constitucional conforme segue abaixo:

a) Art. 5º, IV – traz vedação expressa à divulgação anônima de ideias ao dispor que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

²⁶¹SILVA, Jose Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. In: Revista de Direito Administrativo, vol. 212.1998, p.97.

²⁶²SULLIVAN, Kathleen M.; GUNTHER, Gerald. *Constitutional Law*. New York: Foundation Press, 2007, p.93.

²⁶³BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.328.

b) Art. 5º, V – assegura o direito de resposta e a indenização por dano material, moral ou à imagem. Ou seja, o legislador constitucional tutelou a liberdade de expressão, mas não deixou de reconhecer que outros direitos fundamentais podem ser violados por uma liberdade de expressão exercida de maneira abusiva. Para tal situação, foram previstas as citadas medidas que podem ser utilizadas pelo lesado para fazer valer o seu direito fundamental.

c) Art. 5º, X – tutela a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando sua indenização por dano material ou moral em caso de sua violação. Os direitos à intimidade, à vida privada e à honra são os que mais frequentemente colidem com a liberdade de expressão na internet.

d) Parágrafos do art. 220 – trazem uma série de restrições específicas ao exercício da liberdade de expressão, passando pelos já citados incisos do artigo 5º e também pelos incisos XIII e XIV, além de trazerem regras que visam à proteção da criança e do adolescente quanto a espetáculos, programação de rádio ou televisão de conteúdo inadequado para as faixas etárias, também trazem restrições às propagandas relacionadas ao tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias. O parágrafo 5º se preocupa, ainda, em evitar o estabelecimento de monopólios ou oligopólios.

A liberdade de expressão esbarra então em barreiras bem determinadas na dignidade da pessoa humana. A liberdade deve funcionar como termômetro na aferição de tudo que pertence ao mundo jurídico, servindo assim como princípio interpretativo de direitos e liberdades. Não há de se confundir o interesse público com o interesse do público, mesmo porque o interesse do público pode se traduzir em vontade de vasculhar a vida e intrigas relacionadas com a vida de pessoas públicas, o que, indubitavelmente, nem sequer chega a beirar as raias daquilo que possa a ser considerado interesse público.

Segundo Pinho, a liberdade de informação refere-se essencialmente “à informação verdadeira, assim ocorrendo porque a imprensa é formadora de opinião pública, com relevante função social, possibilitando o amplo desenvolvimento da liberdade de opção da sociedade para reforçar o regime democrático”.²⁶⁴

²⁶⁴PINHO, Judicael Sudário de. *Colisão de Direito Fundamentais: liberdade de comunicação e direito à intimidade*. Revista Themis, Fortaleza, CE, v. 3, n. 2, 2003, p.107.

A publicação da verdade é a conduta que a liberdade proclamada constitucionalmente tutela, pois o direito a ser informado, inerente à liberdade de informação e de expressão, não se perfaz quando se recebe notícias irreais.²⁶⁵

Novelino, com base nos ensinamentos da doutrina espanhola, aponta três limites ao exercício da liberdade de expressão:²⁶⁶

I – veracidade: a velocidade de transmissão das informações nos dias de hoje exige uma investigação proporcional, no sentido de que seja feito todo o esforço “possível” para se averiguar a veracidade da informação (“constitucionalmente veraz”). Como os equívocos não serão raridade, o direito de retificação, em contrapartida, também deve ser assegurado de maneira rápida;

II – relevância pública: o que se protege é a informação necessária à formação da opinião pública, em razão da sua importância dentro do sistema político. Por isso, a informação deve ser de “interesse geral” ou “relevante para a formação da opinião pública”, eixo em torno do qual gira este direito;

III – forma adequada de transmissão: a informação deve ser transmitida de maneira adequada para a formação da opinião pública, sem se estender a aspectos que não interessam a este ponto de vista e sem conter expressões injuriosas ou insultantes às pessoas sobre cuja conduta se informa.

A liberdade de informação jornalística restará configurada nos casos em que houver, também, alguma relevância social nos acontecimentos veiculados e for transmitida de forma adequada. Marmelstein assim expõe:

Apesar de a liberdade de expressão, em suas diversas modalidades, ser um valor indispensável em um ambiente democrático, infelizmente, o que se tem observado com muita frequência é que a mídia nem sempre age com o nobre propósito de bem informar o público. Muitas vezes, os meios de comunicação estão interessados em apenas vender mais exemplares ou obter índices de audiência mais elevados. Por isso, é inegável que a liberdade de expressão deve sofrer algumas limitações no intuito de impedir ou diminuir a violação de outros valores importantes para a dignidade humana, como a honra, a imagem e a intimidade das pessoas, ou seja, os chamados direitos da personalidade.²⁶⁷

²⁶⁵ *Op. Cit.* p.107.

²⁶⁶ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2010, p.927.

²⁶⁷ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2013, p.532.

A liberdade do outro estará, portanto, sempre vinculada ao reconhecimento recíproco de que o ser humano não pode ser degradado ou coisificado, o que constitui a base da convivência humana em sociedade.

A liberdade de expressão somente existe em virtude do ser humano; posto isso, é importante frisar que o homem é quem deve estabelecer os limites da liberdade de expressão, pois é inadmissível que a referida liberdade tenha caráter absoluto.

CONCLUSÃO

Os direitos à liberdade de expressão, de informação e de manifestação do pensamento representam diferentes projeções do princípio fundamental da liberdade, que é sustentáculo do Estado Democrático de Direito.

Compreender a liberdade de expressão no contexto atual nos chama a atenção para o que é mais garantido, mais essencial na democracia que é o direito de falar. De nada adianta proteger a liberdade da fala se somente alguns a possuem. Do ponto de vista filosófico, há uma liberdade absoluta, que se contrapõe a uma responsabilidade, e o abuso no exercício deste direito, gera responsabilização. O direito de liberdade é tão importante que é protegido constitucionalmente, e elevado a direito fundamental.

O conceito de opinião pública democrática se ampara na concepção da liberdade de expressão como fundamento da democracia, considerando a comunicação e a política como campos inter-relacionados. Isso implica a revisão do conceito de mídia, que passa a ser considerada, em visão ampliada pelo contexto da comunicação pública, como questão central das teorias democráticas, reforçando assim um papel político que nem sempre é admitido pela concepção liberal da mídia.

Por essa razão, tais liberdades foram incluídas no rol dos direitos e garantias fundamentais, previstos no artigo 5º da Constituição Federal, havendo previsões acerca do tema em inúmeros incisos, bem como em outros dispositivos pulverizados no corpo da Constituição.

A liberdade é um elemento pervasivo no pensamento moderno. Ela é parte intrínseca da história do que chamamos modernidade e tem dominado o pensamento ocidental nos últimos dois ou três séculos. Embora o tradicional reconheça nominalmente a liberdade de expressão como fundamental para a definição da democracia, elas divergem radicalmente sobre o papel que o Estado desempenha em relação a essa liberdade. Neste sentido, Freitas assevera que “[...] muitas vezes esse impasse provoca, desgraçadamente, o uso do terror e da violência como forma de expressão de ideias [...]”.²⁶⁸

Neste sentido, tutela-se a liberdade de expressão do pensamento. A liberdade de exteriorização do pensamento, também chamada de liberdade de opinião: nada mais é do que

²⁶⁸ FREITAS, Júnior de. “A Imprensa da Liberdade”. *Folha de São Paulo*- 23/09/2012.

o direito de formular juízos, conceitos e convicções e exteriorizá-los livremente. Seu fundamento jurídico encontra-se no art. 5º, IV, da Constituição: é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

Vale ressaltar o “art. 220 da Constituição que preceitua que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”.

Os direitos adjetivados como fundamentais possuem um *status* jurídico específico, marcado, dentre outras coisas, pela universalidade e aplicabilidade imediata, contudo passíveis de ponderação e limitação, quando em conflito entre si. Somente uma intervenção da coletividade no direito à liberdade de expressão, implicaria, em determinadas situações, em agressão à própria dignidade da pessoa humana.

É sob essa perspectiva que devem ser consideradas as liberdades de manifestação do pensamento, de expressão e de informação, asseguradas pela Constituição Federal. O Brasil dispõe nos dias de hoje, uma das mais avançadas legislações de acesso à informação do planeta, através da Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), que têm conseguido defender o critério fundamental para a formulação e avaliação de uma forma política pública garantidora da liberdade de expressão.

A liberdade de imprensa, como direito fundamental, encontra seus limites no conflito com outros direitos de mesma magnitude com que precisa necessariamente coexistir no sistema jurídico. Nesse sentido, se, por um lado, a Constituição Federal assegura os direitos à liberdade de expressão, de informação e de manifestação do pensamento, por outro lado, impõe a obrigação de reparação quando desses direitos resultam lesão a direitos de terceiros.

Assim, muito embora a liberdade de imprensa seja a mais ampla possível, ao contrário do que muitas vezes possa aparentar, ela não é ilimitada. A imprensa não pode atuar de forma abusiva, em prejuízo de particulares ou da sociedade como um todo, pois se assim proceder, ser-lhe-á imputado o dever de pleno ressarcimento. Deve haver um equilíbrio, para que as minorias recebam um tratamento justo, visando coibir qualquer forma de abuso de uma posição dominante.

É primordial refletirmos sobre a natureza e as funções dos meios de comunicação a fim de que se chegue a uma concepção de que os mesmos são serviços públicos, principalmente por sua influência sobre a opinião pública.

Do mesmo modo que é assegurada a liberdade de imprensa, é garantido àqueles que sofrerem danos de ordem moral ou material ou que são atingidos na sua intimidade em decorrência da atuação da imprensa o direito de ressarcimento, independentemente da possibilidade do exercício do direito de resposta.

Os abusos da imprensa envolvem a colisão de dois princípios: a liberdade de imprensa versus a tutela dos direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada). A liberdade de imprensa é fundada no próprio estado democrático de direito, insculpido no artigo 1º da CRFB/88. De outro lado, os direitos fundamentais, embasados na dignidade da pessoa humana, tal como previsto, também no artigo 1º, III, da CRFB/88. O artigo 5º, X,²⁶⁹ trata dos direitos da personalidade, onde se encontra prevista a proteção da intimidade, vida privada, honra e imagem. Tais direitos são tidos por invioláveis e a constituição assegura indenização em caso de lesão. Indenização esta, que compreende o dano material e o dano moral. Na mesma linha, o inciso V, do artigo 5º da constituição²⁷⁰, consagra a indenização por dano material e moral nos casos de ofensa à honra e à imagem.

A liberdade de expressão em relação à internet, à música, literatura e artes plásticas, não deve ser coibida, a menos que ocorra abuso no exercício deste direito. Deve haver limites sempre que houver ofensa à honra, intimidade, vida privada e imagem das pessoas, restando ao causador do dano a obrigação de repará-los moral e materialmente, subsistindo por vezes, a responsabilidade criminal decorrente da conduta.

A liberdade de expressão, como o direito à informação são direitos fundamentais públicos, que acabam por afetar as pessoas individualmente, como também o desenvolvimento da sociedade e da vida social.

O que liga os direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, nos seus teores históricos e filosóficos, demonstra a pertinência desses direitos e que são inerentes da pessoa humana, delineando toda sua universalidade como ideal.

Os direitos fundamentais surgem como um instrumento de proteção do sujeito contra todo tipo de violência, e possuem um valor universal, ou seja, devem ser reconhecidos e respeitados por todos os homens, em todos os tempos e sociedades. Um meio bastante seguro

²⁶⁹*Constituição Federal Brasileira (1988)*, Artigo 5º, X - “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

²⁷⁰*Constituição Federal Brasileira (1988)*, Artigo 5º, V - “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

para exercer o direito de informar sem violar a dignidade alheia é o exercício de se colocar no lugar do outro.

A liberdade de comunicação deve ser feita sempre com base no interesse público sobre o fato noticiado e na necessária preservação da intimidade, da imagem e da dignidade da pessoa. Analisando hipóteses em que prevalecerá o direito de informar e hipóteses em que a dignidade humana limitará o exercício daquele direito que se faz um breve exame da liberdade de expressão. Este trabalho se incrementa entre nós justamente por isso, porque pode oferecer elementos teóricos para que o leitor constate tal carência no nosso Sistema Democrático, o que nem sempre é tarefa fácil em nossa relativista sociedade técnico-industrial, e para motivar uma compreensão material da própria constituição, oferecendo várias alternativas que podem perfeitamente ser transportadas do texto para a realidade brasileira: necessidade de ensinar os direitos fundamentais em mecanismos de exercício da cidadania nas escolas, de criar o desejo da comunidade de ter e estar imersa na constituição, de cobrar a seriedade das forças político-partidárias como forma de assegurar o sentimento constitucional, etc.

Partindo-se da premissa de que o homem é, ao mesmo tempo e integralmente, um ser social e individual, matéria e espírito, animal e racional, enfim, complexo, reconhece-se que a tradição democrática coaduna-se com essa complexidade do ser humano. Por fundamentar-se na dignidade da pessoa humana, a filosofia democrática é a única capaz de inspirar um regime político verdadeiramente equilibrado, que concilie a dimensão individual com a dimensão social do ser humano, seus anseios de iniciativa criadora e as exigências sociais de Justiça, assim como seus direitos de liberdade.

A questão vai então residir no seguinte ponto: entre nós há um sentimento constitucional insuficiente para criar uma democracia constitucional devidamente legitimada, o que não impede que esse sentir seja despertado por uma atuação constitucionalmente adequada aos direitos fundamentais. A sobrevivência do Estado está adstrita ao desenvolvimento intelectual de seu povo, que depende diretamente do livre câmbio de ideias.

Além dos apontamentos analíticos indicados sobre este eixo, há que se ressaltar que as opiniões emitidas demonstram um bom nível de conhecimento sobre a temática da liberdade de expressão. A existência de um poder dos meios de comunicação não é suficiente para negar a liberdade de expressão e manifestação do pensamento como direito individual.

A democracia depende de uma sociedade civil educada e bem informada cujo acesso à informação lhe permite participar tão plenamente quanto possível na vida pública da sua sociedade e criticar funcionários do governo ou políticas insensatas e tirânicas. Os cidadãos e os seus representantes eleitos reconhecem que a democracia depende de acesso mais amplo possível a ideias, dados e opiniões não sujeitos a censura. Um debate livre e aberto resulta geralmente que seja considerada a melhor opção e tem mais probabilidades de evitar erros graves. O receio de um “retorno à censura” tão mencionado pela imprensa brasileira atualmente, parece impedir a verdadeira proteção de bens constitucionais como a capacidade de emitir opiniões.

Não há como negar os avanços no campo da liberdade de expressão após a promulgação da CFRB/88. Não há mais censura pública, a imprensa exerce sem maiores temores o seu papel de “fiscalização” dos governos e os artistas produzem as suas obras com liberdade. Uma garantia possibilitadora de que a vontade coletiva seja formada através do confronto livre de ideias, e todos os grupos e cidadãos tenham a possibilidade de participar. E é a projeção institucional – a liberdade de imprensa – que confere maior transparência ao funcionamento do Estado através de um “controle” dos governantes pelos governados.

O bom funcionamento da democracia portanto, está ligado à existência de um debate público dinâmico. O sujeito real da democracia contemporânea, não é, infelizmente, o cidadão participativo, mas o consumidor apático, que através do jornal da TV, assiste as notícias sobre o último escândulo político pelos veículos de comunicação de massa.

Acontece que na sociedade desigual como a brasileira, em que os meios de comunicação são explorados por entidades privadas visando o lucro, as maiores barreiras existentes para o exercício da liberdade de expressão não provém do Estado, mas da própria estrutura social. Os pobres e excluídos continuam sem voz e os meios de comunicação de massa permanecem escandalosamente concentrados nas mãos de poucas pessoas que mantêm, em regra, relações “promíscuas” com os governantes.

Cabe esclarecer que a aplicação da democracia não traz privilégios a um determinado grupo específico e nem busca-se limitar de qualquer forma o direito de outrem, mas sim garantir a liberdade e direitos do coletivo.

Consegue-se perceber que é mais correto argumentar no sentido de que a liberdade de expressão não é apenas um valor instrumental, mas sim valores de igualdade, liberdade e democracia como um todo unitário. A liberdade de expressão não serve apenas para o

governo democrático, mas sim uma face de igualdade enquanto forem iguais respeito e consideração.

Conclui-se com este estudo que entender a liberdade de expressão implica pensar na forma com que os meios de comunicação podem fomentar fluxos públicos de discursos que alimentam um processo em que todos possam se fazer ouvidos na construção permanente do interesse público, vivendo e experimentando uma liberdade para transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá. *O closed caption, a legenda animada, como direito fundamental de informação de terceira geração*. Bauru: ITE, 2003. Dissertação (Mestrado) - Instituição Toledo de Ensino, 2003.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANDRADE, Fábio Martins de. *Mídia e Poder Judiciário: A influência dos Órgãos da Mídia no Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Aldo de Anime. *O rumor do conhecimento*. São Paulo em Perspectiva, v.12, n. 4, 1998. Disponível em: <http://www.seade.gov.br/produtos/spp/v12n04/v12n04_10.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de Expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*". In: Temas de Direito Constitucional. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas - Limites e possibilidade da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BIBLIOO. Disponível em: <<http://biblioo.info/liberdade-de-expressao-restabelecida/>>. Acesso 10 jul.2015.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Atualizada e Ampliada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. Apud BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade*. In: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (org.). *Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização*. Osasco: Edifício, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo, Editora Brasiliense, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORNHOLD, Rodrigo Meyer. *Liberdade de expressão e direito à honra. Uma nova abordagem no direito brasileiro*. Joinville, SC: Bildung, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/>>. Acesso em 27 abr.2015.

_____. *Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar

Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/>>. Acesso em: 02 jun.2015.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Constituição e Código Civil Brasileiro: âmbito de proteção de biografias não autorizadas*. In: JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio; SANTOS, Márcio Gil Tostes dos. *Constituição Brasileira de 1988. Reflexões em Comemoração ao seu 25º Aniversário*. Curitiba: Juruá, 2014.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CARMI, Guy E. *Dignity versus liberty: the two western cultures of free speech*. 2008, pp. 47 – 48. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1246700>>. Acesso em 28 mai.2015.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. *Direito à Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito à Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação*. São Paulo: RT, 2002.

CASO - STACY SNYDER: Disponível em: <<http://ciberdominiopublico.blogspot.com.br/2010/07/memoria-na-era-digital-e-o-findo.html>>. Acesso em 28 mai.2015.

CASTRO, Ana Lúcia Siaines de. *O valor da informação: um desafio permanente*. Datagramazero, Rio de Janeiro, v.3, n.3, jun. 2002. Disponível em: <http://www.dgz.org.br/out00/Art_01.htm>. Acesso em: 29 abr.2015.

CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na História*. Editora Revan. Rio de Janeiro/RJ, 2006.

CHAUÍ, Marilena. *O Poder da Mídia*. In: Observatório da Imprensa. Disponível em <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/_ed710_o_poder_da_midia>. Acesso em 15 mai.2015.

COSSIO, Manuel de. *Derecho al honor*. Técnicas de protección y límites. Valência: Tirantblanch, 1993.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Ed. Juspodium, 2011.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php>>. Acesso em 29 abr.2015.

DESANTES GUANTER, José María. *El derecho a la información en cuanto valor constitucional* - Piura: Universidad de Piura, 1992.

DEWEY, John. *Liberalismo, Liberdade e Cultura*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1970.

DOBSON, Andrew. *Listening: The New Democratic Deficit*. Political Studies, 2012.

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

EMERSON, Thomas Irwin. *The System of Freedom of Expression*. New York: Random House, 1970.

ESTADÃO. Disponível em <<http://cultura.estadao.com.br/noticias/literatura,biografias-sao-liberadas-no-brasil,1703844>>. Acesso em 10 jun.2015.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação*. Rádio, televisão e internet. 2009.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000.

_____. *Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e proteção constitucional*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.

FARIAS, Marcelo Santana. *O Direito à Informação como Pressuposto de Efetividade dos Direitos Fundamentais*. Monografia de Conclusão de Curso. Juspodium, Salvador, 2008.

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS. *O Código de Ética dos Jornalistas*, 2010. Disponível em: <<http://www.fenaj.org.br/comhumanos.php>>. Acesso em 30 abr.2015.

FERREIRA, Aluizio. *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira*. São Paulo: Celso Bastos, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

FILHO, Sérgio Cavaliere. *Programa de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004.

FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Tradução e Prefácio de Gustavo Binbenjy e Caio Mário da Silva Pereira Neto. São Paulo: Renovar, 2005.

FIÚZA, César. *Curso avançado de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FREITAS, Júnior de. "A Imprensa da Liberdade". Folha de São Paulo, 23/09/2012.

GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

GARGARELLA, Roberto. *El Derecho A La Protesta*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. São Paulo: Atlas, 1991.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. *A Liberdade da Imprensa e os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES. Andréia Sofia Esteves. *A dignidade da pessoa humana e o seu valor jurídico partindo da experiência constitucional portuguesa*. In: MIRANDA, Jorge (coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana – São Paulo: Quartier Latin, 2008.*

GOMES, Marcos Emílio. *A Constituição de 1988, 25 anos – A Construção da Democracia e Liberdade de Expressão: O Brasil antes, durante e depois da Constituinte*. São Paulo: Instituto Vladimir Herzog, 2013.

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

GLOBO. STF decide liberar publicação de biografias sem autorização prévia. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2015/06/stf-decide-liberar-publicacao-de-biografias-sem-autorizacao-previa.html>>. Acesso em 11 jun.2015.

GLOBO. COM. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cultura/stf-vota-pelo-fim-da-autorizacao-previa-de-biografias-16403981#ixzz3g3s1evJk>>. Acesso 10 jul.21015.

GLOMB, José Lúcio. 2012. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/>>. Acesso em: 18 mai.2015.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Volume I, 1997.

JEFFRIES, Stuart. *Why we must remember to delete – and forget – in the digital age*. The Guardian, 30/06/2011.

JUNIOR RODRIGUES, Otavio Luiz. *Brasil Debate Direito ao Esquecimento desde 1990*. 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990>> Acesso em: 17 jun.2015.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Venício Arthur de; GUIMARÃES, Juarez. *Liberdade de Expressão, As Várias Faces de um desafio*. São Paulo: Paulus, 2013.

LOUIS Brandeis. “*What Publicity Can Do*”- Harpers’s Weekly, 20/12/1913.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2013.

MARINHO, Inezil Penna; MARINHO, Marta Diaz Lopes Penna. *Estudos das Diferenças entre o Jusnaturalismo, Historicismo, Sociologismo, Normativismo e Culturismo e o Jusnaturalismo no Brasil*. Brasília: Instituto de Direito Natural, 1980.

MARTINS, Paula. *O direito internacional e a liberdade de informação*. In: AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DOS DIREITOS DA INFÂNCIA; ARTIGO 19. Acesso à informação e controle social das políticas públicas. Coordenação: Guilherme Canela e Solano Nascimento. Brasília, DF: 2009.

MARTINS, Fernando Barbalho. *Do Direito à Democracia. Neoconstitucionalismo, Princípio Democrático e a Crise no Sistema Representativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo – SP, Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Cláudio Ari. *Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade*. in.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Curso de Direito Civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2008.

_____. *Constituição da República Anotada e Interpretada*. Campo Grande: Contemplar, 2013.

_____. *Código Civil Comentado e Interpretado*. Campo Grande: Contemplar, 2013.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra, Livraria Almedina, 2001.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: tomo I. Preliminares: o Estado e os Sistemas Constitucionais*. Coimbra: 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. Teoria Geral. Comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. Coleção Temas Jurídicos. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

_____. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Walter. *Direito à própria imagem, I*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 61, n. 443, set. 1972.

MORAES, Maria Celina Bodin. *O Conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MOREIRA, Rogério de Meneses Fialho. *Direito ao esquecimento na sociedade da informação*. *Revista Brasília em Dia*. Brasília, 2013. Disponível em:

<<http://portaldireitodigital.blogspot.com.br/2013/07/direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da.html>>. Acesso em: 28 abr.2015.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. *Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e 1.000 questões*. São Paulo: Editora Adeptos, 2006.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2010.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OEA. *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights*, 1998, v. 3: report of the Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression; 16 de abril de 1999.

OST, François. *O Tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PADRÓS, Enrique Serra. *Usos da Memória e do Esquecimento na História*. Revista Letras, Santa Maria, n. 22, 2001.

PASQUALI, Renata. *O devido processo legal e a liberdade de imprensa*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, Editor, 2009.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005.

PIOVESAN, Flavia. (Coord.). *Direitos humanos*. vol. I, Curitiba: Juruá, 2007.

PINHO, Judicael Sudário de. *Colisão de Direito Fundamentais: liberdade de comunicação e direito à intimidade*. Revista Themis, Fortaleza, CE, v. 3, n. 2, 2003.

PIZARRO, Ramón Daniel; *Responsabilidade civil dos meios de comunicação* (Danos por notícias inexatas ou agraviantes); Editorial Hammurabi, S.R.L.; Buenos Aires, 1991.

POLLAK, Michael. “*Memória, esquecimento e silêncio*”. Estudos Históricos, vol.3, 1989.

PORTELA, Airton. *Constituição Pressupõe Direito Fundamental ao Esquecimento*. 2014. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-jun-18/airton-portela-constituicao-pressupoe-direito-esquecimento>> Acesso em: 20 ago.2015.

RICCI, Rudá. *Controle social: um conceito e muitas confusões*. Revista Espaço Acadêmico, Maringá, n. 98, Jul. 2009.

RICOEUR, Paul. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Paris: Seuil. 2000.

_____. *A memória, a história, o esquecimento*. Tradução de Alain François. Campinas: UNICAMP, 2007.

ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*. Madrid: BOE, 1994.

RODRIGUES, Álvaro Junior. *Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação*. Curitiba: Juruá, 2009.

RODRIGUES PALOP, Maria Eugenia. *Los intereses colectivos em el discurso de los derechos humanos*. In: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (ed.). Una discusión sobre derechos colectivos. Madrid: Dykinson, 2001.

RODOTÁ, Stéfano. *A vida na sociedade da vigilância – A privacidade hoje*. Organização Maria Celina Bodin de Moraes. Tradutores Danilo Doneda e Luciano Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de expressão e pluralismo – Perspectivas de Regulação*. São Paulo, Editora Saraiva, 2011.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

SCHACHTER, Madeleine; KURTZBERG, Joel. *Law of Internet Speech*. Durham: Carolina Academic Press, 2008.

SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

SERRANO, Vidal. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997.

SILVA, Jose Afonso da. "A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia". In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 212, 1998.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. MANOEL Joaquim Pereira dos Santos. *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação*. Série GV Law. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SORONDO, Fernando. *Os Direitos Humanos através da História*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SULLIVAN, Kathleen; GUNTHER, Gerald. *Constitutional Law*. New York: Foundation Press, 2007.

STIGLITZ, Joseph Eugene. *Transparency in Government*. WORLD BANK INSTITUTE. The Right To Tell: the role of the mass media in economic development, Washington, D.C.: World Bank, 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL (*STF*).

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiastf/anexo/ADI4815relatora.pdf>>. Acesso em 10 jul.2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (*STJ*).

Recurso Especial nº 1.335.153-RJ, 28 de Maio de 2013. 2013a. Disponível em:<www.stj.jus.br/recursos>. Acesso em 02 mai.2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (*STJ*).

Enunciado nº 404, Conselho da Justiça Federal (CJF), 15 de Dezembro de 2011. Disponível em: <http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/download.wsp/tmp.arquivo=2288>. Acesso em 30 abr.2015.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira. *Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa*. Uma proposta de reformulação do papel do Estado na garantia da liberdade de expressão. Tese de doutorado em Direito Público defendida na Universidade de Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, em 2010.

UOL. Disponível em: <<http://aovivo.folha.uol.com.br/2015/06/10/4175-aovivo.shtml>>. Acesso em 11 jul.2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. Parte Geral. v.1. São Paulo: Atlas, 2005.

ZH. *STF* vota pelo fim da autorização prévia de biografias. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/entretenimento/noticia/2015/06/stf-vota-pelo-fim-da-autorizacao-previa-de-biografias-4778679.html>>. Acesso em 11 jun.2015.

YAHOO. Decisão sobre biografias retoma papel do STF de fé na liberdade de expressão. 2015. Disponível em: <<https://br.noticias.yahoo.com/decis%C3%A3o-biografias-retoma-papel-stf-f%C3%A9-liberdade-express%C3%A3o-232200348.html>>. Acesso em 11 jun.2015.

WAT HOPKINS, Justice Brennan, Justice Harlan, and New York Times Co. v. Sullivan: *A Case Study in Supreme Court Decision Making*. COMM. L. & POL'Y, 1996.