

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

O DIREITO DE RESPOSTA
NA PROPAGANDA ELEITORAL

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Curso de Pós-Graduação em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: PROF. DR. RENÉ ARIEL DOTTI.

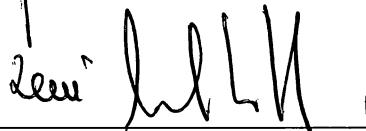
CURITIBA
1998

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

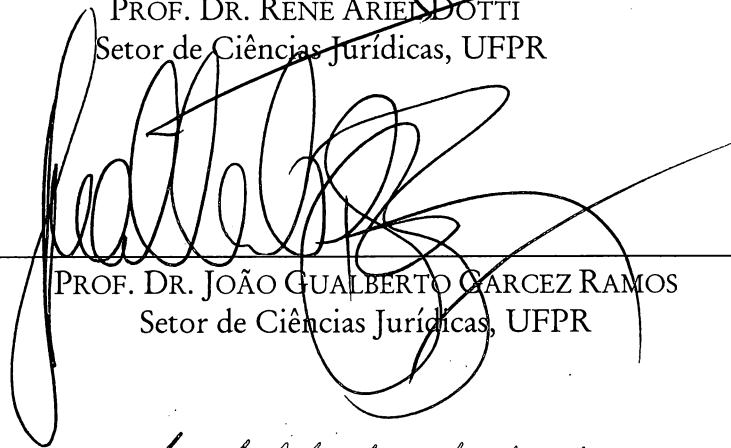
O DIREITO DE RESPOSTA NA PROPAGANDA ELEITORAL

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, na área de Direito do Estado do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

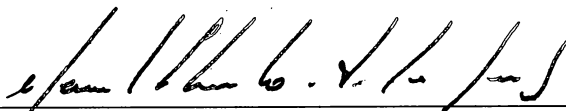
Orientador:



PROF. DR. RENÉ ARIEL DOTTI
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR



PROF. DR. JOÃO GUALBERTO CARCEZ RAMOS
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR



PROF. DR. MANOEL EDUARDO ALVES CAMARGO E GOMES
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba,

“... Não se trata de escolher entre a ordem e a liberdade, e sim entre a liberdade com ordem e a anarquia sem ambas. Se esta Corte não temperar sua lógica doutrinária com um pouco de sabedoria prática, correemos o risco de converter a Declaração de Direitos num pacto suicida” (Justice Jackson, *Terminiello v. Chicago* - 1949, *apud* Leda Boechat Rodrigues).

SUMÁRIO

RESUMO	viii
INTRODUÇÃO	1
PARTE I - A TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA	3
1 HISTÓRICO DA LIBERDADE E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ...	4
1.1 NA GRÉCIA ANTIGA	5
1.2 NA ROMA ANTIGA	6
1.3 A INFLUÊNCIA DO CRISTIANISMO E DE SEUS OPOSITORES ...	8
1.4 O FORO DE LEÓN E A MAGNA CARTA	9
1.5 A INFLUÊNCIA PROTESTANTE E O CONTRATUALISMO	10
1.6 A TEORIA LIBERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS PRIMEIRAS DECLARAÇÕES DE DIREITOS	13
1.7 A TEORIA DA ORDEM DE VALORES E A TEORIA INSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
1.8 A TEORIA SOCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	17
1.9 A TEORIA SOCIALISTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	18
1.10 A TEORIA DEMOCRÁTICO-FUNCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	19
1.11 AS DECLARAÇÕES DE DIREITOS CONTEMPORÂNEAS	19
2 A DOCTRINA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	21
2.1 DIREITOS, GARANTIAS E LIBERDADES	21
2.2 OS DIREITOS MATERIALMENTE FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE	23
2.3 NATUREZA E EFICÁCIA DAS NORMAS REVESTIDAS DE FUNDAMENTALIDADE FORMAL	27
2.4 CARACTERES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	28
2.5 AS CATEGORIAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA INTEGRAÇÃO	29
3 A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	33
3.1 O DIREITO À RESERVA DA INTIMIDADE	35
3.2 O DIREITO À INVIOABILIDADE DOMICILIAR	39

3.3	A INVIOLABILIDADE DOS SIGILOS TELEFÔNICO E EPIS- TOLAR	41
3.4	O DIREITO À IMAGEM	43
3.5	O DIREITO AO NOME	44
3.6	O DIREITO À HONRA E À REPUTAÇÃO	45
3.7	O DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL	48
3.8	O SIGILO PROFISSIONAL	50
3.9	O DIREITO AO ESQUECIMENTO	51
PARTE II - AS LIBERDADES DE COMUNICAÇÃO SOCIAL.....		53
4	RESSALVAS CONCEITUAIS	54
4.1	O DIREITO DE EXPRESSÃO NA LEGISLAÇÃO FRANCESA E NA JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA	57
4.1.1	A EXPERIÊNCIA FRANCESA	57
4.1.2	A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA	58
4.2	A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA .	61
4.3	APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO DE EXPRESSÃO EM OUTRAS LEGISLAÇÕES	66
5	A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO	68
5.1	A ESTRUTURA DO DIREITO À INFORMAÇÃO	68
5.2	O DIREITO DE INFORMAR	71
5.2.1	A LIBERDADE DE IMPRENSA	72
5.2.2	O PAPEL DA IMPRENSA NA SOCIEDADE	73
5.2.3	O MONOPÓLIO DA COMUNICAÇÃO	74
5.2.4	A TITULARIDADE DO DIREITO DE INFORMAR	76
5.2.5	A PROIBIÇÃO DA CENSURA PRÉVIA	77
5.3	O DIREITO DE SE INFORMAR	80
5.3.1	O LIVRE ACESSO ÀS FONTES DE INFORMAÇÃO	80
5.3.2	PROTEÇÃO DA CONFIDENCIALIDADE DAS FONTES DE INFORMAÇÃO	83
5.4	O DIREITO DE SER INFORMADO	85
5.5	O DIREITO CONTRA A INFORMAÇÃO ABUSIVA OU DISFUN- CIONAL.....	85
5.5.1	O DIREITO DE RETIFICAÇÃO	88
5.5.2	A CONTRIBUIÇÃO FRANCESA	89
5.5.3	O DIREITO DE RETIFICAÇÃO EM MATÉRIA INTERNACIONAL	92

5.5.4 A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA	95
5.5.5 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA	97
PARTE III - O EXERCÍCIO DAS LIBERDADES DE COMUNI- CAÇÃO	99
6 A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO	100
6.1 A LIBERDADE DE PROPAGANDA	101
6.2 A PROPAGANDA POLÍTICA	102
6.2.1 PROPAGANDA POLÍTICO-ELEITORAL. PROPAGANDA PARTIDÁRIA	107
6.2.1.1 Distinção conceitual	107
6.2.1.2 Panorama da propaganda eleitoral na legislação brasileira	109
6.2.2 AS LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS NA PROPAGANDA ELEITORAL	111
6.2.2.1 As limitações dos meios de veiculação da propaganda partidária e eleitoral	117
6.2.2.2 As limitações temporais da propaganda eleitoral	120
7 O ABUSO DO DIREITO DE EXPRESSÃO	124
PARTE IV - O DIREITO DE RESPOSTA	134
8 INTRODUÇÃO HISTÓRICA	135
8.1 A ORIGEM DO INSTITUTO	135
8.2 O DIREITO DE RESPOSTA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	138
8.3 O DIREITO DE RESPOSTA NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA	142
9 A DOCTRINA DO DIREITO DE RESPOSTA	147
9.1 FUNDAMENTOS DO DIREITO DE RESPOSTA	149
9.2 TEORIAS ACERCA DO DIREITO DE RESPOSTA	150
9.3 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE RESPOSTA	152
9.3.1 COMO LEGÍTIMA DEFESA	152
9.3.2 COMO INSTITUTO DE REPARAÇÃO E COMO SANÇÃO	156
10 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DO DIREITO DE RESPOSTA	158
10.1 A LEGITIMIDADE NO EXERCÍCIO DA RESPOSTA	158
10.1.1 A EXTENSÃO A LEGITIMIDADE	159
10.1.2 QUANTO À HOMONÍMIA	160
10.1.3 QUANTO ÀS PESSOAS JURÍDICAS	161
10.1.4 QUANTO ÀS EMPRESAS JORNALÍSTICAS.....	161
10.1.5 QUANTO AO FUNCIONÁRIO PÚBLICO	163

10.1.6 O DIREITO DE RESPOSTA POR OFENSA A PESSOA FALECIDA	164
10.2 O INTERESSE NA RESPOSTA	166
10.2.1 ANÚNCIOS	168
10.2.2 OPINIÕES	168
10.2.3 ATOS OFICIAIS.....	169
10.3 LIMITAÇÕES DA RESPOSTA	170
10.3.1 PERTINÊNCIA DE FUNDO E DE FORMA	170
10.3.2 A TUTELA DO INTERESSE DE TERCEIROS	172
10.3.3 A RESPEITO DOS BONS COSTUMES	173
10.3.4 O LIMITE LEGAL	173
10.3.5 A PROPORCIONALIDADE DA RESPOSTA DIANTE DA OFENSA	173
10.4 A INSERÇÃO EXTRAJUDICIAL DA RESPOSTA	176
11 A AÇÃO DE INSERÇÃO	179
11.1 ORIGEM HISTÓRICA	179
11.2 A AÇÃO DE INSERÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	180
11.3 A RECUSA DA INSERÇÃO	187
12 A AÇÃO ELEITORAL DE INSERÇÃO	194
12.1 O DIREITO DE RESPOSTA NAS LEIS ELEITORAIS	194
12.2 O PROCEDIMENTO DA AÇÃO ELEITORAL DE INSERÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	197
12.3 A AÇÃO DE INSERÇÃO E AS OFENSAS PROFERIDAS FORA DO HORÁRIO ELEITORAL	198
13 PROVIDÊNCIAS PARALELAS AO EXERCÍCIO DA RESPOSTA ...	203
13.1 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATENTADOS A DIREITOS DA DIGNIDADE	203
13.2 RESPONSABILIDADE CRIMINAL POR OFENSA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	207
CONCLUSÃO	214
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	220

RESUMO

A aceitação da idéia de personalidade jurídica como pressuposto lógico da própria noção de Direito, passa pela admissão da existência de um sistema de direitos fundamentais, como um conjunto harmônico e coerente de direitos (exercidos através do Estado), liberdades (exercidas perante o Estado) e garantias do cidadão (exercidas não contra o Estado, mas através deste). Em suma, não se admite a noção de personalidade jurídica, como um *prius* do próprio Direito, sem a existência de um conjunto de direitos que a tutelem, e que, por tal razão, são materialmente fundamentais. A harmonia e a coerência que caracterizam, por definição, um sistema, inauguram um conjunto de direitos, garantias e liberdades, que se complementam, e na medida em que se completam, se autolimitam, de modo a não permitir, como afirma CAMPION, que aquele que o titulariza o use de tal forma que a toda a vida em sociedade, ou a cada um individualmente, seria impossível utilizá-lo de forma idêntica¹. Desrespeitados esses limites — que integram o próprio perfil do direito, já que, como leciona ZANOBINI, “a idéia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado”² — surge o que CANOTILHO chama de colisão de direitos³, dando azo a um conflito que momentaneamente compromete a estabilidade do sistema jurídico, pois lhe retira a harmonia. Momentaneamente porque, a uma) o conflito é meramente aparente, já que, como afirma L.A MACHADO, “o Direito nunca é duvidoso”⁴, os fatos é que podem não oferecer uma conclusão imediata; a duas) porque o caráter autopoiético do sistema jurídico reclama, diante do conflito, uma reação imediata e eficaz que venha a dirimi-lo. Após resgatar a noção histórica de personalidade jurídica, trazendo à análise conjunta a tutela dos direitos fundamentais — elencando dentre esses, num rol intencionalmente limitado, o direito à reserva da intimidade, à inviolabilidade domiciliar, à inviolabilidade dos sigilos telefônico e epistolar, o direito à imagem, ao nome, à honra e à reputação, à integridade física e moral, ao sigilo profissional e ao esquecimento — centra-se o presente estudo na análise dos freqüentes conflitos que se instauram entre esses direitos e as liberdades de comunicação social, que agrupam a liberdade de expressão, como categoria genérica abrangente da liberdade de manifestação de pensamento e da liberdade de informação que, por sua vez, abarca o

¹ CAMPION, L. *La théorie de l'abus des droits*, p. 403, apud AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 1932. p. 36.

² ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Milão : Giuffré Editore, 1968. v. 4, p. 12.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra : Almedina., 1991 p. 657.

⁴ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987. p. 59. Parte Geral.

direito de informar, de se informar e de ser informado, e ainda, como garantia, o direito de proteção contra a informação abusiva ou disfuncional. Desse conflito, que não se resolve no nível normativo, mas no sopesamento casuístico dos direitos em choque, pois "o *Tatsbestand* de um direito é também, sempre, em primeiro lugar, um domínio potencial, só se tornando um domínio atual depois da averiguação das condições concretamente existentes"⁵, surge, como reação, o direito de resposta, entendido como o direito de contestar, pelo mesmo meio, uma opinião ou notícia que agrava ou prejudica de forma injusta, irrazoável ou errônea, a reputação, alguns dos aspectos essenciais da personalidade ou algumas das crenças fundamentais do replicante, efetuadas por qualquer meio de comunicação ao público. Proferido o agravo que justifique a resposta em período eleitoral (a partir da escolha dos candidatos em convenção partidária), reger-se-á o exercício do direito de réplica pela lei eleitoral, mediante a propositura da ação eleitoral de inserção que, como meio profilático e repressivo do rebaixamento moral dos debates e da propaganda eleitoral, não afasta, mas, ao contrário, se cumula com eventuais ações penais, cíveis ou administrativas cabíveis, dotando o sistema jurídico brasileiro de um conjunto de garantias que potencializam, sem precedentes, a efetividade dos direitos fundamentais.

⁵ CANOTILHO, p. 695.

INTRODUÇÃO

O exercício das liberdades, dos direitos e das garantias em um Estado Democrático de Direito, implica a discussão aberta de assuntos que, em períodos mais obscuros de nossa história, sempre foram relegados a segundo plano, por não encontrarem aplicação prática imediata.

Assim ocorre com o Direito Eleitoral, que é um dos ramos do direito brasileiro que, seguindo tendência generalizada em todo o direito público, mais se modificou nos últimos anos, até mesmo pela necessidade de regulamentar, quase que anualmente, a realização de eleições alternadas nas três esferas da federação, majoritárias e proporcionais. E ninguém desconhece que, embora o exercício da democracia não se esgote no sufrágio, este é, sem dúvida, sua manifestação mais efervescente.

E como todo processo que se (re)inicia, o sistema eleitoral brasileiro ainda necessita de várias correções, mormente no que respeita à propaganda eleitoral, onde se presenciam debates (nem sempre de idéias) que freqüentemente recorrem à técnica de tornar públicos, como recurso publicitário de grande eficácia, aspectos pessoais, íntimos, dos candidatos a um cargo eletivo, levando à situação, em certa medida contraditória, de transformar a garantia do debate político aberto num espaço franqueado à reiterada afronta dos mais caros direitos da personalidade.

Na proporção direta do rebaixamento moral desses debates, ganha cada vez mais relevo o instituto do direito de resposta, como instrumento de reação aos abusos cometidos na propaganda eleitoral, e como meio de potencialização da eficácia da tutela dos direitos da dignidade humana ofendidos pelo ato de comunicação abusivo.

É sob essa ótica que o direito de resposta será analisado no presente estudo, sempre lançando raízes na doutrina estrangeira, pois apenas agora estamos

enfrentando questões teóricas que em países de vivência democrática mais arraigada são tratadas com admirável profundidade.

É inegável que o fortalecimento da democracia brasileira pressupõe a efetividade dos direitos que tutelam a dignidade humana, adotando o direito de resposta como um de seus alicerces.

Esse é o sentido da contribuição que o presente estudo pretende oferecer.

O trabalho em foco, sem descurar da complexidade do tema, motivada em grande parte pelo ineditismo que o torna apaixonante, pretende constituir-se, assim, num singelo instrumento de preservação da idéia de prática política como o culto de respeito à dignidade do ser humano e como cultivo diário da cidadania participativa.

PARTE I
A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1 HISTÓRICO DA LIBERDADE E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A liberdade individual é conceituada como a posição do indivíduo na qual se reconhece a possibilidade de desenvolver sua atividade natural, autodeterminando-se em busca da satisfação de seu interesse enquanto homem singular, isto é, abstraído do fato de pertencer a um Estado.⁶

A noção de liberdade é essencialmente metajurídica, tornando-se jurídica a partir da expressão do direito à liberdade, referindo à tutela que o ordenamento jurídico reconhece ao indivíduo com o fim de resguardá-lo de atentados cometidos por outros indivíduos.⁷ Esse conceito de direito à liberdade, como adiante se demonstrará, perpassa toda a noção de sistema de direitos fundamentais.

A idéia de que os homens possuem direitos institucionalizados tem registro após o século XVIII. A partir desse momento, passa-se a falar em liberdade institucionalizada, sem no entanto desbordar do conteúdo que a história anterior à essa institucionalização já lhe atribuía, é dizer: enquanto reação ou oposição a uma autoridade, ou a um poder. Grande parte de seu desenvolvimento ocorre sob essa forma negativa, ampliando o âmbito da liberdade na medida em que se reduz a autoridade.

HEGEL chega a afirmar que “A História universal é o progresso na consciência da liberdade, um progresso que devemos conhecer em sua necessidade”⁸.

Vários tratadistas do tema ubicam o início da História dos direitos fundamentais como resultado das Revoluções Burguesas do século XVIII,

⁶ ALESSI, Renato. *Diritto amministrativo*. Giuffrè Editore : Milão, 1949. p. 449.

⁷ *Ibid.*, p. 449.

⁸ HEGEL, Gustav (*Filosofía de la historia universal*. Madrid, 1928), apud SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *El problema contemporáneo de la libertad*. Buenos Aires : Kapelus, 1945. p. 35.

condensado na Declaração de Direitos da Virgínia (12/06/1776) e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26/08/1789.

Embora, de fato, a concepção dos chamados direitos fundamentais, no sentido em que são juridicamente considerados, possa ser localizada a partir desse processo de institucionalização, que posteriormente rumou para uma constitucionalização progressiva, não se pode passar ao largo de vários momentos históricos anteriores em que já era possível vislumbrá-los, não sob esse conceito, mas muito mais como manifestação de uma garantia perante o poder, o que veio a se tornar seu elemento definidor.

1.1 NA GRÉCIA ANTIGA

Tome-se como ponto de partida a filosofia sofística, que operando uma verdadeira revolução moral, deslocou a base do raciocínio filosófico da *physis* e do cosmos para o homem e para aquilo que concerne à sua vida como integrante de um grupo social. Esse deslocamento se explica por dois motivos: a) a filosofia da *physis* pouco a pouco fora se exaurindo, pois o pensamento “físico” encontrara seus limites extremos, voltando as atenções para o campo da ética; b) a extrapolação das fronteiras fechadas da *polis* e a generalização do conhecimento de leis, usos e costumes diferentes, construíram as bases do relativismo, levando a concluir que o que fora concebido como perenemente válido, encontrava-se limitado temporal e espacialmente.

A conjunção desses dois fatores ensejaram na filosofia sofista um ceticismo e uma notável liberdade de espírito frente às tradições, normas e atitudes codificadas, demonstrando uma constante e inabalável confiança nas possibilidades da razão. Não é sem razão que os sofistas foram são chamados de “Iluministas gregos”⁹.

⁹ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. São Paulo : Paulinas, 1990. v. 1, p. 75.

Vale observar que, muito antes do homocentrismo jusnaturalista, ao criar seu princípio do homem-medida, o sofista Protágoras, afirmou que “o homem é a medida de todas as coisas, daquelas que são por aquilo que são e daquelas que não são por aquilo que não são”¹⁰. O sofista Antifonte, em crítica ao sistema escravagista grego, firma as raízes do igualitarismo ao asseverar: “Nós respeitamos e veneramos quem é de nobre origem, mas não respeitamos, nem honramos, quem é de nascença obscura. Nesse aspecto, nos comportamos uns em relação aos outros como bárbaros, já que, por natureza, somos todos absolutamente iguais, tanto gregos como bárbaros”¹¹. A generalidade desses enunciados torna possível defender, desde aquela época, a idéia de universalização ou planetarização dos direitos humanos.¹²

Como assinala HEGEL, “A consciência da liberdade apenas surgiu entre os gregos, e por isso os gregos foram livres. Mas, assim como os romanos, afirmaram que apenas alguns são livres, e não o homem enquanto tal. Platão e Aristóteles também o afirmaram. Por isso, os gregos não somente tiveram escravos, como sua vida e sua bela liberdade estavam vinculadas à escravidão”¹³.

1.2 NA ROMA ANTIGA

Em Roma, o estoicismo desviou as atenções da ética para a política, como demonstrou Cícero ao adotar como base de seu humanismo igualitário o princípio de que “os homens não são iguais, não de modo absoluto, mas sim de uma essencial dignidade, pois todos possuem razão e conhecimento geral do honesto e do desonesto, do justo e do injusto”¹⁴. A elevada idéia que Cícero tinha do homem

¹⁰ REALE, p. 76.

¹¹ Ibid., p. 81.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra : Almedina, 1991. p. 512.

¹³ HEGEL, apud SÁNCHEZ VIAMONTE, p. 33.

¹⁴ TRUYOL Y SERRA, Antonio. *História da filosofia do direito e do Estado*. Trad. por Henrique Barrilaro Ruas. Lisboa : Instituto de Novas Profissões, 1990. p. 159.

mostra-se no uso freqüente da palavra *humanitas*, que, na sua redação, indica a formação humana que tanto enobrece a cultura grega. Nessa linha, o profundo credo de Cícero na razão o leva a uma inabalável confiança na humanidade. E, sendo a razão o que de mais divino há no Céu e na Terra, afirma Cícero, juntamente com os estóicos, a existência de um vínculo de sociedade entre os homens e os deuses quanto à lei e ao Direito, considerando todo o universo como uma só cidade comum, a um tempo humana e divina. Também por isso dava especial significado à opinião concordante dos homens, tal como se exprime no sentir comum dos povos (*omnium gentium consensus*).

Alguns doutrinadores, tais como José Afonso da SILVA, localizam em Roma um dos primeiros antecedentes formais das declarações de direitos do homem, destacando “o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios em Roma, a lei de Valério Públicola, proibindo penas corporais contra cidadãos em certas situações até culminar com o *Interdicto de Homine Libero Exhibendo*, remoto antecedente do *habeas corpus* moderno, que o Direito Romano instituiu como proteção jurídica da liberdade”¹⁵.

O Direito Romano insinua, assim, a configuração institucional da liberdade. Era indispensável distinguir o homem livre do escravo, com base na diferenciação jurídica entre homem e coisa, entre o sujeito e o objeto do direito. Essa diferença foi assinalada pelos romanos quando concederam ao homem livre ações que tendiam a assegurar-lhe tal condição: as Leis Valérias, a *Custodia libera* e o *Interdicto de homine libero exhibendo*.¹⁶

A coexistência das liberdades interlimitadas — nas quais se pode identificar a gênese do sistema de direitos individuais — com o regime escravagista, faz concluir que tanto para os gregos como para os romanos, a liberdade era qualitativa, uma idéia pura, e não uma idéia absoluta, pois não extensível a todos. Era uma idéia

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991. p. 134.

¹⁶ SÁNCHEZ VIAMONTE, p. 108.

filosófica, que identificava o conjunto de possibilidades humanas, como qualidade indispensável para a dignidade e a idoneidade da personalidade, dentro das condições sociais então vigentes.

1.3 A INFLUÊNCIA DO CRISTIANISMO E DE SEUS OPOSITORES

Ao afirmar que “Apenas as nações germânicas chegaram, no cristianismo, à consciência de que o homem é livre como homem, de que a liberdade de espírito constitui sua mais própria liberdade”,¹⁷ HEGEL capitaneia a idéia de que as origens dos direitos individuais encontram-se no advento da mensagem bíblica, na qual o homem é colocado no cosmos como criatura privilegiada, pois ao insuflar nas narinas de Adão “o hálito de vida” (Gênesis), disse Deus: “Façamos o homem à nossa imagem, como nossa semelhança, e que ele domine sobre os peixes do mar, as aves do céu, os animais domésticos, todas as feras e todos os répteis que rastejam sobre a terra”¹⁸.

Criado à imagem e semelhança de Deus, ao homem é fornecido modelo de conduta do qual jamais deverá desviar-se. Esse é o cerne da filosofia cristã, que encontrou reação na obra de Guilherme de Ockam, quando considera que “Os artigos de fé não são princípios de demonstração nem conclusões, não sendo nem mesmo prováveis, já que parecem falsos para todos, para a maioria ou para os sábios, entendendo por sábios aqueles que se entregam à razão natural, já que só de tal modo se entende o sábio na ciência e na filosofia”¹⁹, deixando clara a exaltação do indivíduo e da razão em detrimento da fé, partindo da secularização do direito natural pela teoria dos valores objetivos da escolástica espanhola (Francisco de Vitória, Vazquez e Suarez), para consagrar os preceitos da *rectae rationis*, que,

¹⁷ HEGEL, apud SÁNCHEZ VIAMONTE, p. 34.

¹⁸ GÊNESIS 2:7.

¹⁹ REALE e ANTISERI, p. 615.

“desvinculados do peso metafísico e nominalístico, conduzirão à idéia de direitos naturais do indivíduos e à concepção de direito humanos universais”²⁰.

1.4 O FORO DE LEÓN E A MAGNA CARTA

A progressiva valorização do indivíduo e da razão, com inevitável encarecimento do sentimento de igualdade, levou o povo ibérico a exigir do rei Alfonso IX, em 1188, um pacto de proteção de liberdades (*Pacto político civil entre el reino y don Alfonso IX*), que ficou conhecido por Foro de León.

Como denuncia a própria origem, não é contemplada no Foro de León a liberdade em seus elementos ativos e dinâmicos, que consagram a faculdade de executar determinados atos. A liberdade, nesse documento, consubstancia-se apenas em seus elementos passivos ou estáticos, tais como a inviolabilidade de domicílio, consagrada da seguinte forma: “*He jurado, — disse o rei Alfonso IX — que yo ni nadie puede entrerar por fuerza en casa de outro*”²¹.

Também na Ibéria foi editada por Alfonso X as Leis de Partidas, nas quais, ao invés de se enunciarem as liberdades, como o fez o *Fuero de León*, preferiu-se definir o que se entendia por tirano.²²

²⁰ CANOTILHO, p. 512.

²¹ SÁNCHEZ VIAMONTE, p. 110.

²² “Tirano quiere tanto decir como señor cruel, que es apoderado en algún regno o tierra por fuerza o por engaño o por traición; et estos tal son de tal natura, que después que son bien apoderados en la tierra, aman más de facer su pro, magüer sea a daño de la tierra, que la pro comunal de todos, porque siempre viven a mala sospecha de la perder. Et porque ellos pudiesen cumplir su entendimiento más desembargadamente, dijeron los sabios antiguos que usaron ellos de su poder contra los del pueblo en tres maneras de arterías; la primera em que puñam que los de su señorío sean siempre nescios et medrosos, porque quando atales fuesen, non osarien levantar-se contra ellos ni contrastar sus voluntades; la segunda, que hayan desamor entre sí, de guisa que non se fien unos de otros, ca mientras en tal desacuerdo vivieren, non osaram facer ninguna fabla contra él, por miedo que non guardarien entre sí fe nin pondat; la tercera razón es que puñam de los facer pobres et de meterlos en tan grandes fechos, que los nunca puedan acabar, porque siempre hayan de veer tanto en su mal, que nunca les venga a corazón de cuidar facer tal cosa que sea contra su señorío; et sobre todo esto, siempre puñaron los tiranos de astragar a los poderosos et de matar a los sabidores, et vedaron siempre en sus tierras cofradías y ayuntamiento de los homes; et puñaron todavía de saber lo que se decie o se facie en la tierra, et fian más su consejo et la guarda de su cuerpo en los extraños, porque sirven a su voluntad, que en los da tierra, quel han de facer servicio por premio. Otrosí decimos que magüer alguno hobiese ganado señorío de regno por alguna de las derechas razones que dijimos en esta ley, quel puedan decir las gentes tirano. Ca tórnarse el señorío que era de derecho en torticero, así como dijo Aristoteles en el libro que fabla del seguimiento de las cibdades et de los regnos.” Apud SÁNCHEZ VIAMONTE.

De origem e teor semelhantes é a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, imposta pela aristocracia inglesa ao Rei João Sem Terra, nas circunstâncias históricas narradas por Winston CHURCHILL, “Depois de quarenta anos da experiência do sistema administrativo estabelecido por Henrique II, os homens que agora enfrentavam João avançaram além dos magnatas do tempo do rei Stephen. Eles haviam aprendido a pensar inteligente e construtivamente. Em lugar do despotismo arbitrário do rei, propunham não a devastadora anarquia do separatismo feudal, mas um sistema de fiscalizações e equilíbrios que daria à monarquia sua força necessária, impedindo sua deturpação por um tirano ou um tolo. Os líderes dos barões, em 1215, caminhavam às apalpadelas sob uma luz fraca em direção a um princípio fundamental. O arbítrio de qualquer homem, e o costume e a lei, deveriam erguer-se acima do próprio rei. Foi essa idéia, talvez apenas entendida pela metade, que deu unidade e força à oposição dos barões e tornou imorredoura a Carta que eles então exigiam”²³.

Embora a Magna Carta se constituísse muito mais num documento de proteção dos interesses dos direitos corporativos da aristocracia feudal em face do Rei João Sem Terra, os preceitos nela contidos, embora estamentalmente concebidos, acabaram por se generalizar, estendendo a todas as demais classes sociais inglesas os direitos que nasceram limitados a apenas algumas delas.

1.5 A INFLUÊNCIA PROTESTANTE E O CONTRATUALISMO

Com a reforma protestante executada por Martin Luther, apoiado na filosofia dos pré-reformadores John Wyclif e Jan Huss, o rompimento da hegemonia da religião católica originou grupos de minorias religiosas que passaram a reclamar a liberdade de religião, bem como a proibição do Estado em impor ao

²³ CHURCHILL, Winston S. *História dos povos de língua inglesa*. Trad. por Aydano Arruda. São Paulo : Instituto Brasileiro de Difusão Cultural, 1960. v. 1, p. 222.

indivíduo uma religião oficial. À reforma protestante deve ser tributada grande importância na história dos direitos fundamentais, chegando G. JELLINEK a localizar na luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais.

Em 1651, Thomas HOBBS, ao asseverar n' *O Leviatan* “que um homem, quando os outros também estiverem, esteja disposto, se o julgar necessário para a sua própria paz e defesa, a abdicar desse direito a todas as coisas e que se contente em ter tanta liberdade contra os outros homens quanto ele concederia aos outros homens contra si”²⁴, lança as bases do contratualismo jusracionalista, segundo o qual os indivíduos, ao celebrarem o pacto social, abandonam seus direitos e liberdades ao soberano absoluto, que deve proteger os cidadãos.

Também contratualista, ROUSSEAU pontua: “Suponho aos homens terem chegado a um ponto em que os obstáculos que atentam a sua conservação no estado natural excedem, pela sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para manter-se nesse estado. Então este estado primitivo não pode subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse de modo de ser. Pois bem, como os homens não podem engendrar novas forças, senão somente unir e dirigir as existentes, não têm outro recurso para sua conservação além de formar por agregação uma soma de forças que possa sobrepujar a resistência, pô-las em jogo para um só móvel e fazê-las agir conjuntamente. Esta soma de forças não pode nascer senão do concurso de muitas, porém, sendo a força e a liberdade de cada homem os primeiros instrumentos de sua conservação, como poderá combiná-las sem destruí-las e sem esquecer os seus cuidados? Essa dificuldade pode enunciar-se nestes termos: ‘Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado, de qualquer força comum, e pela qual, cada um,

²⁴ Giovanni REALE, p. 499.

unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, ficando assim tão livre como dantes.’ Tal é o problema fundamental que o **Contrato Social** soluciona”²⁵.

Esse contrato faz com que a sociedade que dele nasce seja governada pelo princípio da “vontade geral”, assim enunciado por ROUSSEAU:

De fato, cada indivíduo pode, como homem, ter uma vontade própria, contrária ou diferente à vontade geral que tem como cidadão. Seu interesse particular pode orientá-lo em modo diferente do interesse comum. Sua existência absoluta e naturalmente independente, pode fazer-lhe observar o que deve à causa comum, como uma contribuição gratuita, cuja perda será para os outros menos sensível do que o pagamento oneroso seria para ele, e considerando a pessoa moral que constitui o estado como um ente racional, porque não é um homem, desfrutará dos direitos de cidadão sem querer preencher os deveres de súdito, injustiça esta cujo progresso ocasionaria a ruína do corpo político. Para que, pois, o pacto social não seja uma fórmula vã, deve encerrar tacitamente esta obrigação: só ele pode dar força aos outros, sendo aquele que recusar obedecer a vontade geral a isso compelido por todos, o que não significa outra coisa senão que se lhe obrigará a ser livre, porque tal é condição que, oferecendo cada cidadão à pátria, esta o garante de toda dependência pessoal, natureza que constitui o artifício da máquina política e que legitima as relações civis, as quais sem ela seriam absurdas, tirânicas e sujeitas aos maiores abusos.²⁶

A falta de liberdade política da burguesia — uma das principais repercussões do contratualismo — constituiu-se num dos principais incentivos a favor da luta pelos direitos do homem.

Já o contratualista Locke pregou que a monarquia não se fundamenta no direito divino. A sociedade e o Estado nascem do direito natural, que coincide com a razão, a qual diz que, sendo os homens iguais e independentes, “ninguém deve prejudicar os outros na vida, na saúde, na liberdade e nas posses”. São portanto direitos naturais o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à propriedade e o direito à defesa desses direitos.²⁷

A teoria contratualista de Locke conduzia à defesa da autonomia privada, cristalizada no direito à vida, à liberdade e à propriedade, influenciando decisivamente a teoria liberal dos direitos fundamentais, que os considerou como

²⁵ ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. 3. ed. São Paulo : Edições e Publicações Brasil, [19--]. p. 19.

²⁶ ROUSSEAU, p. 24.

²⁷ *Ibid.*, p. 525.

direitos de defesa do cidadão frente ao Estado, criando áreas reservadas à autonomia privada (*staatsfreie Sphäre*), nas quais não se admite qualquer invasão pelo poder público.

1.6 A TEORIA LIBERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS PRIMEIRAS DECLARAÇÕES DE DIREITOS

Essa idéia de liberdade perante o Estado é também compartilhada por John STUART-MILL, quando considera haver “... um limite à legítima interferência da opinião coletiva com a independência individual. E achar esse limite, e mantê-lo contra as usurpações, é indispensável tanto a uma boa condição dos negócios humanos como à proteção contra o despotismo político”²⁸.

Com esse embasamento teórico, nasce a Teoria Liberal dos direitos individuais, que os define como direitos do particular perante o Estado, ou direitos de autonomia, direitos de defesa, que assim se constituem em normas de delimitação do espaço público e do privado, com amplo favorecimento da liberdade individual no contraponto da restrição da ação estatal frente às contingências sociais de garantia e de ordem necessárias ao livre desenvolvimento desses direitos. A preexistência dos direitos fundamentais ao Estado apresenta-os como um espaço que, *a priori*, excluem do Estado a competência de determinar o conteúdo, a forma, a extensão e a intensidade desses direitos, cabendo apenas ao indivíduo fazê-lo, pois a liberdade garantida pelos direitos fundamentais é uma liberdade pura, *Freiheit in se* e não *Freiheit um zu*, isto é, liberdade em si, sem atrelamento a qualquer finalidade (p. ex. liberdade para a defesa da ordem democrática, liberdade ao serviço do socialismo).²⁹

²⁸ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Trad. por Alberto da Rocha Barros. 2. ed. Petrópolis : Vozes, 1991. p. 48.

²⁹ CANOTILHO, p. 517.

Esses ideais políticos característicos do iluminismo, somados à forte influência dos princípios calvinistas, encontraram campo fértil no pragmatismo inglês, que veio a colocá-los em prática nas colônias inglesas da América do Norte, quando, em 21 de novembro de 1620 (que, em verdade, era 11/11/1620, pois ainda utilizavam o calendário juliano), os imigrantes (*pilgrins*) ingleses que vieram a bordo do *Mayflower* subscreveram um contrato (*Mayflower compact*) segundo o qual “em presença de Deus e uns para com outros”, avençaram constituir-se “... juntos num corpo civil e político”, para “ditar, constituir e conceber justas e equitativas leis, ordenações, decisões, constituições e administrações, (...), conforme seja bom e conveniente para o bem geral da colônia, às quais todos aqui juramos submissão e obediência”³⁰.

Os ideais contratualistas do *Mayflower compact* encontraram eco na doutrina do *quaker* Willian Penn, que, tendo sido um dos defensores mais decididos da liberdade de consciência inspirou a elaboração de outras cartas régias, tais como a de Maryland (1632) e a de Rhode Island (1647), que passaram a ter caráter geral com a adesão das demais colônias que, ao conseguirem a independência, as acolheram em suas Declarações de Direitos (*Bill of Rights*) ³¹como o fez a de Virgínia, em 12 de junho de 1776, e, seguindo seu exemplo, outros 11 estados americanos³².

O *Bill of Rights* da Virgínia embasa-se inteiramente na idéia lockiana de que todos são originalmente iguais e que, nessa condição, possuem direitos iguais que lhes são inerentes (*inherent rights*) pela própria natureza humana, não podendo ser derogados pela associação em comunidade, mas potencializados, pois o fim da associação em comunidade é o gozo da vida e da liberdade mediante a aquisição e posse da propriedade, como meio de consolidação da felicidade e da segurança.

³⁰ TRUYOL Y SERRA, p. 237.

³¹ Ibid., p. 238.

³² SCHWARTZ, Bernard. *Os grandes direitos da humanidade*. Trad. por B. Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1979. p. 75.

Todo o poder nasce do povo, estando a seu serviço o governo estatal, cujas funções devem permanecer nitidamente separadas.³³

Mas a repercussão das doutrinas liberais não se limitou à experiência norte-americana. A França, inspirada em Montesquieu e Rousseau, Condorcet e Sieyès, após a Revolução Burguesa de 1789, também traduziu em documentos oficiais os direitos naturais formulados pela doutrina iluminista. O primeiro e mais conhecido desses textos é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*), de 26 de agosto de 1789. A essência dessa declaração foi mantida pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 13 de junho de 1793, de inspiração jacobina.³⁴

Foram enunciadas nessas primeiras Declarações de Direitos aqueles direitos que se destinam a limitar o poder do estado pela reserva da autonomia individual, consagrando uma esfera de liberdade em relação ao Estado.³⁵ Estabelece-se assim um marco divisório entre a esfera de atuação pública (Estado) e a esfera privada (sociedade civil).

1.7 A TEORIA DA ORDEM DE VALORES E A TEORIA INSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A objetivação dos direitos fundamentais em cartas de princípios apresentou-os não mais como direitos ou pretensões subjetivas frente ao Estado, mas como valores objetivos, o que deu origem, na lição de CANOTILHO, à Teoria da ordem de valores, segundo a qual os direitos fundamentais são definidos por uma escala de valores objetiva, dotada de unidade e harmonia material e na qual se insere o sistema de pretensões subjetivas (*Anspruchssystem*). Disso se intui que o homem não mais é a medida de seus direitos, pois estes se medem agora por parâmetros

³³ SCHWARTZ, p. 334.

³⁴ SCHWARTZ, p. 343.

³⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro : Campus, 1992. p. 32.

objetivos, que estruturam um estatuto protetivo de maior eficácia. Essa escala de valores faz concluir que nela se encontram abrangidos direitos de mais alta e de mais baixa hierarquia, estendendo uma harmonia hierárquica à totalidade do sistema de valores do direito constitucional, que delimita o âmbito de realização dos direitos de determinada comunidade.³⁶

Vertente dessa teoria é a teoria institucional dos direitos fundamentais, que dela se difere por negar uma dimensão exclusivamente objetiva, buscando antes o estabelecimento de um quadro ordenador do sentido, conteúdo e condições de exercício dos direitos fundamentais que, surgindo no âmbito de uma instituição e sendo condicionados pela idéia ordenadora dessa mesma instituição, ganham uma dimensão funcional na medida em que aos titulares dos direitos cabe o dever de participar na realização dessa idéia. Ao se enquadrarem na instituição, na qual estão presentes outros bens de valor constitucional, os direitos fundamentais criam em relação a estes últimos um condicionamento do qual resulta que o seu conteúdo e limites em relação aos outros bens constitucionais se afere mediante um critério de ponderação de bens (*Guteabwägung*), levando a concluir que se todo o direito está numa relação de valor com outros bens, abre-se à regulamentação legal um maior campo de conformação do que aquele que seria permitido na teoria liberal dos direitos fundamentais (sirvam de exemplo as intervenções regulamentadoras destinadas a assegurar a instituição da imprensa livre). Os direitos fundamentais apresentam, segundo essa teoria, um duplo caráter, individual e institucional, sendo limitados na dimensão individual para reforço da dimensão institucional.³⁷

Essa institucionalização dos direitos fundamentais do homem, como forma de resguardá-los frente ao poder estatal, fez surgir os chamados direitos civis, na denominação de T. H. MARSHAL,³⁸ advindo posteriormente os direitos políticos e os direitos sociais.

³⁶ CANOTILHO, p. 517.

³⁷ CANOTILHO, p. 518.

³⁸ MARSHALL, Theodore. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro : Zahar, 1967. p. 26. Para Celso LAFER (*A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo : Companhia das Letras, 1988. p. 56), os direitos civis e os direitos políticos, institucionalizados, enquadram na categoria dos direitos de primeira geração. Os direitos

1.8 A TEORIA SOCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Assim formulada, a visão panorâmica da história dos direitos fundamentais permite afirmar que os direitos do homem jamais foram deduzidos fora do eixo de interdependência da filosofia jurídica com as contingências econômicas, das necessidades do capitalismo mercantil (e seu objetivo de acumulação de riquezas), com a correspondente necessidade de segurança nas relações comerciais, sempre embasada num estatuto individual estável.³⁹

A corroboração dessa constatação histórica encontra-se na teoria social dos direitos fundamentais, a qual, operando uma ruptura com a teoria liberal, embora desta ainda resgate a dimensão subjetiva, põe em relevo não a razoável possibilidade de exercício de um direito fundamental, mas a possibilidade de o particular (cidadão) gozar de um conjunto de situações que lhe permitam fazê-lo.⁴⁰ Daí porque tal teoria não busca a total abstenção do Estado, negando portanto a natureza dos direitos individuais como área de resguardo do cidadão frente ao poder público, mas dele exige uma participação ativa no processo de propiciar ao indivíduo a reunião dessas condições mínimas. A intervenção estatal passa a ser elemento fundamental para o exercício dos direitos fundamentais.⁴¹

No século XIX, assolado pela profunda degradação social em que a Europa mergulhou com a Revolução Industrial, Marx pôs em evidência o caráter individualista, unidimensional, dos direitos do homem “egoísta”, trazendo à tona a necessidade de torná-los reais mediante a complementação pelos direitos do “homem total”. Sustentou MARX n’O Manifesto Comunista:

Todas as sociedades anteriores, como vimos, se basearam no antagonismo entre classes opressoras e classes oprimidas. Mas para oprimir uma classe é preciso poder garantir-lhe condições tais que lhe permitam pelo menos uma existência de escravo. O servo, em plena servidão, conseguia tornar-se membro da comuna, da mesma forma que o pequeno burguês, sob o jugo do absolutismo feudal, elevava-se à categoria de burguês. O

econômicos e sociais são os de segunda geração e os chamados direitos de solidariedade ou direitos do homem no âmbito internacional são os direitos de terceira geração.

³⁹ Ibid., p. 515.

⁴⁰ Na teoria de Marshall, essa conjuntura enforma os chamados direitos sociais do homem.

⁴¹ MARSHALL, p. 519.

operário moderno, pelo contrário, longe de se elevar com o progresso da indústria, desce cada vez mais baixo dentro da sua própria classe. O trabalhador cai na miséria e esta cresce ainda mais rapidamente que a população e a riqueza. É, pois, evidente que a burguesia seja incapaz de continuar desempenhando o papel de classe dominante e de impor à sociedade, como lei suprema, as condições de existência de sua classe. Não pode exercer o seu domínio porque não pode mais assegurar a existência de seu escravo, mesmo no quadro de sua escravidão, porque é obrigada a deixá-lo cair numa tal situação, que deve nutri-lo em lugar de fazer-se nutrir por ele. A sociedade não pode mais existir sob sua dominação, o que quer dizer que a existência da burguesia é, doravante, incompatível com a sociedade.⁴²

Como observa CANOTILHO, depois de Marx tornou-se inegável que “a radicação da idéia de necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade”⁴³.

1.9 A TEORIA SOCIALISTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A influência marxista na concepção dos direitos individuais, deu origem à Teoria socialista dos direitos fundamentais que, inspirada na Tese nº 6 sobre Feuerbach (“a essência do homem não é uma abstração inerente ao indivíduo isolado. Na sua realidade é um conjunto de relações sociais”). Para a teoria liberal, o homem é a base das ações políticas e do próprio Direito. Para a teoria socialista, o homem tem uma essência social que não lhe permite bastar-se a si próprio. O “homem total” é possível apenas através de uma nova sociedade.

Da teoria marxista pode-se colher, com CANOTILHO, várias repercussões na história dos direitos fundamentais, pois (a) os interesses do indivíduo passaram a se identificar com os da sociedade, caindo por terra a oposição entre o individual e o estatal; (b) o direito da participação (*Mitgestaltung*) é alçado à categoria de mais relevante dentre todos os direitos fundamentais, pois se destina a proporcionar as condições sociais necessárias à plena realização dos direitos, pois na profunda relação entre indivíduo e sociedade, os direitos fundamentais devem

⁴² MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. 9. ed. Trad. por Maria Arsênio da Silva. São Paulo : Nova Stella, 1980. p. 23. Coleção Polêmicas Operárias, Série Documentos.

⁴³ CANOTILHO, p. 515.

propiciar a criação de garantias materiais necessárias à sua efetivação; (c) essa criação de condições materiais propiciadoras do livre desenvolvimento humano exige ou pressupõe a apropriação coletiva dos meios de produção e a gestão coletiva da economia.⁴⁴

1.10 A TEORIA DEMOCRÁTICO-FUNCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Busca-se hoje a integração harmônica dos direitos liberais, sociais, econômicos e culturais, embora em vários Estados a incipiência do processo ainda crie sociedades profundamente desiguais. Essa integração permite vislumbrar o que CANOTILHO chama de teoria democrático-funcional dos direitos fundamentais, na qual os direitos são concedidos aos cidadãos para serem exercidos como membros de uma comunidade, tendo sempre como norte o interesse público. A liberdade passa a assumir a qualidade de meio de prossecução e segurança do processo democrático, ganhando nítido caráter funcional; o condicionamento do exercício do direito individual se dá sempre em direção a uma utilidade social, não mais residindo em seu titular sua disponibilidade completa, passando a ser um direito-dever; o caráter marcadamente funcional dos direitos reconhece ao Estado a possibilidade de uma intervenção conformadora do uso dos direitos fundamentais. Esta teoria parte da idéia de cidadão ativo⁴⁵, com direitos fundamentais postos ao serviço do princípio democrático.⁴⁶

1.11 AS DECLARAÇÕES DE DIREITOS CONTEMPORÂNEAS

Seguindo essa linha democrático-funcional, chega-se, no século XX, à Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada na III Seção Ordinária da

⁴⁴ CANOTILHO, p. 520.

⁴⁵ Que, na teoria de Marshall, funda-se no conceito de direitos políticos do homem.

⁴⁶ CANOTILHO, p. 520.

Assembléia Geral das Nações Unidas, aberta, no primeiro parágrafo de seu preâmbulo, com a consideração de “que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”⁴⁷.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem arrola, em *numerus apertus*, o mais divulgado rol de direitos fundamentais da modernidade. Desse rol, importam à finalidade do presente trabalho os que atinem à proteção da dignidade individual e à liberdade de expressão, previstos respectivamente nos artigos XII e XIX:

Art. XII - Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na de sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Art. XIX - Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão, este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

A leitura do presente trabalho, doravante, deverá ter sempre por norte o contraponto desses dois direitos fundamentais, para que ao final, identificado o choque entre ambos, seja possível desvendar seus limites com maior precisão.

⁴⁷ DECLARAÇÃO universal dos direitos do homem. Trad. por José João de Oliveira Freitas. Canoas : [s.n.], [19--]. p. 83.

2 A DOCTRINA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 DIREITOS, GARANTIAS E LIBERDADES

Busca-se nesse capítulo traçar, com precisamento semântico de termos que serão recorrentemente utilizados, quais os direitos que devem se agrupar na categoria de fundamentais, desdinhando o que se deve entender por direitos, liberdades e garantias individuais.

Antes, contudo, convém distinguir “Direitos do Homem” de “Direitos Fundamentais.” Aqueles são válidos para todos os povos, em todos os tempos, reconhecidos em virtude da própria natureza humana. Os “Direitos do Homem” passam a ser “Direitos Fundamentais” após serem institucionalizados, garantidos e limitados espacial e temporalmente.

Direitos do homem faz referência ao sujeito, ao homem, como objetivo de toda a construção dos direitos. Recentemente também se colocam nessa categoria os direitos dos grupos humanos, cujo suporte, em definitivo, é o homem.⁴⁸

Em Direitos fundamentais enquadram-se “... aqueles que afetam as dimensões básicas e entranháveis do ser humano, aspecto sobre cujo conteúdo ou âmbito pode não haver coincidência”⁴⁹.

O critério para definir quais direitos são ou não fundamentais é bastante plástico e extremamente variável, como assinala MADIOT, “... não há critério que permita distinguir, dentre os direitos quais são fundamentais e quais não; pode-se tão-somente dizer que são fundamentais todos quantos devem permitir o

⁴⁸ SÁNCHEZ FÉRRIZ, Remedios. *Estudio sobre las libertades*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1989. p. 29.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 29.

desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo e assegurar a dignidade da pessoa humana”⁵⁰.

Note-se que, embora os “Direitos Fundamentais” não passem de um reconhecimento institucional de direitos naturais preexistentes, sem o que os “Direitos do Homem” não deixariam de existir, verifica-se hoje, em quase todos os Estados ocidentais, a plena institucionalização, razão pela qual a terminologia de “Direitos do Homem” tem sido relegada ao desuso, substituída integralmente pela de “Direitos Fundamentais”.

E é apenas na tratativa dos Direitos Fundamentais que há sentido na classificação tripartite de direitos, liberdades e garantias fundamentais, que tem por ponto de partida o esvaziamento dos direitos civis após sua separação dos direitos políticos. Após essa separação, os direitos civis passaram a ser considerados pela publicística francesa como liberdades individuais, ao passo que os direitos políticos passaram a ser chamados de liberdades públicas. É nesse sentido que SÁNCHEZ FERRIZ assinala: “... algo parece inegável e é a maior carga política do termo liberdades e a maior carga filosófica, jusnaturalista e individualista do termo direitos”⁵¹.

Outra distinção, complementar a esta, é a que se faz entre direitos e liberdades, tomando como base a posição jurídica do cidadão em relação ao Estado. As liberdades são sempre negativas, ou seja, busca-se através delas a proteção do cidadão perante a intervenção estatal. Os direitos, por sua vez, atinem ao *status activus* do cidadão frente ao poder público, seja como participante da vida política (direito de voto, direito de acesso aos cargos públicos), seja na exigência de prestações positivas do Estado, criadoras do plexo de condições indispensáveis ao pleno desenvolvimento da existência individual. Os direitos, nesse sentido, são

⁵⁰ MADIOT, Yves. *Droits de l'homme et libertés publiques*. Paris : Masson, 1976. p. 30.

⁵¹ SÁNCHEZ FÉRRIZ, p. 47.

sempre exercidos através do Estado, e as liberdades perante o Estado, razão pela qual são sempre limitadas.

Liberdades públicas são liberdades cujo reconhecimento vem acompanhado de condicionamentos ou de remissões à lei. No momento de seu próprio reconhecimento, costumam ser acompanhadas de limites, geralmente derivados de seu exercício em sociedade (assim, os direitos ou liberdades de residência, movimento, expressão, reunião, associação, ensino, cátedra, etc.) cujo exercício subjetivo, como direitos, além de ser suscetível de suspensão temporal, exige o reconhecimento de um âmbito de liberdade, entendido como espaço e técnica jurídica, submetido a limites variáveis contanto que se respeite seu conteúdo essencial.⁵²

Por fim, direitos e liberdades, assim diferenciados entre si, distinguem-se das garantias por se reconhecer a estas um carácter eminentemente instrumental e preventivo, é dizer, “traduzem-se no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos”⁵³. São exemplos de garantias o direito de petição, o princípio da anterioridade penal e da anualidade tributária.

2.2 OS DIREITOS MATERIALMENTE FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Doravante, evitaremos o uso da referência a direitos individuais, que dizem respeito aos direitos do indivíduo isolado. Lembra o individualismo que fundamentou o aparecimento das declarações do século XVIII, sendo terminologia que a doutrina tende a desprezar cada vez mais. Contudo, é ainda empregada para denotar um grupo dos direitos civis ou liberdades civis de hierarquia Constitu-

⁵² SÁNCHEZ FÉRRIZ, p. 50-51.

⁵³ CANOTILHO, p. 532.

cional, tais como o direito à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade.⁵⁴

Trataremos, sim, de direitos fundamentais, não como contraposição da liberdade privada ao domínio público, mas como categoria que engloba os direitos, liberdades e garantias, pois tal noção refere-se a princípios que indicam, no nível do direito positivo, prerrogativas e instituições concretizadas em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No adjetivo fundamentais encontra-se a indicação de que se trata de um ponto de partida, da criação de um *status* sem o qual a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive. Fundamentais do homem, no sentido de que devem ser isonômica e genericamente reconhecidos, não apenas formalmente, mas materialmente efetivados.⁵⁵

O reconhecimento, pelo Direito da idéia de pessoa ou de personalidade, muito mais que um princípio normativo, expressa a aceitação de uma estrutura sem a qual a própria idéia de Direito não se sustenta.⁵⁶

Essa essencialidade dos direitos fundamentais à consideração da pessoa humana, no plano jurídico e moral, resultantes de “um conteúdo mínimo de direito natural” (no sentido empregado por Hart), fá-lo abrangente do conceito de direitos da personalidade, que são o correspondente privatístico para a tutela de certos bens da personalidade pela Constituição, tutela que, vale sempre repetir, não se opera apenas no confronto da esfera privada com o poder público, mas também perante terceiros particulares.

Embora o conceito técnico-jurídico de pessoa nem sempre traduza com precisão o sentido moral de ser humano, o reconhecimento da personalidade jurídica a todo ser humano já extrapola o terreno das implicações lógicas para

⁵⁴ José Afonso da SILVA, p. 158.

⁵⁵ Ibid., p. 159.

⁵⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra : Coimbra, 1992. p. 84.

adentrar na seara das opções valorativas e culturais determinadas pela própria concepção do homem e do mundo.⁵⁷

Nesse particular, não há como passar ao largo da influência da filosofia Kantiana na história dos direitos fundamentais, ao sustentar que o homem “é um fim em si mesmo”⁵⁸, reforçado no enunciado do imperativo prático pela máxima: “age de tal modo que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim ao mesmo tempo, e nunca somente como um meio”.

A doutrina Kantiana encontrou eco nas determinações da Encíclica *Pacem in Terris*, que adotou “o princípio de que todo ser humano é pessoa, isto é, natureza dotada de inteligência e de vontade livre”.

Portanto, o reconhecimento da pessoa como sujeito de direitos implica o respeito a um círculo de direitos necessários, um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa.⁵⁹ A personalidade do homem é para o Direito um *prius*.

A violação a qualquer dos direitos integrantes desse “conteúdo mínimo” implica legítima reação do ofendido, seja quando tipificada como ilícito penal, seja quando definida como ofensa civil, nascida de um dano patrimonial ou moral.

Por serem inatos, os direitos da personalidade são irrenunciáveis, podendo todavia ser objeto de limitações voluntárias que não impliquem sua supressão integral nem agridam a ordem pública. A incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, não outorga ao legislador sua disponibilidade⁶⁰, pois nada mais se opera na constitucionalização do que o reconhecimento positivo de direitos que são previamente existentes.

⁵⁷ PINTO, p. 85.

⁵⁸ KANT, Emmanuel. *Fundamento da metafísica dos costumes*. São Paulo : Edições e Publicações Brasil, [1943]. p. 103.

⁵⁹ Carlos Alberto da Mota PINTO, p. 87.

⁶⁰ CANOTILHO, p. 508.

Em sentido contrário, CRUZ VILLALON chega a afirmar que “onde não existir Constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjetivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios”⁶¹.

Nessa linha, os direitos fundamentais apenas serão assim considerados enquanto encontrarem eco nas Constituições, derivando desse reconhecimento conseqüências jurídicas.

Não há como concordar com esse arraigado formalismo, pois, além de deixar ao alvedrio do legislador o que pode ou não ser definido como direito fundamental, no embate das vicissitudes políticas, corre-se o risco de criar um sistema constitucional de direitos fundamentais extremamente fechado em seu positivismo, em total contradição com o caráter plástico que, por imposição do próprio Estado Democrático de Direito, deve sempre revestir seu conteúdo.

Essa ameaça deve ser afastada pelo que CANOTILHO, com base em ALEXIS, chama de fundamentalidade, apontando para “a especial dignidade de proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”⁶².

A fundamentalidade, no aspecto formal, se define quando (1) as normas consagradoras dos direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) enquanto normas constitucionais, encontram-se submetidas a procedimentos de alteração especialmente rigorosos; (3) quando passam a constituir limites materiais da própria revisão, e isso ocorre freqüentemente nas Constituições modernas com a previsão de cláusulas pétreas (tome-se por exemplo a previsão do artigo 60, § 4º, da Constituição brasileira) ; (4) quando, por serem normas dotadas de vinculatividade

⁶¹ VILLALON, Cruz (*Formación y evolución de los derechos fundamentales*), apud CANOTILHO, p. 507.

⁶² CANOTILHO, p. 509.

imediate dos poderes públicos, constituem-se em parâmetros de escolhas, decisões, ações e controle, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.⁶³

Fundamentalidade material, de outro flanco, assinala que o conteúdo dos direitos fundamentais constitui a estrutura básica do Estado e da sociedade. A fundamentalidade material poderia, a princípio, afigurar-se desnecessária perante a constitucionalização e a fundamentalidade formal a ela associada. Essa visão formalista, com a qual, como já afirmado, não comungamos, não merece prosperar, pois, se por um lado, a fundamentalização pode não estar associada necessariamente à Constituição escrita e à idéia de fundamentalidade formal, como o demonstra a tradição inglesa das *Common-Law*, por outro, a adoção tão-somente do conceito de fundamentalidade formal criaria um sistema fechado de direitos fundamentais, pois seria suprimida a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas ainda não formalizados. Os direitos fundamentais emergentes não seriam admitidos no sistema vigente. A fundamentalidade formal descarta a previsão dos direitos fundamentais em cláusula aberta ou da “norma com *fattispecie* aberta” que, juntamente com uma compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente consagradoras de direitos fundamentais, permite uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional.⁶⁴

2.3 NATUREZA E EFICÁCIA DAS NORMAS REVESTIDAS DE FUNDAMENTALIDADE FORMAL

A eficácia e a aplicabilidade das normas que se revestem de fundamentalidade formal encontram-se relacionadas ao modo pelo qual se encontram previstas, à própria redação que as exprime no texto legal e ao grau

⁶³ CANOTILHO, p. 509.

⁶⁴ CANOTILHO, p. 509/510.

hierárquico que se lhes deve atribuir dentro do sistema jurídico, pois fala-se agora de direito fundamental enquanto previsto em norma de direito positivo.

No sistema jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988⁶⁵ resolveu o impasse ao prever genericamente que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. No entanto, a clareza do texto não resolve todas as dúvidas, pois a própria Constituição atrela a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais, à legislação a ser ulteriormente editada. Como princípio, as normas que prevêm direitos fundamentais (e, dentro dessa categoria, os individuais) são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, da mesma forma que as destinadas à tutela dos direitos econômicos e sociais. No entanto, algumas dessas normas, especialmente as que destinam sua aplicabilidade a lei integradora, são de eficácia limitada de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta⁶⁶. Essas normas que estruturam a integração entre a norma constitucional constituem-se em instrumento de garantia da plena aplicabilidade das normas revestidas de fundamentalidade formal, daí porque merecem o mesmo tratamento hierárquico das normas-princípio.

2.4 CARACTERES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como assinalado na introdução histórica, a concepção dos direitos fundamentais enraíza-se em solo jusnaturalista. Contudo, ainda que eventualmente se exclua, em certa medida, a conotação jusnaturalista que informa a matéria, permanece a possibilidade de identificação de certos caracteres genéricos desses direitos, a saber:

I - Essencialidade: pois a própria personalidade humana seria descaracterizada, por decorrência lógica, se a tutela desses direitos não fosse reconhecida pela ordem jurídica.

II - Generalidade: são seus titulares todos os seres humanos, sem vinculação a qualquer característica individual, a grupo, classe ou categoria específica de pessoas.

⁶⁵ Art. 5º, LXXVII, § 2º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

⁶⁶ José Afonso da SILVA, p. 161.

III - Historicidade: são historicamente mutáveis, de forma a permitir afirmar que toda a fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas, não é nada mais do que um aspecto transitório de sua história, e não seu *corpus* imutável. Portanto, a aceitação da historicidade dos direitos fundamentais importa, reta via, a renúncia ao caráter absoluto que neles se reconhecia.⁶⁷

IV - Inalienabilidade: São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque são despidos de caráter econômico. São absolutamente indisponíveis, por força da constatação de que a ninguém é dado renunciar à sua natureza humana. São ainda, em geral, direitos indisponíveis, pois não são alienáveis ou renunciáveis no todo, sendo contudo dado ao seu titular, em certa medida, consentir na sua limitação.⁶⁸ A inalienabilidade decorre diretamente da indisponibilidade dos direitos fundamentais, razão pela qual, esclareça-se, embora seja permitida a renúncia parcial ao direito, jamais será permitida sua total supressão.⁶⁹

V - Imprescritibilidade: A possibilidade de exercício dos direitos fundamentais se faz sempre presente pela tão-só previsão constitucional. Não podem ser violados pelo fato de não serem exercidos. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis, fazendo com que a decadência, a prescrição e a preclusão se transformem em institutos aplicáveis unicamente aos direitos não fundamentais. Ademais, pelo fato de formarem a base que torna possível a convivência social estável, não há como afirmar que não são exercitados, pois o são a cada momento, ainda que imperceptivelmente.⁷⁰

VI - São absolutos: não no sentido histórico, pois este fica comprometido quando se admite o caráter mutável dos direitos fundamentais. São absolutos porque não se encontram limitados por um dever jurídico de determinada pessoa, mas impõem um dever geral de abstenção, uma obrigação passiva universal.

2.5 AS CATEGORIAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA INTEGRAÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988, aproximando-se da terminologia técnico-jurídica, suplanta a tendência de entender os direitos fundamentais como contrapostos aos direitos sociais, identificáveis nas Constituições anteriores como resultado da persistência de uma visão individualista e liberalista dos direitos fundamentais. Parte-se agora do entendimento de que as categorias de direitos

⁶⁷ Ibid., p. 162.

⁶⁸ PINTO, Paulo Mota. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. *Boletim da Faculdade de Direito* [Universidade de Coimbra], Coimbra, v. 69, p. 483, 1993.

⁶⁹ José Afonso da SILVA, p. 162.

⁷⁰ Ibid., p. 162.

humanos fundamentais, nela previstos, são integrantes de um sistema (que tem a harmonia por nota fundamental), estruturado mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais previstos no art. 5º, não são exercitáveis senão através da sociedade, e não contra ela.

Há, contudo, uma tensão bastante nítida entre a previsão de uma ordem social paternalista, e uma ordem econômica liberal, que só poderá ser superada por reformas constitucionais que adotarão por princípio, ao que tudo indica, a redução do Estado mediante o perfilamento dos postulados neoliberais.

Nesse sentido, com acuidade alinhava José Afonso da SILVA, que

o que é certo é que a Constituição assumiu na sua essência, a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente. Nem é preciso fundamentá-los em bases jusnaturalistas, como se esforça em fazê-lo, para compreender que eles constituem um meio positivo para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades e sua proclamação supõe um autêntica garantia para a democracia, ou seja, para o efetivo desfrute das liberdades civis e políticas.⁷¹

A esfera privada se converte assim no mundo da experiência, da consciência, no plano em que se formam as escalas de valores éticos do indivíduo. Já a esfera pública passa a se formar a partir das relações entre particulares, como expressão abstrata e impessoal da convivência política na sociedade de massas contemporânea.⁷²

Essa integração dos direitos fundamentais refere, em última instância, a necessidade de harmonizar o exercício da liberdade individual, regulando sua repercussão social, com o conjunto de direitos que garantem um padrão inescrutável de dignidade à pessoa, seja do ponto de vista econômico, seja do ponto de vista moral, que constituam aquele “*minimum* necessário e imprescindível do conteúdo da personalidade”⁷³, de que falava DE CUPIS.

⁷¹ José Afonso da SILVA, p. 182/183.

⁷² PRATS, Morales. *La tutela penal de la intimidad* : privacy e informática. Barcelona : 1984. p. 17.

⁷³ De CUPIS, Adriano (Riconoscimento sostanziale, ma non verbale, del diritto alla riservatezza. *Foro*, v. 1, p. 1298, 1963), apud Paulo Mota PINTO, *O direito à reserva...*, p. 482.

No dizer de MOTA PINTO, essa objetivação “serve os interesses mais íntimos da pessoa, ordena-se ao desenvolvimento da pessoa e, portanto, em último termo, à sua *dignitas humana*”⁷⁴.

Note-se que, quando se trata de direitos fundamentais, trata-se-os sempre em referência plural, fazendo presumir que os direitos fundamentais constituem cláusula geral na qual se encontram inseridos direitos fundamentais singulares, até mesmo para fazer frente à necessidade de tutela integral da irreduzível complexidade humana — que só pode ser compreendida numa perspectiva globalizante — podendo incluir bens de personalidade não tipificados.

Assim caracterizado, o sistema de tutela dos direitos fundamentais (ou da cláusula geral dos direitos fundamentais), deve ser sempre aberto e dinâmico, permitindo a admissão de novos bens, frente às renovadas ameaças a que se encontra exposto o ser humano. Como leciona Orlando de CARVALHO, essa cláusula geral dos direitos fundamentais “é, a um tempo, direito à pessoa-ser e à pessoa-devir, ou melhor, à pessoa-ser em devir, entidade não estática mas dinâmica e com jus à sua liberdade de desenvolvimento”⁷⁵.

A necessidade de repúdio à previsão *numerus clausus* dos direitos fundamentais, de um lado, e a necessidade de limitá-los de forma a que o exercício de um não obste o de outro, encaixa-os no conceito de “direito-quadro” que, como ensina Wolfgang FIKENTSCHER,⁷⁶ envolve um conjunto variado e potencialmente ilimitado de bens da pessoa, “cobrindo uma série de normas de comportamento que têm de ser encontradas e aplicadas pela jurisprudência para a proteção da pessoa”⁷⁷.

Essa possibilidade de choque entre os direitos singulares que integram a cláusula geral dos direitos fundamentais constitui-se num dos vértices principais do

⁷⁴ Paulo Mota PINTO, p. 487.

⁷⁵ CARVALHO, Orlando de (*Teoria geral do direito civil* : sumários desenvolvidos. Coimbra : Almedina, 1981 p. 180), apud Paulo Mota PINTO, *O direito à reserva...*, p. 483.

⁷⁶ FIKENTSCHER, Wolfgang (*Schuldrecht*. Berlin : , 1985. p. 729), apud Paulo Mota PINTO, p. 496.

⁷⁷ *Ibid.* (p. 737), apud Paulo Mota PINTO.

presente estudo, que se prenderá, de início, à análise da tensão entre os direitos da personalidade e as liberdades de comunicação social, para concluir por sua harmonização, como meio de manutenção da coerência do sistema de direitos fundamentais.

3 A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Deve-se, já de princípio, esclarecer o interesse em causa no presente estudo, no intuito de apartá-lo de alguns outros que eventualmente — e por vezes indesejavelmente — possam ser colocados sob o manto de “direitos da personalidade”.

Ainda nesse esclarecimento teleológico, convém ressaltar que quando abordamos os direitos da personalidade, fazemo-lo frente às liberdades de comunicação social amplamente consideradas, e dos agravos que o exercício dessas liberdades podem causar à dignidade pessoal, ficando assim excluído, desde logo, o aspecto econômico-financeiro eventualmente envolvido no conceito. Por tais razões, alguns autores referem essa amplitude de tutela dos direitos da personalidade como tutela da dignidade⁷⁸.

Fala-se em direitos da personalidade, nesse sentido, como referencial da proteção jurídica dispensada, no todo⁷⁹, à moral humana, englobando, como parcelas dessa tutela, o direito à honra, à privacidade ou à intimidade⁸⁰, reconhecido até mesmo após a morte (nos casos, por exemplo, de divulgação de aspectos íntimos da pessoa falecida, atingindo a herança moral de seus sucessores).

⁷⁸ Com esse conceito abrangente de direito à dignidade concorda Carlos Alberto da Mota PINTO (*Teoria geral do direito civil*, p. 42), ao afirmar: “A organização estadual, disciplinada pelo direito público, proporciona ao particular, mediante a outorga de direitos subjetivos públicos ou de faculdades, meios eficazes e indispensáveis para o pleno desenvolvimento da sua personalidade ou para a defesa da sua dignidade humana e, quanto ao exercício desses meios, o particular encontra-se em situação de plena autonomia. Pense-se na faculdade ou no direito subjetivo público (em face do estado) de obter tratamento hospitalar, freqüentar as escolas, utilizar a máquina judiciária, etc.”.

⁷⁹ No sistema jurídico brasileiro, a base constitucional dos direitos da personalidade, entendido nesse sentido amplo, encontra-se no art. 5º, que vai complementado por todo o rol de direitos fundamentais exemplificativamente consagrados no Direito brasileiro, ao prever: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

⁸⁰ Nos Estados Unidos, BLOUSTEIN (*Privacy as an aspect of human dignitys : an answer to deach prosser. New York University Law Review*, 1964) foi um dos que primeiro pretendeu unificar a *privacy* sob o mote da dignidade humana. Também na Alemanha, para se tutelar a esfera íntima ou privada, são invocados os arts. 1º e 2º da *Grundgesetz*. Em Portugal, na medida em que a utilização de informação relativa às pessoas e às famílias pode ser contrária à dignidade humana, esse é também o entendimento do legislador constitucional português - v. art. 26º, n. 2.

Embora sejam até freqüentes os casos de transgressão à honra objetiva da pessoa jurídica, não nos parece possível falar-se em intimidade da pessoa jurídica — ao menos não com o conceito que se aplica às pessoas físicas — pois eventuais segredos da pessoa jurídica serão sempre aqueles revestidos de valor patrimonial, o que raramente se verifica no casos de ofensas à dignidade, excluindo-os portanto da tutela idêntica à dispensada à pessoa física.

Em suma, fala-se em direitos da personalidade como direito-condição, pois “sendo um direito em si, constitui também condição para o exercício de outras liberdades: de manifestação de pensamento, de expressão, de convicção filosófica, religiosa, crença científica e política, e de locomoção”⁸¹.

Sob o manto da tutela dos direitos da personalidade serão tratados em conjunto os direito que se destinam à proteção da esfera individual, que servem à proteção da personalidade individual dentro da vida pública, e os que se voltam à proteção da vida privada, nos quais “cogita-se da inviolabilidade da personalidade dentro de seu retiro, necessário ao seu desenvolvimento e evolução, em seu mundo particular, à margem da vida exterior”⁸².

No decorrer de nosso estudo, sem deixar de lado a visão de conjunto de todos os demais direitos materialmente fundamentais, até mesmo por pressupor uma análise sistêmica, faremos referência mais freqüente à tutela dos direitos da personalidade através dos direitos consagrados no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República, que prevê: “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”.

Ao destacar os conceitos de “intimidade” e “vida privada”,⁸³ e de “honra” e “imagem”, partiu o constituinte do suposto de que a tutela constitucional da

⁸¹ José Afonso da SILVA, p. 40.

⁸² COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só : tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 31.

⁸³ O direito italiano opera ainda diferenciação entre o *diritto alla segretezza*, que assinala o direito de impedir que a atividade de terceiro venha a conhecer as particularidades da vida alheia, e o *diritto alla riservatezza* (ou o *diritto al*

dignidade compreende dois aspectos: um interior e outro exterior. Este, atinente ao relacionamento do indivíduo no compartilhamento da vida social, ao grau de consideração do indivíduo perante a sociedade; e aquela, respeitante à própria pessoa, ao relacionamento fechado baseado em laços familiares e de amizade.

Passemos assim à análise individualizada, e sempre exemplificativa (até mesmo pela impossibilidade ontológica em fazê-lo de forma fechada) de cada um dos direitos fundamentais singulares englobados na tutela da dignidade humana, no que atine ao tema do presente trabalho.

3.1 O DIREITO À RESERVA DA INTIMIDADE

Como alerta MOTA PINTO, “definir com rigor privacidade é uma tarefa que parece raiar os limites do impossível. Há mesmo quem diga que este é um conceito ‘vazio’ ou ‘obscuro’, que, por tudo abranger, acaba por não ter conteúdo, um conceito ao qual se não deveriam abrir as portas do mundo jurídico”⁸⁴.

De fato, a chamada “miséria da *privacy*”⁸⁵ resulta dessa dificuldade de precisar o conteúdo de um conceito que, de tão elástico, parece tudo abranger, correndo o risco de anular sua praticidade.

Não obstante a dificuldade em conceituá-la, certo é que a intimidade deve ser configurada como aquele âmbito de liberdade necessário para o pleno desenvolvimento da personalidade, que deve ser preservado de ingerências ilegítimas, e que constitui o pressuposto necessário para o exercício de outros direitos e para a participação do indivíduo em sociedade.

Com a proteção da intimidade, quer-se preservar, em suma, o direito, reconhecido a cada indivíduo, de impedir a intromissão de estranhos na sua vida

rispetto della vitta privata), que consiste em defender a pessoa da divulgação de notícias particulares, mas legitimamente conhecidas pelo legislador. Sob pena de comprometer a sistematização terminológica do presente estudo, não adotaremos esta distinção.

⁸⁴ Carlos Alberto Mota PINTO, O direito à reserva..., p. 505.

⁸⁵ Ibid., p. 506.

privada e familiar, assim como de obstar-lhes o acesso a informações sobre a privacidade individual, impedindo também que sejam divulgadas, sem autorização, as informações obtidas com esta intromissão.⁸⁶

Na medida em que avançam os meios tecnológicos que permitem com facilidade cada vez maior o isolamento físico, e com dificuldade diretamente proporcional a independência moral e intelectual, o direito à reserva da intimidade passa a ser uma das mais relevantes facetas da tutela da intimidade, pois resguarda os momentos de encontro individual, do indivíduo consigo mesmo, o que, como assinalou PETRARCA, “não significa ódio aos homens, aos quais, por fundamento, devemos pelo contrário amar como a nós mesmos; mas significa luta contra a corrupção e as misérias do mundo, contra os pecados próprios e os dos outros”⁸⁷.

A possibilidade de total isolamento constitui-se em fundamento da própria vida em sociedade, pois, se numa dada comunidade o homem é privado da liberdade de se isolar, “tal sociedade é uma prisão: não é sociedade; pois toda a sociedade se organiza unicamente para ampliar a liberdade dos sócios, a fim de que as suas faculdades tenham um campo maior onde possam livremente e utilmente exercitar-se”⁸⁸.

Se, por um lado, é verdade que o homem é sociável por natureza, não se pode, por outro, afirmar que a sociabilidade seja o único motor do espírito humano, esgotando, por assim dizer, sua natureza. A sociabilidade procede antes da individualidade, e nela tem sua base.⁸⁹

Portanto, o direito à intimidade abrange o interesse na subtração à atenção dos outros (anonimato num sentido *lato*) e o interesse em excluir o acesso físico dos outros a si próprio (*solitude*). Reveste-se, portanto, de natureza física e material.

⁸⁶ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ivens Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1989. v. 2, p. 63.

⁸⁷ PETRARCA, Francesco. *De vita solitaria in prose*. Ricciardi : Milão, 1955. p. 300.

⁸⁸ ROSMINI, Antonio. *Ragionamento sul comunismo e socialismo*. Pádua : B. Brunello, 1948. p. 57.

⁸⁹ DEL VECCHIO, Giorgio. *Direito, sociedade e solidão*. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. 37, p. 176. Em português.

É curial, contudo, que pessoas que se encontram profissionalmente ligadas ao público, tais como políticos, artistas, não possam reclamar a proteção da imagem com rigidez idêntica à daqueles cuja vida profissional não se sustenta da publicidade, do mesmo modo que não pode reclamar idêntica tutela à reserva da intimidade aquele que se põe em local onde o caráter de espetáculo sobressai, como ocorre com desfiles de escolas de samba. Essa possibilidade de restrição à tutela da reserva da intimidade encontra fundamento na própria possibilidade de renúncia parcial (e jamais total), à tutela dos direitos fundamentais.

A intimidade é o direito em virtude do qual se excluem todas ou determinadas pessoas de nossa consciência, de nossos pensamentos, sentimentos, sensações e emoções. É o direito de viver em solidão aquela parte de nossa vida que não desejamos compartilhar com os demais, seja com a sociedade que nos rodeia com todo o mundo que nos circunda, seja com uma parte deste mundo.⁹⁰

Seguindo Ruth GAVISON⁹¹ na detalhada análise que faz do conceito de *privacy*, chegamos à conclusão de que dificilmente seriam levados em conta aspectos fundamentais da tutela da dignidade se falássemos apenas de informação pessoal. Deve-se ainda considerar o interesse na subtração à atenção dos outros (anonimato num sentido *lato*) e o interesse em excluir o acesso físico dos outros a si próprio (*solitude*).

Busca-se, com a tutela da intimidade, a preservação da intangibilidade do mundo particular de cada um, com seus segredos lícitos e ilícitos, daquele “pequeno mundo do qual cada um é rei e senhor”⁹² e que, por assim ser, cria o contexto necessário para atividades essenciais ao Homem, tais como a auto-avaliação individual, o desenvolvimento de comunicações limitadas e protegidas, a promoção autônoma de sua liberdade.

⁹⁰ COLOMA, Romero (Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal. , 1987. p. 28), citado por GÓMEZ PAVÓN, Pilar. La intimidad como objeto de protección penal. Madrid : Akal/Iure, 1989.

⁹¹ GAVISON, Ruth. Privacy and the limits of law. : Yale : L.J., 1980. p. 436 e ss.

⁹² GIORGIANNI, Michelle. La tutela della riservatezza. : RTDPC, 1970. p. 22.

O problema da tutela da reserva da intimidade foi primeiramente sentido com intensidade, seja por força de um jornalismo mais agressivo, com o surgimento dos chamados “mercadores de escândalos”, seja por força do salto tecnológico em relação a outros países, nos Estados Unidos, onde a consagração do *right to be let alone* enquadrado-o na tutela da dignidade humana, culminando, em 1974, na edição do *Privacy Act*, voltado à proteção da privacidade contra atos do poder público.

Exemplo dessa consagração vem da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, no caso *Breard v. City of Alexandria* (1951), no qual, para resguardo do isolamento físico, se condenou a venda de assinaturas de periódicos por meio de vendedores que correm de porta em porta. Na oportunidade, afirmou o *justice* Reed:

As pessoas interessadas em realizar a assinatura podem fazê-lo por meios distintos desse oferecimento de cada em casa, que sóem resultar muito desagradáveis. Cremos que as comunidades que consideram como ofensivos esses métodos de venda, podem controlá-los por meio de regulamentações próprias. Cremos que seria abusar das grandes liberdades de imprensa e de palavra se as empregarmos para forçar uma comunidade a admitir as visitas reiteradas dos agentes de periódicos, contra a vontade das donas de casa e somente para favorecer a maior comercialização de ditos periódicos. Não consideramos, pois, que a condenação em questão signifique uma violação dos princípios da Primeira Emenda.⁹³

Também na Europa se fez sentir a relevância dessa tutela, impondo-se na jurisprudência Italiana, a partir de 1950, o reconhecimento do *diritto alla riservatezza*, e na Francesa, mediante a expressão de ROYER-COLLARD, segundo a qual *la vie privée doit être murée*.

A criação jurisprudencial desses países influenciou diretamente o reconhecimento da reserva da vida privada em instrumentos internacionais, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁹⁴ e da Convenção Européia dos Direitos do Homem⁹⁵.

⁹³ KONVITZ, Milton. *La libertad en la declaración de derechos en los Estados Unidos*. Buenos Aires : Bibliográfica Argentina, 1959. p. 183.

⁹⁴ Art. 12: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques” (CF).

⁹⁵ Art. 8º: “I - Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência” (CF).

A forma pela qual foi prevista a tutela nesses instrumentos deixa entrever a necessidade de estruturá-la sobre outros direitos fundamentais paralelos, tais como a inviolabilidade de domicílio, o sigilo postal e telefônico, o direito ao nome, à honra, à reputação e ao esquecimento.⁹⁶

3.2 O DIREITO À INVIOABILIDADE DOMICILIAR

Encontra-se previsto no artigo 5º, inciso XI da Constituição brasileira⁹⁷, como a tutela de um dos poucos lugares em que a sociedade moderna ainda permite, de ordinário, a segurança da intimidade, autorizando o ofendido a excluir de sua casa aqueles que nela tenham adentrado ou nela se encontrem sem seu consentimento. A tutela do dispositivo constitucional é potencializada pela proteção penal através da tipificação do crime de invasão de domicílio (artigo 150 do Código Penal Brasileiro).

O domicílio é o lugar isolado do ambiente externo, destinado voluntariamente ao uso doméstico, à habitação e ao estudo profissional, de temporária permanência. É, em suma, “o elemento espacial em que mais vezes se concretiza o valor da intimidade.”⁹⁸

No interior da esfera privada está o círculo concêntrico de menor raio dentre aqueles em que se desdobra a intimidade: o círculo do segredo, que reclama a proteção mais efetiva contra a indiscrição.

Perceba-se que o direito ao segredo da privacidade não coincide necessariamente com o da inviolabilidade do lar, pois embora normalmente a

⁹⁶ Ao comentar sobre um diploma internacional que viesse a suceder a Declaração Internacional dos Direitos do Homem da ONU, René BRUNET (*La garantie internationale des droits de l'homme : d'après la Charte de San Francisco*. Genebra : CH Grasset Editeur, 1947. p. 216) assinala que “Como corolários da liberdade individual serão reconhecidos a inviolabilidade do domicílio e a proibição de toda censura postal (salvo em tempos de guerra)”.

⁹⁷ Art. 5º, XI: “... a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (CF).

⁹⁸ ABBAMONTE, Giuseppe. *Libertà e convivenza*. Napoli : Casa Editrice Dott, Eugenio Jovene, 1954. p. 73.

violação do domicílio constitua uma forma de violação da privacidade, o contrário nem sempre se verifica, ou seja, nem sempre a ofensa à *privacy* ocorre mediante a violação de domicílio.

Para exemplificar o valor que o sistema jurídico de alguns países atribui à tutela de inviolabilidade domiciliar, Paulo José da COSTA JÚNIOR relata caso ocorrido nos Estados Unidos, na década de 70, segundo o qual

vizinhos de determinada pessoa, residente na Califórnia, ao revolverem sua lata de lixo, suspeitaram de que lá houvesse vestígios de tóxicos, pelo que solicitaram a intervenção da polícia. De fato, após o exame dos detritos, verificou-se que se tratava de substâncias entorpecentes. Com base na prova colhida e na lei, o juiz criminal condenou os viciados. A Suprema Corte da Califórnia, porém, entendendo que a lata do lixo constitui um apêndice da economia doméstica, reformou a sentença condenatória, pois a prova que a lastreava havia ofendido a *privacy* alheia.⁹⁹

O exemplo de COSTA JÚNIOR demonstra que a tutela da intimidade não se restringe à área reservada do domicílio, mas alastra-se para além de suas fronteiras, fazendo-se presente até mesmo nas vias públicas, na barraca de *camping*, no barco de passeio, ou seja, em todos os locais em que seja possível, presumir a busca do isolamento, individual ou familiar.¹⁰⁰

A tutela da inviolabilidade de domicílio é complementada pela chamada liberdade de domicílio, que é a faculdade de determinar, segundo padrões estritamente individuais, o local do domicílio. Esse direito lança bases, em última *ratio*, na liberdade de locomoção.¹⁰¹

⁹⁹ COSTA JÚNIOR, p. 15.

¹⁰⁰ SERPA, José. *Direito à imagem, à vida e à privacidade*. Belém: CEJUP, 1994. p. 197.

¹⁰¹ As restrições à mobilidade dos trabalhadores eram comuns nos Estados Unidos da América após a depressão dos anos 30. Para combater a entrada, em solo norte-americano, de qualquer indivíduo que não dispusesse de bens próprios, e que assim se enquadraria no conceito de indigente. O juiz Byrnes, falando em nome de cinco Juízes, sustentou que a lei representava uma interferência inconstitucional no comércio interestatal. Assim, as pessoas que foram “despojadas de suas propriedades, que não contam com recursos para fazer frente às necessidades da vida, e que não têm parentes ou amigos capazes e desejosos de mantê-los”, podem entrar em um estado sem que se lhe oponham obstáculos. (Edwards X California. 314 US 160 1941) (KONVITZ, p. 403).

3.3 A INVIOLABILIDADE DOS SIGILOS TELEFÔNICO E EPISTOLAR

Inserta no artigo 5º, inciso XII,¹⁰² estatui a vedação de acesso não autorizado ao conteúdo de mensagens emitidas nas comunicações interpessoais, que se restringem ao conhecimento do remetente e do destinatário da mensagem.

Quando se trata de inviolabilidade postal não se protege apenas o conteúdo escrito do acesso indesejado, mas qualquer forma de manifestação (desenhos, objetos) que tenha a função de exprimir uma mensagem do emitente frente ao destinatário.

Para que haja tutela do segredo da comunicação telefônica ou epistolar, esta deve desenvolver-se pelos meios comuns e idôneos, e não por formas de comunicação que, muitas vezes, sequer permitem esse sigilo, tal como a rede mundial de computadores INTERNET. Admite-se, nesses casos, que, quem se serviu desses meios não sigilosos, dispensou, previamente, o direito ao segredo que lhe assistiria no uso de outros meios de comunicação.

CRESCI, citado por Paulo José da COSTA JÚNIOR, traça o seguinte paralelo: “assim como o domicílio é a projeção espacial da pessoa, a correspondência é a projeção espiritual da personalidade e, como tal, merece proteção idêntica. A inviolabilidade de correspondência representa uma das faces do poliédrico direito à intimidade e uma das manifestações específicas da liberdade individual que integra os direitos da personalidade”¹⁰³.

Nesse particular, o segredo da vida privada é cada vez mais ameaçado por investigações e divulgações ilegítimas por aparelhos registradores de imagem, sons e dados, infinitamente sensíveis aos olhos e ouvidos, sem contar o grande desenvolvimento de complexa rede de cadastros eletrônicos de dados pessoais, que

¹⁰² Art. 5º, XI: “... é inviolável o sigilo da correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (CF).

¹⁰³ CRESPI (La tutela penale del segreto, p. 60), apud COSTA JÚNIOR, p. 79.

também se erigem em poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O uso cada vez mais freqüente de informações computadorizadas enseja um processo de cadastro que devassa inteiramente a individualidade pessoal. O perigo cresce na medida em que a utilização da informática viabiliza a interconexão de fichários, com a possibilidade de informar bancos de dados que desvendem a vida das pessoas, sem sua autorização e sem seu conhecimento.¹⁰⁴

A garantia do segredo telefônico ou epistolar só tem sentido se vier acompanhada da liberdade de determinar o conteúdo da mensagem, que lança raízes na própria liberdade de expressão. A dupla tutela fornecida pelo binômio liberdade-segredo presta-se assim a designar o que pode ser expresso e o que deve ser mantido em sigilo.

A Lei nº 9.266, de 24 de julho de 1996, regulamentando o artigo 5º, XII, da Constituição da República, prevê que a interceptação telefônica apenas poderá ser realizada mediante determinação judicial, em hipóteses bastante específicas. A edição dessa lei serviu como divisor de águas na apuração da licitude do uso da escuta telefônica. O Supremo Tribunal Federal, antes da edição dessa Lei, a considerava ilícita por ausência de regulamentação. Após, foram consideradas lícitas as interceptações telefônicas apenas nos estritos casos nela previstos.¹⁰⁵

¹⁰⁴ José Afonso da SILVA, p. 205.

¹⁰⁵ "PROVA ILÍCITA - ESCUTA TELEFÔNICA - PRECEITO CONSTITUCIONAL. - REGULAMENTAÇÃO. Não é auto-aplicável o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Exsurge ilícita a prova produzida em período anterior à regulamentação do dispositivo constitucional." (HC-74639 / RJ. Relator Ministro MARCO AURELIO. Segunda Turma). E ainda: "EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES.

PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA. 1. É ilícita a prova produzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei nº 9.296, de 24.07.96, que regulamentou o art. 5º, XII, da Constituição Federal; são igualmente ilícitas, por contaminação, as dela decorrentes: aplicação da doutrina norte-americana dos "frutos da árvore venenosa". 2. Inexistência de prova autônoma. 3. Precedente do Plenário: HC nº 72.588-1-PB. 4. *Habeas-corpus* conhecido e deferido por empate na votação (RI-STF, art.150, § 3º), para anular o processo *ab initio*, inclusive a denúncia, e determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente." (HC-74116 / Sp. Relator Ministro NERI DA SILVEIRA . Rel. Acórdão Ministro MAURICIO CORREA. Publicação DJ em 14/03/97. PP-06903 Ementa: VOL-01861-01 PP-00178. Julgamento em 05/11/1996 - Segunda Turma).

3.4 O DIREITO À IMAGEM

Com a proteção da imagem o que se pretende repelir é a veiculação pública, não consentida, de imagens individualmente gravosas, na linha em que é tutelada com surpreendente clareza pelo Código Civil português, quando prevê:

Art. 79: 1 - O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela, depois da morte da pessoa retratada, a autorização compete às pessoas designadas no n.º 2 do art. 71 segundo a ordem nele indicada.

2 - Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justificarem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça ou culturais ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos ou na de fatos de interesse público ou que hajam ocorrido publicamente.

3 - O retrato não pode porém ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio se do fato resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada.

Para SANTORO-PASSARELLI, o direito à imagem é uma das facetas da inviolabilidade moral, tutelada pela lei de modo autônomo, que permite sua exposição fora dos casos admitidos em seu seio. “Todo indivíduo tem um direito sobre a sua imagem, parte da sua pessoa, no que concerne ao respeito pela não utilização indevida da mesma, que é independente do seu direito à intimidade”¹⁰⁶.

Como marco histórico do reconhecimento judicial do direito à imagem, COSTA JÚNIOR cita um julgado francês, do Tribunal Civil do Sena, de 16 de junho de 1858, que determinou a apreensão de um desenho em que se retratava a irmã de um famoso artista em seu leito de morte.

A apreensão do desenho foi justificada pela desmedida divulgação pública que dele se fizera, mediante o fundamento de que “por maior que seja um artista, por histórico que seja um grande homem, tem sua vida privada distinta da pública, seu lar separado da cena e do fórum. Podem desejar morrer na obscuridade, quando ou porque viveram no triunfo ...”¹⁰⁷

¹⁰⁶ MONREAL, Eduardo Novoa. La ‘vida privada’ como bien jurídicamente protegido. Nuevo pensamiento penal. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Buenos Aires, p. 176, 1974.

¹⁰⁷ Jurisprudence française en matière de droit civil (in Ver. trimestrielle de droit civil, jan./mar., 1971, p. 111), apud COSTA JÚNIOR, p. 13.

A imagem, contudo, não se resume à figura da pessoa, ao seu aspecto visual exprimido pela pintura, escultura, desenho, fotografia, caricatura ou outra forma de comunicação visual, mas refere também a reprodução sonora da voz, os gestos e outras expressões dinâmicas da personalidade, compreendendo até mesmo as partes destacadas do corpo, desde que nelas se possa identificar o indivíduo.

Embora o direito à imagem seja dos que mais tem se aproximado da tutela da intimidade da vida privada, e embora se possa inclusive falar de identidade entre a ofensa à imagem e ofensa à privacidade, deve-se entendê-los como categorias distintas e autônomas, pois nem sempre o agravo oriundo de transgressão ao direito à imagem será resultante de invasão de privacidade.

A confusão se deve, em certa medida, pela própria dificuldade de se definir privacidade, já antes demonstrada, em que incorre a Constituição brasileira, que prevê no mesmo inciso, como categorias ao menos correlatas (é o que indica essa forma de sistematização do texto constitucional) o artigo 5º, inciso X.

3.5 O DIREITO AO NOME

Na opinião de José TAVARES, citado por Antunes VARELLA, esse direito traduz “uma qualidade inerente à pessoa que tem por objeto um interesse puramente ideal, e por fundamento as relações ou motivos de ordem essencialmente moral ou familiar”¹⁰⁸.

Compreende assim o direito de identificação individualizada, bem como as faculdades de usar o próprio nome, e de se opor a que outrem o use, para se identificar ou para outros fins.

A jurisprudência italiana distingue o direito ao nome do chamado direito à identidade pessoal, ao qual reconhece um conteúdo maior, abrangente da própria

¹⁰⁸ VARELLA, João de Matos Antunes. *Noções fundamentais de direito civil*. Coimbra : [s.n.], 1945. p. 192.

história individual, repudiando dessarte relatos ou informações deformadores de acontecimentos ou atos da própria vida do indivíduo. Parte-se do princípio de que a identidade individual é constituída pelo percurso da vida, reconhecendo um direito a que a história da própria vida não seja adulterada.

No rol de direitos materialmente fundamentais gizado pela Constituição brasileira de 1988, não há tutela específica para o direito ao nome, devendo ser buscada sua proteção constitucional a partir das formas que a afronta a esse direito possa assumir. Por exemplo: se o uso indevido do nome acarretar uma ofensa à honra de seu titular, o abrigo constitucional do direito do ofendido encontra-se na própria tutela da honra.

3.6 O DIREITO À HONRA E À REPUTAÇÃO

Segundo RAMAJOLI¹⁰⁹, honra é conceito que tem reflexo individual e social. No primeiro caso “é a íntima consciência da dignidade que o indivíduo tem como titular do bem” e, no segundo, “é a condição necessária para que o indivíduo possa desenvolver sua própria personalidade moral, progredindo na comunidade civil e conquistando para si uma posição adequada”.

GÓMEZ PAVÓN, por sua vez, destaca no conceito de honra os aspectos subjetivo, que refere à auto-estima, e o objetivo, “reputação, nome ou fama de que goze ante os demais. Trata-se de um conceito relativo, variável no tempo, e no momento atual sujeito a revisão”¹¹⁰. Cabe, portanto, entender dois aspectos dentro de conceito de honra: como expectativa do reconhecimento que surge da dignidade da pessoa humana e como expectativa de reconhecimento que emana da participação real do indivíduo em comunidade.¹¹¹

¹⁰⁹ RAMAJOLI, Sergio. *Offesa all'onore della persona e libera manifestazione del pensiero*. Milão : Dott. A Giuffrè Editore, 1966. p. 1.

¹¹⁰ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. La solución del conflicto entre libertad de expresión y honor en el derecho penal español. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, n. 23, p. 265, 1989.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 265.

Observa MORAES LEITÃO que é fácil verificar a falta de precisão conceitual nas opiniões em que, a respeito do direito à intimidade da vida privada, se invocam atributos da personalidade ou simples interesses exteriores que antes se enquadram no objeto específico de outros direitos da personalidade ou de distintos direitos subjetivos. Por exemplo, a invocação do direito à intimidade para a defesa de valores integrantes da liberdade do pensamento ou de expressão deste, do direito a ter nome ou ao nome, e do direito à honra e consideração ou para mera tutela de simples interesses de sigilo ou de propriedade ou de pudor, que só indiretamente respeitam, por vezes, aspectos da intimidade.¹¹²

Não há que se invocar a tutela da honra quando o bem jurídico atingido foi a reserva da vida privada e vice-versa, pois, como leciona René Ariel DOTTI,

os tipos delituosos concernentes à honra e à reputação das pessoas não exigem nem supõem que a respectiva violação ocorra mediante indiscrições ou intromissões na vida privada, donde se depreende que os delitos contra a *riservatezza* não se sobrepõem aos delitos contra a honra, nem constituem um gênero abrangente destes. Por outro lado, a invasão da intimidade não exige na sua essência que o sujeito ativo expresse ou manifeste um juízo desfavorável ao conceito do ofendido, bastando tão-somente que tome conhecimento indevido de algo que toca à sua esfera de isolamento.¹¹³

Da mesma forma que ocorre com os demais direitos singulares fundamentais antes definidos, a violação do direito à honra não configura, ou não tem como preliminar necessária, a violação de outro direito integrante da tutela da dignidade, tanto que, como mais adiante se aprofundará, o direito à honra volta-se à proteção contra imputações inverídicas, a ponto de admitir a *exceptio veritatis*, não admitindo a violação da privacidade.

Dentre as ofensas à honra deve ainda ser catalogada a que se produz mediante a infringência do princípio constitucional da presunção de inocência, estampado no artigo 5º, LVII,¹¹⁴ da Constituição da República, pois não remanesce

¹¹² João Antonio de Moraes Leitão, Relator do Parecer 46/X da Câmara Corporativa de Portugal (em Actas da Câmara Corporativa de Portugal, Lisboa, 09.01.1973), apud DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980. p. 84.

¹¹³ René DOTTI, p. 85.

¹¹⁴ Para Candido Conde-Pumpido FERREIRO (La libertad de informacion y libre circulacion de noticias en España : proclamacion e limites. *Boletim de Faculdade de Direito de Coimbra*, n. 18, p. 244, 1989), “A liberdade de

dúvida de que a afirmação da culpa de quem ainda se encontra submetido a processo (penal, civil, administrativa, ou de qualquer outra natureza) por outrem que não o órgão judicial com competência constitucional para afirmá-la (princípio do juiz natural), ofende profundamente a honra do acusado, causando-lhe graves danos, e influenciando, não raro, a própria severidade da decisão judicial condenatória.

A imprensa sensacionalista, no mercadejamento de escândalos e desgraças humanas, reiteradas vezes lança mão desse artifício, transformando o processo judicial num mero instrumento de homologação do resultado que, com muito maior eficiência e amplitude, já antecipara.

O filósofo brasileiro Richard PEDICINI, ao comentar a acusação contra Leonardo Teodoro de Castro, à época hospitalizado, em estado de coma, como responsável pela explosão que arreventou a fuselagem de um avião da empresa TAM, em junho de 1997, evidencia a celeridade da imprensa em encontrar, ainda que sem provas, algum culpado. Afirma o filósofo:

“Na falta de alguém preso, que possa ser acusado com impunidade, pela explosão no voo da TAM, foi acusado primeiro um morto, depois um homem em coma. As “evidências”, anunciadas com alarde, estão sendo desmentidas de fininho... A imprensa brasileira não hesita em acusar: basta que a acusação seja forte, e o acusado, fraco. Fica cada dia mais claro que as acusações contra o professor não têm ainda nenhum fundamento. Mas ninguém o defende. Preferem esperar pelas provas que demonstrem a sua inocência, pois, para evitar a possibilidade de defender um culpado, parece que todo cuidado é pouco. Liberdade de opinião somente tem sentido se também contemplar as opiniões de que não gostamos. O direito à privacidade não desaparece com o indiciamento, muito menos com o simples fato de estar uma das pessoas numa lista de suspeitos. E o direito de resposta não exige que notícia seja verdadeira ou falsa, mas simplesmente seja ofensiva. Leonardo pode exigir a capa da ‘Veja’ e umas horas de televisão para responder. Claro que adiantaria pouco para ele — como se responde a uma invasão de privacidade?”¹¹⁵

O direito à honra encontra previsão constitucional específica no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República.

expressão e informação encontra seu limite em outros direitos fundamentais, essencialmente no direito à honra, à intimidade, à presunção de inocência dos submetidos a julgamento e a própria segurança de todos os cidadãos constituídos em Estado”.

¹¹⁵ PEDICINI, Richard. Prezados jornalistas. Folha de São Paulo, 29 jul. 1997, p. 1-3. Tendências/Debates.

Por fim, não se deve olvidar que o direito à honra e à reputação são complementarmente tutelados pela reserva de dados sigilosos, tais como os registrados em cadastros públicos ou particulares, aos quais apenas poderá ter acesso a instituição responsável pelo cadastro e a pessoa cujos dados se encontram registrados (art. 5º, XXXIII, da Constituição da República), sendo que a esta assiste o direito de consultá-los ou modificá-los mediante ordem judicial obtida através da propositura da ação constitucional denominada *habeas data*.

3.7 O DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL

A vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores imateriais, como os morais. A Constituição empresta muita importância à moral como valor ético-social da pessoa e da família, que se impõe ao respeito dos meios de comunicação social (art. 221, IV). Ela, mais que as outras, realçou o valor da moral individual, tornando-a mesmo um bem indenizável (art. 5º, V e X). A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial. Ela e seus componentes são atributos, sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significação. Daí porque o respeito à integridade moral do indivíduo assume feição de direito fundamental. Por isso é que o Direito Penal tutela a honra contra a calúnia, a difamação e a injúria.

Embora seja possível, à primeira vista, definir o direito à integridade física como uma das facetas da tutela de intimidade, a ponto de MONREAL afirmar que “são noções que não se compreendem como poderiam estar mescladas com o direito à privacidade, que tem um sentido muito diverso”¹¹⁶, lembra René Ariel DOTTI que

os atentados à vida privada, na medida em que afetam o direito de estar só, poderão também compreender a saúde ou a integridade corporal. Para tal compreensão, basta se recolher o exemplo do religioso que é impedido de orar no seu claustro porque o

¹¹⁶ MONREAL, p. 87.

ambiente foi contaminado por gases letais. Recentemente, aliás, terroristas palestinos pediram a união de forças radicais para impedir que o Presidente Sadat pudesse fazer suas orações numa Mesquita em Jerusalém, quando se encontrava visitando Israel.¹¹⁷

A ofensa à integridade moral, com violação à esfera de intimidade pessoal, ocorre, por exemplo, mediante a violação da reserva mental por métodos conhecidos como narcoanálise, no qual se faz uso do chamado “soro da verdade” com o intuito de aliviar os freios mentais que impediriam a expressão de determinadas idéias ou a comunicação de certos fatos.

No Brasil, esse direito é tutelado, em nível constitucional, pelo artigo 5º, III, como o repelimento do uso de toda sorte de medidas de cunho físico ou moral, que ofendem profundamente a integridade humana. É princípio que tem por destinatários tanto o legislador quanto os integrantes do Executivo, suas autoridades policiais, e até mesmo contra os particulares.¹¹⁸

O direito à integridade moral, por sua vez, assinala a tutela das convicções pessoais, sejam de que natureza forem (religiosas, morais, filosóficas). Resguarda o direito da pessoa em não se demover de determinada convicção a não ser por força do convencimento intelectual pessoal.

O sentido de tutela que está a merecer a integridade moral foi definido pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana no *caso West Virginia State Board of Education v. Barnette* (1943), no qual, diante da recusa de determinado aluno de uma escola do estado de Virgínia do Oeste em saldar a bandeira nacional, se entendeu que impor tal saudação como obrigatória, por lei, invade os recintos íntimos do intelecto e do espírito, protegidos da intromissão oficial pelas disposições da Primeira e da Décima-Quarta Emendas. “Pode-se fomentar a unidade nacional por meio da persuasão e do exemplo, mas não se pode alcançá-la pela coerção... Os cidadãos não podem ser obrigados a demonstrar, por meio de palavras ou de atos, sua fé extrema em nacionalismos ou religiões determinadas”¹¹⁹.

¹¹⁷ DOTTL, p. 87.

¹¹⁸ BASTOS e MARTINS, p. 36.

¹¹⁹ KONVITZ, p. 167.

Em França, as ofensas à integridade física e moral mediante o exercício do direito de expressão foram objeto da lei de 31 de dezembro de 1987, que incrimina a provocação do suicídio tentado ou consumado, motivado pela “propaganda ou publicidade, qualquer que seja o meio, em favor de produtos, objetos ou de métodos preconizados como meio de ocasionar a morte”¹²⁰.

3.8 O SIGILO PROFISSIONAL

Há ofícios que, em razão de seu próprio exercício, impõem ao profissional a reserva de informações ditas privilegiadas, isto é, informações às quais só houve acesso em razão do desempenho profissional e que, por tocarem a intimidade de quem as comunica, não podem ser trazidas a público. Enquadram-se nessa situação, por exemplo, os advogados, médicos, magistrados, dentistas e enfermeiros.

Como ensina PERRAUD-CHARMANTIER,

a necessidade da obrigação do segredo profissional não é contestável. Sem o princípio do segredo, não se poderia conceber nem justiça, nem notários, nem as profissões de advogado ou médico. Esse segredo é a salvaguarda, a garantia indispensável daquele que confia remediar um mal que aflija qualquer de seus interesses. O valor social do segredo profissional é certo. Sua noção é necessária ao exercício das grandes profissões às quais concerne.¹²¹

Assim entendido, o segredo profissional não é apenas um direito do cliente frente ao profissional, que fica investido num dever, de não ter revelados, por este, em público, os assuntos tratados sob reserva. É também um direito do profissional em não ser compelido, por particular ou por qualquer autoridade, a revelar assuntos que lhe foram comunicados em razão de seu exercício profissional.

Nessa linha, o sigilo profissional retrata também a tutela da própria atividade profissional.

¹²⁰ PRADEL, Jean. Développements récents de l'information de presse en matière pénale. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, n. 19, p. 288, 1989.

¹²¹ PERRAUD-CHARMANTIER, André. *Le secret professionnel*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1926. p. 220.

No Direito brasileiro, a tutela do sigilo profissional se verifica apenas em nível infraconstitucional, nos diplomas legislativos regulamentadores de cada atividade profissional.

3.9 O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Expressa o direito de impedir que máculas encontradas na vida pregressa de cada indivíduo sejam trazidas a público sem autorização da pessoa atingida, causando profundo prejuízo moral ao ofendido.

É, em suma, o direito ao segredo da vida pregressa, que faz nascer a oportunidade do recomeço.

René Ariel DOTTI exemplifica o direito ao esquecimento com o caso *Melvin v. Reid* (1931), extraído da jurisprudência norte-americana, no qual a apelante Gabrielle Darley, que se prostituíra antes de levar uma vida exemplar após casar-se com Bernard Melvin, teve reconhecido o direito ao esquecimento mediante reparação pela grave ofensa que lhe causara a realização de um filme baseado em sua vida passada, no qual se usava o nome real de Gabrielle Darley.¹²²

Também com relação a uma obra cinematográfica, a jurisprudência espanhola registra o caso do filme “Crime em família”, que narra a história da morte de um pai de família que foi assassinado por sua esposa (Nieves Soldevilla) e filhos, após tê-los espancado. Apesar da condenação de “dulce Neus”, como ficou conhecida, considerou-se que a exibição de um filme sobre o caso constituía um atentado à intimidade e à honra da condenada e de seus filhos, à época menores, cabendo a todos o direito de refazer suas vidas e de esquecer a tragédia que as marcara.¹²³

¹²² DOTTI, p. 90.

¹²³ FERREIRO, p.258.

No Direito brasileiro, o direito ao esquecimento, por não ser especificamente previsto, é tratado na tutela geral da intimidade, assentada no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República.

Assim delineada a amplitude da tutela dos direitos da personalidade, na medida em que interessa ao presente estudo, passemos à análise dos possíveis conflitos que podem resultar entre estes e os direitos fundamentais que garantem a liberdade de expressão.

PARTE II
AS LIBERDADES DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

4 RESSALVAS CONCEITUAIS

Por abranger qualquer forma de comunicação interpessoal, o direito de expressão é referido, não raras vezes, como direito à informação.

Nessa linha, mostra-se fundamental a ressalva conceitual que indica a adoção do direito de expressão como categoria genérica, abrangente da tutela de dois bens jurídicos: a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de informação. “O direito à informação não é mais do que um aspecto da liberdade de expressão”¹²⁴.

Nesse particular, divergimos de SÁNCHEZ FÉRRIZ¹²⁵, para quem a distinção entre liberdade de imprensa e liberdade de expressão decorre tão-somente de uma evolução histórica do conceito.

O direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento resulta da liberdade de manifestação, enquanto “a liberdade de informação abrange tanto o direito de informar como o direito de se informar e o de ser informado. A liberdade de imprensa, por sua vez, na sua dupla vertente de direito fundamental e de garantia institucional, implica, não só a liberdade de expressão dos jornalistas, como o seu direito de acesso às fontes de informação”¹²⁶.

O direito de manifestação, identifica assim a tutela da faculdade que todos os homens têm de livremente comunicar fatos e de expressar sua convicção pessoal, através das artes, das ciências e da política, não apenas como parte de sua realização

¹²⁴ GÓMEZ PAVÓN, p. 73.

¹²⁵ “Pues bien, en la medida en que la evolución social há ido ampliando suas posibilidades tambien aquélla há ido ensanchando sus medios o soportes de difusión. Así, lo que en principio era libertad de imprenta pasa a ser libertad de prensa, cuando ésta cobra todo su protagonismo, para denominarse después libertad de expresión o de información susceptible hoy de ser ejercitada a través de múltiples medios; la prensa, la radio, la televisión, el video, el cine o el teatro y cuantos medios permitan realizar cualquiera de las concretas libertades reunidas en el art. 20 de la Constitución y, por lo tanto, también el aula (para la libertad de cátedra) bien que, en un sentido estricto, por libertad de expresión o información sólo se entiende la ejercida a través de los medios de comunicación social.”

¹²⁶ Paulo Mota PINTO, p. 567.

peçoal, mas também como contribuição à cultura de seu país e de sua época, fortalecendo a prática da cidadania. Quando a expressão ocorre oralmente, fala-se em liberdade de palavra, que é o direito de expor idéias com a finalidade de persuadir quem as recebe a aceitá-las. Quando a expressão se dá por qualquer forma de manifestação artística, fala-se do direito de criação, consubstanciado na possibilidade assegurada a todas as pessoas de produzirem obras de natureza artística, literária, científica, técnica ou tecnológica, atendidas as prescrições legais ou regulamentares.

Com esse conceito, a liberdade de manifestação de idéias assume grande importância social, pois colabora para a formação da opinião pública, através dos aportes intelectuais do sujeito que a exerce, seja corroborando opiniões ou conceitos já estabelecidos, seja questionando-os.¹²⁷

Contudo, a liberdade de manifestação pública de idéias apenas tem lugar mediante a imposição de um *non facere* ao Estado, através da proibição da censura prévia, que, na lição de SANCHEZ AGESTA, significa “o controle, o exame ou permissão a que esteja submetido qualquer texto antes de sua comunicação ao público. Tem caráter preventivo e seu objetivo é atenuar as críticas às diversas manifestações do poder temporal ou religioso”¹²⁸.

Liberdade de informação, por sua vez, refere ao direito “à informação mais completa e mais exata, procedente de todas as fontes importantes com a finalidade de desempenhar o papel que lhes corresponde na sociedade humana”¹²⁹.

Perceba-se, nesse sentido, que o direito de informação, como categoria específica da liberdade de expressão, fundamenta apenas a comunicação de fatos (pessoalmente vivenciados ou não) mas, com relação à informação ideológica, diz

¹²⁷ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Derecho a la información*. Buenos Aires : Depalma, 1992. p. 28.

¹²⁸ AGESTA, Luis Sánchez. *Sistema político de la Constitución española de 1978*. Madrid : Ed. Nacional, 1980. p. 124-125.

¹²⁹ COMISSÃO DA UNESCO PARA AS BASES TEÓRICAS DOS DIREITOS DO HOMEM. *Las bases de una declaración internacional de derechos del hombre*. In: *Los derechos del hombre* México : Fondo de Cultura Económica, 1949. p. 242.

respeito unicamente a idéias de outrem, e não de quem fornece a informação, pois a comunicação da própria ideologia não mais se fundamenta no direito de informação, mas no de livre manifestação de opinião.

Assim postas, tais ressalvas conceituais estão a atender a necessidade a preservação da coerência do presente estudo com a previsão da Constituição da República que, a partir do artigo 220, trata das liberdades de comunicação social, separando-as, já no *caput*, em liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação, bem como à imprescindibilidade de sistematização da previsão constitucional à luz da mais conceituada doutrina da comunicação social, estruturando o direito de expressão como categoria genérica da liberdade de comunicação social, abrangente de duas sub-categorias: o direito de manifestação do pensamento (que abarca a liberdade de criação) e o direito à informação (englobante dos direito de informar, de se informar, de ser informado, e da proteção contra a informação disfuncional ou abusiva).

Embora se deva ter bastante clara a distinção entre essas categorias de direitos fundamentais, não se deve olvidar a integração dialética existente entre uma e outra, pois, se é constatável que a liberdade de expressão é conceito genérico, que engloba a liberdade informação, não se pode passar ao largo da evidência de que o direito de expressão supõe a própria liberdade de informação.¹³⁰ A informação é o primeiro passo para a posterior tomada de decisões. Há que se considerar, contudo, uma certa potencialização do conceito de direito à informação como direito à informação correta, em função do papel marcadamente ideológico que a indústria da informação encontra na sociedade moderna, a ponto de levar René MAHEU a afirmar que a inclusão do direito à informação no rol de direitos fundamentais não significa simplesmente a prerrogativa de acrescentar ou melhorar os conhecimentos postos à disposição do público. Significa exigir uma revisão radical da função da informação. Significa considerar os produtos, os procedimentos e até a própria

¹³⁰ René BRUNET, p. 216.

organização da indústria da informação, não a partir dos interesses ou das paixões de quem controla sua produção, mas a partir do ângulo da dignidade daqueles que, doravante, têm direito a que se lhes proporcione os meios de um pensamento livre.¹³¹

4.1 O DIREITO DE EXPRESSÃO NA LEGISLAÇÃO FRANCESA E NA JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA¹³²

4.1.1 A EXPERIÊNCIA FRANCESA

Como demonstrado no início do presente trabalho, e na linha em que leciona FERNÁNDEZ MIRANDA¹³³, a liberdade de expressão tem início com a Reforma Protestante (como liberdade de consciência), e se enriquece progressivamente nas diversas etapas históricas: o racionalismo, que lhe confere um sentido geral, dotando-o de fundamentação filosófica e projeção política; o Estado democrático, que a converte em pressuposto; e o Estado social e democrático de direito, que proporciona garantias para seu efetivo exercício.

Já após a Revolução Francesa, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no seu artigo 11, dizia: “A livre comunicação de pensamentos e opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem”¹³⁴. Contudo, já em seu art. 10 permite afirmar que não se tratava de um direito incontestável, mas que, por lei, deve ser limitado quando o exigir a ordem pública.

¹³¹ MAHEU, René. Derecho de información y derecho de expresión de opinión. In: LOS DERECHOS del hombre. p. 198.

¹³² O capítulo inicia-se pelo estudo do direito de expressão no sistema jurídico desses dois países justamente por serem os que há mais tempo, e com maior profundidade, tratam do tema, cada qual à sua maneira, é dizer: o direito francês através da evolução do tratamento legislativo do direito de expressão, e o direito norte-americano através do aprimoramento jurisprudencial, como é próprio do pragmatismo do sistema da *Common Law*.

¹³³ FERNÁNDEZ MIRANDA, Antonio. Libertad de expresión y derecho de información. In: CONSTITUCIÓN española de 1978. Madrid : EDERSA, 1982. t. 2, p. 20.

¹³⁴ “La libre communication des pensés et des opinions est un des droits les plus précieux de l’homme.”

É emblemática a lição de Jean RIVERO sobre esse artigo 10, quando assinala:

Enfim, o direito, segundo a fórmula do artigo 10 da declaração de 1789 — para que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei — edita os limites exigidos por essa ordem pública, bem como as sanções de seus abusos. Na fixação desses limites, a tentação é grande para os detentores do poder, de ultrapassar os limites do necessário, seja ao proveito de sua própria ideologia, seja para uma exacerbação dos meios de manutenção da ordem. Conclui-se que os princípios liberais que dominam o direito positivo não podem ser colocados em dúvida, e que, se a prática governamental freqüentemente os afronta, eles fornecem a referência que permite condená-la.¹³⁵

Modernamente, a conferência de Chapultepec, por iniciativa da delegação francesa, votou sobre essa questão a resolução XVIII, que expõe perfeitamente os elementos do problema:

A liberdade de comunicar livremente seus pensamentos, tanto oralmente, como por escrito, representa uma condição essencial para o desenvolvimento da opinião pública universal, ativa e vigilante frente a todas as tentativas de agressão; os atos mais perniciosos para a humanidade são os praticados usualmente por governos totalitários, isolando seus nacionais de toda informação estrangeira; a experiência fundamental resultante da última guerra mundial é que não é mais possível haver paz, liberdade e segurança, se não for garantido aos seres humanos o livre acesso à verdade, por intermediários de diversos meios de informação pública.

4.1.2 A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

Na experiência norte-americana, o marco fundamental da tutela da liberdade de expressão se encontra na Primeira Emenda à Constituição Americana de 1787, que prevê: “O congresso não poderá aprovar nenhuma lei sobre o estabelecimento de qualquer religião, nem proibir o livre exercício da mesma, ou coarctando a liberdade de palavra ou de imprensa, ou o direito do povo de reunir-se pacificamente e de solicitar a reparação a qualquer prejuízo”.

No entanto, é a própria Suprema Corte que reconhece, já em 1919, no julgamento do caso *Schenck v. United States*, a necessidade de relativização da liberdade de expressão, restringindo seu exercício aos limites estabelecidos pelo

¹³⁵ RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*. Paris : Presses Universitaires de France, 1977. p. 143.

Congresso em função da ordem pública ameaçada por um *clear and present danger* (perigo evidente e atual). Naquele caso, disse o Justice Holmes, assim proferindo seu voto para a Corte:

Admitimos que, em muitos lugares e em circunstâncias comuns, os acusados, ao dizerem tudo aquilo que foi dito na circular, estivessem dentro de seus direitos constitucionais, mas a natureza de cada ato depende das circunstâncias dentro das quais é realizado... A mais severa proteção à liberdade de palavra não protegeria um homem, num teatro, de um alarme de falso fogo que viesse a causar pânico. Nem mesmo protege o homem de um mandado contra palavras pronunciadas que possam ter todos os efeitos de força... A questão, em cada caso, é se as palavras são usadas em tais circunstâncias e se são de tal natureza que criam um claro e iminente perigo sobre os males substantivos que o Congresso tem o direito de impedir. É uma questão de proximidade e de grau. Quando uma nação está em guerra, muitas coisas que podiam ser ditas em tempo de paz, apresentam tamanho obstáculo ao seu esforço, que seu pronunciamento não permanecerá tanto tempo quanto os homens lutarem e nenhum tribunal poderia respeitá-las como protegidas por qualquer direito constitucional.¹³⁶

A fórmula do perigo claro e atual foi usada ainda no caso *Dennis v. United States* (1951), no qual se pronunciou o Juiz Vinson:

Estamos de acordo que a lei não estabelece regras fechadas nem fórmulas matemáticas. Como todas as expressões verbais, está sujeita a críticas baseadas em sua falta de definição. Os mesmos peticionantes aceitam que a expressão 'perigo claro e iminente' é a que deve ser aplicada como regra, não vemos então que diferença pode surgir desde o ponto de vista da falta de objetividade, se a norma do 'perigo claro e iminente' está contida expressamente dentro do articulado da lei, ou se se adota como aplicação judicial de uma medida constitucional. Aceitamos a indeterminação da regra, mas cremos que seja assim vaga por tratar de resumir os fatores que nela estão incluídos. Pensamos que isso servirá para fixar um limite aos que defendem idéias ou atitudes proibidas pela Constituição, limite que coincidentemente não devem transpor. Em consequência, não cremos que as disposições da Lei Smith, em si mesmas, ou tal como têm sido interpretadas e aplicadas no caso presente, violem, por causa da vagueza da fórmula, as disposições da Primeira e da Quinta emendas, ou qualquer outro preceito contido na Declaração de Direitos. Os peticionantes trataram de ofender o governo dos Estados Unidos ao unirem-se para alcançar seus fins com a maior brevidade possível. Sua conspiração para organizar o Partido Comunista e para propiciar a queda do governo dos Estados Unidos por meio da força e da violência. Foram condenados de forma justa e constitucional por terem violado a Lei Smith.

Desde então, a Suprema Corte dos Estados Unidos, como bem noticiam Bernard SCHWARTZ¹³⁷, Lêda Boechat RODRIGUES¹³⁸ e Gerald GUNTHER¹³⁹,

¹³⁶ SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da Suprema Corte*. Trad. por Arlete Pastor Centurion. Rio de Janeiro : Forense, 1964. p.121.

¹³⁷ SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Trad. por Carlos Nayfeld.. Rio de Janeiro : Forense, 1966. p. 169 e ss.

tem adotado o critério do “perigo evidente e atual” para a ordem pública, cabendo ao Poder Judiciário, como guardião da Constituição, verificar em cada caso se o Congresso extrapolou os seus poderes de legislar sobre a matéria.

Vale a pena mencionar ainda dois outros casos decididos pela Suprema Corte Americana sobre o assunto, quando a *regra do clear and present danger* foi explicada com maior clareza.

Em *Pennekamp v. Florida* (1945), disse o Justice Frankfurter que

A regra do perigo evidente e atual nunca foi usada pelo Juiz Holmes a fim de expressar uma doutrina legal técnica ou de fornecer uma fórmula para o julgamento. Era uma frase literária, que não devia ser distorcida, tirando-se-a do seu contexto. Ao ser expressada, serviu não só para indicar a importância da liberdade da palavra para uma sociedade livre, como para mostrar que o seu exercício deve ser compatível com a preservação de outras liberdades essenciais à democracia e garantidas pela nossa Constituição. Quando esses outros atributos de uma democracia são ameaçados pelo uso da palavra, não nega a Constituição aos Estados o poder de restringi-la.¹⁴⁰

E, em *Terminiello v. Chicago*, disse o Justice Jackson que quando se encontram em confronto a liberdade de expressão e o direito à dignidade, “não se trata de escolher entre a ordem e a liberdade, e sim entre a liberdade com ordem e a anarquia sem ambas. Se esta Corte não temperar sua lógica doutrinária com um pouco de sabedoria prática, corremos o risco de converter a Declaração de Direitos num pacto suicida”¹⁴¹.

É precisamente nesse sentido que a liberdade de expressão se qualifica como liberdade instrumental ou liberdade-participação, que visa a assegurar a todos outras liberdades essenciais, devendo, portanto, ser submetida a técnicas de limitação pelo legislador para evitar o seu abuso.¹⁴²

¹³⁸ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro : Forense, 1958. p. 268-288.

¹³⁹ GUNTHER, Gerald. *Constitutional law, cases and materials*. New York : The Foundation Press, 1980. p. 1326-1545.

¹⁴⁰ Apud Boechat RODRIGUES, p. 270.

¹⁴¹ Ibid., p. 278.

¹⁴² BURDEAU, George. *Traité de science politique*. Paris : Dalloz, 1953. t. 5, p. 11.

Em debate de grande repercussão sobre a necessidade de uma Lei de Imprensa Norte-Americana, o advogado Charles Rembar aponta a insuficiência da Primeira Emenda para amparar o livre exercício do direito à informação, pois “... tudo o que a Constituição diz é que o governo não deve interferir na liberdade de imprensa de pessoas que exercem controle direto dos jornais por serem seus donos, seja dos leitores que exercem controles indiretos”¹⁴³.

No mesmo debate, Sidney ZION, antigo repórter *do The New York Times*, observou:

Para mim, a Primeira Emenda transforma a imprensa em uma instituição à prova da difamação. Não creio que devam existir leis para punir a difamação. O que não quer dizer que não se deva ensinar a um repórter, desde o início, como reproduzir corretamente os fatos. Mas vejamos as leis em vigor contra a difamação. Hoje em dia pode-se destruir um jornal através da prova nos processos e mesmo na fase de pré-julgamento em um processo por calúnia. É assim que se anula o preceito da Primeira Emenda — e não através da censura prévia. A Constituição nada diz sobre limitações. É mais fácil, pois, arruinar um jornal tentando um processo contra ele em face de uma publicação difamatória.¹⁴⁴

4.2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Não discrepando da regra geral da história latino americana, também no Brasil a liberdade de expressão do pensamento conheceu, ao longo do tempo, ora percalços, ora fases de maior prestígio e repressão, ao sabor da alternância dos regimes políticos democráticos ou autoritários, que geraram sistemas constitucionais ora mais, ora menos favoráveis às liberdades públicas em geral.

A Constituição de 1967, mormente com o perfil alterado pela Emenda Constitucional nº 01, de 1969, refletiu com perfeição o espírito do período revolucionário de que foi fruto.

¹⁴³ *Diálogo* (Washington, v. 19, n. 1, 1986), apud NOBRE, Freitas. **Imprensa e liberdade** : os princípios constitucionais e a nova legislação. São Paulo : Summus, 1988. p. 42.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 43.

Centralização no plano federal e concentração exacerbada de poderes no Poder Executivo foram as principais características do modelo político então institucionalizado e que, posto em prática, evidenciou sua essência autoritária, mal disfarçada sob uma aparência democrática.

E o quadro dos direitos fundamentais do homem ressentiu-se claramente dessa democracia formal, de fachada.

Os direitos e garantias individuais, relacionados nos 36 parágrafos do artigo 153, e os direitos de cunho econômico e social, previstos em vários dispositivos do título dedicado à ordem econômica e social, principalmente nos artigos 165, 166 e 167, correspondiam, de modo geral, às prescrições das declarações modernas de direitos humanos.

Na prática, porém, seja pela desconsideração pura e simples das prescrições constitucionais, seja, muitas vezes, pela interpretação oficial, freqüentemente distorcida, que o Governo de então tudo fez para prevalecer, o fato é que direitos e liberdades acabaram, em grande parte, assegurados apenas no papel.

Para exemplificarmos com o campo específico da liberdade de manifestação do pensamento, esta se encontrava consagrada no § 8º do artigo 153, nos seguintes termos:

É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

Estabelecia, portanto, a Constituição, regimes distintos para a palavra escrita e para a palavra falada, submetendo à censura prévia apenas espetáculos e diversões. Com relação às publicações, independiam de licença, valendo, portanto, como regra a liberdade, com a responsabilização, *a posteriori*, por eventuais ilícitos e excessos cometidos.

Não obstante fosse tradicional este tratamento, adotado antes na Constituição de 1946, e já se houvesse sedimentado a exegese constitucional neste sentido, a censura prévia às publicações de todo tipo, em particular a censura da imprensa, tornou-se uma constante, principalmente na década de 1970, com fulcro em interpretação diversa, dada ao § 8º do artigo 153 pelo Ministério da Justiça da época.

De fato, adotou-se oficialmente o entendimento de que a intolerabilidade de publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes, mencionada na parte final daquele dispositivo, ensejavam mais do que a função repressiva de abusos, justificando a função preventiva, de impedir a divulgação de escritos atentatórios aos valores que a Constituição objetiva resguardar.

Fez-se, assim, da Constituição letra morta, na parte em que expressamente garantia a publicação de livros, jornais e periódicos independentemente de licença da autoridade, valendo registrar que a inconstitucionalidade da legislação instituidora da censura à palavra escrita não chegou a ser apreciada pelo Poder Judiciário.

Com o advento da atual Constituição, este panorama foi substancialmente alterado, pois, promulgada em 5 de outubro de 1988, foi resultado de prolongado processo de discussão e elaboração, ao qual subjazia o anseio popular de mudanças, de substituição do modelo estatal marcadamente autocrático, da instalação de uma ordem econômico-social mais justa, de implantação, enfim, do Estado de Direito, com a restauração dos valores que lhe são conseqüências.

Desses anseios de mudanças resultou, destacadamente uma profunda mudança de postura em tema de direitos fundamentais e liberdades públicas.

Não apenas a Constituição foi pródiga nas estatuições pertinentes, como quis evidenciar sua importância, deslocando para o início do texto o título dedicado aos direitos e garantias fundamentais. Nesse particular, rompeu-se com a tradição das Constituições brasileiras, em que as declarações de direitos sempre figuraram após as normas referentes à organização do Estado, e aderiu-se à tendência moderna

de Constituições democráticas, como as de Portugal e Espanha, que se abrem reverenciando desde logo, em capítulo próprio, os direitos da pessoa humana.

Ao contrário de todas as demais que a antecederam, a Constituição brasileira de 1988 trata da liberdade de expressão como direito fundamental do homem, integrante do extenso rol estampado no artigo 5º.

E os incisos IV e V, referindo-se diretamente à liberdade de expressão do pensamento, adiantam:

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

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

Em seqüência, voltando a atenção para outra faceta do tema, a saber, a liberdade de consciência e de crença e sua exteriorização através do exercício da liberdade de culto, estabelece a Constituição no inciso IV do mesmo artigo 5º: “VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias”.

Para problema correlato ao da liberdade de consciência, qual seja, o da objeção ou escusa de consciência, a disciplina constitucional é estabelecida no inciso VIII, que prevê: “VIII - Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa, de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Sem submeter mais a regimes distintos a palavra escrita e a palavra falada, dispõe a seguir o inciso IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

O tema é retomado duas centenas de artigos à frente — não se louve por boa sistematização a Constituição vigente — quando, ao tratar da comunicação social, reza o artigo 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”.

Também ligado à problemática da liberdade de exteriorização do pensamento, é enfatizado na Constituição o direito à informação, enquanto direito de informar, objeto da disciplina particular prevista nos incisos XIV e XXXIII do artigo 5º, aos quais retornaremos adiante.

Ressalte-se, finalmente, a respeito do direito à informação, o inciso LXXII que traz original criação do constituinte de 1988, a saber, o *habeas data*, novo remédio constitucional idealizado para garantia do indivíduo no acesso a informações pessoais armazenadas em bancos de dados.

Desse extenso rol de dispositivo que fizemos questão de transcrever, deve-se extrair, de pronto, que em nenhuma outra Constituição brasileira se deu abertura maior à liberdade de manifestação do pensamento, garantida hoje com a abolição enfática da censura a todas as formas de expressão da atividade artística e cultural, o que vem sendo observado na prática.

Isto é válido em relação à publicação de livros, jornais e periódicos, não mais submetidos a qualquer órgão censor. E igualmente ocorre no campo dos espetáculos e diversões, sendo certo que não mais se subordinam à licença prévia a encenação de peças teatrais e a exibição de obras cinematográficas, bem assim a programação das emissoras de rádio e televisão.

É certo que em relação a esses dois últimos veículos de comunicação de massa, a própria Constituição delineou os princípios a serem observados em sua programação, determinando ainda que o legislador federal estabeleça meios de garantir o público ouvinte e telespectador contra programas que contrariem referidos princípios.

O Supremo Tribunal Federal vem também admitindo que a liberdade de expressão, garantida pela Constituição, tenha, como toda liberdade, limites que visem a assegurar a liberdade de todos e a manutenção da ordem pública¹⁴⁵. Na mesma linha tem seguido o Tribunal Superior Eleitoral.

¹⁴⁵ Vide ACR n° 1.509, Acórdão de 04/06/1954.

O fato é que não se trata mesmo de tarefa simples, pois deverão ser enfrentadas, a propósito, as naturais e conhecidas dificuldades que surgem na determinação de valores éticos e sociais a preservar e no estabelecimento de um ponto de equilíbrio entre a proteção desses valores e a proteção da liberdade de criação intelectual e de comunicação de fatos.

4.3 APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO DE EXPRESSÃO EM OUTRAS LEGISLAÇÕES

Ainda que ao tratarem do Direito à Informação, não se refiram necessariamente à informação obtida pela imprensa, as Leis de Imprensa de vários países — até porque nenhum tem uma legislação específica sobre a liberdade genérica de informação, mas previsões constitucionais principiologicamente prolixas — são recorrentemente utilizadas, por analogia, para a disciplina do exercício desse direito fundamental.

Na Alemanha, a Constituição Federal de 1949, em seu artigo 4º, prevê que “a liberdade de crença e de consciência e a liberdade de opinião, religiosa e filosófica, são invioláveis”, complementando no artigo 18 que

Quem abusar da liberdade de expressão das opiniões, em particular por meio da imprensa, da liberdade de ensino, da liberdade de reunião, da liberdade de associação, do sigilo da correspondência, das comunicações postais e das telecomunicações, do direito de propriedade ou do direito de asilo, para combater a ordem constitucional liberal e democrática, poderá ser privado do exercício desses direitos fundamentais. Só o tribunal constitucional poderá pronunciar essa perda ou fixar sua extensão.

Como *Landsrecht*, a Lei da Bavária dispõe em seu artigo 4º que a imprensa tem, em relação às autoridades, um direito à informação. Esse direito somente pode ser exercitado por redatores ou colaboradores de jornais e revistas suficientemente acreditados pelos referidos órgãos.

A Constituição Portuguesa de 30 de dezembro de 1982, dispõe em seu artigo 20 que “todos têm direito à informação e proteção jurídica nos termos da lei”, complementado pelo artigo 37, que resguarda “o direito de exprimir e de divulgar

livremente o pensamento pela palavra, imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de se informar, sem impedimentos nem discriminações”.

Sem discrepar, a Constituição Italiana dispõe em seu artigo 21 que “todos têm o direito de manifestar livremente o próprio pensamento, de maneira oral ou escrita, e por qualquer outro meio de difusão”.

5 A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

5.1 A ESTRUTURA DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

Como já delineado, a liberdade de informação não é titularizada exclusivamente por quem proporciona a notícia. Encontram-se nele abarcados também o direito de quem a recebe. Nesse sentido, da mesma forma que o cidadão que a recebe não se vincula a uma posição passiva, também não se reconhece aos meios de comunicação a titularidade exclusiva do direito de fornecer a informação. O conteúdo do direito à informação supõe uma relação participativa entre o emitente e o destinatário.¹⁴⁶

Como assevera Jean François REVEL, “A informação é o tirano do mundo moderno, mas ela lhe é imprescindível (...) Abundam ainda mais os exemplos de casos em que julgamos e decidimos, corremos riscos e fazemos correr os demais, convencemos o próximo e o incitamos a decidir-se, fundando-nos em informações que sabemos serem falsas, ou pelos menos sem querer ter em conta informações totalmente certas, de que dispomos ou poderíamos dispor se quiséssemos”. Agregando mais adiante:

Na maioria dos países do planeta, o poder político amordaça a imprensa. Nos países em que esta é livre, pode formular contra o poder político ou contra toda outra instituição e contra os mesmo particulares, acusações injustas, sem observar os critérios de exatidão e sem estar obrigada a corrigir seus erros. Assim, a CBS pode recusar secamente ao Presidente dos Estados Unidos um direito de réplica, sem dar nenhuma explicação.¹⁴⁷

¹⁴⁶ PABLOS DE MOLINA, García. Derecho al honor y libertad de expresión. In: LIBERTAD de expresión y derecho penal. Madrid : Edersa, 1985. p. 214.

¹⁴⁷ REVEL, Jean François. El conocimiento inútil. Barcelona : Planeta, 1989. p. 21.

Como já ressaltado, para que não se confunda com a liberdade de manifestação, cuida a liberdade de informação apenas de noticiar idéias de outrem, e não da própria ideologia de quem comunica.

O liberdade de informação integra o direito de informar, de se informar, de ser informado e o de ser protegido de informações inverídicas. Como decidiu a 2ª Sala do Tribunal Supremo espanhol, em 31 de outubro de 1987, a liberdade de informação abrange

o direito a obter a informação por meios lícitos e sem afetar o que, por si, seja reservado ou secreto ou imponha o dever de sigilo, servindo-se, ademais, da limpidez e fidelidade das fontes mediante as quais se obtém a informação; o direito a facilitar ao público a informação obtida, sem sensacionalismo, de um modo veraz e sem abrir crédito a meros rumores ou a notícias que não tenham sido apuradas e substancialmente comprovadas; o direito a expressar e difundir livremente pensamentos, idéias, opiniões, sentimentos ou crenças, mediante o escrito, a palavra ou qualquer outro meio de reprodução e, finalmente, é o direito de crítica política ou social, com reconhecimento de causa e de modo proporcional, comedido e ponderado, sem substituir os juízos desfavoráveis por invectivas ou insultos, quando não por imprecisões ou ataques pessoais ao que é sujeito da crítica adversa e acerba.¹⁴⁸

Para François REVEL, a informação apenas cumpre sua função social se for fornecida pelo modo mais objetivo possível, chegando a afirmar que “quanto mais pluralista é uma informação, menos informação é”¹⁴⁹, pois

o que deve ser pluralista é a opinião, não a informação. Segundo sua mesma natureza, a informação pode ser falsa ou verdadeira, não pluralista. Compreendo bem que toda informação não possui esse grau ideal de certeza comprovável, que não deixa lugar a dúvidas nem a controvérsias e põe termo a toda discussão. Assim o pluralismo não lhe concerne mais do que na medida em que possa ser duvidosa.¹⁵⁰

Assim estruturada, a teoria de Jean François REVEL é merecedora de críticas, que podem ser assim sistematizadas: (i) pressupõe a informação como uma via de mão única, isto é, a comunicação de fatos ou idéias (de outrem) vai sempre do emissor para o receptor, não se estabelecendo entre estes uma inter-relação, reconhecida pela 20ª Reunião da Conferência Geral da UNESCO (Paris, 1979),

¹⁴⁸ RUIZ VADILLO, Henrique. *Desenvolvimientos recientes del derecho penal de la información*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, n. 18, p. 227, 1989.

¹⁴⁹ REVEL, p. 207.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 207.

como a relação “cujos participantes mantenham um diálogo democrático e equilibrado, com possibilidade de acesso e participação”¹⁵¹. REVEL reconhece ao receptor um papel passivo, excluindo destarte do Direito à Informação o direito de retificação ou o de réplica; (ii) ao caracterizar a transmissão de fatos como um ato absolutamente imparcial, concebe o emissor da idéia ou notícia como alguém ideologicamente neutro, descontextualizado da realidade em que se encontra inserido o próprio fato noticiado. Olvida-se assim da lição-síntese de MARX, quando aponta que “O modo de produção da vida material condiciona o processo da vida social, política e espiritual em geral. Não é a consciência do homem que determina o seu ser, mas pelo contrário, o seu ser social é que determina a sua consciência”¹⁵².

Essa perspectiva abre, no campo das ciências sociais, a fundamentação da crítica, não da objetividade (pois esta diz respeito à forma de expressão), mas da neutralidade (que atine ao conteúdo da comunicação) pretendida por François REVEL, sendo inegável que a descrição do social passa muito antes pela própria visão de mundo (ideologia) de quem o descreve. O saber social deve ser concebido como participação ao mesmo tempo real e conceitual do sujeito no seu objeto, a sociedade.¹⁵³

Por tais razões, discordamos dessa teoria, encontrando maior acerto na de Miguél Ángel EKMEKDJIAN¹⁵⁴, que define o direito à informação como categoria integrada pelo direito de informar, pelo direito de ser informado, e pelo direito à proteção contra a informação abusiva ou disfuncional.

Em primeiro lugar, podemos distinguí-los quando o titular tenha diante deles uma atitude ativa ou passiva frente à comunicação de idéias ou notícias. No primeiro caso estamos diante do direito de informar, é dizer, de comunicar aos demais indivíduos o

¹⁵¹ FISCHER, Desmond. El derecho a comunicar hoy. *Estudios y Documentos de Comunicacion Social* [UNESCO], Paris, n. 94, p. 11, 1984.

¹⁵² MARX, Karl. *Para a crítica da economia política*. São Paulo : Abril Cultural, 1982. p. 25. Os Economistas.

¹⁵³ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. Curitiba : HDV, 1987. p. 2.

¹⁵⁴ EKMEKDJIAN, p. 25.

conteúdo de idéias, opiniões ou notícias que estão na posse do comunicador. O Direito de ser informado, por sua vez, é passivo e supõe a obrigação correlativa da publicidade — a cargo principalmente do Estado, sem prejuízo da atividade que nesse sentido possam exercer os particulares — de todos os atos do governo. Em terceiro lugar, ubicamos o direito de proteger-se, de questionar e de discutir publicamente a informação recebida. Segundo ele, todo cidadão tem direito de ser protegido das comunicações que receba sobre idéias, notícias, etc., e também tem o direito de questioná-las e de confrontá-las com idéias ou notícias contrárias, dentro de certas regras. Isto é o que, na doutrina, se conhece como direito de resposta.

É bem verdade que no arcabouço fornecido por EKMEKDJIAN ao direito à informação, falta ainda o direito de se informar, que não reconhece ao titular a posição passiva diante da informação, significando a busca da informação, para posterior divulgação (quando então configura-se como etapa prévia do direito de informar), ou para mera ciência do titular. Distinguindo-se assim do direito de ser informado.

5.2 O DIREITO DE INFORMAR

Assinala a tutela do direito de comunicar fatos, idéias ou opiniões de outrem, como contrapartida do direito de se informar, que é, no dizer de Renè MAHEU¹⁵⁵, uma prolongação natural do direito à educação.

A inafastável carga ideológica da notícia torna difícil muitas vezes distinguir a comunicação do fato (que sempre traz alguma forma de interpretação) da comunicação da opinião. Mais adequada, por ser mais elástica, é a definição de informação como a exposição desinteressada de matérias (fatos, idéias ou opiniões de outrem) suscetíveis de utilização por quem demonstre interesse, com vistas à formação de uma opinião. Enquanto a expressão de uma opinião pessoal é sempre militante, o que caracteriza a informação, que assim se diferencia da propaganda ou da publicidade, é a presença de uma neutralidade ideológica um pouco maior. A diferença ubica-se unicamente no grau de envolvimento ideológico.

¹⁵⁵ MAHEU, p. 198.

O direito de informar é, assim, um instrumento para formação do homem enquanto cidadão, enquanto participante da vida cultural e política da sociedade que integra, constituindo-se, no sustentáculo da chamada liberdade de imprensa¹⁵⁶.

5.2.1 A LIBERDADE DE IMPRENSA

Segundo os termos do artigo 11 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, liberdade de imprensa é o direito reconhecido a todos os cidadãos de “imprimir livremente”. A esse sentido amplo, a evolução histórica superpôs um segundo, mais estreito, que acabou sendo o mais corrente: quando se fala, hoje em dia, de imprensa, fala-se da imprensa periódica, dos jornais, revistas, emissores de rádio e televisão, dos meios de comunicação social como um todo¹⁵⁷.

Esses dois sentidos do termo se encontram no direito: o regime da imprensa comporta, freqüentemente misturado ao mesmo texto, duas séries de regras, aplicáveis a toda obra impressa, o livro e o cartaz, notadamente e outros próprios apenas dos periódicos impressos.

O rádio e a televisão, que têm seus problemas peculiares, e são regulados por estatutos próprios que reclamam um estudo apartado. Possuem os “jornais falados”, aos quais a jurisprudência estendeu certas regras elaboradas para os jornais tradicionais. O disco, ele também, em certos casos, encontra-se submetido às mesmas regras. Salta em evidência, destarte, a amplitude e a diversidade de domínio coberto pelo direito de imprensa.

Analisaremos, sucessivamente, os elementos da problemática atual da imprensa, enveredando, após, pela explanação das aplicações do princípio da liberdade, seus limites e, enfim, suas exceções.

¹⁵⁶ Para Mário Lúcio SOARES (Direitos fundamentais do homem nos textos constitucionais brasileiro e alemão. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 29, n. 115, p. 115, 1992.) “o seu desenvolvimento em muito se confunde com a trajetória histórica da liberdade de expressão”.

¹⁵⁷ E nesse sentido segue o substitutivo da Lei nova Lei de Imprensa, apresentado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, em 30 de abril de 1997, pelo deputado Vilmar Rocha, definido no artigo 1º, § 1º, I: “consideram-se meios de comunicação social jornais, revistas e todos os demais veículos impressos, transmissão de rádio e televisão, de livre captação ou privativa de assinantes; documentários e noticiários, teletexto ou videotexto, bem como quaisquer outros processos similares”.

5.2.2 O PAPEL DA IMPRENSA NA SOCIEDADE

Ninguém desconhece o relevo e a evidência do papel da imprensa na sociedade contemporânea, pois a imprensa é, por qualquer forma, um meio de expressão e de formação de opinião. Todos os governantes cuidam logo de se filiar à imprensa, tanto escrita quanto falada. As democracias também se alimentam da certeza de que o sufrágio popular só tem sentido se o eleitor for cercado de condições de conhecer e julgar, aquilo que ele supõe, uma informação precisa e a livre expressão das tendências que ele deverá escolher.

Os meios de comunicação social constituem-se em elementos essenciais para a difusão de idéias, e para a criação do meio intelectual e psicológico do qual o homem emerge. Eles contribuem para determinar o tipo humano que retrata a formação do homem em determinado momento histórico.

Diante da inegável influência ideológica dos meios de comunicação os governos autoritários, não raro, reprimem a circulação de jornais mediante a majoração dos encargos tributários incidentes sobre essa atividade.

Experiência desse jaez ocorreu até mesmo nos Estados Unidos, de marcada tradição democrática, quando se pretendeu taxar a circulação de jornais, adotando como base de cálculo do tributo a tiragem periódica do jornal. A taxação foi prontamente reprimida pela Suprema Corte daquele país, ao decidir no caso *Grosjean v. American Press Co.* (1936), em voto no qual o Juiz Sutherland afirmou que

a forma de aplicação deste gravame é, em si mesma, suspeita, pois não se mede ou se limita pelo volume de avisos; determina-se unicamente pela circulação dos periódicos, com o propósito manifesto de castigar determinados editores e de limitar a circulação dos periódicos. Tendo chegado à conclusão de que a lei que impõe o gravame é inconstitucional, de acordo com as disposições pertinentes à Décima Quarta emenda, já que limita a liberdade de imprensa ...¹⁵⁸

Afastando o risco de restrição à liberdade de imprensa por esse meio, a Constituição brasileira de 1988 instituiu, no artigo 150, VI, 'd', a vedação à União,

¹⁵⁸ KONVITZ, p. 237-238.

aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios frente à instituição de impostos sobre “livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão”.

O reconhecimento da liberdade de imprensa, e da amplitude em que é permitido seu exercício, são características de um regime político e de uma sociedade, que trazem à tona, em última instância, a própria complexidade do problema da liberdade quando passa do plano principiológico para o plano real.

5.2.3 O MONOPÓLIO DA COMUNICAÇÃO

A liberdade de imprensa é derivada de um conjunto de atividades materiais que condicionam seu exercício: a impressão, a distribuição dos impressos ao público mediante seu transporte até os locais de comercialização.

Se o impressor não mais tiver o controle do que faz constar de suas publicações, se o livreiro não mais determinar o que comercializará em sua livraria, se o jornalista não mais tiver a liberdade de informar-se nesta ou naquela fonte, a liberdade de imprensa não passará de uma noção de conteúdo vazio.

É inegável, contudo, que todas essas atividades envolvem um suporte econômico de razoável monta e, assim sendo, não podem ser assumidas senão por empresas de certo porte, o que acaba condicionando a liberdade intelectual frente à liberdade econômica e à liberdade política. A liberdade de imprensa passa a ser a liberdade de publicar o que aumenta a vendagem do jornal, o público da televisão, ou o que é interessante aos titulares do poder político.

A partir da segunda metade do século XIX, a extensão da clientela potencial da imprensa, ligada, de um lado, ao desenvolvimento da instrução, que multiplica os leitores, e, de outro, à extensão do sufrágio, que leva, a cada dia, mais e mais pessoas a buscarem informações detalhadas sobre a vida política de seu país, os jornais tomam consciência da possibilidade de estender sua atuação, desde que atendida a condição de baixar o custo e o lucro da publicação, imposta pela menor disponibilidade financeira da “nova clientela”.

Além da modernização das técnicas de imprensa e do beneficiamento de papel, os jornais começaram a perceber o interesse dos comerciantes em anunciar seus produtos, atingindo assim uma publicidade muito maior do que a simples exposição em prateleiras.

O barateamento das publicações e a elasticização do público leitor criam assim um aumento de demanda que se auto-sustenta, pois a expansão das vendas, facilitada por um preço menor, atrai o interesse da publicidade, e o interesse da publicidade colabora no barateamento da publicação.

O equilíbrio financeiro do jornal passa a residir, assim, na disponibilidade financeira dos anunciantes.

Outro fator que veio a colaborar no domínio econômico dos meios de comunicação foi o aprimoramento das técnicas de comunicação, tais como o rádio e a televisão, que impuseram à imprensa escrita a necessidade de oferecer a mesma ubiquidade e a mesma instantaneidade na difusão de notícias e imagens, com o aguçamento, na mesma proporção, da curiosidade do leitor.

Todos esses fatores convergem para impulsionar, segundo as tendências gerais da economia contemporânea, a concentração das empresas de imprensa em mãos de grandes grupos econômicos, fazendo com que a publicidade, exclusivamente preocupada com a rentabilidade, busque os melhores suportes, e se desinteresse daqueles que tem uma pequena tiragem, já ameaçados pela elevação dos custos e pela impossibilidade de seguir os progressos tecnológicos.

O direito de imprimir livremente, para comunicar fatos e opiniões, reconhecido a todos, já não se concretiza senão para aqueles que detêm os meios financeiros necessários para colocá-lo em obra. A liberdade de informação passa a ser, no sentido marxista, uma liberdade meramente formal. A diminuição do nome dos jornais, notadamente da imprensa regional, conduz a situações de monopólio. A liberdade de expressão desaparece. Pela mesma, a liberdade do leitor, que vai restringir suas possibilidades de escolha, também está comprometida.

A liberdade ainda se encontra igualmente comprometida por aqueles jornais que subsistem, e isso por duas razões: a necessidade de viver, de conservar os recursos provenientes da publicidade, proibindo-lhe a tomada de posições radicais que levem ao desagrado dos anunciantes. Ele é condenado, não mais à objetividade, mas a tirar partido de suas opções. A imprensa de opinião se desfaz ante o proveito da imprensa de informação direcionada por uma ideologia única, própria dos grupos de imprensa que unificaram vários títulos sob uma só direção.

A ameaça ao pluralismo é particularmente aguda nos dias de hoje.

5.2.4 A TITULARIDADE DO DIREITO DE INFORMAR

O problema se encontra em matéria de imprensa, e mais especialmente nos casos da imprensa periódica: qual é, dentre as pessoas envolvidas, o verdadeiro titular do direito de informar?

De forma geral, a liberdade do editor se opõe à do autor, pois aquela está a recomendar apenas a publicação das obras que o agradem, reduzindo, para o autor, a liberdade de difusão de seu pensamento.

No caso da imprensa periódica, o conflito se instaura particularmente quando se põe em presença o direito do jornal e o dos jornalistas. O diretor pode impor a seus colaboradores suas próprias opiniões, e exercer sobre seus artigos uma censura pessoal. Os jornalistas recusam essa sujeição, julgando-a contrária à sua dignidade, mas não lhes socorre a possibilidade de responsabilizar civil ou penalmente o responsável pela recusa da publicação. A liberdade de imprensa acaba sendo, assim, a liberdade do jornal.

Mas este conflito, não deve mascarar um outro, menos evidente mas igualmente grave, nem o surgimento de um novo conceito: o direito à informação onde o titular é o leitor. O direito de informar, se aceito o princípio, é o direito, para o público, de ficar a par da atualidade. A liberdade de imprensa se encontra então subordinada a este fim, e pode se encontrar limitada pela imposição de ser objetiva, qualidade freqüentemente difícil. Se a liberdade de imprensa tem por

último destinatário o leitor, isso resulta, para o jornalista, a obrigação de tentar, ao máximo, não expressar sua opinião pessoal a ponto de travestir os fatos, e de não tentar, sobre aqueles que lhe depositam confiança, uma operação de condicionamento intelectual.

O conflito assim instaurado não pode encontrar solução fora de uma concepção plural, que deixe aos produtores sua liberdade de expressão, permitindo ao consumidor escolher aqueles nos quais deposita sua confiança, ou ainda, de formar uma opinião pessoal e independente em confronto àquela que lhe é proposta.

Por fim, um outro conflito ainda mais particular deve ser considerado: podem os trabalhadores da impressão, em nome da defesa de seus interesses profissionais, impedir a publicação de certa notícia ou opinião? O direito de greve, que lhes pertence como a todos os trabalhadores, entra necessariamente em conflito com a liberdade de imprensa e o direito à informação? Além de suas reivindicações profissionais, a obrigação a eles imposta de imprimir textos que podem ir contra suas própria opinião não é um atentado à sua liberdade? A afirmativa introduziu, em Portugal, graves conflitos em 1975. Na França, o problema se pôs até a tentativa de controle de um cotidiano de Reims por um sindicato, no início de 1983.

5.2.5 A PROIBIÇÃO DA CENSURA PRÉVIA

Esses contornos do direito de informar lançam raízes no artigo 13 do Pacto de San José da Costa Rica, que consagra o direito de informar em sua expressão mais ampla, permitindo somente as responsabilidades *a posteriori*, estabelecidas por lei para a proteção dos direitos e da reputação dos demais, da seguridade nacional, da saúde e da moralidade públicas. Permanece, contudo, a censura prévia em espetáculos públicos, quando esta tenda a proteger a moral da infância e da adolescência. Por último, estabelece que a lei proibirá toda apologia da guerra e do ódio racial ou religioso. Ainda que o texto não o diga, sua interpretação sistêmica faz concluir que esta proibição deve ser exercida também *a posteriori*, é

dizer, geradora de responsabilidades, mas nunca sob o aspecto da censura prévia. A proibição da censura prévia não se limita à vedação de revisão ou exame anterior, mas se estende a qualquer limitação que se pretenda efetuar — de qualquer forma — à circulação posterior dos meios de comunicação de idéias ou opiniões, tais como as objeções ou restrições imotivadas à instalação de oficinas tipográficas, as restrições ou a fixação de quotas ao papel de jornal ou à celulose, a manipulação dos avisos oficiais, que se restrinjam unicamente aos meios complacentes com o governo, o monopólio das notícias por determinados meios (canais de televisão, agências de notícias) em mãos do governo ou de seus amigos políticos, os registros das agências noticiosas em instituições estatais, a coligação ou inscrição obrigatória de periodistas em registros oficiais, que facilitam a confecção das denominadas listas negras de periodistas, a quem se nega trabalho por não serem adidos ao regime. Tais formas de censura se embasam no fato certo de que atualmente a imprensa é uma empresa altamente tecnificada e custosa, que depende fundamentalmente da publicidade e do acesso às fontes de informação.

Embora se fale em censura prévia, no sentido com o qual se vem trabalhando, como referência comum à restrição exercida por um órgão administrativo, integrante da estrutura do Poder Executivo, cumpre frisar que a nenhum dos poderes do Estado é permitido seu exercício, como leciona BARRANCOS Y VEDIA, que nela inclui toda ameaça, advertência, chamado de atenção, etc., que os órgãos de qualquer dos três poderes do Estado dirijam aos meios de imprensa, quando tenham caráter intimidatório.¹⁵⁹

A vedação à censura prévia não conduz, contudo, à conclusão de que o direito à expressão pública de idéias seja incontestável. A vedação à censura prévia tem precisamente o papel de garantir a livre manifestação de idéias, transferindo para um momento *a posteriori* a apuração de responsabilidades por qualquer dano causado, ou por qualquer ilícito cometido. Assim, ante uma injúria, ou uma

¹⁵⁹ BARRANCOS Y VEDIA, F. *Censura previa y advertencia previa*. [s.l.]: La Ley, 1989. t. D, p. 183.

expressão que infrinja a moral pública ou individual, a sociedade e o indivíduo têm o direito de proteger-se, castigando o exercício abusivo da liberdade de expressão.

A Suprema Corte de Justiça Argentina afirmou que “embora o regime republicano da liberdade de expressão tenha um lugar eminente, que obriga a particular cautela quando se trata de deduzir responsabilidades por seu desenvolvimento, pode-se afirmar, sem vacilação, que ele não se traduz no propósito de assegurar a impunidade de imprensa”¹⁶⁰.

Também a Suprema Corte norte-americana repeliu o exercício da censura prévia no caso *Near v. Minnesota* (1931) em voto proferido pelo justice Hughes, que asseverou:

Ainda que os ataques temerários contra os homens públicos, e as tentativas de provocar desapareço contra aqueles que atuam de boa fé possam exercer uma influência funesta, fazendo os agravantes merecedores da mais severa condenação, não podemos menos que reconhecer que esses abusos têm aumentado e que pelo contrário, são muito menos graves que os que se produziam no começo de nossa organização institucional. Nesse ínterim, a administração do governo se tornou mais e mais complexa, multiplicaram-se as possibilidades de corrupção, a criminalidade adquiriu proporções alarmantes e com a mesma cresceu o perigo de que as possíveis alianças entre delinquentes e autoridades infiéis ponham em perigo a segurança primordial da uma imprensa alerta e valente, em especial para denunciar as mazelas das grandes cidades. O fato de que a propriedade de imprensa pode prestar-se a abusos por parte de indivíduos sem escrúpulos, negociantes de escândalos, não deixa importância à necessidade de proteger dita liberdade contra qualquer censura ou restrição, que limite ou impeça as denúncias contra as autoridades. Se se cometem abusos, os danificados podem encontrar remédio e fazer castigar os culpados, sempre dentro das vias constitucionais.¹⁶¹

Mas o direito de informar não deve ser garantido apenas contra o Estado, senão também contra as empresas de comunicação social altamente tecnificadas que se encontram manejadas por oligopólios formados por grandes grupos econômicos, e que requerem investimentos financeiros que não se encontram ao alcance do cidadão comum.

No sistema jurídico brasileiro a censura prévia é vedada por disposição constitucional, prevendo o artigo 220, § 1º, da Constituição da República, que

¹⁶⁰ C.S.N. “Fallos”, t. 308. p. 789.

¹⁶¹ KONVITZ, p. 217. Idêntica consagração desse princípio pode ser ainda encontrada nos casos *Lovell v. Griffin*, *Niemoto v. Maryland* e *Kunz v. Nueva York*.

“nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”¹⁶².

5.3 O DIREITO DE SE INFORMAR

Assim como o direito de informar, o de se informar não cria faculdade destinada apenas a quem fornece a informação, mas também a quem a recebe.

Segundo EKMEKDJIAN, é integrado (i) pelo livre acesso às fontes de informação e (ii) pela proteção da confidencialidade das fontes.

5.3.1 O LIVRE ACESSO ÀS FONTES DE INFORMAÇÃO

Compõe-se, na lição de CANOTILHO em direito à autodeterminação informacional e em direito ao arquivo aberto.

Partindo do suposto de que o segredo não é compatível com as liberdades e direitos do homem, o direito à autodeterminação informacional se traduz, fundamentalmente, na tutela da faculdade de o particular determinar a controlar a utilização dos seus dados pessoais. Este direito de autodeterminação deve ser instrumentalizado pelos meios de defesa jurisdicionais, e, nesse sentido, apontam já hoje convenções internacionais e o Direito de *Habeas Data* consagrado na Constituição brasileira de 1988¹⁶³, (art. 5, LXXII), como “a ação mandamental, sumária e especial, destinada à tutela dos direitos do cidadão à frente dos bancos de dados, a fim de permitir o fornecimento das informações registradas, bem como sua retificação, em caso de não corresponder à verdade”¹⁶⁴.

Foi com esse sentido que o Supremo Tribunal Federal definiu o emprego do *habeas data*, ao decidir em voto do Ministro MARCO AURÉLIO:

¹⁶² Nesse sentido segue o substituto da nova Lei de Imprensa (Projeto de lei nº 3.232/92), que já no artigo 1º proclama: “É livre a expressão do pensamento, a criação, a expressão, o recebimento e a difusão de informações, independentemente de censura e através de quaisquer meios de comunicação social”.

¹⁶³ CANOTILHO, p. 679.

¹⁶⁴ ACKEL FILHO, Diomar. *Writs constitucionais*. 2. ed. São Paulo : Saraiva,. 1991. p. 140.

A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos, enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível. O modelo político-jurídico, plasmado na nova ordem constitucional, rejeita o poder que oculta e o poder que se oculta. Com essa vedação, pretendeu o constituinte tornar efetivamente legítima, em face dos destinatários do poder, a prática das instituições do Estado. O *habeas data* configura remédio jurídico-processual, de natureza constitucional, que se destina a garantir, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu tríplice aspecto: (a) direito de acesso aos registros; (b) direito de retificação dos registros e (c) direito de complementação dos registros. Trata-se de relevante instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, a qual representa, no plano institucional, a mais expressiva reação jurídica do Estado às situações que lesem, efetiva ou potencialmente, os direitos fundamentais da pessoa, quaisquer que sejam as dimensões em que estes se projetem.¹⁶⁵

A importância do instituto para o Estado Democrático de Direito também foi afirmada pelo Superior Tribunal de Justiça no primeiro caso de *habeas data* daquele tribunal, em voto do Ministro Milton Luiz PEREIRA, afirmando que a previsão do *habeas data* em nível constitucional constitui “uma cláusula tutelar para impedir abusos ordinários e extraordinários, constituindo pacto entre o Estado e o cidadão, sedimentando a democrática evolução política do exercício da cidadania, como oportuno corretivo aos exageros das informações nominativas”¹⁶⁶.

Já o direito ao arquivo aberto assinala o direito de acesso aos arquivos e registros administrativos. Reservados os casos de documentos nominativos ou de documentos reservados por motivos de segurança ou de justiça, não se exige a comprovação de uma participação pessoal na consulta dos dados, pois a idéia de democracia administrativa indica não apenas o direito de consulta a dados constantes de arquivos e registros públicos, como corolário da defesa de direito individuais, mas também para o dever de transparência dos serviços político-burocráticos, possibilitando ao cidadão o acesso a todos os documentos relativos a essa atividade.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Recurso de *Habeas data*-22 / DF. Relator Ministro MARCO AURELIO. Publicação DJ DATA-01-09-95 PP-27378 EMENT VOL-01798-01 PP-00001. Julgamento 19/09/1991 - TRIBUNAL PLENO.

¹⁶⁶ Superior Tribunal de Justiça. *Habeas data* n° 01.

¹⁶⁷ Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-data*, p. 679.

Esse direito ao arquivo aberto foi erigido no sistema jurídico brasileiro à categoria de direito fundamental, por força de sua previsão no artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição da República, que diz: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

O direito de informar-se implica o livre acesso às fontes das quais se obtém as notícias. O artigo 13, inciso I, do Pacto de São José da Costa Rica, ao referir à liberdade de expressão, diz, a respeito, que “... esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir a informação”.

Este princípio, que já se encontrava na Encíclica *Pacem in Terris*, foi também consagrado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, onde se lê em seu artigo XIX, que: “Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer outros meios e independentemente de fronteiras”.

É princípio fundamental do sistema republicano que todos os atos do governo sejam comunicados à opinião pública, a fim de que a sociedade exerça o controle sobre os órgãos que exercem o poder. Somente excepcionalmente, nos casos em que estejam comprometidos os direitos particulares ou a defesa nacional, se pode restringir o acesso às fontes de informação pública. Esse foi o argumento utilizado pelo governo britânico para proibir (mediante o exercício de censura prévia) a publicação das memórias de um ex-agente e ex-diretor do *Military Intelligence*, Peter Wright, nas quais revelava detalhes de um plano do serviço secreto que visava derrubar o governo de Harold Wilson na década de 70. Vedada a edição do livro na Inglaterra, a norte-americana (Viking Penguin, Nova York, 1987), com título *Spycatcher*, já estava correndo o mundo, e os ingleses, com a curiosidade aguçada para um caso que nem seria de tanta repercussão, passaram a receber seus exemplares pelo correio.¹⁶⁸

¹⁶⁸ JORNAL DO BRASIL. Rio de Janeiro, 3 ago. 1987.

A severidade da censura imposta a essa obra foi tamanha que um Tribunal de Londres condenou a uma pena pecuniária um vendedor ambulante de livros que, vestido de Tio Sam, vendia exemplares da edição norte-americana do *Spycatcher*.¹⁶⁹

Tendência verificada na maioria dos países ocidentais, entretanto, é a criação de órgãos burocráticos (Secretarias de Imprensa, de informações, porta-vozes, etc.) que centralizam as informações oficiais, interpondo-se entre os jornalistas e as fontes diretas e criando, para o governo, a possibilidade de filtrar o que deve ser divulgado, reservando assuntos que pretende deixar ocultos em relação à opinião pública.

A realidade desses órgãos foi retratada com espantosa fidelidade na obra de George ORWELL, 1984, em que o personagem Winston trabalha no chamado Setor de Reconstrução da História, órgão destinado a distorcer a comunicação de fatos de forma a fazer crer que o Grande Irmão (Estado) tudo faz e tudo pode, incitando a repulsa popular às nações inimigas e àqueles que se rebelaram contra o Big Brother¹⁷⁰ (Goldstein).

Se a notícia se origina em pessoas jurídicas ou instituições privadas, o direito de acesso é bastante restrito.

Em relação às pessoas físicas, o limite mais importante ao livre acesso é o resguardo do direito à intimidade, como adiante se demonstrará.

5.3.2 PROTEÇÃO DA CONFIDENCIALIDADE DAS FONTES DE INFORMAÇÃO

É curial que um jornalista necessita de fontes para obter informações que possa oferecer ao conhecimento da opinião pública. Se estivesse obrigado a informar

¹⁶⁹ FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo, 6 ago. 1987.

¹⁷⁰ “Antes do Ódio haver se desenrolado por trinta segundos, metade dos presentes soltava incontroláveis exclamações de fúria. Era demais, suportar a vista daquela cara de ovelha satisfeita e do poderio terrífico do exército eurasiano, mostrado na tela: além disso, ver ou mesmo pensar em Goldstein produzia automaticamente medo e raiva. Era o objeto e ódio mais constante que a Eurásia e a Letásia porquanto, quando a Oceania estava em guerra com uma dessas potências, em geral estava em paz com a outra. O estranho, todavia, é que, embora Goldstein fosse odiado e desprezado por todo mundo, embora todos os dias, e milhares de vezes por dia, nas tribunas, teletelas, jornais, livros, suas teorias fossem refutadas, esmagadas, ridicularizadas, apresentadas aos olhos de todo como lixo à-toa...e apesar de tudo isso, sua influência nunca parecia diminuir.” (ORWELL, George. 1984. Trad. por Wilson Velloso. 17 ed. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1984. p. 17.)

quem ou o que lhe revelou certas notícias, os informantes se retrairiam imediatamente, o que privaria a imprensa de um de seus principais meios de chegar aos fatos merecedores de veiculação.

No entanto, esse resguardo absoluto das fontes tem sido questionado nos casos em que se revele, por meio da notícia, o cometimento de um crime. Dois bens se colocam assim em conflito, a necessidade de manter uma imprensa devidamente informada e a necessidade de que os delitos não permaneçam impunes.

A Suprema Corte Americana, no caso *Branzburg vs. Hayes* (400 US 665), em que se discutia a constitucionalidade da citação dirigida por um tribunal estadual a um jornalista, para que identificasse vários indivíduos que, segundo noticiara, presenciara fazendo uso de *Cannabis sativa*, decidiu que não existe privilégio de confidencialidade da fonte quando se investigam responsabilidades penais. Em outro julgado, a minoria derrotada sustentou que em muitos casos, a promessa de não revelar nomes é uma condição exigida pelos informantes. Violada a condição, pode frustrar-se o necessário fluxo de informações.

A jurisprudência argentina traz o caso recente em que o periódico “La Arena”, da cidade de Santa Rosa, Província de La Pampa, informou que um soldado conscrito havia sido transportado em um vagão para gado, em condições, por óbvio, inumanas, desde Mendoza até General Pico. Ante tal notícia, o juiz federal de Santa Rosa requisitou ao editor e proprietário do jornal, que lhe revelasse a fonte de informação, o que foi prontamente negado pelo editor. Ante a negativa, o juiz federal impôs ao editor, um senhor de 82 anos de idade, uma sanção de prisão domiciliar de 03 dias.¹⁷¹

Como assinala EKMEKDJIAN, o insólito dessas situações é a conversão do acusador público em acusado e processado, como uma das absurdas conseqüências de não se respeitar o direito à confidencialidade das fontes de informação.

¹⁷¹ DIARIO EL CLARIN. 12 mar. 1989, p. 12.

No direito brasileiro, a confidencialidade das fontes de informação, como um dos requisitos da liberdade de imprensa, encontra-se consagrada no artigo 5º, XIV, da Constituição da República, que estatui: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

5.4 O DIREITO DE SER INFORMADO

Como já apontado, o direito de ser informado relega seu titular a uma posição passiva frente à informação, pois diz respeito à ciência dos atos de comunicação, e que, por tais razões, não podem ser objeto de uma pesquisa livre e profunda por qualquer cidadão, sendo trazidos ao conhecimento da coletividade por meios de comunicação públicos ou privados, comumente destinados à veiculação da propaganda oficial.

Por reconhecer essa posição passiva aos seus titulares, é que o direito de ser informado necessita de maiores garantias (no sentido em que o termo é empregado pela doutrina francesa), sob pena de cancelar a comunicação equivocada ou a veiculação de atos inverídicos. É nesse sentido que a liberdade de comunicação encontra garantia no direito de retificação, que, como adiante se demonstrará, fundamenta-se no direito à proteção contra a informação abusiva ou disfuncional.

5.5 O DIREITO CONTRA A INFORMAÇÃO ABUSIVA OU DISFUNCIONAL

Com o advento da imprensa, os governos tiveram de enfrentar, em certa medida, a crítica aberta e documentada, o que os levou a lançar mão de duas providências: (i) a organização de outros periódicos para esclarecer ou responder notícias que lhes diziam respeito; (ii) a limitação de publicações mediante providências administrativas e judiciais.

Exemplo da primeira providência é o surgimento, em Paris, em 30 de maio de 1631, do jornal *Gazette*, do médico Théophraste Rénaudot, como instrumento de resposta aos gazeteiros da época, que divulgavam informações sobre o governo em folhas soltas, impressas ou escritas à mão, tornando-se o instrumento de ação contra as divulgações consideradas lesivas à autoridade e ao poder.

A criação e o funcionamento da *Gazette* levaram Charles Louis Chassin a observar que “uma gazeta pública deveria exercer uma ação muito mais eficaz que a multa, o relho, a prisão ou a Guilhotina”¹⁷².

Contudo, o espírito liberal de Rénaudot levou-o a abrir na *Gazette* um campo ao direito de retificação sem necessidade de procedimento judicial, publicando na primeira compilação anual do periódico o seguinte aviso: “Aqueles que se escandalizam possivelmente com duas ou três falsas publicações que tenhamos divulgado como verdades serão convidados a transmitir ao público, através da minha pena (que eu lhes empresto para este fim), as notícias que julguem mais verdadeiras, e, como tais, mais dignas de serem publicadas”¹⁷³.

Eis a primeira manifestação, não do direito de resposta, mas do de retificação, pelo mesmo meio em que foi veiculada a informação falsa ou gravosa.

Essa forma de exercício do direito de retificação disseminou-se rapidamente aos periódicos ingleses e norte-americanos, com a valorização do correio do leitor em detrimento da ação penal por injúria, calúnia ou difamação.

Atualmente, a função reparadora do correio de leitores tem sido potencializada pela atuação de *ombudsman* do próprio periódico, como o fazem o periódico brasileiro Folha de São Paulo, e os norte-americanos *The Washington Post*, *The Minneapolis Star*, *Minneapolis Tribune*, p. ex. O *ombudsman* é normalmente escolhido entre integrantes da equipe de jornalista do periódico a ser fiscalizado,

¹⁷² CHASSIN, Charles Louis (*La presse libre selon les principes de 1789*. Paris, 1962), apud Freitas NOBRE, p. 20.

¹⁷³ Freitas NOBRE, p. 20.

cercando-o de diversas garantias, tais como a estabilidade no emprego por determinado período, que o permitam exercer seu mister com o máximo de isenção.

Assim esclarece a Folha de São Paulo nas colunas de seu *ombudsman* aos domingos: “O ombudsman tem mandato de um ano, renovável por mais um ano. Ele não pode ser demitido durante o exercício do cargo e tem estabilidade por um ano após o exercício da função. Suas atribuições são criticar o jornal sob a perspectiva do leitor”¹⁷⁴.

Note-se que o direito de retificação, embora aparentemente seja categoria contraposta, integra-se à liberdade de informação, pois na medida em que traça seus limites, giza-lhe os contornos, complementando sua regulamentação jurídica, pois se existe um direito à informação, deve existir também um direito à informação correta, que garanta não somente a publicação singular de notícia verdadeiras, mas completas e exaurientes.¹⁷⁵ O mesmo ocorre, como adiante se demonstrará, com o direito de resposta.

Tal direito tem por objetivo propiciar não uma proteção apriorística — pois a censura prévia encontra-se, como já explanado, de pronto afastada — a quem se sinta agravado, mas uma posição ativa frente ao ato de comunicação inverídico ou que tenha lhe causado qualquer forma de dano ou agravo moral, satisfazendo um impulso natural ao ser humano de prontamente replicar afirmações gravosas.

Substitui-se a via de mão única da relação de comunicação, proporcionando ao receptor o direito de também tornar-se comunicador, surgindo a relação bidirecional mediante a possibilidade de retificação do agravado.

¹⁷⁴ FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo, 16 fev. 1997. p. 1-6. O substitutivo à nova Lei de Imprensa, apresentado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara pelo deputado Vilmar Rocha, em 30 de abril de 1997, impõe aos veículos de comunicação social o dever de “manter serviço permanente de atendimento ao público” (artigo 3º, IX).

¹⁷⁵ GROSSO, Carlo Federico. *Sviluppi recenti del diritto penale della informazione a mezzo stampa*. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, n. 20, p. 293, 1989. Essa é a posição da Corte de cassação italiana, que considera falsa não apenas a notícia que positivamente se distancia da verdade, mas também a que é incompleta. A verdade incompleta deve ser em tudo equiparada à notícia falsa.

“Esta resposta”, lembra EKMEKDJIAN,

tem duas vias. Pode vir em forma de processo judicial — penal ou civil — *a posteriori*, como analisado. Neste caso, a resposta tem por objetivo central, e geralmente único, a satisfação do agravo inferido à vítima. Outra resposta pode consistir na pretensão dos afetados em contestar, pelo mesmo meio, dando sua própria versão dos fatos ou opiniões que se encontram em debate. Neste caso, embora se possa ter também como meta a reparação do agravo causado, outro objetivo que aqui aparece é o de brindar a opinião pública com a oportunidade de ouvir todas as versões existentes e formar assim uma opinião mais fundada sobre a questão em debate.¹⁷⁶

Fala-se, no primeiro caso, no exercício do direito de resposta — dirigido contra a informação abusiva — e no segundo, do direito de retificação — dirigido contra a informação disfuncional.

O direito contra a informação disfuncional, que é a que se opera no extrapolamento do dever de veracidade de quem transmite a comunicação, normalmente se exerce pelas vias suasórias, por meio de correspondências enviadas ao periódico responsável, destinadas a chamar a atenção do público, e do próprio periódico, para o equívoco ou para a parcialidade da notícia.¹⁷⁷

Já o direito contra a informação abusiva — que é a veiculada mediante o desbordamento dos limites que lhe gizam outros direitos individuais, afrontando-os — se exerce normalmente pela via judicial, mediante a concessão do direito de resposta constitucionalmente tutelado, como mais à frente se demonstrará.

5.5.1 O DIREITO DE RETIFICAÇÃO

É o desdobramento imediato, em nível infraprincipiológico, do direito à informação, na vertente da proteção contra a informação disfuncional ou abusiva.

Fernand TERROU e Lucien SOLALL¹⁷⁸ ressaltam a importância do direito de retificação, afirmando que “Não seria demais insistir sobre a importância

¹⁷⁶ EKMEKDJIAN, p. 49.

¹⁷⁷ O substitutivo à nova Lei de Imprensa, apresentado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara pelo deputado Vilmar Rocha, em 30 de abril de 1997, trata como dever do meio de comunicação social a comprovação da “veracidade da informação a ser prestada” (artigo 3º, I).

¹⁷⁸ TERROU, Fernand; SOLLAL, Lucien. *Le droit de l'information*. Paris : Unesco, 1951. p. 49.

desta instituição. Ela já foi adotada em um grande número de legislações nacionais e, no plano internacional, ela surgiu como o meio mais adequado de lutar contra o abuso o mais gritante, o mais perigoso da liberdade de expressão: a difusão das notícias falsas”.

Não obstante a primeira experiência do exercício do direito de retificação tenha ocorrido na *Gazette de Rénaudot*, a jurisprudência francesa apenas o permitia aos “depositários da autoridade pública” — na prática, os ministros, os prefeitos e os chefes responsáveis por um serviço — quando um ato de sua função tenha sido relatado de forma inexata, dando ao público uma visão distorcida sobre a condução das coisas públicas. O direito de retificação surgiu então, na experiência jurisprudencial francesa, com a função de restabelecer, no espírito do público, o verdadeiro sentido de uma decisão ou de um comportamento da administração, passando a ser não um meio de defesa dos principais responsáveis administrativos, mas um meio de informação dos administrados. Era o direito de retificação, então, um instrumento do povo para exigir da administração pública a transparência que lhes permitia questioná-la, erigindo-se assim num dos principais fundamentos da noção de cidadania participativa.

Ainda em França, as antigas leis sobre imprensa obrigavam o jornal a publicar todos os comunicados do governo. A disposição dessa obrigação foi fixada pelo artigo 19 do decreto de 17 de fevereiro de 1852, que impôs a inserção gratuita, em manchete, de todos os documentos, relações autênticas, esclarecimentos, resposta e retificações, transmitidas por “um depositário de autoridade pública”.

5.5.2 A CONTRIBUIÇÃO FRANCESA

A legislação francesa adota um dualismo jurídico para o direito de resposta, ficando o direito de retificação (art. 12 da lei de 29 de julho de 1881) para os depositários de autoridade pública quanto aos atos de sua função que tenham sido inexatamente relatados pelo diário ou outra publicação periódica, e o direito de

resposta (art. 13), para as pessoas citadas ou mencionadas diretamente ou indiretamente em qualquer periódico.

Muitas legislações que adotam o direito de resposta não fazem nenhuma distinção entre os dois vocábulos; os empregam como sinônimos. Utilizam, de preferência, a palavra resposta para designar, ao mesmo tempo, o direito dos funcionários e dos particulares.

Apesar das diferenças entre o exercício deste direito pelos depositários de autoridade pública e pelos particulares, nada impede, na Jurisprudência francesa, a adoção da resposta como uma palavra capaz de englobar os dois conceitos, mesmo como ponto de partida para a harmonia das legislações nacionais em vista de uma futura legislação internacional de resposta.

Alguns dicionários, mesmo franceses, recusam fazer distinção entre retificação e resposta. “Retificação. n.f. Ação de corrigir o que não é certo; modificação trazida ulteriormente a um artigo de jornal, a um trecho de uma publicação: inserir um retificação”.

“Resposta, n.f. (latim *responsum*). palavra ou escrito dirigido em retorno: resposta afirmativa. refutação: resposta vitoriosa. carta que se escreve para responder. Direito de resposta: direito para uma pessoa atingida por um artigo de jornal ou de revista de fazer aparecer na publicação um artigo respondendo às asserções deste artigo”¹⁷⁹.

O artigo 12 da lei de 29 de julho de 1881 principiou certa distinção entre o direito de resposta e o de retificação, ao dispor: “O diretor da publicação é obrigado a inserir gratuitamente na parte superior do mais próximo número do jornal ou escrito periódico, todas as retificações que lhe sejam dirigidas por um depositário de autoridade pública em razão dos atos de sua função que tenham sido inexatamente relatados pelo referido jornal ou periódico. Entretanto, estas retificações não

¹⁷⁹ LAROUSSE, 1967. 31 ed.

ultrapassarão o dobro do artigo ao qual elas respondem. Em caso de contravenção, o diretor da publicação será punido com uma multa de 24.000 a 240.000 francos”.

É o direito de retificação.

A inserção deve ser feita no mais próximo número do jornal, enquanto que no direito de resposta a obrigação da divulgação é de três dias a partir do recebimento do texto.

Vejamos no artigo 13 da lei francesa, modificada pela lei de 29 de setembro de 1919, como se coloca o direito de resposta: “O diretor da publicação será obrigado a inserir nos três dias seguintes ao seu recebimento, as respostas de toda pessoa citada ou referida em diário ou outra publicação periódica, sob pena de uma multa de 12.000 a 120.000 francos, sem prejuízo de outras penas e ressarcimento de danos a que o artigo possa dar causa”.

Se para a retificação, o texto deve ser publicado na parte superior, já para a resposta do particular, o texto (segundo ainda o art. 13) deve ser inserido “no mesmo lugar e com os mesmos caracteres que o artigo que o provocou”. Se para a retificação, as multas variam de 24.000 a 240.000 francos, para a resposta elas se fixam na metade.

Além disso, se a retificação pode utilizar o dobro do espaço do artigo original, para a resposta o limite será simplesmente da mesma extensão do artigo que o provocou.

Uma outra limitação é imposta pela resposta: o texto “não poderá ultrapassar 200 linhas, ainda mesmo que o artigo seja de uma extensão maior”.

Se um depositário da autoridade pública deseja divulgar uma retificação referente a um artigo de 300 linhas, segundo a legislação francesa, o texto pode conter 600 linhas, enquanto que o particular, no mesmo caso, não terá direito senão a 200 linhas para a resposta.

O direito de retificação é aberto a todo depositário de autoridade pública cujos atos inerentes à função sejam inexatamente relatados em uma publicação periódica. O escrito publicado deve ainda ter o caráter de uma notícia total ou

parcialmente falsa. O jornalista que se atém a relatar a verdade, não abre espaço ao direito de retificação.

As retificações são publicadas no início do próximo número. A inserção deve ser gratuita e a recusa é punida com multa de 12.000 a 120.000 francos.

Todavia, a recusa é justificada se as retificações são contrárias à honra do jornalista, ao interesse legítimo de terceiros, aos bons costumes ou à lei¹⁸⁰, com fundamento no artigo 12 da lei de imprensa francesa.

Na prática, assim restrito à utilização apenas por “depositários de autoridade pública”, o direito de retificação é praticamente inutilizado. As autoridades optam por endereçar seus comunicados à imprensa por intermediários das agências. A imprensa geralmente publica esses comunicados. No mais, o Estado dispõe de poderosos meios de comunicação (rádio, televisão, cinema).

5.5.3 O DIREITO DE RETIFICAÇÃO EM MATÉRIA INTERNACIONAL

Sob iniciativa da França, a Conferência de Genebra sobre a liberdade de informação (1948), adotou um projeto de convenção relativo ao direito de retificação em matéria internacional. Este projeto integrou a “Convenção relativa à transmissão internacional de informações e do direito de retificação”, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 13 de maio de 1949. Mas essa convenção jamais entrou em vigor.

Também a França propôs, no Conselho econômico e social, e após à Assembléia Geral das Nações Unidas, que o direito de retificação fosse objeto de uma convenção independente, imediatamente aberta à adesão de todos os Estados. O Conselho econômico e social pôs em relevo essa proposição, no qual, de dezoito, nove membros se pronunciaram contra: Estados Unidos, Reino Unido, URSS, Bélgica, Polônia, Suécia, Checoslováquia, Canadá e China. Quatro se abstiveram:

¹⁸⁰ BOLETIM CRIMINAL, n. 273, 12 de julho de 1913.

Cuba, Uruguai, Paquistão e Filipinas. Cinco votaram pela proposição: França, Egito, Irã, México e Argentina.

Os ataques mais severos foram proferidos pelos representantes norte-americanos, sob o fundamento de que a adesão significaria a abertura da possibilidade de permitir uma ingerência governamental contrária à liberdade de imprensa, de possibilitar um dilúvio de comunicados de propaganda, de ser aplicado de uma forma perniciososa, nos casos de um clima internacional desfavorável.¹⁸¹

Enquanto isso, a Assembléia Geral das Nações Unidas, retornando à proposta francesa de 1948, decidiu abrir à assinatura dos Estados uma convenção sobre direito internacional de retificação, composta de três artigos dos quais os referentes à liberdade de imprensa, de opinião e de informação foram excluídos.

O direito de retificação ficou adstrito aos casos em que um Estado fundamentamente teme que, falsa ou deformada, a informação seja “suscetível de prejudicar suas relações com outros Estados, seu prestígio ou sua dignidade nacional” (art. 2º)¹⁸². O Estado estabelece sua versão dos fatos sob forma de comunicado endereçado aos Estados contratantes, sobre o território do qual foi veiculada a informação gravosa.¹⁸³ Este comunicado não deve compreender nem comentário, nem expressão de opinião, nem ser “mais longo que o necessário para retificar a inexatidão ou a deformação que tenha sido encontrada”. É acompanhada do texto integral do equívoco divulgado e da prova que ele foi transmitido ao estrangeiro por um correspondente ou uma empresa de informação.

Os Estados signatários não têm a obrigação de divulgar o comunicado pelas vias habituais utilizadas para “a transmissão de informações concernentes aos negócios internacionais em sua publicação — e especialmente de remeter o

¹⁸¹ KAYSER, J. La liberté de l'information devant les Nations Unies. *Etudes de Presse*, 15 oct. 1952, p. 354, 355-356.

¹⁸² O artigo 2 fala em “transmitido de um país a outro...”, sendo que a alínea 2 diz “transmitido do estrangeiro”. O sentido não é claro, dando a impressão de que o engano não deve provir do território do estado queixoso.

¹⁸³ O comunicado é enviado, ao mesmo tempo, à empresa de informação ou ao correspondente interessado, para dar-lhes a medida de retificar seu equívoco de informação. Os autores da convenção esperam que essa pressão moral seja suficiente, sendo até mesmo invocada a honestidade profissional dos jornalistas.

comunicado à empresa de informação responsável pela informação incriminada, se a sede dessa empresa encontra-se situada em seu território” (art. 3º).

No entanto, o Estado que não divulgar a retificação fica sujeito a sanções de duas naturezas: (i) os Estados lesados poderão fazer-lhe o mesmo, por quebra de reciprocidade (art. 3), (ii) poderão invocar o Secretário-Geral das Nações Unidas para que ele supra essa omissão mediante a utilização dos meios de que dispõe para proporcionar a publicidade apropriada¹⁸⁴.

As disposições analisadas, a par da imperfeição de excluírem a garantia de liberdade de imprensa e de opinião em nível internacional, pecam também ao não definirem com precisão os caracteres que o equívoco da informação deve apresentar para permitir o procedimento de retificação, merecendo reparos também na forma pela qual estruturou o sancionamento do país inadimplente, pois permite que, em nome da reciprocidade, a inexecução por um autorize a inexecução por outros, revogando a convenção mediante a desoneração de todos que a ela aderiram. Essa disposição é muito assemelhada à figura contratual privada do pacto comissório, em que o inadimplemento de um dos signatários permite o descumprimento, em cadeia, de todos os demais, retirando-lhe gradualmente o efeito vinculante da Convenção.

Como assinala KOPELMANAS, seria preferível estabelecer disposições mais simples, visando um efetivo “controle internacional” sobre a base de publicidade¹⁸⁵. Uma recomendação da Assembléia Geral das Nações Unidas poderia convidar os Estados membros a fazer conhecer, seja ao Departamento de Informações das Nações Unidas, seja a uma comissão *ad hoc*, os casos nos quais os países agravados não lograram obter, pelas vias normais, a retificação de uma falsa notícia que lhes dizia respeito. Após recolher as observações dos Estados, as

¹⁸⁴ Mas o estado, objeto do impasse, chamado pelo Secretário Geral, poderá apresentar observações, reportando-se “exclusivamente à alegação segundo a qual ele não se encontra desonerado das obrigações que o incumbem, e essa observação receberia a mesma publicidade.

¹⁸⁵ KOPELMANAS, L. *Le contrôle international*. Paris : Académie de droit international, 1950. Recueil des cours. Chap. IV: Le controle international sur la base de la publicité.

empresas de informação ou os correspondentes, o órgão competente das Nações Unidas, dariam ao caso uma publicidade apropriada pelos meios de que dispõem.

Far-se-ia a economia de uma convenção. O resultado obtido não seria muito diferente daquele obtido com a convenção aberta à adesão: publicidade dada às recusas da retificação feitas por intermédio das Nações Unidas.

5.5.4 A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

Os Estados Unidos da América não prevêm o direito de réplica em sua legislação. A lei sobre informação pública, normas de agência, opiniões, ordens, atas e procedimentos, que estabelecem regulamentos bastante estritos da atividade das agências informativas, não mencionam em momento algum o direito de réplica.

Mas, como é próprio do sistema da *Common Law*, a jurisprudência norte-americana, não obstante a ausência de disposição legal, tem experimentado uma função criadora bastante ampla nessa área, embora a princípio o tenha negado, como mostra o caso *Miami Herald Publishing Co. vs. Tornillo, Pat L.*¹⁸⁶, no qual, por entender ofensiva à primeira emenda, a Suprema Corte norte-americana julgou inconstitucional uma lei do estado da Flórida que exigia que os diários que atacassem a reputação de um candidato político deveriam oferecer-lhe espaço gratuito para a réplica. Afirmou-se no julgado que

a eliminação da competência entre diários, e a concentração do controle dos meios de informação (...) O resultado dessas profundas mudanças tem sido colocar em poucas mãos o poder de informar ao povo americano e conformar a opinião pública (...) Das mesma maneira se diz que os abusos dos informes parciais ou manipulados são o resultado da vasta acumulação de poder ilimitado por parte dos impérios modernos dos meios de comunicação.

No entanto, a jurisprudência mais recente tem admitido o exercício da réplica, com base na doutrina da real malícia (*actual malice*), criada a partir do caso “New York vs. Sullivan”¹⁸⁷, em que a Suprema Corte revogou a sentença proferida

¹⁸⁶ C.S.E.U., 418 U.S. 241 (1974), apud Miguel Ángel EKMEKDJIAN, p. 69.

¹⁸⁷ C.S.E.U., 376 U.S. 255 (1964), apud Miguel Ángel EKMEKDJIAN, p. 69.

pela Corte Suprema do Estado de Alabama, que condenava o editor do diário New York Times e quatro clérigos negros, ao pagamento de uma indenização de quinhentos mil dólares, por injúrias dirigidas a um comissário de polícia do Estado: L.D. Sullivan. A cassação da decisão ocorrera mediante a constatação de que, em se tratando de funcionários públicos ou de pessoas públicas, há ofensa à intimidade apenas quando resta evidenciado que a informação danosa era sabidamente falsa.

Esse é, em suma, o enunciado da teoria da real malícia, introdutor de uma verdadeira *diabolica probatio*, pois, na imensa maioria das vezes a vítima não terá condições de provar a má fé do responsável pela informação gravosa.

A doutrina da *actual malice* — que nada mais é do que a exigência do dolo direto na ofensa à honra — foi perfilada pela jurisprudência de outros países, a exemplo do que ocorreu com a Argentina, quando, em voto dos juízes Fayt e Barra, da Suprema Corte, proferido no caso Vago, Jorge, c. Ediciones La Urraca, definiu: “Informação falsa é a que tem intenção de enganar e seu autor atua com dolo ou má fé. Informação equivocada, distintamente, não tem essas características e, por isso, não dá azo à responsabilização civil ou penal”¹⁸⁸.

No caso Time Inc. vs. Firestone¹⁸⁹, a Suprema Corte norte-americana confirmou uma condenação por injúria contra a revista Time, condenando-a a indenizar o agravado em cem mil dólares, fundamentando que a publicação havia informado que um tribunal decretara seu divórcio por adultério. O periódico invocou o precedente New York Times vs. Sullivan, alegando que não se encontrava provada a real malícia, aduzindo, no mais, que a sr^a. Firestone era uma pessoa pública. A Suprema Corte rechaçou o recurso sob o fundamento de que a doutrina da real malícia só é aplicável aos funcionários públicos e a figuras públicas, e que a autora não era pública porque não escolhera livremente abrir à publicidade questões próprias de sua vida conjugal.

¹⁸⁸ EKMEKDJIAN, p. 56.

¹⁸⁹ C.S. E. U., 424 U.S. 448 (1976), apud Miguel Ángel EKMEKDJIAN, p. 56.

A partir desses exemplos, a teoria da real malícia pode ser enunciada como definidora da responsabilidade penal ou civil de jornalistas que emitam ou firmem notícias inexatas. A vítima da notícia deve demonstrar que o periodista tinha conhecimento da falsidade da notícia gravosa, ou que ao menos atuou com culpa grave em sua investigação.¹⁹⁰

5.5.5 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

O direito brasileiro, por ter importado do direito francês a previsão do direito de retificação, também optou, inicialmente, por tratá-lo sob o mesmo conceito e sob a mesma sistemática do direito de resposta.

Grande exemplo dessa atecnia, pois, como adiante se demonstrará, o direito de resposta é categoria radicalmente distinta, é a previsão constante da Lei nº 2.083, de 12 de novembro de 1953, que, nos artigos 17 a 25, instituídos sob a rubrica “Do direito de resposta”, refere sempre a “pedido de retificação”, como referência à providência extrajudicial prévia à ação de inserção.

O equívoco técnico foi sanado na Lei de Imprensa vigente (Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1997), que prevê o exercício do direito de resposta para “Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusado ou ofendido em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão ...” (art. 29), e o exercício do direito de retificação a “Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública (...) a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou errôneo” (artigo 239, *in fine*)¹⁹¹.

Não obstante o avanço da legislação, a imprecisão terminológica freqüentemente retorna, como ocorreu, por exemplo, com a previsão do direito de resposta na Lei eleitoral nº 9.100, de 29 de setembro de 1995, que, em referência do

¹⁹⁰ Miguel Ángel EKMEKDJIAN, p. 57.

¹⁹¹ O substitutivo à nova Lei de Imprensa, apresentado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara pelo deputado Vilmar Rocha, em 30 de abril de 1997, volta à confusão terminológica, ao prever, no artigo 20, § 1º, I, que o direito de resposta consiste “na publicação da resposta ou retificação...”, e assim segue nos dois incisos seguintes. O mesmo substitutivo, no entanto, coloca como obrigatória a inserção da retificação das informações, “quando prestadas com inexatidão” (artigo 3º, II).

direito de resposta, permitiu seu exercício frente a afirmação “sabidamente inverídica” (artigo 66)¹⁹².

A própria Constituição da República foi falha ao tratar do direito de retificação, pois, enquanto categoria atrelada a uma das facetas do direito à informação (previsto na própria Constituição como direito fundamental — artigo 5º, XIV), da mesma forma que o direito de resposta é atrelado à liberdade de manifestação, deveria ser especificamente previsto no rol gizado pelo artigo 5º, tal como foi o direito de resposta no inciso V.

Não havendo previsão específica do direito de retificação em nível constitucional, seu fundamento deve ser buscado nos vários tratados e convenções internacionais que o disciplinam e ao qual o Brasil tenha aderido (Pacto de São José da Costa Rica, por exemplo), por força do que reza o princípio expresso no artigo 5º, inciso LXXVII, § 2º, da Lei Maior.¹⁹³

¹⁹² “Art. 66. A partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o direito de resposta a candidato, partido ou coligação, atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer meio de comunicação social”.

¹⁹³ Artigo 5º, LXXVII, § 2º, da CF: “ Os direito e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

PARTE III
O EXERCÍCIO DAS LIBERDADES DE COMUNICAÇÃO

6 A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO

Se o direito de informação, como demonstrado, encontra-se condicionado a vicissitudes históricas, muito mais estreitamente se encontra a liberdade de manifestação, pois aquele se conta entre as condições da democracia, nas quais se impõe como princípio; esta, forma parte do exercício efetivo da democracia e, como tal, participa da contingência de toda a realidade prática ou política. Um regime que desfruta de instituições estáveis e de um corpo de cidadãos tolerantes, ou com espírito crítico desenvolvido, reúne condições para praticar um liberalismo de grandes proporções frente à expressão das opiniões individuais.

Por outro lado, uma democracia em perigo, um Estado desgovernado por paixões político-ideológicas, fatalmente imporá limitações de carácter sectário à liberdade de expressão individual.

Reconhecer que o direito de expressão de opinião deve ser condicionado pela perspectiva histórica que caracteriza um determinado regime democrático, muito antes de significar o sacrifício do direito do homem à razão do Estado, está a indicar a plenitude do sentido desse direito, pois consagra a ampla divulgação da propaganda governamental, bem como da que lhe é contrária.

Toda expressão livre de uma opinião deve sempre ter em conta a perspectiva histórico-sociológica na qual se inscreve, pois toda opinião livre se expressa a partir de um conjunto de outras liberdades. A expressão consiste essencialmente em solicitar a liberdade alheia, muito mais que a exteriorização de uma convicção íntima.

6.1 A LIBERDADE DE PROPAGANDA

Por ter nascente na liberdade de expressão, a liberdade de propaganda tem implicação inevitável com a liberdade individual e com o estilo de vida da sociedade, guardando, através daquela, filiação à liberdade de pensamento.

Assim sendo, a proteção a ser atribuída à propaganda encontra-se determinada em função da liberdade individual de manifestação do pensamento.

A propaganda é um conjunto de técnicas empregadas para suggestionar a pessoa na tomada de decisões. Assim sendo, dispensa a argumentação racional e a demonstração lógica da procedência de um tema. Procura, com recursos outros que o intelecto, desencadear, ostensiva ou veladamente, estados emocionais que possam exercer influência sobre as pessoas. Por isso mesmo, com a propaganda não se coaduna a análise crítica de diferentes posições, pois procura induzir por recursos que atuam diretamente no subconsciente individual.

A propaganda é um instrumento de sugestão, que pode ser definida como a intenção de induzir em outros a aceitação de uma crença específica, sem dar razões lógicas para essa aceitação.

Efetivamente, para que se possa caracterizar a propaganda é de mister haja o propósito deliberado de influir na opinião ou na conduta alheia. A sugestão, na propaganda, é sempre intencional.¹⁹⁴

Na falta do elemento intencional, a refletir-se sobre a ação de outras pessoas, não tem cabimento falar-se em propaganda, mesmo que se possa produzir acidentalmente a influência sobre a opinião ou a ação de outrem.

Nesse sentido amplo também se enquadra a propaganda comercial, que será tratada apenas em sentido genérico para que não se desloque o foco de atenção do presente trabalho, qual seja: a propaganda política.

¹⁹⁴ Do que discorda Solomon ASCH, para quem a propaganda é inafastável da própria interação pessoal imposta pela vida em sociedade, afirmando que “todas as vezes que abrimos a boca, somos propagandistas porque estamos exercendo um poder psicológico.” (*Psicologia social*. Trad. por Dante Moreira Leite e Miriam Moreira Leite. 2. ed. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1966. p. 520.)

Observa GARZA LIVAS que

atos de simples exteriorização de um estado de ânimo, como o riso ou a exclamação, ou ainda, a expressão do pensamento com o único propósito de identificação do seu ponto de vista, não constituem ato de propaganda, pois esta requer o desejo de que mediante a própria expressão, alguém modifique em certo sentido algum dos aspectos de sua conduta, em consonância com o desejo da pessoa que neste sentido se manifestou.¹⁹⁵

Distingue-se a propaganda da educação porque esta procura transmitir conhecimento, mediante exame de sua validade científica; enquanto a outra procura deflagrar reações favoráveis ou desfavoráveis, provocando atitudes de aprovação ou de rejeição em terceiros.

A propaganda não se destina a oferecer a vontade genuína, mas a construir ideologicamente uma outra vontade, através do condicionamento de reflexos frente a determinados acontecimentos,¹⁹⁶ tais como o empunhamento de uma bandeira, a exaltação de um símbolo, o grito enfático de palavras de ordem.

A propaganda pode ser usada principalmente para difusão de idéias religiosas, políticas ou para fins comerciais.

Na aplicação das técnicas de propaganda são explorados os impulsos humanos, predominando o sexual nos objetivos comerciais, enquanto se dirige para o impulso combativo a propaganda política.

Adotado esse conceito de propaganda, sob pena de comprometer a clareza do presente estudo, bem como de desvirtuar sua finalidade, ater-nos-emos à tratativa da propaganda política e eleitoral, abstraída a publicidade de fins comerciais.

6.2 A PROPAGANDA POLÍTICA

Volta-se à valorização de certas idéias e de certos homens mediante processos bem delimitados, expressão normal da atividade política. Outro tipo de

¹⁹⁵ GARZA LIVAS, p. 329.

¹⁹⁶ TCHAKHOTINE, Serge. *A mistificação das massas pela propaganda política*. Trad. por Miguel Arraes. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1967. p. 292.

propaganda, de tendência totalitária, decorre da fusão da ideologia com a política, intimamente ligada à progressão tática, joga com todos os impulsos humanos. Não se trata mais de uma atividade parcial e passageira, mas da expressão concreta da política em movimento, como vontade de conversão, de conquista e de exploração. Está essa propaganda ligada à introdução, na história moderna, das grandes e sedutoras ideologias políticas, tais como o jacobinismo, o marxismo, o fascismo, e ao embate das nações e blocos de nações nas novas guerras.’ A propaganda política data, na verdade, da Revolução Francesa; os primeiros discursos da propaganda, os primeiros encarregados de propaganda (entre outros, os comissários junto aos exércitos) partiram dos clubes, das assembléias, das comissões revolucionárias; foram eles que empreenderam a primeira guerra de propaganda e a primeira propaganda de guerra. Uma nação, pela primeira vez, libertava-se e organizava-se em nome de uma doutrina subitamente considerada universal. Uma política interior e exterior, pela primeira vez, fazia-se acompanhar pela expansão de uma ideologia e, por isso mesmo, segregava a propaganda. Surgiram, então, todos os recursos da propaganda moderna.

Com a propaganda surge também um novo tipo de guerra, ou melhor, uma guerra paralela, na qual a ideologia alia-se aos exércitos, tornando-se a propaganda a auxiliar da estratégia. Visa criar, internamente, a coesão e o entusiasmo e instaurar, no campo inimigo, a desordem e o medo.

As guerras modernas prepararam o terreno para a propaganda, ao favorecer a exaltação, a credulidade, o maniqueísmo sentimental. A propaganda ligou-se à guerra a ponto de se lhe substituir naturalmente: desde 1947 nutriu a “guerra fria”, tal como alimentou, em 1939, a “guerra de nervos”... A atual propaganda é a guerra levada a cabo por outros meios.

As novas propagandas políticas têm haurido inspiração numa ideologia de libertação e de salvação, ligada, contudo, ao instinto de potência e de luta — sendo, ao mesmo tempo guerreira e revolucionária. Entenda-se a palavra “mito” no sentido que lhe atribuiu SOREL:

Os homens que participam dos grandes movimentos sociais vêem sua própria ação sob a forma de imagens de batalhas asseguradoras do triunfo de suas causas. Proponho o nome de mito a essas idealizações. Tais mitos, que tocam no mais profundo do inconsciente humano, constituem representações ideais e irracionais ligadas à luta; exercem sobre as massas poderosa influência dinâmogênica e coesiva.¹⁹⁷

A história mundial recente coleciona dos tipos perfeitamente delimitados de propaganda política: a leninista e a nazista.

A propaganda leninista

Como observa Jean-Marie DOMENACH¹⁹⁸, o marxismo poderia ser considerado pelo seu poder de difusão; trata-se de uma filosofia capaz de propagar-se entre as massas, de início porque corresponde a um certo estágio da civilização industrial, depois porque repousa numa dialética que pode ser reduzida à sua extrema simplicidade, sem deformar-se substancialmente, mormente após Lenine tê-lo transformado num método de ação política prática.

Para Marx, a consciência de classe é a base da consciência política. Todavia — e esta é a contribuição de Lenine — abandonada a si mesma, a consciência de classe se encerra na luta econômica, isto é, limita-se à atividade puramente sindical e não atinge a consciência política. A *praxis* deve ser constantemente alimentada pela ideologia. Cumpre despertá-la previamente, educá-la e arrastá-la à luta em âmbito mais largo que o constituído pelas relações entre operários e patrões. Cabe essa tarefa à elite dos revolucionários profissionais, vanguarda consciente do proletariado.

A propaganda do tipo bolchevista pode ligar-se a duas expressões essenciais: a revelação política (ou denúncia) e a palavra de ordem.

¹⁹⁷ SOREL, Georges. *Reflexões sobre a violência*. Trad. por Paulo Neves. São Paulo : Martins Fontes, 1992. p. 76.

¹⁹⁸ DOMENACH, Jean-Marie. *Propaganda política*. Trad. por Ciro de Pádua. São Paulo : Difusão Européia do Livro, 1995. p. 32.

Seguindo o conselho de Marx, no sentido de que "é preciso tornar a opressão real ainda mais dura, ajuntando-lhe a consciência da opressão e tornar a vergonha ainda mais humilhante, dando-lhe publicidade", Lenine convida os socialistas-democratas a "organizarem revelações políticas em todos os domínios"¹⁹⁹. Consistem essas revelações em destrinçar, por entre os sofismas com que as classes dominantes envolvem seus interesses egoístas, a natureza real de seus apetites e o real fundamento de seu poder, e dar às massas uma representação clara.

Ora [assevera Lênin] não é nos livros que o operário poderá haurir essa clara representação; não a encontrará senão nas exposições vivas, nas revelações ainda quentes acerca do que ocorre em torno de nós, em dado momento, de que a gente fala ou cochicha e que se manifestar este ou aquele fato, por tais algarismos, veredictos e outros. Essas revelações políticas, que abrangem todos os domínios, constituem a condição necessária e fundamental para a formação das massas tendo em mira sua atividade revolucionária.

A palavra de ordem leva-nos ao aspecto combativo e construtivo dessa propaganda. Palavra de ordem é a tradução verbal duma fase da tática revolucionária. Conceito motriz, expressa o objetivo mais importante do momento, o quanto possível clara, breve e eufonicamente: quer, em período revolucionário, o aniquilamento do adversário e um escopo unitário para as massas — "Todo o poder aos soviets", "Terra e Pão", "Pão, Paz e Liberdade", "Por um Governo de Ampla União democrática"- quer, em período de edificação socialista, um objetivo de planificação: "Cumprir, Superar o Plano em Quatro Anos".

Num artigo de 1917, "A Propósito de palavras de ordem", Lênin mostra a justeza da palavra de ordem "Todo Poder aos Soviets", até que outros partidos representados nos Soviets se aliassem à burguesia contra-revolucionária. Uma palavra de ordem condensa a linha política do momento, não é um excitante vazio, um oco: "Toda palavra de ordem deve deduzir-se da soma das particularidades de determinada situação política"²⁰⁰. As palavras de ordem balizam etapas escalonadas

¹⁹⁹ ULIANOV, Vladimir I. *Que faire*. Paris : Presses Universitaire, 1959. t. 1, v. 1, p. 229 e ss. *Oeuvres Choiesies*.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 67.

que compelem as demais forças políticas a tomarem posição pró ou contra a colaboração, visando a objetivos concretos e sedutores para as massas.

Toda palavra de ordem deve corresponder não só à situação política, mas, inclusive, ao nível de consciência das massas. Não tem valor se não repercuta largamente nessa consciência, e, para tanto, deve distinguir as aspirações latentes, no tocante ao tema mais favorável.

Para tornar mais eficaz o uso das palavras de ordem, principalmente nas manifestações públicas, o bolchevismo passou a distinguir duas espécies de agentes: os propagandistas e os agitadores. Este se esforça por suscitar o descontentamento, a indignação das massas. Aquele se fixa na formulação teórica de alguma doutrina política solucionadora.

O papel desses homens, de início, é o de fazer a propaganda e a agitação por todos os meios, diligenciando no sentido de adaptar seus argumentos ao meio em que se encontram.

A propaganda nazista

É enorme a contribuição de Hitler e Goebbels à propaganda política moderna. Não a inventaram, mas a transformaram. O grande número de técnicas e processos introduzidos pelo nazismo em matéria de propaganda, todavia, subsiste mesmo fora do momento histórico em que desabrocharam e nada pode impedir que, doravante, façam parte do arsenal da propaganda política.

A partir do nazismo, a propaganda não está mais vinculada a uma progressão tática, converte-se ela mesma em tática, numa arte particular, com leis próprias, tão utilizável como a diplomacia e os exércitos. Em virtude de sua força intrínseca, constitui uma verdadeira artilharia psicológica, onde se emprega tudo quanto tenha valor de choque, onde finalmente a idéia não conta, contanto que a palavra penetre.²⁰¹

²⁰¹ DOMENACH, p. 35.

Por um lado, a propaganda hitlerista mergulha suas raízes nas mais obscuras zonas do inconsciente coletivo, ao exaltar a pureza do sangue, ao glorificar os instintos elementares de violência e destruição, ao fazer uso da cruz gamada. Ademais, emprega sucessivamente temas diversos e até contraditórios com a única preocupação de orientar as multidões ante as perspectivas do momento.

Mais ainda que chamamentos de promessa ou vocações de grandeza, esses símbolos são apelos de forças, são evocações de angústia. Pierre FESSARD sintetizou com grande clareza a dialética sobre a qual se estruturava o poder de persuasão da propaganda nazista, explicando:

Se, muito tempo após o desfecho do combate, a vontade do escravo permanece subjugada e sem que o amo faça grande esforço, a razão disso é que o terror diante da morte lhe arranca o mínimo de consentimento que o liga à vontade do vencedor. Se for preciso, castigos parciais virão reavivar a lembrança desse momento de angústia, durante o qual trocou a liberdade pela vida e de novo forçá-lo a uma adesão infinitesimal.²⁰²

Vê-se, em decorrência, a importância do ritmo com que os hitleristas conduziam a propaganda. Jamais cessava, nem no tempo, nem no espaço, constituindo-se em permanente tela, visual e sonora, que, embora variando de intensidade, mantinha alerta o povo. Se o objetivo parecia distante, “deixava-se cozinhar a alma do povo”, segundo a expressão empregada, a fim de que estivesse pronta no momento oportuno.

6.2.1 PROPAGANDA ELEITORAL. PROPAGANDA PARTIDÁRIA

6.2.1.1 DISTINÇÃO CONCEITUAL

Propaganda política, como resultado primeiro da liberdade de expressão, é categoria genérica²⁰³, englobante da propaganda eleitoral e da propaganda partidária.

²⁰² FRESSARD, G. *Autorité et bien commun*. Paris : La Presse, 1948. p. 20. *Recherches de Sciences Religieuses*.

²⁰³ E é a essa categoria genérica que se dirige a regra do artigo 242, do Código Eleitoral: “A propaganda, qualquer que seja a sua forma, só poderá ser feita em língua nacional, e não deverá empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais. Parágrafo único - Sem prejuízo do processo e das penas cominadas, a Justiça Eleitoral adotará medidas para fazer impedir ou cessar imediatamente a propaganda realizada com a infração do disposto neste artigo.”

Tenha-se claro, contudo, que a propaganda política, ao contrário da eleitoral e da partidária, nem sempre visa a fins eleitorais, ao menos não imediatos, pois se destina ao alardeamento persuasivo de determinada ideologia.

Propaganda eleitoral ou propaganda política eleitoral é um instrumento de captação de votos usado, em determinado período, pelos partidos políticos, coligações ou candidatos, destinado à divulgação — cercada quase sempre dos métodos mais eficazes de persuasão — de propostas políticas capazes de sensibilizar o eleitorado.²⁰⁴ A propaganda eleitoral, por se destinar ao patrocínio pessoal de determinado candidato, apenas pode ser exercida após a escolha do candidato na Convenção partidária.²⁰⁵ Antes da convenção, admite-se a propaganda apenas no âmbito infrapartidário.²⁰⁶

O início da propaganda eleitoral marca o ponto mais alto da disputa por votos. Nessa fase, que às vezes atinge momentos tensos, é que os candidatos expõem seus planos, publicam suas promessas, defendem suas idéias e, com frequência, atacam seus adversários.

A propaganda atingiu requintes sofisticados de expressão. Dependendo de suas técnicas, os candidatos tidos por impopulares atingem elevadas pontuações nas pesquisas de intenção de votos.

Propaganda partidária ou propaganda política partidária é o meio de divulgação do programa e da tendência ideológica do partido político, permitida em época de eleição ou fora dela, desde que excluído o intento de patrocinar este ou aquele candidato. A Lei n° 9.096, de 19 de setembro de 1995, permite a propaganda eleitoral, em rádio e televisão, apenas nos horários gratuitos (artigo 45, § 3°), em

²⁰⁴ CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. São Paulo : EDIPRO, 1992. p. 129.

²⁰⁵ Nesse sentido dispõe o artigo 240 do Código Eleitoral: “A propaganda de candidatos a cargos eletivos somente é permitida após a respectiva escolha pela convenção. Parágrafo único - É vedado, desde 48 (quarenta e oito) horas antes até 24 (vinte e quatro) horas depois da eleição, qualquer propaganda política mediante radiodifusão, televisão, comícios ou reuniões públicas”.

²⁰⁶ Esse é o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, a exemplo do que foi decidido na Representação n° 16.291 (Consulta n° 10.949): “Convenção partidária. Escolha de candidatos a cargos eletivos. Propaganda. A propaganda de candidatos com vistas à convenção para escolha de candidatos a cargos eletivos é permitida exclusivamente no âmbito partidário”.

inserções, em cadeia nacional ou estadual, de trinta segundos e um minuto, no intervalo da programação normal das emissoras (artigo 46, § 1º), ficando a determinação da data da inserção a cargo do Tribunal Superior Eleitoral, quando solicitada por órgãos de direção nacional do partido (artigo 46, § 6º, I) e pelos Tribunais Regionais Eleitorais, quando solicitada por órgão de direção estadual do partido (artigo 46, § 6º, II), sempre observados os limites de dez inserções de trinta segundos, ou de cinco de um minuto, por dia, em cada rede de televisão (artigo 46, § 7º).

Na prática, essas distinções nem sempre são realizadas com o necessário rigor científico. Exemplo maior da confusão desses conceitos encontra-se no próprio Código Eleitoral²⁰⁷, que abriu o Título II, da parte Quinta, denominando-o de “Propaganda partidária”. No art. 240, parágrafo único, usou a denominação “propaganda política” e no art. 241 já usou a expressão “propaganda eleitoral”. A interpretação sistemática do Código leva a presumir, contudo, que sob esse título, quis a lei se referir à propaganda política, já que nele tratou da propaganda eleitoral e da propaganda partidária.²⁰⁸

6.2.1.2 PANORAMA DA PROPAGANDA ELEITORAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Nossos códigos eleitorais de 1932 e de 1935 — primeiro e segundo respectivamente — nada dispuseram sobre a propaganda. Porém, com o terceiro Código Eleitoral (Lei nº 1.164, de 24.7.50) surgiram na legislação brasileira as primeiras regras codificadas sobre a propaganda partidária. Segundo o artigo 151 desse Código, ficava assegurada aos partidos políticos a propaganda partidária e a propaganda eleitoral. Obrigava-se a administração municipal a fixar quadros para o exercício da propaganda, mediante a fixação de cartazes. Permitia-se, com licença do proprietário, a propaganda em prédios particulares, bem como nos prédios

²⁰⁷ Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.

²⁰⁸ Joel José CÂNDIDO, p. 130.

públicos, desde que previamente autorizada. A lei garantia, com sanções civis e penais, o exercício da propaganda devidamente empregada. Assegurava a instalação de telefones para os partidos, pagas por estes as devidas taxas de instalações. E, finalmente, encerrava o Código esse Capítulo VII, de seu Título II, definindo a época da propaganda para as eleições presidenciais e gerais.

Já a lei eleitoral atual — nosso Quarto Código Eleitoral — regulou largamente a propaganda, em seu título II, do art. 240 ao art. 256, além de ter previsto diversas figuras típicas criminais sobre esse assunto (artigos 322 a 337). Além dele, algumas leis eleitorais contém dispositivos sobre a propaganda e estão também em vigor, como é o caso da Lei n° 6.091, de 15.8.74 e a Lei n° 5.682, de 21.7.71 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos).²⁰⁹

Esse ordenamento, a cada eleição, é complementado pelas chamadas leis anuais, editadas sempre no ano anterior ao da realização da eleição a cuja regulamentação se destina especificamente. São leis de vigência temporária que têm a vantagem de conferir certa elasticidade (sem desbordar dos limites principiológicos gizados pela Constituição da República e pelo Código Eleitoral) na condução de cada pleito, corrigindo distorções e abusos verificados nos anteriores, e excluindo disposições que se revelaram ineficazes.

Não se olvide, por fim, a complementação advinda do exercício do poder regulamentador por parte do Tribunal Superior Eleitoral, na edição de Resoluções específicas sobre a propaganda eleitoral.

²⁰⁹ Sobre a propaganda partidária toma relevo o disposto na Lei n° 6.339, de 1° 7.76, dando nova redação ao art. 118 da Lei n° 5.682, de 21.7.71 (LOPP). A lei n° 8.247 de 23.10.91, recentemente, também derogou esse art. 118 da LOPP, exigindo condições mínimas específicas para autorizar as transmissões gratuitas periódicas, em rede de rádio e televisão, pelos partidos políticos, de suas promoções de congressos ou sessões públicas para difusão de seus programas. Por exemplo, agora não são mais permitidas essas transmissões nos anos de eleições gerais e municipais, nos 180 dias que antecedam o pleito até 45 dias depois dele, e, além disso, nesses anos, o tempo para as transmissões não será mais de 60, mas de 30 minutos apenas.

6.2.2 AS LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS NA PROPAGANDA ELEITORAL

A adoção das eleições livres, com voto facultativo ou obrigatório, como um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito faz com que os partidos políticos e os candidatos a cargos eletivos do Poder Executivo ou do Legislativo, tenham na propaganda política o meio mais eficiente de veicular seus programas e idéias, suas metas e propostas, suas plataformas e compromissos.

No entanto, se por um lado é cediço que a proibição integral do exercício da propaganda eleitoral ou partidária infringiria o próprio princípio da liberdade de expressão²¹⁰ — com comprometimento do conjunto de direitos que fomentam o exercício da cidadania — é igualmente evidente que o atingimento dos objetivos dessa propaganda num regime democrático só é possível se submetido a um controle de polícia do Estado, mormente pela necessidade inafastável de defesa da própria soberania, da manutenção da ordem pública, da moral e dos bons costumes; o controle do abuso do poder econômico, político e do poder de autoridade nas mais amplas acepções, a defesa dos direitos e a imposição dos deveres, individuais e coletivos, previstos na Constituição Federal, bem como a defesa dos princípios fundamentais da forma e do sistema de governo.²¹¹

A regulamentação rigorosa da propaganda é imprescindível para permitir um tratamento igual para todos os candidatos. É o meio ético de assegurar a escolha dos candidatos, de acordo com o livre convencimento de cada eleitor.

Esse controle, todavia, jamais poderá se afastar dos estreitos limites em que a lei lhe permite²¹², pois, por ser forma de disciplina do exercício de um direito

²¹⁰ O artigo 298 do Código Eleitoral consubstancia proteção à liberdade de propaganda, dizendo: “Ninguém poderá impedir a propaganda eleitoral, nem inutilizar, alterar ou perturbar meios lícitos nela empregados”. A inobservância desse dispositivo constitui ilícito penal, capitulável conforme o caso, no Código Eleitoral, numa dessas hipóteses: “Art. 331. Inutilizar, alterar ou perturbar meio de propaganda devidamente empregado. Pena - Detenção até seis meses ou pagamento de noventa a cento e vinte dias-multa.” “Art. 332 - Impedir o exercício da propaganda: Pena - Detenção até seis meses e pagamento de trinta a sessenta dias-multa.”

²¹¹ Joel José CÂNDIDO, p. 131.

²¹² Informada, segundo Joel José CÂNDIDO, pelos seguintes princípios: “1º) O primeiro, ao qual se vinculam todos os demais, é o Princípio da legalidade, plenamente em vigor em nosso sistema eleitoral, e que consiste na afirmação de que a lei federal regula a propaganda, estando o ordenamento composto por regras cogentes, de ordem pública, indisponíveis e de incidência e acatamento *erga omnes*; 2º) Princípio da Liberdade - é o livre direito à propaganda, na forma do que dispuser a lei; 3º) Princípio da responsabilidade - toda propaganda é de responsabilidade dos Partidos

fundamental (o de liberdade de expressão), deve sempre ser veiculado por lei, como é o caso, por exemplo, do artigo 243 do Código Eleitoral que, num rol meramente indicativo, aponta hipóteses em que a propaganda, por comprometer a ordem pública, não pode ser tolerada. Da mesma forma o artigo 220, § 1º, da Constituição Federal, quando aponta que a liberdade de expressão deve ser exercida também com observância do disposto no art. 5º, inciso X, quanto à inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas. E, por fim, sobre a produção e programação das emissoras de rádio e televisão, estabelece ainda o art. 221, inciso IV, da Constituição Federal, o princípio do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. São todas limitações atinentes ao conteúdo da propaganda eleitoral, havendo também, como adiante se demonstrará, as relativas aos meios e aos períodos de exercício da propaganda eleitoral e partidária.

É evidente que a crítica dirigida à Administração governamental e à atuação de candidato como homem público não somente é legal mas também salutar para a vida democrática. Não se deve, contudo, confundí-la com ofensas à honra pessoal de candidatos, caracterizando injúria, difamação ou calúnia.²¹³ Nestes casos, a Justiça Eleitoral deve exercer o poder de polícia que lhe é inerente em benefício da ordem pública²¹⁴, permitindo, se for o caso, a utilização do direito de resposta.

Essa tarefa de controle da propaganda eleitoral compete unicamente ao Poder Judiciário que, devidamente instado pelo Ministério Público Eleitoral, por

Políticos, solidários com os candidatos e adeptos pelos abusos e excessos que cometerem; 4º) Princípio Igualitário - todos, com igualdade de oportunidades, têm direito à propaganda, paga ou gratuita; 5º) Princípio da Disponibilidade - decorrente do Princípio da Liberdade da Propaganda, significa que os Partidos Políticos, candidatos e adeptos podem dispor da propaganda lícita, garantida e estimulada pelo Estado, já que a lei pune com sanções penais a propaganda criminosa e pune a propaganda irregular com sanções administrativas-eleitorais, precipuamente. 6º) Princípio do Controle Judicial da Propaganda - consiste na máxima segundo a qual à Justiça Eleitoral, exclusivamente, incumbe a aplicação das regras jurídicas sobre a propaganda e, inclusive, o exercício de seu Poder de Polícia. (Op. cit. p. 132).

²¹³ Nesse sentido, parece-nos equivocado o entendimento do Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso do Sul, quando decidiu: "O indivíduo quando entregue a uma campanha eleitoral e pedindo a representação popular, não pode entender como ofensa à sua pessoa, comentários sobre fatos devidamente publicados por órgãos de imprensa e referidos por terceiras pessoas. Tais circunstâncias demonstram a posição em que se encontram os candidatos e não se trata de indivíduos com privacidade a serem defendidos. Pelo contrário, trata-se de cidadãos que colocam suas vidas ao exame dos eleitores" (Des. Luiz Carlos Santini - TRE/MS nº 3/148).

²¹⁴ Código Eleitoral, art. 249. Res. TSE nº 16.402/90, art. 14.

candidatos e Partidos Políticos, tem o dever de apurar os abusos cometidos no exercício da propaganda, coibindo condutas que possam oferecer riscos para a manutenção da ordem pública e dos direitos individuais. É o exercício do *police power* reconhecido unicamente ao Poder Judiciário

Em se apresentando o constrangimento à propaganda, tornar-se-á cabível a utilização da devida proteção judicial para remover o óbice ilegal, acaso existente, independente da instauração da ação penal de caráter público.

Cuidou a lei de consignar ressalva quanto ao exercício normal do poder de polícia, a ser exercido em benefício da ordem pública.

Uma vez apurado o abuso no exercício da propaganda²¹⁵, não mais se estará a cogitar da propaganda tutelada pela ordem jurídica, mas de manifestação que merece pronta reprimenda.

Essas restrições aos abusos na propaganda eleitoral, têm natureza de limitação administrativa, pois limitam o exercício de direitos individuais como meio de salvaguarda do interesse público.

O direito à liberdade do exercício de propaganda, como uma das manifestações do direito à liberdade de expressão, como ocorre, aliás, com todas as liberdades, suscita a necessidade de estabelecer até que ponto a sua manifestação não constitui lesão da esfera jurídica de outrem. Trata-se, em verdade, de estabelecer a

²¹⁵ Rol exemplificativo das restrições ao exercício da propaganda eleitoral encontra-se no artigo 243 do Código Eleitoral, que prevê: “Não será tolerada propaganda: I - de guerra, de processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classes; II - que provoque animosidade entre as forças armadas ou contra elas, ou delas contra as classes e instituições civis; III - de incitamento de atentado contra pessoa ou bens; V - que implique em oferecimento, promessa ou solicitação de dinheiro, dádiva, rifa, sorteio ou vantagem de qualquer natureza; VI - que perturbe o sossego público, com algazarra ou abuso de instrumentos sonoros ou sinais acústicos; VII - por meio de impressos ou de objeto que pessoa inexperiente ou rústica possa confundir com moeda; VIII - que prejudique a higiene e a estética urbana ou contravenha posturas municipais ou a outra qualquer restrição de direito; IX - que caluniar, difamar ou injuriar quaisquer pessoa, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública.

§ 1º - O ofendido por calúnia, difamação ou injúria, sem prejuízo e independentemente da ação penal competente poderá demandar, no Juízo Cível, a reparação do dano moral, respondendo por este o ofensor e, solidariamente, o Partido Político deste, quando responsável por ação ou omissão, e quem quer que favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para ele. 2º - No que couber, aplicar-se-ão na reparação do dano moral, referido no parágrafo anterior dos artigos 81 a 88 da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962.

§ 3º - É assegurado o direito de resposta a quem for injuriado, difamado ou caluniado através da imprensa, rádio, televisão, alto falante, aplicando-se, no que couber, os artigos 90 e 96, da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962”.

medida concreta em que as exigências da vida em sociedade, através do Estado, permitem o exercício legítimo da liberdade individual.²¹⁶

A consagração do poder de polícia em matéria eleitoral volta-se a evitar conflito entre antagonistas políticos, distúrbios em vias públicas, paralisações de tráfego pela organização súbita de passeatas, convergência de adversários políticos para realização de comícios e outros atos em recintos abertos. Por isso mesmo todos esses atos ficam a depender do controle da autoridade policial, para o devido resguardo da ordem pública.

Esse controle é exercido pelo Poder Judiciário com apoio da força policial estadual ou federal, conforme o caso, às quais cabe, por exemplo, reservar local apropriado para a realização de comícios e outros atos públicos de propaganda. Se esse local já estiver predeterminado para habitual efetivação desses atos, o órgão responsável do partido político interessado deverá fazer a comunicação ao setor policial competente, com a antecedência mínima de 24 horas antes de sua realização.

Todavia, se ainda não houver de antemão sido fixado local para essa finalidade, ou se o que for estabelecido se afigurar ocasionalmente inconveniente, deverá ser pleiteada a designação de um outro, com a antecipação de setenta e duas horas.

Esse controle exercido pela autoridade policial jamais poderá assumir o caráter de autorização para o exercício da propaganda política, pois tal enfoque caracterizaria franco condicionamento ao exercício de um direito fundamental.²¹⁷ O

²¹⁶ ALESSI, p. 452.

²¹⁷ É o que prevê o artigo 245, do Código Eleitoral: “A realização de qualquer ato de propaganda partidária ou eleitoral em recinto aberto, não depende de licença da polícia. § 1º - Quando o ato de propaganda tiver de realizar-se em lugar designado para a celebração de comício, na forma do disposto no artigo 3º da Lei nº 1.207, de 25 de outubro de 1950, deverá ser feita comunicação à autoridade policial, pelo menos quatro horas antes de sua realização. § 2º. Não havendo local anteriormente fixado para celebração de comício, ou sendo impossível ou difícil nele realizar-se o ato de propaganda eleitoral, ou havendo pedido de designação de outro local, a comunicação a que se refere o parágrafo anterior será feita, no mínimo, com antecedência de 72 (setenta e duas) horas, devendo a autoridade policial, em qualquer desses casos, nas 24 (vinte e quatro) horas seguintes, designar local amplo e de fácil acesso, de modo que não impossibilite ou frustre a reunião”.

Igualmente, ficou assegurado aos partidos políticos, independente de prévia autorização de qualquer órgão público e de pagamento de qualquer forma de contribuição, a posição externa de sua própria denominação, de modo que lhes parecer mais conveniente e fazer funcionar serviço de alto-falante, fixo ou móvel, nos três meses anteriores ao pleito, no horário de 14:00 às 22:00 horas, nos termos do art. 244, do Código Eleitoral: “É assegurado aos partidos políticos

que se pretende é apenas a harmonização do uso de locais destinados à prática de comícios e outras manifestações coletivas de fins eleitorais, para preservação da segurança dos próprios participantes. A comunicação para reserva de local evita a convergência simultânea de mais de uma corrente política para idêntico logradouro em mesma hora, com evidente risco de perturbação da segurança coletiva.

À Justiça Eleitoral resta competência exclusiva para conhecer das reclamações que se interponham quanto à localização do comício e sobre a distribuição eqüitativa entre os partidos, aplicando a solução que se afigure consentânea para o normal exercício da propaganda. Dando provimento à reclamação cabe à Justiça Eleitoral, diretamente, estabelecer o horário e o local para a realização do ato reclamado, com notificação à autoridade policial para o devido acatamento e prestação da garantia que se lhe impõe.

Assinale-se que, em matéria eleitoral, não se reserva ao Poder Judiciário apenas a função de solução de litígios, mas também a administrativa, exercida na regulamentação das leis e do Código eleitorais através de Resoluções, e a consultiva (verificada com exclusividade na Justiça Eleitoral), ante a possibilidade de formulação de consultas aos tribunais sobre matéria eleitoral.

Assim como ocorre com a categoria principiológica da liberdade de informação, também o princípio da liberdade de expressão, no qual lança raízes o direito ao exercício da propaganda política, não se encontra sujeito à censura prévia, expressamente vedada na legislação eleitoral brasileira que, assim, passou a adotar o regime de responsabilização posterior ao exercício da propaganda, descartando qualquer condicionamento anterior de conteúdo.²¹⁸

registrados o direito de, independentemente de licença da autoridade pública e de pagamento de qualquer contribuição: I - fazer inscrever, na fachada de suas sedes e dependências, o nome que os designe, pela melhor forma que lhes parecer; II - instalar e fazer funcionar, normalmente, das catorze às vinte e duas horas, nos três meses que antecederam às eleições, alto-falantes, ou amplificadores de voz, nos locais preferidos, assim como em veículos seus, ou à sua disposição, em território nacional, com observância da legislação comum”.

²¹⁸ É o que dita o artigo 253 do Código Eleitoral: “Não depende de censura prévia a propaganda partidária ou eleitoral feita através de radio ou televisão, respondendo o partido e o seu representante, solidariamente, pelos excessos cometidos”.

Evita-se, de forma bastante categórica, o amordaçamento da liberdade de manifestação de pensamento contra representantes dos partidos devidamente credenciados, candidatos ou não.

Essa exclusão da censura prévia é elemento essencial à autenticidade do processo democrático, permitindo a livre circulação de idéias e o confronto de opiniões, pois descarta a interferência de qualquer autoridade no exame antecipado do conteúdo de pronunciamentos das pessoas designadas pelos partidos para seus programas políticos. Se excesso houver, suportarão os dirigentes partidários e os seus representantes as sanções que se façam aplicáveis, civis (solidariamente) e penais (na medida em que ficar apurada a participação pessoal de cada qual).

A sistemática adotada na legislação eleitoral brasileira poderia figurar nessa posição intermediária, em que está repudiada a censura prévia, ficando o Estado aparelhado, por intermédio do órgão judiciário, para defender, prontamente, o império da lei, contendo o abuso no exercício da propaganda, nos limites em que este for detectado, sob pena de desvirtuamento do próprio direito à liberdade de expressão que, como leciona CLÁUDIO PACHECO, “ deve ser sempre construtiva, ética, situando-se em compasso com a sua finalidade de legítima expansão espiritual da pessoa humana, logo dentro do limite de respeito à dignidade e à integridade psíquica das outras pessoas e dos requisitos da convivência pacífica no seio da comunidade política. Não lhe cabe ser destrutiva, turbulenta, difamatória ou subversiva”²¹⁹.

A efetividade das limitações administrativas conformadoras do exercício da propaganda eleitoral, até mesmo por força da autonomia científica desse ramo do Direito, independe da prévia caracterização de um ilícito civil ou penal. As limitações são aplicáveis por si e em si, independentemente da atitude que o Ministério Público vá adotar em relação a eventual ilícito penal, ou a qualquer forma de indenização que o ofendido venha a postular civilmente.

²¹⁹ PACHECO, Cláudio. *Tratado das constituições brasileiras*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1965. v. 10, p. 99.

Esse atrelamento das limitações administrativas à caracterização de um ilícito civil ou penal, *data venia*, tornaria letra morta toda a legislação penal repressiva.

O raciocínio *a contrario sensu* é que tem procedência, ou seja, se determinado abuso, caracterizado como ilícito civil ou penal, não constar do rol exemplificativo trazido pela legislação eleitoral, mesmo assim é dado à Justiça Eleitoral reprimi-lo, sem receio de fazê-lo com abuso de poder, e isso por dois motivos:

- 1) a tipificação de condutas operada pela legislação penal traça o núcleo moral mínimo, sem abrir espaço para que condutas caracterizadas como ilícitos penais possam ser consideradas lícitas em outros ramos do Direito;
- 2) as limitações administrativas, a par de buscarem fundamento na principiologia que as informa, também lançam raízes na legislação em geral, impondo-se, até mesmo em apreço à coerência do sistema jurídico, a admissão de determinado ilícito civil como conduta merecedora de reprimenda também em sede de regulamentação da propaganda eleitoral.

6.2.2.1 AS LIMITAÇÕES DOS MEIOS DE VEICULAÇÃO DA PROPAGANDA PARTIDÁRIA E ELEITORAL

Se a legislação eleitoral prevê, em rol sempre exemplificativo, as condutas abusivas no exercício da propaganda eleitoral, também prevê, em cumprimento tão-somente ao caráter informativo da legislação (pois as condutas lícitas seriam perfeitamente caracterizáveis no excepcionamento do rol das ilícitas - já que ao particular é dado fazer tudo o que a lei não proíbe) os atos de propaganda legalmente admitidos, de que são exemplos os seguintes, extraídos do Código Eleitoral brasileiro:

- 1) inscrever, nas fachadas dos prédios do partido, ou de particulares, desde que autorizado, os nomes dos candidatos ou siglas, com livre chamamento de voto.
- 2) usar alto falantes e amplificadores, das 14 às 22 horas, nos três meses antes do pleito, nesses mesmos locais, ou em veículos à sua disposição, também para veiculação de chamamentos e mensagens eleitorais. Proibição ou restrição: lei criminal comum, de posturas e art. 244, parágrafo único, do Código Eleitoral.
- 3) participar, em rádio ou televisão, de debates, entrevistas, noticiários e comentários, entre si ou com convidados.
- 4) publicar fotos do candidato, manifestos, declarações e entrevistas, isoladas ou com outros candidatos e convidados.
- 5) realizar comícios, passeatas, carreatas, reuniões, confraternizações e participações em solenidades partidárias ou sociais. Distribuição pessoal ou por adeptos, de impressos, santinhos, folhetos, currículos, propostas e plataformas eleitorais, inclusive por mala direta.
- 6) divulgação de pesquisas de opinião pública, prévias e testes pré-eleitorais. O Tribunal Superior Eleitoral, por resolução, nas eleições de 1990, dispôs sobre o assunto, obrigando as entidades ou empresas que realizassem prévias, pesquisas ou testes pré-eleitorais a colocar à disposição dos partidos políticos e coligações os resultados obtidos, bem como informações sobre métodos utilizados e fontes financiadoras dos respectivos trabalhos. Exigiu ainda, dos responsáveis pela realização das pesquisas, providências eficazes para a garantia da idoneidade, rigor metodológico, lisura e veracidade das mesmas, sob as penas cominadas no art. 354 do Código Eleitoral.

- 7) colocar faixas, cartazes, *outdoors*, bandeiras, estandartes e outras formas de chamamento, colocados em quadros ou painéis, previamente indicados pelas Prefeituras Municipais, sob o controle da Justiça Eleitoral, com a participação do Ministério Público (CE, art. 246 e 256).

É ilícita a utilização de horário pago em rádio e televisão para veiculação de propaganda eleitoral ou partidária. Nesses casos, a teor do artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90, haveria “a utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de Partido Político”. E a única propaganda eleitoral no rádio e televisão permitida por lei é a do horário gratuito.²²⁰

Outra restrição, que não deve ser interpretada como impedimento ao exercício da profissão aos profissionais de rádio e televisão (que podem continuar a exercer atividades próprias de sua profissão, desde que não caracterizem violação da legislação eleitoral) é o afastamento da apresentação de programas de rádio e televisão dos candidatos a cargos eletivos, já registrados, apenas durante o período destinado à realização da propaganda eleitoral gratuita. Quanto a essa restrição, o art. 1º, II, c, da Lei Complementar nº 64/90, vetado pelo Presidente da República, incluía tais profissionais entre os casos de inelegibilidades, o que se constituiria em discriminação flagrantemente inconstitucional.

Na decisão da qual resultou a Resolução nº 12.384, de 22 de outubro de 1985, o Tribunal Superior Eleitoral, atentando para o risco de quebra da igualdade de oportunidades no exercício da propaganda eleitoral, decidiu em voto do Relator, Ministro Carlos VELLOSO:

Permitir que candidatos concedam entrevistas, individualmente, às emissoras de rádio e de televisão, seria afrontar o princípio da igualdade que a lei institui em favor dos candidatos, assim impedindo que uns tenham maior acesso aos meios de comunicação, em detrimento de outros. Seria fácil para uns, e mais difícil para outros, ter acesso aos rádio e à televisão, não se descartando evidentemente, a possibilidade da intervenção do poder econômico, custeando programas de entrevistas para um ou outro candidato, o que seria desastroso para a ordem jurídico-eleitoral.

²²⁰ Lei nº 6.091/74, art. 12; Res. TSE nº 16.402/90, arts. 1º, §§ 1º e 4º, e 21.

Outra questão de grande importância para preservação da isonomia na concorrência eleitoral é a que respeita à chamada propaganda institucional do Governo, realizada para a divulgação de obras e realizações nos períodos de mandatos dos cargos do Poder Executivo. Até para manutenção da transparência da condução da máquina administrativa, não há ilegalidade nesse tipo de propaganda, desde que não fique caracterizada a exaltação de candidatos ou partidos²²¹. Se por um lado, é evidente que todo ocupante da mandato executivo tem vinculação a algum partido político, por outro, não há como se vedar a contratação de empresas jornalísticas e de radiodifusão, pois tal ato caracterizaria censura prévia vedada pela Constituição (CF, art. 5º, IX, e 220, § 2º). O que se deve coibir são sempre os abusos no exercício do direito de expressão, e não o próprio direito de expressão enquanto direito fundamental da pessoa humana. Esse é, em suma, o campo de exercício do poder de polícia do Judiciário na propaganda eleitoral.

Ao permitir que partidos políticos participem do capital de empresas jornalísticas e de radiodifusão a Constituição Federal (art. 222, § 1º) abriu uma oportunidade de abusos ao exercício da propaganda eleitoral, que deve merecer especial atenção da Justiça Especializada, pois é de estrondosa obviedade que o partido apenas integrará o capital social de determinado meio de comunicação, para utilizá-lo, o máximo possível, em proveito de suas intenções eleitorais.

6.2.2.2 AS LIMITAÇÕES TEMPORAIS DA PROPAGANDA ELEITORAL

As limitações administrativas em matéria de propaganda eleitoral não se dirigem apenas ao conteúdo e aos meios de exercício da propaganda, mas também à época em que pode haver propaganda eleitoral e propaganda partidária.

A própria conceituação do que vem a ser propaganda partidária e propaganda eleitoral — com repercussões no próprio fundamento do direito de resposta, como adiante se verá — tem por ponto de partida o período inicial da

²²¹ Resolução. TSE nº 16.402/90, artigo 30, inspirada no artigo 251 do Código Eleitoral.

propaganda no processo eleitoral. No art. 240 do Código Eleitoral se vê que ela passa a ser permitida “após a respectiva escolha pela convenção”, como ato preparatório do processo eleitoral, portanto. Apenas a partir da convenção, isto é, apenas a partir da escolha dos candidatos do partido, que será permitida a propaganda partidária.

Realizada a convenção, adquire o candidato, a partir do encerramento da ata da convenção, bem como seu partido, o direito de, a partir de então, exercitar a propaganda eleitoral, não dependendo para tanto da homologação judicial de sua escolha. Tenha-se claro, contudo, que a não homologação judicial que seja fundamentada em vício formal do procedimento de escolha, capaz de ensejar-lhe a nulidade, retirará do propagandista a própria qualidade de candidato, tolhendo-lhe o direito de continuar em campanha.

A lei não chegou à minúcia de fixar o fim do período da propaganda eleitoral, pois ninguém desconhece que este se encerra com o fechar das urnas, no encerramento da votação.

Ressalve-se que o período de 48 horas antes a 24 horas após a eleição, traçado pelo artigo 240 do CE, restringe, apenas, algumas formas de propaganda, mas não veda de todo o exercício da propaganda até o fechar das urnas, pois limita apenas algumas formas de propaganda, tal como a realizada mediante radiodifusão, televisão, comícios ou reuniões públicas.

Por ser regra limitativa do exercício de um direito fundamental, o artigo 240 do CE comporta interpretação restritiva, vale dizer, são proibidas apenas as formas de propaganda que se encontram especificamente nele previstas, sendo permitidas todas as demais.

O que se veda nesse dispositivo são formas de propaganda que, por se destinarem ao grande público, a massa de eleitores, encerra maior probabilidade de gerar desordens e perturbações, clima impróprio e perigoso para se abrir urnas e contar votos.

A propaganda direta ao eleitor, nesse período e nos locais de votação (boca de urna)²²², desde que não perturbe a ordem, a paz e a moralidade públicas, são perfeitamente permitidas.

A não observância das limitações impostas ao exercício da propaganda eleitoral ou partidária dará lugar a sanções administrativas (decorrentes do próprio poder de polícia que se reconhece ao Poder Judiciário na condução das eleições), civis²²³ ou penais, previstas principalmente²²⁴ nos artigos 322 a 337 do Código Eleitoral.

A regulamentação da propaganda eleitoral é instrumentalizada por uma série de medidas processuais, que podem ir desde as Reclamações ou Representações, apresentadas ao juízo competente, até uma variada gama de ações tais como o *habeas corpus*, o mandado de segurança e o mandado de injunção e as ações penais em geral.

A organização judiciária brasileira concebeu a Justiça Eleitoral como competente para conhecer e julgar matéria relativa à propaganda eleitoral, em qualquer instância de seus órgãos, seja o processo de jurisdição voluntária ou contenciosa, sendo digna de ressaltar a importância da função do Ministério Público no controle da propaganda eleitoral, frisado por Meton VIEIRA FILHO quando afirma que:

²²² A Res. nº 13.399, de 13.11.86 do TSE, Rel. Min. Roberto Rosas, fixou em 100 metros do local de votação o perímetro dentro do qual é vedada a propaganda de boca de urna. A Resolução inspirou-se em analogia ao que contém a regra do art. 141 do Código Eleitoral, pois se a força armada que vem para garantir o pleito deve ficar postada a menos de cem metros da seção eleitoral, e há razões para isso, com muito mais razão os sectários das agremiações políticas deverão observar essa distância. Fora desse perímetro, é lícito esse tipo de propaganda, respeitados os ditames da lei comum, e nenhuma censura estará a merecer

²²³ “a) cassação do registro do candidato (art. 93, § 2º, da LOPP; art. 34 do CE); b) ineficácia contratual de candidatos o partidos com empresas que possam burlar ou tornar inexecutáveis qualquer dispositivo do Código Eleitoral ou instruções baixadas pelo Tribunal Superior Eleitoral (art. 251); c) responsabilidade civil dos dirigentes de partidos e comitês por quaisquer irregularidades (art. 93, II e 2º, da LOPP); d) anulabilidade da votação (art. 222 do CE); e) solidariedade dos partidos na responsabilidade imputada aos candidatos e adeptos pelos abusos que cometerem (arts. 241 e 243, § 1º, do CE); f) inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 3 (três) anos subsequentes à eleição em que se verificou o ato, além da cassação do registro do candidato (LC nº 64/90, art. 22, XIV)”.

²²⁴ No art. 243 e seus incisos, do Código Eleitoral, guarda hipóteses que podem se tipificar com regras da lei nº 7.170, de 14.12.83 ou da Lei das Contravenções Penais, do Código Penal ou do próprio Código Eleitoral. Nos §§ 1º e 3º desse artigo, temos, além da ação penal, a possibilidade de reparação civil do dano moral e o direito de resposta como sanções à propaganda criminosa, cumulativamente. Nessas sanções, poderá incidir, subsidiariamente, o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117, de 27.08.62, com a redação que lhe deu o Decreto-Lei nº 236, de 28.02.67). É interessante observar que toda e qualquer condenação definitiva por crime eleitoral enseja, também, a inelegibilidade do autor pelo prazo de 3 anos, após o cumprimento da pena, na forma do art. 1º, I, e, da Lei Complementar nº 064, de 18.05.90.

As atribuições do Ministério Público, neste setor, ao contrário do que se poderia imaginar, ante a observação do clássico desempenho do órgão, não se exaure na lei eleitoral, onde praticamente não aparece. Mas, ao contrário do que isto possa parecer, à primeira vista, onde mais presto e desenvolto age o Ministério Público, é em matéria eleitoral. Com efeito, se alguém, em detalhado e minucioso ordenamento legal, recebe cem ou mais atribuições funcionais, por mais que sejam, seus poderes se esgotam no ponto em que tais atribuições se completam. Mas, ao contrário, se alguém recebe poderes para agir, sem que tais venham a ser delimitados, em seqüencial listagem, seus poderes serão tantos quanto necessários se fizerem.²²⁵

²²⁵ VIEIRA FILHO, Meton. Propaganda eleitoral. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*, Fortaleza, p. 28, 1989.

7 O ABUSO DO DIREITO DE EXPRESSÃO

O aprimoramento incessante das técnicas de escuta e visualização a longa distância, potencializadas pelo avanço da informática, permitem aos mais variados meios de comunicação invadir, sem obstáculos, o espaço reservado à intimidade pessoal, trazendo a público detalhes que deveriam permanecer sob o manto da privacidade. Some-se a isso o papel cada vez mais agressivo da imprensa na investigação da vida particular de políticos e demais freqüentadores da *media*, como forma de fortalecer-se na concorrência dos meios de comunicação, ou como meio de persuadir, sem apelo racional, mas através das mais apuradas técnicas de propaganda, um público que é cada vez maior.

Essas circunstâncias, renovadas a cada dia, ainda ganham maior relevo em época eleitoral, quando então o rebaixamento moral da propaganda eleitoral, que passa a se resumir a ataques pessoais, serve de alavanca nas pesquisas de perspectiva de voto.

Não é difícil, a partir da realidade assim desenhada, fazer idéia da freqüência com que se avolumam as afrontas aos direitos individuais, advindas do exercício de um direito fundamental à preservação da vida democrática: o direito de expressão, como categoria abrangente do direito de expressão de idéias e do direito de informação²²⁶.

Já observou a Suprema Corte de Justiça Argentina que, “embora se deva evitar a obstrução da imprensa livre e suas funções essenciais, não se pode considerar com isso que a exigência de seu exercício resulte incompatível com o resguardo da

²²⁶ Para Jean PRADEL, a afirmação dos direitos da imprensa deve ser conciliada com o respeito à vida privada, mediante a incriminação de certas condutas realizada com aparelhos sofisticados cujas informações serão, em seguida, publicadas.

dignidade individual dos cidadãos”²²⁷. Em linha idêntica à que seguiu o Tribunal norte-americano do estado da Geórgia, quando decidiu

Os que têm garantido o direito de expressão, oral, escrita e de imprensa, não devem abusar de tal direito. Nem aquele que detém o direito à intimidade deve abusar dele. A lei não permitirá o abuso nem de um nem de outro. A liberdade de expressão e de imprensa tem sido um instrumento útil para manter o indivíduo dentro dos limites de sua conduta legal, decente e adequada. E o direito à intimidade pode ser utilizado convenientemente dentro de seus limites para manter os que falam, escrevem e editam dentro dos limites legítimos das garantias constitucionais de tais direitos. Pode-se usar de um deles para moderar o outro; mas nenhum dos dois pode ser legalmente usado para destruir o outro.²²⁸

Também a 2ª Sala do Tribunal Supremo espanhol decidiu, em 3 de maio de 1986, que “o direito à livre expressão de idéias e opiniões, com seus matizes (exercício do direito de comunicar livremente a informação, liberdade de crítica política e liberdade de difusão ideológica), tem seu limite nos direitos constitucionalmente reconhecidos, especialmente no direito à honra e, com expressividade, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a que se remete ao artigo 10.2 da Constituição Espanhola, no sentido amplo expressado, a deveres e responsabilidades especiais, ‘para assegurar o respeito aos direito e reputação dos demais’; trata-se, em definitivo, de um problema de limites ou de harmonização de liberdades e direitos ...”²²⁹.

O próprio Constituinte brasileiro de 1988 foi clarividente ao prever que “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. É dizer: o direito de comunicação será tutelado desde não viole, a par de outros direitos fundamentais, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (inciso X).²³⁰

²²⁷ C.S.N. Campillay, Julio, c. La Razón. 15 de maio de 1986.

²²⁸ Prosser. Law of torts. p. 383. apud COSTA JÚNIOR, p. 70.

²²⁹ RUIZ VADILLO, p. 233.

²³⁰ O substitutivo à nova Lei de Imprensa, apresentado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara pelo deputado Vilmar Rocha, em 30 de abril de 1997, adota o entendimento de que “os conflitos entre a liberdade de

Embora a previsão constitucional diga respeito apenas à atividade de imprensa, no exercício do direito à informação, a coerência do sistema de tutela dos direitos fundamentais está a pedir idêntica disciplina ao direito de expressão, em sua generalidade, pois não seria coerente que o exercício do direito de expressão, se considerado como direito de expressão de idéias, por exemplo, pudesse ofender a honra pessoal, ao passo que, se considerado como direito à informação, esbarrasse nesse dispositivo constitucional.

A disciplina do artigo 220, § 1º, da Constituição brasileira, portanto, está a enformar o direito de expressão como um todo, e não apenas enquanto direito de informação que fundamenta a liberdade de imprensa.

Não se conclua, contudo, que direito de livre expressão e direito à dignidade são contrapostos, sob pena de se comprometer a idéia de harmonia que deve permear a própria noção de sistema de direitos fundamentais, já que a massa das normas jurídicas não é um conjunto desordenado de preceitos avulsos, desprovidos de conexão uns com os outros²³¹. Tais direitos são, em verdade, harmonicamente complementares. Ao invés de limitar a liberdade de expressão, a intimidade, a honra e todos os demais direitos englobados na noção de dignidade humana traçam os contornos em aquele direito pode ser legitimamente exercido. Como leciona Guido ZANOBINI: “a idéia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado”²³².

O posicionamento dos limites à esfera de liberdade individual não constitui, portanto, uma compressão, uma limitação em sentido próprio, do direito à liberdade, mas sim a definição do que são os limites necessários à esfera da liberdade tutelada, indispensável ao alcance de uma convivência social harmônica.²³³ É com a adoção dessa idéia que o direito de expressão tem sua moldura gizada pelos

informação e os direitos de personalidade, entre os relativos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, serão resolvidos em favor do interesse público visado pela informação” (artigo 26).

²³¹ Carlos Alberto da MOTA PINTO, *Teoria geral ...*, p. 81.

²³² ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Milão : Giuffrè Editore, 1968. v. 4, p. 12.

²³³ Renato ALESSI, p. 452.

outros direitos fundamentais que o limitam, e apenas dentro dessa moldura será direito.

Daí dizer PERRAUD-CHARMANTIER que atualmente, a natureza jurídica de cada direito não é absoluta, pois todo o direito tem o seu limite, uma vez que seu exercício se encontra necessariamente imobilizado num ponto dado, quando se defronta com o direito de outrem. Se os direitos são concorrentes, são também iguais.²³⁴

Em suma, nenhum direito tem uma formulação tão ampla a ponto de impedir que o direito de outros nele se complemente.

Desrespeitados esses direitos relativos à dignidade humana, a liberdade de expressão passa a ser utilizada não mais de forma legítima, mas abusivamente. De um direito juridicamente tutelado, passará a ser abuso de direito, merecedor de pronta repressão.

Fala-se assim em abuso de direito na linha em que o conceitua ANTUNES VARELLA, para quem este se mostra “sempre que o titular o exerce com manifesto excesso dos limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes, ou pelo fim econômico ou social desse direito. Não é necessária a consciência, por parte do agente, de se excederem os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito; basta que, objetivamente, se excedam tais limites”²³⁵. É necessária, em suma, “a existência de uma contradição entre o modo ou o fim com que o titular exerce o direito e o interesse ou interesses a que o poder nele consubstanciado se encontra adstrito”, levando CAMPION a afirmar que há abuso de direito quando aquele que o titulariza o usa de tal forma que a toda a vida em sociedade, ou a cada um individualmente, seria impossível utilizá-lo de forma idêntica.²³⁶

²³⁴ PERRAUD-CHARMANTIER, p. 343.

²³⁵ VARELLA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7 ed. Coimbra : Almedina, 1991. v. 1, p. 536.

²³⁶ CAMPION, L. (La théorie de l'abus des droits, p. 403), apud AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 1932. p. 36.

As situações de abuso de direito serão configuradas, portanto, sempre que se verificar o extrapolamento dos limites impostos a esse direito pelos demais direitos sistemicamente considerados.

Esse choque do exercício do direito com os contornos que lhe são precisados pelo sistema jurídico ocasiona o que se qualifica, com CANOTILHO, como colisão de direitos, ocorrida “quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”. Aqui não estamos perante um cruzamento ou acumulação de direito (como na concorrência de direitos), mas perante um “choque”, um autêntico conflito de direitos.²³⁷

Partindo da proposta metodológica de CANOTILHO conclui-se que o choque entre os direitos que informam a dignidade humana e o direito de expressão configura uma colisão de direitos entre vários titulares de direitos fundamentais, e não uma “colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado”²³⁸. Esta se verifica, por exemplo, nos tombamentos de imóveis, quando o resguardo da propriedade privada é suplantado pelo interesse cultural, impondo ao proprietário do bem tombado uma limitação ao seu tradicional direito de usar, fruir e dispor de seu bem (*ius fruendi, utendi et abutendi*).

A própria teoria do abuso de direito como vertente das colisões entre direitos faz ver que esses choques não ocorrem no âmbito da previsão legal, onde o conflito é meramente aparente, pois “o Direito nunca é duvidoso, a prova é que pode não oferecer uma conclusão”²³⁹. O conflito sempre se verifica no nível dos fatos.

²³⁷ CANOTILHO, p. 657.

²³⁸ *Ibid.*, p. 657.

²³⁹ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987. p. 59. Parte Geral.

Não é por outra razão que Antoine BARDESCO ressalta que as verdadeiras medidas dos direitos individuais apenas serão encontradas em função de seu fim econômico e social. Para cada direito, será necessário colocá-los na balança para identificar se seu exercício é legítimo ou abusivo.²⁴⁰

A identidade hierárquica de amparo normativo ao direito à dignidade e ao direito à informação, em caso de colisão, faz necessário adotar a idéia de interesse preponderante, mediante o sopesamento do interesse coletivo na informação, e o interesse individual representado pela honra e pelos demais direitos concorrentes à tutela de dignidade, como a intimidade pessoal e familiar e a própria imagem.²⁴¹

Além de ser ingênua a tentativa de prever, num sistema fechado de direitos fundamentais, todos os limites ao exercício de determinado direito — pois esbarraria em obstáculo idêntico ao da lei que pretende prever todas as nuances do comportamento humano, engessando sua aplicação até a exclusão, ao máximo, de qualquer esforço exegético — não há como negar a inutilidade desse esforço, pois, como assinala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, o problema de qualquer direito não é seu reconhecimento legal, mas sua “vivência efetiva”²⁴², pois

o problema dos direitos e liberdades é o problema de seus limites. A tradicional postura de afirmar a existência de limites naturais peca pela ingenuidade ou idealismo, já que se se trata de limites naturais, logicamente são admitidos por todos, logo o excesso é patológico; oferecem assim uma visão idealizada da sociedade, e legitimam o exercício do *jus puniendi* como direito repressivo e restritivo. De outra parte, o conhecido princípio “teu direito termina onde começa o dos demais” é, no fundo, vazio de conteúdo; é tanto como dizer: “meu direito começa onde acaba o teu”, o que também não soluciona nada.²⁴³

²⁴⁰ BARDESCO, Antoine. *L'abus du droit*. Paris : V. Giard & Brière, 1913. p. 288. RUIZ VADILLO (p. 225) reconhece a necessidade da análise jurisprudencial para, a partir de casos concretos, precisar a aplicação das normas penais que tutelam a honra frente ao exercício do direito de expressão, lecionando: “... ala norma jurídica positiva de caracter penal lo que viene a realizar es una tarea e fijación primero y de protección, despues, en relación con los limites a su ejercicio en los supuestos concretos ia judicial, en cuanto este sea abusivo e invada zonas que correspondem a la libertad de los demás”.

²⁴¹ RUIZ VADILLO, p. 229.

²⁴² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. Derecho al honor y libertad de expresión. In: LIBERTAD de expresión y derecho penal. Madrid : Edersa, 1985. p. 216.

²⁴³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, p. 216.

Se a colisão se origina nos fatos, sendo consenso a inutilidade da rigidez decorrente da limitação legal exacerbada, a solução, em suma, deve ser adotada à vista do sopesamento dos interesses em conflito. Os eventuais conflitos entre o direito à dignidade e o direito de livre expressão deverão resolver-se mediante a ponderação dos interesses em jogo. Quando o interesse à informação seja prioritário à proteção outorgada à intimidade, esta deve ceder em benefício do direito à informação. Nesses casos, deve ficar comprovado que no caso concreto, as circunstâncias em que se deu a intromissão na intimidade estavam a justificá-la.²⁴⁴

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional da Espanha, em 17 de julho de 1986, decidiu que no confronto entre o direito à honra e o direito à informação “é necessária uma ponderação casuística entre um e outro, cabendo aos órgãos judiciais realizar a interpretação mais favorável ao direito fundamental e a seus efeitos sobre as normas penais que o limitam”²⁴⁵.

Os direitos fundamentais, considerados direitos *prima facie* enquanto pertencentes apenas ao domínio normativo, passam a ser direitos definitivos apenas após a ponderação feita em face de circunstâncias concretas.²⁴⁶ “O *Tatbestand* (o domínio normativo) de um direito é também sempre, em primeiro lugar, um domínio potencial, só se tornando um domínio actual, depois da averiguação das condições concretamente existentes”²⁴⁷.

Exemplo maior desse sopesamento de direitos diante da concretude dos fatos é o colhido da jurisprudência norte-americana mediante o emprego da fórmula do *clear and present danger* que, por ser assim genérica, constitui-se num instrumento aplicável em todos os casos em que seja levantado o abuso do direito de expressão. Relembre-se o que foi afirmado pelo juiz Holmes no caso *Schenck v.*

²⁴⁴ Pilar GOMÉZ PAVÓN, p. 80.

²⁴⁵ RUIZ VADILLO, p. 235.

²⁴⁶ CANOTILHO, p. 695.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 660.

United States: “A mais severa proteção à liberdade de palavra não protegeria um homem, num teatro, de um alarme de falso fogo que viesse a causar pânico. Nem mesmo protege o homem de um mandado contra palavras pronunciadas que possam ter todos os efeitos de força...A questão, em cada caso, é se as palavras são usadas em tais circunstâncias e se são de tal natureza que criam um claro e iminente perigo sobre os males substantivos que o Congresso tem o direito de impedir. É uma questão de proximidade e de grau”.

A regra do *clear and present danger* é exemplo da conseqüência da aplicação da teoria do abuso do direito, pois é “nascida da observação dos casos concretos, fixando o que há de estável na sua variabilidade, para consubstanciar-se na lei, formando, por assim dizer, um direito-tipo, ao qual, em cada caso, procuram ajustar-se os direitos-hipóteses”²⁴⁸.

A sistematização dos direitos tem de construir-se com base na harmonização de direitos, e, em sendo necessária a prevalência de um bem em relação ao outro, a preponderância de um ou outro direito somente poderá ser afirmada em face de circunstâncias concretas.

O fato de a ponderação ocorrer frente às circunstâncias concretas não exclui a possibilidade de esse juízo ser estabelecido, não totalmente, mas em certa medida, a nível legislativo (à vista dos casos mais freqüentes), sem exclusão da

²⁴⁸ Jorge AMERICANO, p. 28. Conde-Pumpido FERREIRO (p. 253-254), neste sentido, fazendo uma resenha da legislação espanhola, traça lista exemplificativa das condutas que podem ser consideradas legítimas e das que podem ser tidas por ilegítimas, no choque entre direito à dignidade e direito de expressão. Seriam legítimas: “a) as autorizadas ou acordadas pela autoridade competente de acordo com a lei; b) quando exista um interesse histórico, científico ou cultural relevante que predomine sobre a intromissão; c) a reprodução ou publicação de imagens captadas durante um ato público ou em lugares abertos ao público; d) a captação, reprodução ou publicação, por qualquer meio, da imagem de pessoas que exerçam um cargo público ou uma profissão de notoriedade ou projeção pública; e) a utilização da caricatura de ditas pessoas, de acordo com o uso social; f) a informação gráfica sobre um acontecimento público, quando a imagem de uma pessoa apareça como meramente acessória”. Por outro lado, consideram-se ilegítimas as seguintes condutas: “a) a divulgação de fatos relativos à vida privada de uma pessoa ou família, que afetem sua reputação ou bom nome, assim como a revelação ou publicação do conteúdo de cartas, memórias ou outros escritos de caráter íntimo; b) a captação, reprodução ou publicação, por fotografia, filme ou qualquer outro procedimento, da imagem de uma pessoa em lugares ou momento de sua vida privada ou fora dela; c) a utilização do nome, da voz ou imagem de uma pessoa para fins publicitários, comerciais ou de natureza análoga; d) a divulgação de expressões ou fatos concernentes a uma pessoa quando a difame ou a desmereça perante a consideração alheia”.

função criadora da jurisprudência²⁴⁹, sob pena (i) de se pôr em risco a integridade do exercício desse direito individual; (ii) de se criar profunda instabilidade em sua regulamentação, retirando do cidadão o controle da repercussão jurídica (até mesmo por ausência de previsibilidade) de seu ato²⁵⁰.

Em suma, e voltando ao tema do presente trabalho, a solução do conflito aparentemente instaurado entre o direito à livre expressão e o direito à honra e à intimidade deve ser, sempre que possível, legislativa, sem destoar da lição da Antoine BARDESCO, segundo a qual o exercício do direito de expressão passa a ser abusivo quando o direito de expressar opiniões e fatos se transforma num ataque ao indivíduo (à sua honra, à sua intimidade), causando-lhe danos principalmente de ordem moral.²⁵¹

O livre fluxo da informação, dentro dos princípios informantes do Estado Democrático de Direito deve ocorrer à luz da concordância dos interesses em jogo, de forma que aquelas liberdades se façam compatíveis com os direitos fundamentais que amparam a dignidade das pessoas afetadas pela informação, e com a própria subsistência do Estado.²⁵²

Constatado o abuso do direito de expressão frente aos direitos que tutelam a dignidade humana, podem surgir ao responsável três conseqüências cumulativas: será penalmente processado, caso sua conduta perfaça algum tipo penal; poderá ser responsabilizado pela indenização ou compensação de eventual prejuízo patrimonial ou moral e terá de suportar a contradição do que expressara, mediante o exercício do direito de resposta pelo ofendido.

²⁴⁹ CANOTILHO, p. 661.

²⁵⁰ Nesse sentido, ao comentar substitutivo de sua autoria ao anteprojeto da nova lei brasileira de imprensa, assinala o Deputado Vilmar Rocha: "No momento em que a informação é um dos maiores bens de apreciação econômica e de significação social, é muito importante deixar presente que não existe supremacia da liberdade de imprensa sobre a honra dos cidadãos. É preciso que haja previsibilidade dos limites de veiculação da notícia. E não se pode esperar que os abusos sejam contidos apenas pela autoconsciência dos valores éticos que norteiam a atividade jornalística" (LIBERDADE de imprensa e cidadania. Folha de São Paulo, 8 maio 1997, p. 1-3. Tendências/Debates).

²⁵¹ BARDESCO, p. 111. Retirado do *arrêt* de 8 de maio de 1876 da Corte de Cassação francesa.

²⁵² Conde-Pumpido FERREIRO, p. 244.

Note-se, contudo, que o fato de o direito de resposta ser a reação a um abuso de direito não significa que seu próprio exercício não possa ser abusivo²⁵³, pois o será sempre que a resposta contenha uma passagem em que a intenção de ofender a outrem encontra-se devidamente provada, ou quando haja atentado contra o legítimo interesse de terceiros.²⁵⁴

²⁵³ Nesse particular, a jurisprudência da 2ª Sala do Tribunal Supremo da Espanha, em 10 de março de 1988, criou, como critério de decisão, a necessidade de distinção entre o *animus iniurandi* e o *animus defendendi*.

²⁵⁴ BARDESCO, p. 116.

PARTE IV
O DIREITO DE RESPOSTA

8 INTRODUÇÃO HISTÓRICA

8.1 A ORIGEM DO INSTITUTO

O instituto do direito de resposta, embora atualmente tenha aplicação em todas as formas de comunicação social, foi criado como figura própria da legislação regulamentadora da atividade de imprensa.

Em França, no primeiro quartel do século passado, quando a atividade de comunicação social passou a ganhar relevo em virtude de sua popularização, despertando as consciências na luta pela sua emancipação, coube ao jornalista J. Dulaure, deputado de Puy-de-Dôme, membro do Conselho dos Quintetos, a primeira iniciativa nesse sentido.

Na Assembléia 24 prarial (no mês do calendário republicano francês), ano VII, apresentou a sua proposta, conceituando direito de resposta como: "... uma obrigação à qual se encontram adstritos os redatores de jornais, que é a de forçar a inserção da resposta de todo cidadão que se sinta ofendido por um artigo publicado em seu jornal. Esta proposição, é evidente, não atenta contra a liberdade de imprensa, mas a regulariza"²⁵⁵.

O direito de resposta outorgado ao ofendido em jornal ou periódico, não constitui, propriamente, uma restrição à liberdade de imprensa e sim um contorno dessa liberdade. O seu fundamento ético está em que toda lesão de um bem jurídico exige uma reparação. Para reparar uma ofensa veiculada em jornal ou periódico, nada mais rápido e eficiente do que a resposta.

²⁵⁵ "Il est une obligation à laquelle astreint les redacteurs des journaux, c'est de les forcer à insérer la réponse de tout citoyen qui aura à se plaindre d'un article publié dans le journal. Cette proposition est évidente, elle n'attente en rien à la liberté de la presse, mais la regularise." BARDESCO, p. 428.

Como observa PINCHERLI,

Não é só de interesse individual, mas também geral, o impedir o transviamento da opinião pública, mediante a exposição de fatos falsos ou erroneamente interpretados e porque aquele que se vê injustamente, e de um modo vil, atacado e maltratado num jornal, não ficará sempre colocado na dura alternativa de tragar a ofensa, ou invocar o braço da justiça, ou provocar o adversário a uma disputa cruenta, mas poderá ficar satisfeito suficientemente com uma retificação digna e franca. Além disso, também: economia de julgamentos, os quais não fazem mais do que exasperar os ânimos pelos contatos inevitáveis e inevitáveis disputas com recriminações e segundas ofensas; e economia de tempo muito necessária, porque a resposta só assim pode surtir efeito, porque sucede imediatamente ao ataque.²⁵⁶

Fácil é concluir, a partir desses precedentes históricos, que o direito de resposta nasceu, em matéria de imprensa, como direito de retificação, sendo recente sua autonomia enquanto instituto distinto.

A resistência natural às novidades fez com que a proposta de Dulaure não alcançasse êxito nessa primeira investida. Somente pela Lei de 25 de março de 1822, foi ela introduzida na legislação francesa, por emenda apresentada pelo deputado Jacques Mestadier e adotada sem discussão, ficando assim redigido o art. 11 da mesma lei:

Os proprietários ou editores de todos os jornais ou escritos periódicos são obrigados a inserir, nos três dias seguintes à sua recepção ou no próximo número, se não houver publicação antes de expirados os três dias, a resposta de toda pessoa nomeada ou designada no jornal ou escrito periódico, a par de outras penas às quais o artigo incriminado possa dar lugar. Essa inserção será gratuita e a resposta poderá ter o dobro do tamanho do artigo que a ensejou.²⁵⁷

Como reação natural, não foram poucas as vozes que se levantaram contra o direito de resposta, afirmando que este se constituía numa limitação inaceitável à liberdade de expressão. Nessa senda seguiu BOURQUIN, quando assinalou:

Quando eu escrevo, expondo minha opinião num jornal, eu o faço livremente e com apoio da garantia constitucional. Demais disso, acresce esta dupla razão que me parece

²⁵⁶ Citado por Jean Paul FROLA (*Das injúrias e difamações*. Trad. por Souza Costa. Lisboa : [s.n.], [19--]. v. 1, p. 379).

²⁵⁷ “Les propriétaires ou éditeurs de tout journal ou écrit périodique seront tenus d’y insérer dans les trois jours de leur réception ou dans le plus prochain numéro, s’il n’en était pas publié avant l’expiration des trois jours, la réponse de toute personne nommée ou désignée dans le journal ou écrit périodique des autres peines et dommages-intérêts auxquels l’article incriminé pourrait donner lieu. Cette insertion sera gratuite et la réponse pourra avoir le double de la longueur de l’article auquel elle sera faite” (BOURQUIN, Jacques. *La liberté de la presse*. Paris : 1950. p. 428).

de importância capital: aquilo que escrevo é de minha propriedade e o jornal é, igualmente, uma propriedade. Existe a propriedade literária e artística pelo artigo e a propriedade industrial do jornal. Estas duas propriedades são respeitáveis ao mais alto ponto e sua proteção interessa à ordem pública, tanto quanto a de outra qualquer propriedade. Em definitivo, este é um direito de represálias que o direito de resposta concede aos particulares, direito que incide diretamente sobre a propriedade de outrem.²⁵⁸

Com efeito, a objeção não merece prosperar, pois o direito de resposta, muito antes de limitar a liberdade de manifestação, conforma-a, enforma-a, gizando os limites precisos em que pode ser utilizada sem sacrifício de outros direitos fundamentais. O direito de resposta nasce apenas quando a liberdade de manifestação infringe outros direitos igualmente relevantes. O direito de resposta é uma reação ao abuso.

Como afirma André PERRAUD-CHARMANTIER, o direito de resposta é considerado tão necessário à liberdade de imprensa que seria intolerável se não existisse, uma vez que a responsabilidade nasce da liberdade e, assim, defender o direito de resposta é defender também a liberdade de imprensa.²⁵⁹ Ambas se acham em relação de estreita conexão. Cessando a liberdade de imprensa, ou o direito à livre manifestação de idéias como um todo, cessa o direito de resposta.

Não há como concordar também com o trecho final da objeção de BOURQUIN, pois, da mesma forma que o direito à liberdade de expressão não é absoluto, também não o é o de propriedade, que, estando sujeito a limitações legais, não assegura a quem o detém o direito de atacar outrem. Se o autor do artigo tem o direito de propriedade sobre o que escreve, e o jornal a propriedade industrial, o cidadão atacado também tem direito à sua incolumidade moral.

A Lei de 29 de julho de 1881, em França, revogou toda a legislação anterior sobre a imprensa, construindo, na opinião de PERRAUD-CHARMANTIER²⁶⁰, “um monumento de liberdade”.

²⁵⁸ Jacques BOURQUIN, p. 432-433.

²⁵⁹ PERRAUD-CHARMANTIER, p. 335.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 63.

No que tange ao direito de retificação (artigo 13) pequena foi a modificação sobre o artigo 11 da lei anterior, que apenas transferiu para o gerente a obrigação de inserir a retificação, antes imposta aos proprietários e editores.

Posteriormente, a Lei de 29 de setembro de 1919, modificou os artigos 13 e 34 da Lei de 29 de julho de 1881, abolindo o direito de resposta em matéria de crítica e limitando o entendimento desta, além de estabelecer certas regras especiais de procedimento.

8.2 O DIREITO DE RESPOSTA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

De nenhuma das liberdades públicas se pode dizer, nos dias de hoje, que seja absoluta, marcada que foi a evolução dos direitos do homem exatamente pela relativização desses direitos.

De fato, não há mais falar em ilimitação ou incondicionamento da liberdade, diante da realidade da vida social que impõe, na consideração, entre outros, do princípio da convivência das liberdades, a coordenação de seu exercício para que todas possam ser igualmente usufruídas por todos.

Ora, essa coordenação implica necessariamente a repressão dos excessos, que sempre acabam ocorrendo com prejuízo para os titulares de outros direitos. No plano jurídico, aliás, de há muito a noção de abuso de direito evidencia essa tomada de consciência.

Nesta perspectiva, e voltando ao caso específico da liberdade de expressão do pensamento no Brasil, deve-se salientar como nota primeira, a consagração constitucional do direito de resposta, assegurado a todo aquele que se sentir prejudicado pela veiculação de fatos referentes à sua pessoa.

Com o advento da Lei Maior de 1988, o direito de resposta mereceu, em nosso ordenamento jurídico, o prestígio de sua constitucionalização, alinhando-se entre os direitos fundamentais da pessoa humana pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, conforme está no artigo 5º, V, da CF: “é assegurado o direito de

resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral ou à imagem”. Não obstante, as Constituições precedentes já o garantissem, embora não com esses *status*, regulamentando-o pela legislação ordinária.

No Brasil, o direito de resposta foi preconizado em 1918, pelo Congresso Brasileiro de Jornalistas, reunido no Rio de Janeiro, quando foi aprovada a seguinte conclusão: “É necessário que seja estabelecido entre nós o direito de resposta, nos moldes já estabelecidos na legislação francesa e, para isso, é utilíssimo um acordo entre todos os diretores de jornais sobre os termos do texto legal, a ser votado no Congresso Nacional”²⁶¹.

Cinco anos mais tarde, o direito de resposta foi introduzido pela Lei Adolfo Gordo (Lei nº 4.743, de 31/10/1923), cujo artigo 16 impunha aos gerentes de jornal ou publicação periódica a obrigação de inserir, dentro de três dias contados do recebimento, a resposta de toda pessoa natural ou jurídica, que fosse atingida em publicação inserta no mesmo, por ofensas diretas ou referências de fato inverídico ou errôneo, que pudessem afetar a sua honra e boa fama.

Note-se ainda a confusão entre o instituto do direito de resposta (“... ofensas diretas ...”) e o de retificação (“... referências a fato inverídico ou errôneo ...”), repetida no artigo 35 do Decreto nº 24.776, de 14 de julho de 1934, como influência direta da mesma confusão operada pela legislação francesa.

Entendendo por demais amplo o campo aberto à aplicação do direito de resposta, Solidonio LEITE FILHO, em comentário sobre a Lei nº 4.743/23, afirma:

Ela emprega a expressão imprensa periódica para abranger toda a sorte de impressos periódicos, inclusive os jornais. O direito de resposta somente é aplicável quando as ofensas diretas ou referências de fato inverídico ou errôneo, que possa afetar a reputação e boa fama, forem feitas por via da imprensa periódica. O autor de um livro, onde inclua a resposta dos que se julgarem ofendidos; as ofensas vertidas na imprensa não periódica sujeitam os seus autores apenas à responsabilidade pelos delitos cometidos.²⁶²

²⁶¹ LEITE FILHO, Solidonio. Comentários à Lei de Imprensa, 1925, p. 188, n. 268,

²⁶² Ibid., p. 188, n. 272.

Acatando a observação, a Lei nº 2.083, de 1953 (artigos 17 e seguintes), passou a assegurar o direito de resposta a quem for acusado em jornal ou periódico, não deixando dúvida, porém, que o preceito ampara a pessoa natural e a jurídica.

Também o Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, cujo artigo 90 definia o direito de resposta nos seguintes termos: “o direito de resposta consiste na transmissão da resposta escrita do ofendido, dentro de vinte e quatro horas de seu recebimento, no mesmo horário, programa e pela mesma emissora que deu ofensa”. De sua vez o artigo 4º do Código esclarecia que “constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético”.

Do direito de resposta através da imprensa cuidaram sucessivas leis. Atualmente a matéria vem disciplinada na Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, que o ordenamento constitucional em vigor recepcionou por incompatível, na parte referente ao tema. Essa lei, em verdade, melhor se diria Lei de Informação do que Lei de Imprensa, pois, no particular que nos interessa, contemplou os abusos da liberdade de informação em todos os meios de comunicação, não apenas na imprensa, reproduzindo em substância os artigos correspondentes do Código Brasileiro de Telecomunicações.

O direito de resposta, no âmbito infraconstitucional, está definido no artigo 29, que apresenta a seguinte redação: “Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, acusado ou ofendido através de publicação de jornal ou periódicos, ou através de mera transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou errôneo tem direito à resposta ou retificação”.

Como se percebe na interpretação sistemática dessa definição legal com sua previsão constitucional, a todos indistintamente é assegurado o direito de resposta,

não havendo diferença de tratamento entre particulares e funcionários públicos ou entidades políticas.

De outra parte, nos termos do artigo 30, o direito se exerce através da publicação da resposta ou retificação no jornal ou de sua divulgação pela emissora de rádio ou televisão, com o mesmo destaque, no mesmo lugar do periódico ou no mesmo programa e horário de transmissão radiotelevisiva.

Pelo que se tem observado na prática, o direito de resposta vem sendo exercido sem representar nenhuma restrição intolerável à liberdade editorial ou cerceamento de informações ao público. Seu uso mais freqüente tem ocorrido nos meios políticos nas épocas de campanhas eleitorais, garantida, no mais das vezes, a presença dos próprios ofendidos perante as câmeras e microfones, optando a legislação brasileira não pela diminuição dos prazos da ação de inserção no período eleitoral, mas por disciplina apartada, em legislação especial.

CELSO RIBEIRO BASTOS observa que pela amplitude com que foi tratado o tema, em nossa Constituição, o direito de resposta deve ser assegurado em quaisquer de suas manifestações, seja na imprensa falada, escrita, televisionada ou, até, numa assembléia.²⁶³

Da dicção do texto constitucional percebe-se que o direito de resposta surge de um agravo, notadamente um agravo que atinja a honorabilidade do ofendido, sua auto-estima e sua respeitabilidade na comunidade.²⁶⁴

“O direito de resposta — como bem pondera RAFAEL BIELSA — é um direito fundado no interesse pessoal de defender a honra e a reputação, e indiretamente o patrimônio, não sendo estranho ao interesse social ou coletivo, pois

²⁶³ BASTOS e MARTINS, p. 46.

²⁶⁴ No mesmo sentido ruma a Constituição da República Portuguesa, quando, ao tratar da liberdade de expressão e informação, assegura o direito de resposta “em condições de igualdade e eficácia” (art. 37, n° 4). Nesses termos, aponta para dois fatores intrínsecos ao exercício do direito de resposta: a proporcionalidade e a eficácia da reação, capaz de inibir os efeitos desgastantes à honra, à imagem, ao nome e à reputação do ofendido.

a verdade deve ser conhecida. Não é uma instituição nova; tem mais de um século em França, onde suas raízes ainda se alongam no tempo”²⁶⁵.

E acrescenta: “Toda a pessoa nomeada ou assinalada em um diário, escrito ou periódico, contendo a respeito dessa pessoa a alegação ou informação de um fato injusto objetivamente ofensivo ou errôneo, inexato, desnaturalizado, seja sob o ponto de vista externo ou formal, seja sob o ponto de vista interno ou intelectual, tem o direito de fazer inserir na mesma publicação uma resposta retificadora desse artigo”. E completa: “O direito de resposta é o direito de defesa, é o direito à verdade, e isto sobreleva qualquer outra consideração”²⁶⁶.

8.3 O DIREITO DE RESPOSTA NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Em vários países do mundo a legislação referente aos abusos cometidos através dos meios de comunicação social está atualizada. Porém, quanto ao direito de resposta, face aos novos veículos de informação (rádio, televisão, cinema, agências de notícias, satélites, discos, etc.) são poucos os países que promoveram essa atualização jurídica.

O esforço para a adoção de um direito internacional de resposta, com relação aos Estados (indevidamente designado por algumas legislações, a exemplo da francesa, como direito de retificação), é evidente. No entanto, para adotar uma fórmula razoável para o mundo inteiro, pelo menos para um grande número de países, é preciso atualizar a legislação de cada um deles.

Assim, para preparar o terreno à adoção de um direito internacional de resposta é preciso rever os conceitos e definições dos abusos cometidos através dos meios de informações, sejam eles quais forem.

²⁶⁵ BIELSA, Rafael. *Estudios de derecho público*. Buenos Aires : Depalma, 1952. v. 3, p. 744.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 751.

Não é por outra razão que a Conferência Nacional das Nações Unidas sobre a liberdade de informação, realizada em Genebra, de 23 de março a 21 de abril de 1948, recomendou na sua Resolução nº 26, “que os Estados revisem periodicamente suas leis sobre a difamação, tendo em conta conclusões de ordem geral a que chegou a presente conferência, para fazer desaparecer as anomalias e para garantir a todas as pessoas a maior liberdade de expressão, compatível com a manutenção da ordem e o respeito devido aos direitos alheios”. E sugeriu, ainda, o Conselho Econômico e Social que se convidasse um Comitê de Juristas ou uma organização internacional (o texto refere o Instituto Internacional de Direito Penal) para o estudo das legislações dos diferentes países, em matéria de difamação, para corrigir as falhas e anomalias e, em conclusão, formular um conjunto de regras e de princípios fundamentais sobre o assunto.

As recomendações vão mais longe: elas pedem que o Conselho Econômico e Social solicite a atenção dos diversos governos para o conjunto destas regras em face às suas legislações específicas nacionais.

A harmonização dos sistemas jurídicos sobre o direito de informação e, mesmo, especificamente, sobre a difamação ou sobre o direito de resposta, é assunto seguidamente debatido.

Segundo as recomendações da Organização das Nações Unidas, as diferenças ou anomalias das legislações particulares de cada país constituem um dos obstáculos à adoção dos princípios gerais capazes de auxiliar a fixação de normas internacionais sobre os problemas específicos e os direitos dos indivíduos ou do Estado em relação aos abusos da informação.

Esta preocupação de harmonizar a legislação da informação no mundo, encontra seu primeiro e grande exemplo na Europa: “Um movimento se desenha neste sentido, ao menos em certas regiões. A Assembléia Consultiva do Conselho da

Europa, por exemplo, acaba de votar uma resolução reclamando a harmonização das leis da imprensa da Europa”²⁶⁷.

Os representantes de publicações técnicas, reunidos em Genebra, em 1928, no *Quatrième Congrès International de la Presse Technique et Professionnelle*, segundo o relatório de Calomina, membro do Comitê Executivo da Federação Internacional da Imprensa Técnica, insistiram sobre a necessidade de uma legislação da imprensa técnica e profissional em cada país, segundo regras internacionais comuns, chegando a concluir aquele jornalista “Eu me felicitarei vivamente se os estados prestarem atenção a esta necessidade cada dia maior de uma regulamentação jurídica da imprensa profissional e técnica”²⁶⁸.

Ora, se já em 1928, os jornalistas da imprensa técnica reclamavam uma regulamentação jurídica internacional de um setor particular da imprensa, eles não esqueceram, também, a necessidade de uma harmonização dos sistemas jurídicos relativos ao direito de resposta.

Neste sentido, um relatório foi também apresentado por Joseph MÉTAIRE, advogado no Fórum de Paris, que examinou o temor dos gerentes e editores de jornais em serem processados na publicação da resposta, em razão do sentido geral e absoluto que caracterizava o direito de resposta. Por isso — afirma MÉTAIRE — “certos espíritos maliciosos acreditavam ter encontrado a solução do problema do direito de resposta, declarando que todo gerente de revista deve evitar qualquer possibilidade de crítica, e, assim, eles pretendiam poder evitar um eventual direito de resposta”²⁶⁹.

Justificava sua oposição a esta idéia, dizendo que era difícil a uma revista técnica, a um jornal ou a um periódico qualquer não conter publicação cujas idéias não constituíssem, algumas vezes, uma oposição a certas teorias sustentadas por terceiros.

²⁶⁷ TERROU, Fernand. *Curso mimeografado*. Paris : Institut Français de Presse, 1967. p. 10.

²⁶⁸ NOBRE, Freitas. *Lei da informação*. São Paulo : Saraiva, 1958. p. 97.

²⁶⁹ *Ibid.*, *Lei da Informação*, p. 97.

O secretário do Centro Internacional do Ensino Superior de Jornalismo, na Universidade de Strasbourg, afirmou que a contribuição ao aprimoramento do direito de resposta, a nível internacional virá da coleta dos bons resultados das experiências levadas a efeito em cada país. Assim asseverou: “... se certas nações, em razão de circunstâncias particulares, tenham julgado necessário instituir um direito de resposta ou de réplica, nós vos pedimos de fazer parte, posto que as soluções adotadas por uns são sempre um excelente ensinamento para outros, e é sempre interessante em casos como o presente, procurar as soluções de síntese suscetíveis de serem válidas para todos”²⁷⁰.

Adotando essa técnica da reunião das experiências de cada país, o direito de resposta foi expressamente incorporado no artigo 14.1 do Pacto de São José da Costa Rica, sendo relevante, como assinala EKMEKDJIAN²⁷¹, apontar a diferença de redação entre sua versão inglesa e sua versão em língua espanhola.

Consta da versão inglesa: “anyone injured by inaccurate or offensive statements or ideas disseminated to the public in general ...”, sendo esta a versão em espanhol: “Toda pessoa afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas em su perjuicio a través de ...”.

Fácil é perceber a inexplicável diferença entre ambas: a versão espanhola suprimiu inexplicavelmente a locução “ou idéias”, referida na versão inglesa e, ao contrário, agregou a locução “em seu prejuízo”, que não figura na versão inglesa.

A versão espanhola ficou assim mutilada num aspecto essencial do direito de réplica, qual seja: o que se refere à confrontação de idéias, mais além do agravo direto da honra do replicante, reduzindo-o a uma resposta apenas contra o agravo pessoal, com extirpação de qualquer debate ideológico.

Embora a irresignação de EKMEKDJIAN, para quem a mutilação do texto espanhol configura uma verdadeira falsificação²⁷², as diferenças no conteúdo de

²⁷⁰ RECUEIL des Conférences. Université de Strasbourg, 1959.

²⁷¹ Miguel Ángel EKMEKDJIAN, p. 68.

²⁷² Ibid., p. 68.

ambas as versões, ao invés de limitarem seu alcance, estendem-no, pois deixam aberta a porta da analogia entre um e outro, servindo-se uma dos acréscimos da outra.

Em português, o artigo 14 do Pacto manteve a integridade do texto, ficando com a seguinte redação:

1. Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.
2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que houver incorrido.
3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial.

Esse tratado foi referendado pelo Congresso Nacional em novembro de 1992, obtendo, por conseguinte, eficácia no nosso ordenamento legal, *ex vi* do art. 5º, § 2º, da CF.

Contra a teoria dualista em direito internacional público — para a qual a integração dos tratados e convenções internacionais ao direito nacional depende de um processo específico de internalização, não sendo bastante a mera adesão — a Corte Interamericana de Direitos Humanos sustentou que esses pactos

não são tratados multilaterais do tipo tradicional, concluídos em função de um intercâmbio recíproco de direito, para o benefício mútuo dos Estados contratantes. Seu objeto e fim são a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, tanto frente ao seu próprio estado como frente aos outros. Ao aprovar esses tratados (...) os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual, pelo bem comum, assumem várias obrigações, não em relação aos outros Estados, senão frente aos indivíduos que se encontram sob sua soberania.²⁷³

²⁷³ Peter NIKEN (*La protección internacional de los derechos humanos : su desarrollo progresivo*. Madrid : Civitas, 1987. p. 92), apud Miguel Ángel EKMEKDJIAN, *Derecho...*, p. 81.

9 A DOCTRINA DO DIREITO DE RESPOSTA

O direito de resposta, também chamado direito de réplica, será analisado em seu sentido estrito, qual seja, como o direito de contestar, pelo mesmo meio, uma opinião ou notícia que agrava ou prejudica de forma injusta, irrazoável ou errônea, a reputação, alguns dos aspectos essenciais da personalidade ou algumas das crenças fundamentais do replicante, efetuadas por qualquer meio de comunicação ao público.²⁷⁴

No sentido amplo, que apenas se justifica pela idêntica raiz histórica dos institutos, o direito de resposta referia também o direito de retificação.

Aliás, para que não se retorne àquele tratamento a-científico do tema, distinção que deve estar sempre presente é a verificada entre o que se deve entender por direito de retificação e por direito de resposta. A primeira se produz quando um meio de comunicação social veicula informação equivocada, por exemplo, sobre determinado fato ou aspecto pessoal. Nesse caso, reconhece-se a qualquer cidadão o direito de retificá-la, apontando fundamentadamente os equívocos veiculados.

O direito de retificação, como explanado anteriormente, lastreia-se numa das facetas do direito à informação, que é o direito à proteção contra a informação disfuncional ou abusiva.

O direito de resposta (ou de réplica) surge, de outro lado, quando se cuida de um ataque malicioso contra a honra, contra aspectos fundamentais da pessoa ou contra suas crenças essenciais. Como afirmou o Ministro Octávio GALLOTTI “a honra tutelada, na espécie, é aquela que tem, como referência, as qualidades éticas da pessoa.”²⁷⁵.

²⁷⁴ EKMEKDJIAN, p. 65.

²⁷⁵ JTSE 2/90/155.

Tem fundamento distinto, pois embasa-se no direito de livre manifestação de idéias, porquanto traça-lhe os limites, harmonizando-o frente ao exercício de todos os demais direitos fundamentais.

Note-se, ademais, que, enquanto no direito de retificação se prescindia da análise da legitimidade de quem o exercia — pois o direito à informação exata e verídica é genérico — o direito de resposta tem a pertinência subjetiva do ofendido como um de seus pressupostos, pois somente a pessoa identificada ou identificável através da comunicação gravosa poderá exercê-lo.

Para BIELSA, direito de réplica, “é o direito de exigir a publicação da uma resposta ao ataque contra a reputação pessoal, levada a cabo no periódico de que se trata”²⁷⁶.

Para EKMEKDJIAN, esta definição é muito limitada, pois, segundo afirma, o direito de réplica não deve se limitar aos casos de ataque à reputação pessoal do replicante, mas deve estender-se aos agravos ou ataques contra crenças ou opiniões pessoais deste, sempre que estejam incorporadas à sua personalidade e respondam à escala axiológica média normal e que tais ataques se efetuem com meios injustos e irrazoáveis.

Da mesma forma que o direito à manifestação de idéias pode ser exercido por vários meios de comunicação pública, também o direito de réplica não deve se limitar à imprensa escrita, mas deve estender-se a todos os meios de comunicação social.

A evolução da técnica, o progresso científico e a evolução jurídica, atingiram, também, os meios de comunicação social e, de uma maneira muito particular, enformaram o direito de resposta.

Hoje, o exercício do direito de resposta é instrumento muito mais eficaz no afastamento das repercussões negativas de uma ofensa moral que o processo-

²⁷⁶ Rafael BIELSA, p. 751.

crime contra o autor, o editor, ou os responsáveis por um abuso no exercício do direito de informação.

E tal conclusão é cada dia mais evidente, quando os congressos de jornalistas profissionais do mundo inteiro têm preferido discutir esta matéria e, também, quando nas grandes cidades, cresce o número de processos exigindo a publicação da resposta, ao contrário do que ocorria no passado, quando a preocupação principal era a ação penal ou civil, na qual se buscava a reparação pecuniária do agravo.

9.1 FUNDAMENTOS DO DIREITO DE RESPOSTA

O fundamento do direito de resposta é múltiplo:

- 1) Em primeiro lugar, enquanto reação ao exercício abusivo da liberdade de expressão, o direito de resposta, condiciona-a frente a todos os demais direitos fundamentais, dando concretude à harmonia da tutela desses direitos.
- 2) É, ainda, essencialmente ético, pois deve-se evitar que quem disponha dos meios de comunicação social possa usá-los desmedidamente, afetando seriamente a honra das pessoas, mediante a manipulação da opinião pública, sempre em favor de interesses setorizados, legítimos ou não.

O exercício do direito de resposta combate a manipulação ideológica nos meios de comunicação, pois dá ao homem comum condições de contestá-la, equilibrando forças em uma luta que já se inicia de forma desigual.

- 3) Essa abertura ao pluralismo na comunicação social, permitida a partir da generalização do exercício do direito de réplica, permitirá à opinião pública formar uma idéia mais real de todos os problemas, ao dispor de

opiniões e notícias de distintas fontes. Os meios de comunicação tornar-se-ão um campo de debates.

- 4) O combate à informação setorizada terá o caráter de prevenção às ofensas pessoais veiculadas pelos meios de comunicação social, restringindo sobremaneira a repercussão social dos agravos morais, que normalmente não encontram integral reparação na indenização pecuniária.

9.2 TEORIAS ACERCA DO DIREITO DE RESPOSTA

Segundo EKMEKDJIAN, pode-se separar três teorias sobre o direito de resposta, todas fundadas na maior ou menor variedade das oportunidades em que se o permite.

Teoria restritiva: extraída do caso Sanchez Abelenda c. Ediciones de la Urraca, da Suprema Corte de Justiça Argentina, no qual se entendeu que o direito de réplica é uma restrição ao direito de livre expressão. Como afirma CIFUENTES Y FERNANDEZ, “sem maior profundidade no exame sustentam que (o direito de réplica) prejudica a difusão de notícias, obstaculiza a propagação de críticas e opiniões, ataca o irrestrito direito de propriedade sobre os meios de comunicação”²⁷⁷.

Teoria protetiva restrita: traduz posição intermediária ao sustentar que o direito de réplica tem caráter limitativo do direito à livre manifestação, mas nos estritos termos em que se volta a proteger a honra e a intimidade pessoal. Segundo EKMEKDJIAN²⁷⁸, esta teoria o esteriliza, convertendo-o numa proteção sobreabundante das garantias individuais, sem objeto próprio.

Teoria protetiva ampla: sustenta que o direito de réplica não se limita à proteção da honra e da intimidade, mas também às suas convicções fundamentais do

²⁷⁷ Apud Miguel Ángel EKMEKDJIAN, *Derecho...*, p. 70.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 84.

ser humano (sua nacionalidade, sua religião, sua profissão, p. ex.), podendo ser exercido sempre que, por qualquer meio de comunicação social, se caracterizem ofensas a essas convicções fundamentais.

Essa tese ampla vê o direito de réplica não como um atentado contra a liberdade de manifestação, mas ao contrário, como o efetivo exercício da liberdade de expressão por parte do cidadão comum. A garantia do direito à informação passa a ser instrumento de defesa dos direitos fundamentais, proporcionando a superação da situação indefesa daquele que se vê afrontado pelos modernos meios de comunicação.

Contra essa tese, Mario MIDÓN²⁷⁹ afirma que sua aplicação tornaria ilusória a liberdade de imprensa, já que o mesmo direito teria qualquer cidadão, convertendo a imprensa num acúmulo de respostas e contra-respostas de opiniões dos mais diversos tipos, no veículo de propaganda aberta e, finalmente, na organização de retificações massivas, cujo único resultado seria quebrar a garantia de expressar livremente as opiniões. Nesse sentido, o remédio seria pior que a enfermidade, pois tal obrigação de fazer ouvir as opiniões contrárias à emitida, levaria a uma indevida e inconstitucional restrição à liberdade de imprensa.

Este argumento é refutado pelas seguintes constatações:

- 1) a princípio, deve-se efetuar uma importante correção semiótica: cada vez que se utiliza este argumento em referência à liberdade de imprensa, sem qualquer outra especificação, está-se pensando unicamente na liberdade de imprensa das empresas periodísticas, sacrificando a liberdade de expressão do cidadão comum em benefício da liberdade dos proprietários dos meios de comunicação, como se estes fossem os únicos merecedores de proteção constitucional. Confunde-se, em outras palavras, direito de imprensa com direito de empresa.

²⁷⁹ Mario M. MIDÓN (Temas de derecho constitucional, p. 31), apud EKMEKDJIAN, p. 85.

- 2) As predições de que haveria verdadeira enxurrada de manifestações do direito de resposta também devem ser refutadas, por improváveis, pois o homem comum não está à busca de notoriedade; ademais, não está predisposto a tomar facilmente a pena se não tiver sido alvo de um sério agravo. Sustentar o contrário é pôr em dúvida o amadurecimento intelectual do cidadão comum e proibir o uso lícito de um direito, por temor (remotamente justificável) de seu uso abusivo, numa atitude tipicamente autoritária.

Deve-se considerar, ademais, que (i) se excluem da réplica opiniões políticas, partidárias ou ideológicas (exceto quando a expressão dessas venha a afetar algum direito individual), com o que se reduz substancialmente o número de réplicas; (ii) o agravo veiculado pela imprensa deve afetar com substancial gravidade a honra e as convicções fundamentais de uma pessoa ou de um grupo.

9.3 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE RESPOSTA

9.3.1 COMO LEGÍTIMA DEFESA

As técnicas recentes e poderosas colocadas a serviço da informação, ao lado do progresso científico e das esperanças da difusão da cultura, representam o maior perigo face a esta força excepcional que manipula e manobra as notícias que divulga as opiniões e as idéias, mas que pode oficializar a mentira, fabricar as notícias falsas, construir ou destruir personalidades, sociedades ou Estados.

Para fazer frente à necessidade de proteção contra essa poderosa ameaça, e pretendendo, para tanto, conferir maior efetividade ao direito de resposta, DUPLAT afirmou que “o direito de resposta corresponde à legítima defesa de ordem moral”²⁸⁰.

²⁸⁰ Citado por POIRE, Pierre. *Code de la presse et de l'imprimerie*. Bruxelas : [s.n.], 1945. p. 102.

No que foi seguindo por Andre PERRAUD-CHARMANTIER, para quem o direito de resposta deve ser considerado um verdadeiro estado de legítima defesa, pois o ofendido age imediatamente, antes que o dano da ofensa cause males maiores. É o revide imediato e mais à mão com que conta o ofendido para restabelecer a verdade e lutar contra o poder coletivo do jornal.²⁸¹

É o vestígio da justiça privada, diz CHARMANTIER — pois é um direito de legítima defesa importando uma justiça feita pelas próprias mãos, sendo a inserção uma pena privada, pena *sui generis*. Sendo assim considerada, segue-se que a pessoa ofendida pode renunciar ao seu exercício. Esta teoria da justiça privada, acrescenta o jurista francês, renova-se após ter sido, durante muito tempo, de interesse puramente histórico.²⁸²

Essa legítima defesa pressupõe: a) a agressão moral injusta e profunda, e não simplesmente um comentário ou uma crítica desapaixonada; b) que seja a pessoa atingida pela publicação ou emissão ou seu representante legal a única a exercer este direito; c) que a resposta seja proporcionada à agressão.

Segundo esta teoria, mesmo a exigência da atualidade da defesa estaria incorporada ao exercício do direito de resposta, quando o legislador fixa um prazo para o pedido de divulgação. E este direito decai se não é exercido no período legal.

Até mesmo um projeto de lei de imprensa da Venezuela, que não chegou a ser aprovado, previa a compensação das injúrias: “E, se as ofensas forem recíprocas, o juiz poderá, segundo as circunstâncias, declarar as partes ou uma delas livre de pena”²⁸³.

A legislação da Bélgica não havia considerado o problema neste aspecto (decreto de 20 de julho de 1830, lei de 6 de julho de 1833 e lei de 14 de março de 1855). Entretanto, a lei de 23 de julho de 1961, relativa ao direito de resposta,

²⁸¹ PERRAUD-CHARMANTIER, p. 336.

²⁸² Ibid., p. 336.

²⁸³ GUADALUPE, Vilorio. *L'État et l'information au Vénézuéla*. Paris : Institut Français de Presse, 1966. p. 32.

mereceu do prof. Ganshof Van der Meersch, da Faculdade de Direito de Bruxelas²⁸⁴ esta afirmação categórica: “a nova lei se inspira no princípio da legítima defesa assegurada à pessoa que foi objeto de uma agressão”.

Roger PINTO, analisando o tema na jurisprudência francesa, escreveu: “A idéia da legítima defesa é, entretanto, utilizada numa certa medida pela jurisprudência da corte de cassação”, acrescentando: “veremos que ela serve para apreciar o tom da resposta e para julgar, pela confrontação com a agressão, se a resposta traz alguma ataque à honra do jornalista”²⁸⁵.

Com efeito, embora se possa admitir que a motivação psicológica da legítima defesa e do direito de resposta seja, em tese, a mesma, pois o ato pessoal da defesa da vida, assim como o de defesa da honra e dos demais direitos fundamentais, é instintivo e natural, e o homem pode defender sua existência como seus bens materiais e morais, com o reconhecimento público e judicial da exclusão de culpabilidade, ou de justificação de um ato de necessidade, não há como se admitir a mesma natureza jurídica à legítima defesa e ao direito de resposta, sob pena de se afastar autonomia do instituto da resposta frente à responsabilização civil ou penal.

Além do mais, ao se adotar o exercício do direito de resposta como fator excludente da responsabilidade (enquanto excludente penal de ilicitude) do ofensor, estar-se-ia limitando a possibilidade de resposta apenas naqueles casos em que a ofensa infringisse a tutela da honra do ofendido, enquanto bem penalmente tutelado. Ficaria de pronto descartada a possibilidade de resposta nos casos de informação obtida mediante a violação de um outro direito do ofendido que não fosse objeto de tutela penal, como p. ex., o direito ao nome.

Ainda que não por esses argumentos, parece-me que, embora a analogia entre institutos seja bastante enriquecedora, há, nessa teoria, uma certa confusão de

²⁸⁴ ANNUAIRE de la législation française et étrangère. Paris : Centre National de la Recherche Scientifique, 1961. p. 120.

²⁸⁵ PINTO, Roger. *La liberté d'opinion et d'information*. Paris : Édition Domat-Montchrestian, 1955. p. 51.

institutos, pois não há como se admitir na resposta — a não ser por um raciocínio tortuoso — a existência de outros requisitos da legítima defesa, tais como a atualidade da agressão, pois a evolução dos meios de comunicação social ainda não permitem a resposta nessa instantaneidade.

A analogia está a receber maior censura quando se identifica que legítima defesa é categoria excludente da ilicitude de um ato de quem se defende de agressão “imminente e injusta”.

Assim, segundo essa vertente, se a legítima defesa é excludente de ilicitude do ato de quem a pratica, o direito de resposta seria fator excludente da ilicitude de quem o exerce. Com efeito, quem o exerce sequer necessita do amparo de uma excludente, pois não atua ilicitamente, mas no legítimo exercício de um direito constitucional.

A única contribuição dessa teoria é trazer à evidência — aí sim, tal como se passa com a legítima defesa e com as demais excludentes de ilicitude e de culpabilidade — a idéia de proporcionalidade que deve perpassar o exercício do direito de resposta, sob pena de se converter a resposta em nova agressão. Retorne-se, nesse sentido, ao que já foi exposto quanto à proporcionalidade da resposta.

Por fim, não há como sustentar que o exercício do direito de resposta seja manifestação de justiça privada, feita pelas próprias mãos. A circunstância de poder o ofendido, extrajudicialmente, solicitar ao diretor do jornal que publicou o escrito ofensivo, a retificação, não importa em fazer justiça pelas próprias mãos. Esta enraíza-se nas presilhas da vingança e o direito de resposta enquadra-se no catálogo dos direitos do homem. Transcendendo os lindes da justiça privada para transformar-se num ato de justiça de relevo social. Quem se defende de um agressão injusta exercita um direito garantido pelo Estado.

9.3.2 COMO INSTRUMENTO DE REPARAÇÃO E COMO SANÇÃO.

Como reiteradamente demonstrado, o direito de resposta pode ser exercido sempre que o direito de manifestação for manejado de forma abusiva, transgredindo outros direitos fundamentais, tais como o direito à honra, à tutela da intimidade, ao nome.

Lembre-se, também, que o direito de resposta é exercido sempre da forma mais proporcional possível à gravidade do agravo, fazendo uso do mesmo meio de comunicação social, com a mesma extensão. Por exemplo, se no horário eleitoral gratuito, pela televisão, determinado candidato difama outro, a este será deferido o direito de fazer uso do tempo do candidato ofensor, em período exatamente idêntico ao que foi usado para o proferimento da ofensa.²⁸⁶

Conclui-se, assim, que o direito de resposta tem um caráter reparatório parcial a par de um caráter sancionatório, pois:

- 1) é inegável que a resposta pelo mesmo meio em que foi veiculada a ofensa, é instrumento de atenuação dos efeitos negativos da ofensa moral (sem exclusão da possibilidade de reparação moral, pelo meio próprio), e essa é sua principal natureza, como definiu a Câmara Criminal da Corte de Cassação francesa, para a qual o fundamento do direito de resposta não é um ataque, mas a possibilidade de uma pessoa nomeada ou designada fazer conhecer ao público suas explicações ou seus protestos sobre as condições e circunstâncias que provocaram sua designação. Conclui a Câmara que “não há interesse em pesquisar qual pessoa o jornalista teve intenção de visar, mas em esclarecer que não foi adotada qualquer precaução para prevenir eventual confusão”²⁸⁷.

²⁸⁶ Nesse sentido, a Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995, previu em seu artigo 66, § 2º: “No caso de ofensa veiculada na programação normal das emissoras de rádio ou televisão, deferida a resposta, o ofendido utilizará, para sua defesa, tempo igual ao usado pelo ofensor, nunca inferior a um minuto”.

²⁸⁷ Crim. 15 décembre 1935, D.p. 1935.1.27.

Nessa medida, reconhece-se ao instituto do direito de resposta um caráter reparatório parcial, que poderá ser complementado pela indenização pecuniária.

- 2) é igualmente verdadeiro que o tolhimento de certa parcela do horário de propaganda eleitoral gratuita do candidato ofensor, tem nítido caráter sancionatório.

Como observa FROLA “examinando tal direito relativamente ao periódico, ela se nos apresenta como a sanção, mais segura e mais pronta, para repelir a ofensa; assim, o periódico corrige-se a si próprio; e relativamente à parte ofendida, esse direito constitui um remédio mais eficaz do que o de qualquer julgamento”²⁸⁸.

²⁸⁸ Jean Paul FROLA, p. 379.

10 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DO DIREITO DE RESPOSTA

10.1 A LEGITIMIDADE NO EXERCÍCIO DA RESPOSTA

Embora a legislação francesa não trace precisamente os requisitos necessários ao exercício do direito de resposta, a jurisprudência daquele país concluiu que nenhuma outra condição é necessária a não ser a nomeação pessoal gravosa. Basta que a pessoa seja expressamente nominada, sinta-se prejudicada pelas afirmações a que vem relacionada. Desde 1829 a corte de cassação francesa afirma o caráter geral, e em 1838, o caráter geral e absoluto do direito de resposta²⁸⁹, o que não, significa, entretanto, que o direito de resposta também não conheça limites.

A esta doutrina “absolutista” se opõem, em certos julgados de apelação, uma doutrina relativista, onde se sustenta que o fundamento do direito de resposta é a defesa a um ataque, descartando, de pronto, as respostas abusivas. Firma-se, assim, a proporcionalidade da resposta, a ser apreciada mais adiante.

Antigos casos da jurisprudência nacional assim já se posicionaram: “Já os jurisconsultos romanos tinham firmado na Lei 6^a, D. *“de iniuriis et famosis libellis”*, o princípio de que não era necessária a designação do nome da pessoa injuriada no artigo incriminado. Basta que a alusão seja tão clara, tão significativa, que ninguém se iluda sobre a vítima da ofensa. Admitir doutrina contrária seria sancionar a impunidade para os delitos de calúnia e injúria. Muito propositadamente os difamadores se absteriam de escrever o nome do ofendido, mas tão inequívocas seriam as referências que todos saberiam qual a pessoa designada. De acordo com a

²⁸⁹ Cassation Criminel (14 mars 1838, Le Courier de la Manche, B. n° 51; 11 septembre, 1829), apud Roger PINTO, *La liberté...*, p. 164.

doutrina romana, decidiu o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 19 de julho de 1895, revisão nº 83:

Quando as imputações são intencionalmente formuladas de um modo geral e vago, diz Fabbreguettes, visando uma pluralidade de pessoas, cada uma dessas pessoas, atingida pela suspeita lançada sobre si, tem direito e qualidade para pedir a reparação do prejuízo que lhe foi causado. E, se assim não fosse, os interesses mais sagrados e legítimos ficariam sem defesa, pois bastaria ao difamador, para pôr-se ao abrigo da pena, dirigir a difamação contra muitos ao mesmo tempo, sem designar ninguém, obtendo assim esta fácil justificativa de não ter precisamente visado à pessoa que lhe pede contas da agressão. Portanto, só resta ao juiz um único ponto a verificar, isto é, se o querelante foi verdadeiramente designado.²⁹⁰

Na legislação brasileira o direito de resposta funda-se no que dispõe o artigo 5º, V, da Constituição da República²⁹¹ que, a par da referência à pessoa, ainda que não a exija de forma nominal, a associa à existência de uma ofensa. O direito de resposta apenas pode ser exercido por quem for referido em determinada manifestação, de forma ofensiva, pois a extensão e a intensidade da ofensa projetam os limites desse exercício. A referência e a caracterização da ofensa são requisitos cumulativos para o exercício da resposta no direito brasileiro. É dizer: sem referência ou sem ofensa, não se reconhece o direito de resposta.

10.1.1 A EXTENSÃO DA LEGITIMIDADE

Seria permitir e sancionar o abuso estender-se o direito de resposta, indiscriminadamente, a todo o indivíduo nomeado ou designado pela imprensa, ainda quando essa nomeação ou designação não fosse ofensiva à sua honra, ou não contivesse uma acusação à sua conduta.

Segue assim a lição de SEABRA JÚNIOR que, ao comentar sobre o direito de resposta, afirma que

O seu exercício não depende nem de haver no escrito qualquer ofensa à honra, nem intenção de prejudicar: basta que a pessoa que quer usar de tal meio tenha sido citada ou referida numa notícia falsa, ou seja envolvida numa asserção errônea, numa apreciação

²⁹⁰ SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro*. 2 ed. 1932. p. 680, nº 24.

²⁹¹ “Art. 5º, V, - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral ou à imagem.”

injusta ou nociva contra ela e em todos os outros casos em que se julgue na necessidade de vir a público para retificar, restabelecer a verdade e defender-se enfim, de qualquer alusão ou referência menos justa e que de qualquer modo julgue prejudicial ao seu interesse ou reputação, para que se opere eficazmente tal direito, independentemente de qualquer intervenção judiciária e somente pelo fato da remessa ao editor ou gerente do jornal ou periódico, da respectiva resposta. Assim, não há nem dispêndio de custas, nem o escândalo que cerca freqüentemente os processos criminais, nem as dificuldades da prova, nem os riscos sempre grandes dum processo judicial. É um meio conveniente e apropriado a todos os indivíduos e a todas as circunstâncias.²⁹²

Nesse particular, deve-se fazer a distinção com que trabalharemos doravante: a referência à pessoa afirma a legitimidade do respondente; e a ofensa, seu interesse em exercer a resposta.

A legislação brasileira reconhece legitimidade para exercer o direito de resposta “A toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusado ou ofendido em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou errôneo, tem direito à resposta ou retificação”²⁹³.

Com o objetivo de esclarecer o sentido por demais *lato* desse dispositivo legal, passemos à análise de alguns casos particulares.

10.1.2 QUANTO À HOMONÍMIA

Quanto à homonímia, afirmou que uma pessoa nomeada pode efetivamente exercer o direito de resposta, mesmo se ela não está efetivamente visada. O jornal “*Gringoire*”, em um artigo intitulado “Traidores, ladrões e companhia”²⁹⁴, afirmou “senhor Lamour, advogado sem causas, tão mau pai quanto mau marido”, pretendendo referir a Phillipe Lamour. Mas em Paris havia outro advogado com o mesmo sobrenome, sr. Eugène Lamour. Este último resolveu exercer o direito de resposta. O jornal lhe recusou o exercício. Os juízes reconheceram que uma confusão poderia se estabelecer no espírito dos leitores, mas

²⁹² SEABRA JÚNIOR, p. 159.

²⁹³ Artigo 29, *caput*, da Lei nº 5.250/67.

²⁹⁴ “Traîtres, Voleurs et Cie.”.

decidiram que o direito de resposta não cabia ao sr. Eugène Lamour, pois o artigo não permitia caracterizá-lo. Foi aplicada a teoria restritiva.

10.1.3 QUANTO ÀS PESSOAS JURÍDICAS

As pessoas jurídicas também podem invocar o direito de resposta, desde que nomeadas ou designadas. Não será suficiente para o exercício do direito de resposta ou de retificação a designação de uma categoria de pessoas dentre as quais uma associação recrute seus membros. Um artigo visa os empregados do comércio, dos viajantes, dos funcionários públicos. Uma associação dos empregados do comércio ou dos viajantes poderia respondê-lo? Deve-se reconhecer-lhe o direito de resposta? A jurisprudência francesa responde negativamente, sob o argumento de que várias associações podem representar a mesma classe de pessoas.²⁹⁵

10.1.4 QUANTO ÀS EMPRESAS JORNALÍSTICAS

SEABRA JÚNIOR sustentava que “perante a lei brasileira é certo e incontestável que — o jornal — designado por qualquer publicação, nesta qualidade de jornal não tem o direito de resposta pelas colunas do que o designou”. Rebatendo o argumento, ponderou Solidonio LEITE FILHO que as empresas jornalísticas, como sociedades comerciais, tinham o direito de propor ações civis e criminais. Ora, as ofensas dirigidas a um jornal poderiam abalar-lhe o crédito e até arrastá-lo à falência, sendo, assim, absurdo, negar-lhe a faculdade, em nome da empresa jornalística, de exercer o direito de resposta²⁹⁶.

A objeção de SEABRA JÚNIOR parte da distinção entre empresa jornalística e meio de comunicação, que é a mesma distinção que se faz entre a marca do produto e a marca do produtor. Afirmo assim que quando a empresa jornalística for ofendida, é de se lhe reconhecer o direito de resposta no próprio

²⁹⁵ Lyon, 13 nov. 1950.

²⁹⁶ Solidonio LEITE FILHO, p. 282.

meio de comunicação social que a ofendeu, ainda que opere no mesmo meio. No entanto, quando ofendido fosse o meio de comunicação (um jornal, um programa de televisão, uma revista, por exemplo) não lhe seria dado responder pelo mesmo meio do ofensor (uma revista responder em outra revista, um jornal em outro jornal, por exemplo), já que dispõe de meio próprio idêntico.

Em outras palavras, segundo essa teoria, uma coisa é atacar o jornal, órgão de publicidade (por exemplo: tachando-o de pasquim, de falseador da verdade, etc.) e outra é dizer que a empresa que o edita é venal, desonesta ou inidônea. Aqui seria ofendida a pessoa jurídica, caso em que poderia exercer o direito de resposta, como o de responder pelos seus jornais. Mas, se o jornal, isoladamente, é ofendido em virtude da forma ou substância das publicações nele insertas, e uma vez que dispõe do mesmo meio de difusão que o órgão ofensor, não se justificaria o direito de resposta. Este direito é outorgado ao ofendido que não seja jornalista, para o que não dispõe de um jornal para rebater o insulto, para quem não tem outro meio de defesa tão eficiente e tão rápido como o utilizado pelo ofensor.

Não há, com efeito, como perfilar com tal doutrina, pois ainda que o veículo de comunicação ofendido seja disseminado por meio idêntico ao que proferiu a ofensa, deve-se reconhecer ao ofendido fazer uso do espaço do ofensor para tornar pública sua resposta, na mesma proporção do agravo, pois, a uma) raciocínio contrário retiraria o caráter sancionatório do direito de resposta, revogando seu efeito profilático; a duas) o direito de resposta pelo mesmo meio é mais eficaz, pois se endereça ao mesmo público do veículo em que foi irrogada a ofensa e que estão a acompanhar a polêmica²⁹⁷. Considere-se, em reforço, que o público do ofensor nem sempre é o mesmo do ofendido.

²⁹⁷ A jurisprudência francesa ainda hesita em reconhecer o direito de resposta dos dirigentes de jornal quando apenas este é visado (Cassation Criminel 21 mai, 1897, Gazette de Neuilly c. Neuilly Journal, D. 1898.1.9, S. 1897.1.180) *apud* Roger PINTO, *La liberté...*, p. 168.

Por óbvio que a legitimidade para o exercício sempre se reconhecerá à empresa jornalística, enquanto pessoa jurídica que, distintamente do veículo ofendido, reúne condições para formular o pedido, judicial ou extrajudicialmente.

No caso de o artigo ou noticiário ofensivo ser transcrição de outro, se um veículo de comunicação tornar pública uma ofensa a alguém e outros órgãos da imprensa o reproduzirem, o ofendido poderá exigir a resposta perante todos eles.

10.1.5 QUANTO AO FUNCIONÁRIO PÚBLICO

Sendo o direito de resposta, como acentuava CHASSAN²⁹⁸, uma garantia para todos e ao mesmo tempo um freio salutar para a imprensa periódica, dele pode servir-se o particular como o funcionário público.

Assim, também o funcionário público, atingido no exercício de suas funções, pode fazer uso do direito de resposta, pois, muito antes de ofendido em suas funções, foi ofendido, *reta via*, como pessoa²⁹⁹. É mais comum, nesses casos, o exercício do direito de retificação, quando a ofensa decorre de informação falsa ou imprecisa. Nesses casos, até porque têm objetos e finalidades distintas, o direito de retificação não exclui o de resposta.

Vale esclarecer, entretanto, que o direito de resposta deve ser usado diretamente pelo ofendido, seja este funcionário público ou particular, e seja a ofensa irrogada em razão do exercício da função, por aquele, ou por motivo de ordem privada.

O direito de retificação exige que o funcionário tenha sido indicado nominalmente na nota ofensiva e visado no exercício de suas funções ou, então, que tenha sido designado de tal modo no contexto que resulte fácil a sua identificação.

²⁹⁸ CHASSAN, p. 649, n° 944.

²⁹⁹ Cass. Crim. 18 juillet 1896, Le Télégramme.

10.1.6 O DIREITO DE RESPOSTA POR OFENSA A PESSOA FALECIDA

A legislação francesa era omissa, como a italiana, que se lhe seguiu, quanto à extensão do direito de resposta aos herdeiros ou sucessores, em nome do extinto. Na França, a jurisprudência entendeu extensível esse direito, mas na Itália, era ainda vacilante.

O art. 34 da lei francesa de 29 de julho de 1881, outorgava o direito de ação aos herdeiros vivos, quando os autores das difamações ou injúrias à memória dos mortos tivessem a intenção de atingir, também, aqueles herdeiros. E assim terminava o dispositivo: “Todos esses poderão sempre utilizar o direito de resposta previsto no artigo 13”³⁰⁰.

Esta expressão final do artigo, segundo CHARMANTIER³⁰¹, dera lugar a ardentes controvérsias. A palavra *toujours* dividira as opiniões em três sistemas de interpretação. O primeiro interpretava a palavra como permissiva de um direito absoluto dos herdeiros, continuadores da pessoa do defunto, podendo “*toujours exercer le droit de réponse*”, desde que o nome do ascendente tivesse sido citado no jornal, fosse essa citação injuriosa ou até elogiosa. O segundo sistema subordinava o exercício do direito de resposta à existência de uma imputação difamatória, injuriosa ou caluniosa à memória do morto, sem se tomar em consideração a existência ou a ausência da intenção de prejudicar o herdeiro. O terceiro sistema adotado pela Corte de Cassação, dava à palavra *toujours* o significado de que, ainda mesmo que não houvesse imputação ofensiva, a conexão dos fatos seria feita objetivamente, com a única preocupação da verdade histórica, podendo o herdeiro exercer o direito de resposta, se a narração do fato era de natureza a insultar a memória do morto.

A lei francesa de 29 de setembro de 1919, modificando esse artigo 34 da Lei de 1881, repudiou a interpretação da Corte de Cassação.

³⁰⁰ “Ceux-ci pourront toujours user du droit de réponse prévu par l'article 13.”

³⁰¹ PERRAUD-CHARMANTIER, p. 123.

Na legislação brasileira, a legitimidade para o exercício da resposta já vinha consagrada no art. 16, § 1º, da Lei nº 4743, de 31 de outubro de 1923, passando para o artigo 35, § 1º, do Decreto nº 24.776/34. No primeiro dispositivo, o direito de resposta poderia ser exercido pelo herdeiro, que seria o único Juiz do conteúdo, forma e utilidade da resposta. No segundo, já se previa a hipótese de ausência do atingido, da sua incapacidade e da pessoa visada vir a falecer depois da ofensa recebida.

O legislador de 1953 (Lei nº 2.083), preferiu ser explícito, enumerando as pessoas que podiam exercitar o direito de resposta para desagravar a memória do extinto. A enumeração, porém, não encerrava ordem sucessiva. Qualquer das pessoas ali indicadas poderia exercer esse direito, como todos em conjunto.

O artigo 18, parágrafo único dessa lei, divergindo da ordem sucessória comum, estabelecida no art. 1.603 do Código Civil, coloca o cônjuge em primeiro lugar, como representante do extinto. Isso é compreensível porque, em regra, acusação dirigida ao morto atinge mais diretamente o cônjuge do que o ascendente ou descendente.

Esse parágrafo, na forma em que foi redigido, pode dar a impressão de que o pedido de resposta só pode ser exercitado pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, na hipótese de acusação à memória do falecido, e não na hipótese de o ofendido falecer depois de pedida a retificação. Todavia, a impropriedade da redação do dispositivo não altera substancialmente o direito. E uma vez no art. 29, § 3º, permite-se a continuação da ação já formulada pelo ofendido antes de falecer, por parte de seus herdeiros morais, não há como se negar o interesse e o direito deles na continuação do processo para obter a resposta retificativa.

Ainda que a resposta tenha sido escrita quando o ofendido era vivo, vindo a falecer, em seguida, antes de poder tomar qualquer providência, o direito de resposta se transmite aos seus herdeiros.

Ressalve-se ainda que o reconhecimento da legitimidade do exercício da resposta a seus familiares não ocorre apenas por sub-rogação destes ao direito do

falecido; nessa hipótese, o familiar exercita direito próprio, diante da ofensa à memória que pessoalmente guarda do falecido.

10.2 O INTERESSE NA RESPOSTA

Como já frisado, a legitimidade para o exercício da resposta se encontra na referência ao respondente, e o interesse na injusta agressão.

O interesse atine à pessoa nomeada, para apreciar, fora de qualquer outro controle, o grau de ofensa de que foi alvo, e, com base nessa avaliação, o interesse que pode haver no exercício do direito de resposta. Pouco importa o sentido do artigo posto em causa: o direito de resposta existe para colocar em causa, seja ele crítico ou elogioso, veiculador de uma ofensa ou não à honra individual ou a qualquer outro direito fundamental. A pessoa referida, agravada ou não, é juiz único da oportunidade e conveniência de fazer uso de seu direito, desde que seja inequivocamente identificada.

“Consumado o agravo, nasce o direito de resposta, que tem efeito de um desagravo. A resposta é um desagravo.”³⁰²

Nesse particular, até que ponto é permitida a interferência do julgador na análise do interesse na resposta? CRETELLA JÚNIOR, em seus Comentários, já citados, leciona: “Não interessa o conteúdo ou o sentido do artigo, crítico ou elogioso, citando dados exatos ou não, porque o direito de resposta nasce no momento em que alguém é descrito, no artigo, sendo o criticado o único juiz da oportunidade ou conveniência de exercer o direito de resposta, desde que seu nome foi citado”³⁰³.

Mesmo considerando essa autonomia do particular na análise da conveniência da resposta, não se tolhe do magistrado o dever de realizar o juízo de

³⁰² CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro : FU, 1992. v. 1, p. 213.

³⁰³ *Ibid.*, p. 213.

proporção que deve norteá-la, evitando assim, preventivamente, o extrapolamento dos limites em que razoavelmente seria permitida, não permitindo a transformação do uso regular de direito em desmedido abuso, pois

O direito de resposta, como se percebe, não é um instrumento banal, a serviço de vaidades, melindres, segundas intenções ou discussões sem causa. Há de ser usado com parcimônia e renovada prudência, até mesmo porque, notadamente em relação ao homem público, a imprensa goza, em geral, de maior dose de liberdade. O interesse público, com efeito, reclama dos órgãos de divulgação o exame dos atos e das atitudes de tais individualidades.³⁰⁴

Nesse sentido segue o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, que decidiu: “Não configurado o teor ofensivo das declarações, nega-se o pretendido direito de resposta”³⁰⁵.

Não resta dúvida, diz Darcy Arruda MIRANDA, que o juiz da oportunidade, necessidade ou interesse da resposta é o acusado ou atingido pelo escrito, que lhe possa ocasionar dano patrimonial ou moral, seja ele pessoa natural ou jurídica, mas — adverte o autor — esse direito não é indiscriminado nem absoluto, como pretende CHASSAN, porque está condicionado por certas regras cuja inobservância acarretará a sua ineficácia³⁰⁶.

Não se deve olvidar, contudo, que esse crivo de proporcionalidade deve ser realizado com redobrada cautela, pois, se de um lado deve ser coibido o uso abusivo do direito de resposta, por outro, não se pode tolhê-lo de quem dele pretenda fazer uso legítimo, ainda que motivado pela revolta causada pela ofensa recebida. Sobre essa cautela se pronunciou, em voto, o então Ministro VILLAS BOAS, do Tribunal Superior Eleitoral: “Entendo, por isso, que eventuais considerações a propósito desse ou daquele candidato, ainda que mediante linguagem enfática ou mesmo mais dura, mas que se situem dentro de níveis toleráveis, em campanha eleitoral como a

³⁰⁴ NEVES, Serrano. *Direito de imprensa*. São Paulo : Bushatsky, 1972. p. 230.

³⁰⁵ JTSE 2/90/156.

³⁰⁶ MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à Lei de Imprensa*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994. t. 2, p. 541.

que se trava no momento, não podem ser equiparadas a ofensas, para fins de aplicação do referido preceito”³⁰⁷.

Quanto ao interesse na expressão da resposta, urge analisar ainda alguns casos particularmente interessantes:

10.2.1 ANÚNCIOS

O anúncio participa da informação e da expressão de opiniões, dando azo destarte ao direito de resposta³⁰⁸;

10.2.2 OPINIÕES

Historicamente, o direito de resposta é conceituado como o instrumento que permite uma exposição das opiniões expressadas publicamente, por qualquer meio de comunicação, aplicando-se, portanto, a todos os meios de manifestação de opinião que visem os homens, suas obras e sua arte. No julgamento dos pedidos de resposta, as cortes de apelação francesas têm freqüentemente apresentado distinção entre a crítica razoável e a crítica construtiva, em procedimento que já não é adotado pela Corte de Cassação, que a ele se opõe sob o argumento de que o direito de resposta é genérico. O direito de resposta, por seu caráter genérico, deve “entrar no espírito da lei, em sua maior extensão”³⁰⁹.

O artigo 35, V, permite a recusa da inserção da resposta “quando tiver por objeto a crítica literária, teatral, artística, científica ou desportiva, salvo se esta contiver calúnia, difamação ou injúria”. A própria disposição do artigo já assinala, embora de forma restrita aos crimes contra a honra, que a crítica ensejará resposta quando for abusiva, ou seja, quando o *animus criticandi* transforma-se em *animus iniurandi*.

³⁰⁷ JTSE 02/90/143.

³⁰⁸ Como decidiu a Corte de Cassação francesa num caso em que um anúncio publicitário invocou uma obra científica onde são citados extratos seus. O autor do livro teve fundamento para endereçar uma resposta ao responsável pela publicação.

³⁰⁹ Apud Roger PINTO, p. 170 (Arrêt Comte de Flotte c. L’avis (1829),. Cass. Crim. 27 novem. 145).

A 2ª Sala do Tribunal Supremo espanhol, em 14 de março de 1988, ao apreciar o direito de crítica, decidiu com prudência ímpar, que

o animus criticandi deve ser analisado com prudência e certo receio, pois, embora seja admissível a crítica ponderada, comedida, mesurada, serena e, sobretudo, razoável; e justificada, também, em certas ocasiões, oculta, sob o pretexto de uma censura bem intencionada ou de corrigir defeitos alheios, um real propósito de vilipêndio, ultraje ou escárnio, redundando a aparente crítica em desdouro do criticado, cujos erros ou defeitos se pretendem corrigir.³¹⁰

10.2.3 ATOS OFICIAIS

De regra, certos atos oficiais não permitem o direito de resposta. Essa exceção cobre os diferentes relatos preparados pelas atas de reuniões de parlamentares, assim como os relatos privativos dos jornalistas parlamentares. Todavia, a apresentação desses relatos deve ser leal e sincera, senão deve ser revogada a exceção para permitir, não o direito de resposta, mas o de retificação. Assim deve ocorrer quando o jornal oficial publica um discurso referindo-se pessoalmente a um deputado, sem referir as explicações apresentadas por esse deputado à Assembléia. O privilégio não se estende aos debates fechados ao público, aos relatórios dos trabalhos das comissões, à publicação de discursos ou outros documentos parlamentares.³¹¹

Sustenta-se que a publicação pura e simples de textos legislativos ou regulamentares, de decisões administrativas, não permite o direito de resposta, desde que não se pretenda com esses textos atrair a atenção (de forma positiva ou negativa) sobre determinada pessoa, não sendo sequer necessário que sejam comentados. Seu caráter isolado ou a disposição tipográfica adotada, são suscetíveis de aparecer como um verdadeiro destaque³¹².

³¹⁰ RUIZ VADILLO, p.229.

³¹¹ Em voto do Ministro Victor Nunes Leal, decidiu o Supremo Tribunal Federal que a publicação oficial e obrigatória não gera direito ao exercício da resposta. "Agravo de instrumento criminal nº 37854 / Sp. Relator Ministro VICTOR NUNES . Publicação DJ DATA-03-08-66 PG Julgamento 29/04/1966 - PRIMEIRA TURMA".

³¹² Trib. Corr. Seine, 9 mars 1953, Combat, G.p. 1953. 1.387. Nesse caso, o jornal publicou o resultado de um eleição legislativa e anunciou a desistência de um dos candidatos. O candidato lhe endereçou uma resposta na qual

Diferentemente se passa, na jurisprudência da Corte de Cassação francesa, com o relatório dos debates judiciais, frente aos quais, ainda que fiéis e de boa fé, se reconhece o direito de resposta. Julgados antigos, entretanto, decidiram que a reprodução exata do dispositivo, sem comentários, de uma decisão a título de informação num artigo de jornal, seguindo imediatamente a pronúncia do julgamento, integram a missão legítima da imprensa, órgão de publicidade. Mas a jurisprudência da corte de cassação mantém o caráter geral do direito de resposta no caso *La Dépêche c. Vincent Auriol*, no qual a publicação do julgado num jornal político foi precedida de um título e de um subtítulo explicativo.

A Lei de Imprensa brasileira, no artigo 34, III, autoriza a recusa da inserção da resposta quando esta “versar sobre atos ou publicações oficiais, exceto se a retificação partir de autoridade pública”.

10.3 LIMITAÇÕES DA RESPOSTA

10.3.1 PERTINÊNCIA DE FUNDO E DE FORMA

A resposta deve ser pertinente quanto ao tema. A pertinência é apreciada de um modo extremamente amplo. É preciso, e é suficiente, que seja uma verdadeira resposta — e não “um escrito que não tenha nenhuma relação com o artigo de jornal a que visou”³¹³. Não é, contudo, necessário, um liame direto e pontual.

Na França, o jornal *Le Courier de la Manche* publicou um artigo sobre a extensão projetada do jornal e mencionou entre os que lhe deram seu padroado, um sr. Sanson. Este último remeteu ao jornal uma carta na qual deixava em relevo brincadeiras inconvenientes contra a religião, proferidas num outro artigo do mesmo exemplar do jornal. O jornal recusou a inserção dessa resposta. A Corte de Cassação reconheceu sua pertinência sob o argumento de que, designado como

explicou as razões de sua desistência. O tribunal estimou que há abuso do direito de resposta. Em verdade, trata-se de uma informação oficial não comentada.

³¹³ Apud Roger PINTO, p. 172 (Crim. 3 mai 1923. *Empereur c. Le Petit Savoyard*, D. 1923.1.93).

padreado do jornal, o sr. Sanson teria razão para apreciar o teor geral do periódico.³¹⁴

Medida de igual prudência foi adotada pelo nosso legislador. A resposta deve estar em adequação com a ofensa proferida, devendo o ofendido limitar-se a respondê-la, embora com veemência, com o propósito de repor os fatos nos seus devidos termos, sem extravasamentos vernaculares que possam despertar um sentido polêmico.

Saliente-se ainda que a resposta deverá ater-se aos estritos termos da manifestação respondida, sem desbordamentos inúteis. Não pode, v.g., dizer a resposta: “A notícia veiculada por este jornal foi fruto de leviandade que apressamos em corrigir ...”, ou então: “Ao contrário do que afirmamos em edição anterior, Fulano é pessoa de altos dotes de inteligência e de caráter ... etc.”, mesmo porque a resposta é para desfazer o que foi dito e não para elogiar o injuriado.

Assim, deve o juiz negar a publicação compulsória da resposta, se os fatos nela ventilados não guardarem a necessária relação causal com os referidos no escrito incriminado. Nem seria possível permitir-se que, a título de resposta, pudesse o ofendido estender-se em considerações distanciadas dos fatos que a originaram.

O direito de resposta deve cingir-se à reposição do direito fundamental ofendido. Pretender, escudado nesse direito, auto-elogiar-se ou expor ao ridículo o autor do escrito ofensivo, seria evidente abuso, que o preceito não comporta e o direito, como já explanado, não ampara.

A Lei de Imprensa, no artigo 34, I, permite a negativa da inserção da resposta “quando não tiver relação com os fatos referidos na publicação ou transmissão a que pretende responder”.

³¹⁴ Cassation Criminel 1º de março de 1838, B. p. 75, nº 51.

10.3.2 A TUTELA DO INTERESSE DE TERCEIROS

Segundo a fórmula, reprisada por toda a jurisprudência francesa, a inserção não pode ser recusada sob o fundamento de que ela seria contrária ao legítimo interesse de terceiros.³¹⁵ A resposta não deve ser suscetível de engajar a responsabilidade civil do jornal. A simples *mise en cause* de um terceiro não é suficiente. É necessário que essa cogitação seja tal que possa constituir uma falta, desencadear prejuízos morais ou patrimoniais. A apreciação deve ser bastante criteriosa nessas circunstâncias.

Para ROGER PINTO³¹⁶, o autor da resposta pode exercer, a respeito de terceiros, a mesma liberdade de crítica que o próprio jornalista. Esta é a doutrina da jurisprudência francesa.

Em certos casos, o autor da resposta pode colocar em questão um terceiro, mesmo se houver risco de engajar a responsabilidade do jornalista. Isso se passa com maior ênfase quando o ato de comunicação pública se encontra associado ao nome da pessoa que exerce o direito de resposta àquele terceiro.

Mas o jornalista não pode ser considerado terceiro e nem protegido a esse título, pois foi ele quem inspirou o escrito e demandou sua publicação.³¹⁷

No direito brasileiro, a inserção da resposta será negada sempre que “se referir a terceiros, em condições que criem para estes igual direito de resposta” (artigo 34, IV, da Lei de Imprensa)³¹⁸.

³¹⁵ Cassation Criminelle 26 mars 1841.

³¹⁶ Roger PINTO, p. 174.

³¹⁷ No início do século, Paris-Sports publicou uma informação na qual relatava que o Barão Franchetti acabara de chegar à Côte D’Azur, encantado com seu automóvel novo, após uma viagem de 20.000 km. O Barão escreveu ao jornal informando que ele tinha abandonado seu veículo tão logo se rompera uma peça essencial e que, de forma alguma, encontrava-se satisfeito com o automotor. Paris-Sports recusou a publicação da retificação. A Corte de Paris admitiu que o jornal deveria atentar para os interesses legítimos de um terceiro. Mas a Corte de Cassação, constatando que a informação foi publicada a pedido do representante da Sociedade Itala, julgou que aquela sociedade não era um terceiro. 17 de março de 1911, B. crim. n° 159, p. 310.

³¹⁸ O substitutivo à nova Lei de Imprensa, apresentado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara pelo deputado Vilmar Rocha, em 30 de abril de 1997, dispõe no artigo 20, § 2º, que “A publicação ou transmissão da resposta ou retificação será nula para os efeitos legais, se, pelo acréscimo de comentários, assumir o caráter de tréplica, devendo ser novamente realizada, com obediência aos requisitos previstos nesta lei”.

10.3.3 A RESPEITO DOS BONS COSTUMES

A jurisprudência não admite que uma resposta porte ofensa à moralidade pública. O controle dos tribunais varia necessariamente segundo as circunstâncias de tempo, lugar e da natureza da publicação considerada. Há o risco de limitar o livre exercício do direito de resposta³¹⁹.

O caráter da resposta encontra-se ligado, nesse respeito, ao do escrito publicado. O fundamento do controle judicial se prende à exigência de pertinência da resposta. É necessário acrescentar o desejo de proteger os leitores contra os escritos contrários aos costumes.³²⁰

10.3.4 O LIMITE LEGAL

Desde 1829, a Corte de cassação tem afirmado a liberdade do autor da resposta. A resposta que perfaça um tipo penal (cujo bem jurídico seja a honra, p. ex.), não deve ser publicada. Todavia, se ela não agravar certas expressões já contidas no artigo, a recusa da inserção não se encontra justificada.³²¹

10.3.5 A PROPORCIONALIDADE DA RESPOSTA DIANTE DA OFENSA

Como reação à transgressão de um direito fundamental mediante o exercício do direito de manifestação, a resposta deve guardar proporcionalidade (de extensão e intensidade) com a ofensa que a motivou, e, assim sendo não deve, em princípio, ultrapassar a extensão da manifestação que a justifica.

O artigo 13, alínea 4, da lei francesa de 1881, fixa, em princípio, a resposta com dimensão idêntica à do artigo que a provoca. O endereço, eventuais saudações e requisições não são contados nessa análise. Todavia, a resposta pode sempre ter 50

³¹⁹ Paris, 22 de março de 1907, L'autorité, D. 1907.2.191. A Corte recusou a ordenação da inserção de uma resposta que continha ataques contra o regime republicano.

³²⁰ O substitutivo à nova Lei de Imprensa, apresentado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara pelo deputado Vilmar Rocha, em 30 de abril de 1997, de forma genérica, prevê, no artigo 24, IV, da recusa da inserção quando a resposta "violou lei, princípio de ordem pública ou os bons costumes; incitar a violência ou contiver discriminação de qualquer espécie".

³²¹ Comte Deflotte c. L'Aviso, 13 de junho de 1952.

linhas (mesmo se o artigo é mais curto), e não mais de 200 linhas (mesmo que o artigo seja mais longo). O autor da resposta não pode exigir que seja publicado um texto excedente desses limites, mesmo quando ele se oferece para pagar mais (alínea 5).³²²

No caso de manifestação escrita, a questão não comporta maiores dificuldades, pois será possível determinar, com precisão quase que matemática, o limite da resposta.

Idêntica facilidade não se encontra, por exemplo, em agravos proferidos oralmente, hipóteses em que o controle da extensão da resposta deve ocorrer caso a caso, sempre observados os limites de tempo da manifestação, quanto à extensão, e quanto à intenção, os termos estritamente necessários ao esclarecimento do equívoco ou à repercussão negativa da ofensa moral.

A legislação brasileira não fixou limite máximo para a resposta, gizando a Lei nº 9.100/95, contudo, o mínimo de um minuto para respostas “no caso de ofensa veiculada na programação normal das emissoras de rádio ou televisão” (art. 66, § 2º).

Mas, e nos casos de evidente abuso no exercício da resposta, esta poderá ser recusada sob o argumento de que sua veiculação ensejaria responsabilidade civil ou até mesmo penal, da empresa de comunicação e de quem a confeccionou?

A resposta é afirmativa, pois, em pedido extrajudicial, a empresa de comunicação não se encontra obrigada a veicular resposta flagrantemente abusiva, correndo o risco de responder civilmente por tal ato. O artigo 34, II, autoriza a recusa da inserção da resposta quando esta “contiver expressões caluniosas, difamatórias ou injuriosas sobre o jornal, periódico, emissora ou agência de notícias em que houve a publicação ou transmissão que lhe deu motivos, assim como sobre seus responsáveis ou terceiros”.

³²² Crim, 16 de janeiro de 1937, S. 1937.1.117.

Idêntica situação já não é a da determinação judicial de inserção da resposta, pois essa já fora submetida ao crivo judicial de proporcionalidade, não sendo dado ao veículo de comunicação social recusá-la, sob pena de incorrer em crime de desobediência, previsto no artigo 330 do CP.

Jacques BOURQUIN figura a hipótese de, enquanto se processa o pedido de inserção, ter o jornal perdido muitos leitores ou mudado sua feição publicística. Pode ainda acontecer que o jornal ou periódico venha a ser fechado durante o processo, por causa estranha e independente.

Entende BOURQUIN que naquelas hipóteses o juiz poderá prover a publicação da resposta em outro órgão de imprensa que não aquele que cometeu a infração.³²³

Nosso ponto de vista é contrário. Não importa que o jornal ou periódico tenha mudado de orientação ou de feitio, ou tenha perdido leitores. A resposta compulsória deve ser inserida no mesmo órgão que publicou o artigo retificando, ainda que outros sejam os seus proprietários ao tempo da decisão judiciária ou outros os leitores. Nada impede, entretanto, que o retificante, de posse da decisão compulsória, e na impossibilidade de obrigar o diretor responsável pela publicação a inserir a resposta, (caso de fechamento do jornal, v.g.) publique esta, na parte ineditorial de outro jornal ou periódico, como matéria paga, para satisfazer a sua finalidade, que é dar conhecimento da decisão judicial ao público leitor. E se o jornal ou periódico já tiver encerradas as suas atividades por ocasião da sentença, cabe ao vencedor exigir do responsável pela publicação ao tempo do fato divulgado, o reembolso das despesas feitas com a publicidade da decisão, em outros órgãos da imprensa, bem como a indenização pelos danos por acaso sofridos no seu patrimônio. O mesmo ocorreria nas hipóteses lembradas por BOURQUIN, recorrendo-se, se necessário, à responsabilidade sucessiva.

³²³ BOURQUIN, p. 434.

O que não pode é o Juiz obrigar um órgão publicitário a inserir gratuitamente, em suas colunas, na parte editorial ou ineditorial, resposta a artigo publicado em outro órgão.

A forma dada à resposta, fica a critério do respondente, podendo consistir num protesto, numa explicação, numa carta, numa certidão, num atestado, etc., como numa retificação propriamente dita. Pode ainda consistir na inserção de um discurso seu ou de outrem. A resposta não precisa ser redigida pelo respondente, o qual poderá servir-se de qualquer escrito ou documento para esse fim.

10.4 A INSERÇÃO EXTRAJUDICIAL DA RESPOSTA

Antes de se recorrer à inserção da resposta mediante determinação judicial, deve-se, como ato prévio à instauração do procedimento judicial, pleiteá-la diretamente perante o representante legal da pessoa jurídica proprietária do meio de comunicação que veiculou a ofensa.

O pedido deve ser formulado pelos legitimados arrolados no artigo 29 da Lei 5.250/67, dele constando, não por determinação legal, mas por imperativo de cautela, a identificação da ofensa, como fundamentação do pedido, acompanhada da resposta que se pretende tornar pública. A lei não prescreve nenhum procedimento particular. Uma simples carta, até mesmo um telegrama, desde que acompanhados da prova da recepção, são suficientes.

A pretensão extrajudicial de veiculação da resposta deve ser exercida no prazo de 60 (sessenta) dias³²⁴, sob pena de decadência. Por tal razão, deve-se tomar a cautela de fazer constar da cópia do pedido a data em que foi entregue para publicação, para que posteriormente não se alegue a decadência.

O Decreto nº 24.776, de 1934 consignava o prazo de 30 dias para a prescrição do direito de queixa, assim como do direito de resposta.

³²⁴ Art. 29, § 2º, da Lei nº 5.250/67.

A Lei nº 2.083/53 estabelecia no art. 23, alínea 'f', como condição negativa de publicação da resposta: “quando houver decorrido mais de trinta dias entre a publicação do artigo que lhe deu motivo e o pedido de resposta”.

Prevê a Lei de Imprensa³²⁵ que o direito de responder se extingue com o exercício da ação penal ou civil, conflitando com a própria natureza jurídica do direito de resposta, como instrumento de eficaz combate à repercussão social negativa da veiculação da ofensa. Esse dispositivo tem a função de indicar que o pedido de resposta deve ser a primeira providência a ser tomada pelo ofendido, sob pena de não poder exercê-lo após ter percorrido as vias civis ou penais porventura cabíveis.

Não obstante, a previsão genérica do direito de resposta estampada no art. 5º, inciso V, da Constituição da República, ao permitir seu exercício sem qualquer outra condicionante além da referência ofensiva³²⁶, aponta sua extirpação do ordenamento jurídico nacional por ausência de recepção.

Optando o destinatário do pedido por veicular a resposta, deve fazê-lo, a princípio,³²⁷ gratuitamente, caso a resposta formulada se enquadre no limite (não cumulativo com o de outras respostas)³²⁸ de 100 (cem) linhas, no caso de jornal ou periódico, de tempo igual ao da transmissão ofensiva, nunca inferior a 1 (um) minuto, no caso de transmissão por radiodifusão, e de dimensão igual ao da notícia

³²⁵ Art. 29, § 3º, da Lei nº 5.250/67.

³²⁶ Nesse sentido segue reiterada jurisprudência do Tribunal de Alçada do Paraná: “Lei de imprensa. Direito de resposta reconhecido em primeiro grau. Notícia falsa. Apelação estribada no § 7º, do art. 32, da Lei nº 5.250/67. Improvimento. Na ordem jurídica vigente, é impostergável o direito de resposta daquele que é alcançado em sua imagem pública, por notícia inverídica publicada em órgão de imprensa, atribuindo-lhe iniciativa que na verdade não tomou (art. 29 da Lei nº 5.250/67)” (Apelação criminal nº 0082253-3 - Colombo - vara Criminal - Ac. 3734 - Juiz Luiz César de Oliveira - Primeira Câmara Criminal - Unânime - Julg. 09/11/95 - DJ. 01/12/95).

³²⁷ Pois a Lei de Imprensa excepciona o regime geral de gratuidade, prevendo nos §§ 3º e 4º do artigo 30 que “§ 3º. No caso de jornal, periódico ou agência de notícias, a resposta ou retificação será publicada ou transmitida, gratuitamente, cabendo o custo da resposta ao ofensor ou ao ofendido, conforme decisão do Poder Judiciário, se o responsável não é o diretor ou redator-chefe do jornal, nem com ele tenha contrato de trabalho ou se não é gerente ou proprietário da agência de notícias, nem com ela, igualmente, mantenha relação de emprego” e “§ 4º. Nas transmissões por radiodifusão, se o responsável pela transmissão incriminada não é o diretor ou proprietário da empresa permissionária, nem com esta tem contrato de trabalho, de publicidade ou de produção de programa, o custo da resposta cabe ao ofensor ou ao ofendido, conforme decisão do Poder Judiciário”. Cabendo ao ofensor, a este se reconhece o direito de reaver o que dispendeu, em ação regressiva movida contra o responsável pelo ato ofensivo (§ 5º).

³²⁸ Art. 30, § 2º, da Lei nº 5.250/67.

gravosa, no caso de agência de notícia. Esses limites poderão ser ultrapassados até o dobro, desde que, já no pedido, o pretense respondente esclareça sua intenção de arcar com os custos do excesso.³²⁹ Não havendo essa ressalva, é lícita a recusa da inserção da resposta.

Uma vez recebido o pedido extrajudicial de resposta, deve ser providenciada sua inserção no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, no caso de periodicidade diária do veículo de comunicação³³⁰, ou no número imediatamente posterior, nas hipóteses em que o lapso temporal entre uma edição e outra seja superior a 1 (um) dia.³³¹ A inserção deve ser feita em todas as edições do periódico na qual a ofensa foi veiculada. A hermenêutica sistemática do dispositivo está a proibir a veiculação, ao mesmo tempo, na região não servida por essas edições, uma edição especial que não comporte a resposta. Uma tal combinação poderia ter o efeito de limitar a difusão da resposta entre os leitores do jornal

O meio de comunicação deve inserir a resposta nos exatos termos em que foi apresentada pelo respondente, sem cortes ou glosas. Constatado excesso no exercício do direito de resposta, fica assegurado ao ofendido o direito de responder à resposta.³³²

³²⁹ Art. 30, § 7º, da Lei nº 5.250/67.

³³⁰ Art. 31, I, da Lei nº 5.250/67.

³³¹ Art. 31, II, da Lei nº 5.250/67.

³³² Art. 30, § 8º, da Lei nº 5.250/67. O substitutivo ao projeto da nova Lei de Imprensa, apresentado pelo Deputado Vilmar Rocha à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara em 30 de abril de 19976, prevê no artigo 20, § 2º, que “A publicação ou transmissão da resposta ou retificação será nula para os efeitos legais, se, pelo acréscimo de comentários, assumir o caráter de tréplica, devendo ser novamente realizada, com obediência aos requisitos previstos nesta lei.

11 A AÇÃO DE INSERÇÃO

11.1 ORIGEM HISTÓRICA

A ação de inserção foi criada pela Lei francesa de imprensa de 1881, com o nome de ação de inserção forçada (*action d'insertion forcée*).

Seu procedimento foi estruturado de modo a permitir uma publicação rápida da resposta. A decisão, inclusive em instância recursal, deve ser proferida nos dez dias³³³ que seguem à sua propositura. Esta disposição, não sancionada, é ineficaz. Mas, na prática, é a possibilidade, para o Juiz que acolhe a ação de inserção, ordenar, no que concerne à inserção, que sua decisão seja prontamente executada, não obstante eventual pendência de recurso (art. 13, alínea 8). Um procedimento mais célere é previsto especialmente para os períodos eleitorais, prevendo o artigo 13, alínea 9, *in fine*, da precitada Lei: “O prazo de citação sobre recusa de inserção será reduzido para vinte e quatro horas, sem argumentação acerca das distâncias, e a citação poderá mesmo ser liberada de hora em hora, sob ordem especial do Presidente do respectivo tribunal. O julgado ordinatório da inserção será executado, mas no que concerne somente a essa inserção sob minuto, não obstante a pendência de oposição ou recurso”.

A inexecução de uma ordem de inserção no prazo legal constitui delito especial, punível com pena de prisão (seis dias a três meses) e de multa (25.000 a 500.000 francos).

³³³ O substitutivo ao projeto da nova Lei de Imprensa, apresentado pelo Deputado Vilmar Rocha à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara em 30 de abril de 1997, prevê a redução desse prazo para seis dias, mediante o estreitamento dos prazos intraprocessuais.

O delito, constituído pela recusa da inserção, prescreve como todos os delitos de imprensa da legislação francesa, em três meses. O prazo de prescrição corre a partir do dia em que a resposta deveria ter sido inserida.

A recusa de receber a resposta é considerada como recusa de inserção, que será justificada se as condições de abertura do direito de resposta não forem cumpridas, ou ainda, se a resposta não apresenta as características exigidas pela lei e pela jurisprudência.

O pedido de inserção pode ser igualmente extemporâneo. A ação de inserção tem seus efeitos prescritos após um ano, a contar do dia em que a publicação ocorreu. Uma resposta endereçada intempestivamente pode ser ignorada sem prejuízo.

11.2 A AÇÃO DE INSERÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Como assinalado, o direito de resposta pode ser exercido judicial e extrajudicialmente, sendo o esgotamento desta via etapa incontornável daquela³³⁴, pois, tal como reza o artigo 32, § 3º, da Lei de Imprensa, no procedimento da ação de inserção o meio de comunicação será citado para expor as razões pelas quais não efetuou a inserção pela via extrajudicial.

Se o pedido extrajudicial não for atendido nos prazos ditados pelo artigo 31 da Lei de Imprensa, o pretense respondente poderá recorrer à via judicial através de ação de inserção, e não de inserção forçada, nome que, não obstante a raiz

³³⁴ Nesse sentido segue reiterada jurisprudência do Tribunal de Alçada do Paraná: “Pedido de direito de resposta. Exercício da ação penal sem comprovação da recusa do editor do jornal em acolher o pedido. Arts. 29, § 3º, 31, 32 e 33 da lei nº 5.250/67. Reforma da decisão proferida pelo Juízo *a quo*. Recurso do jornal prejudicado, consoante o artigo 32 da Lei nº 5.250/67. O suposto ofendido somente pode reclamar judicialmente a publicação de sua resposta após não ter obtido êxito no pedido de resposta extrajudicial, com a comprovação da recusa do editor do jornal que publicou a matéria ofensiva, em acolher o pedido de resposta. Assim, não havendo prova cabal do esgotamento dos meios extrajudiciais, o pedido não pode ser deferido” (Apelação criminal 0077352. DJ 15/03/96). E ainda: “Apelação criminal. Lei de imprensa. Em tema de direito de resposta, o artigo 32, da Lei de Imprensa estabeleceu iniludivelmente a iniciativa direta do ofendido como condição preliminar de procedibilidade da intervenção judicial. Somente na hipótese de não atendimento imediato ao pedido de publicação da retificativa é que pode o interessado pleitear a divulgação do texto através da justiça” (Apelação criminal nº 0084689-1. DJ.17/05/96).

francesa, expressa dispensável tautologia, pois a necessidade de recorrer a um meio judicial já indica a frustração da tentativa extrajudicial, sendo sempre forçada a inserção pela via judicial.

Embora não haja previsão legal, o prazo para a apresentação da ação de inserção será 60 (sessenta) dias, por analogia com o que reza o artigo 29, § 2º, da Lei de Imprensa, contados a partir do dia seguinte à expiração dos prazos previstos no artigo 31 dessa Lei, para veiculação da resposta em atendimento ao pedido extrajudicial. Nesse caso, o prazo não mais será decadencial — pois não atine ao direito material de postular a veiculação da resposta sem recurso aos meios judiciais - será sim prescricional, por respeitar ao direito de manejar judicialmente a ação de inserção.³³⁵

O prazo decadencial do artigo 29, § 2º, por ser de direito material, conta também o dia de início, no que tange ao procedimento extrajudicial³³⁶

A petição inicial da ação de inserção deve ser instruída com a comprovação da ofensa, mediante apresentação de cópia do artigo, se publicado em jornal ou periódico, ou de gravação de áudio ou vídeo caso veiculada por radiodifusão. Recomenda-se que, nessa última hipótese, a gravação seja acompanhada pela redução a termo de seu conteúdo³³⁷.

A lei inadequadamente fala em “exemplar do escrito incriminado”. Não há necessidade, porém, de juntar-se ao pedido um exemplar do jornal, bastando a página em que tenha sido publicado o escrito e da qual conste a data, a denominação daquele e o nome do diretor responsável.

³³⁵ Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal: “No sistema da atual lei de imprensa, a reclamação judicial à retificação fica condicionada ao exercício do direito de resposta, que é limitado, por prazo decadencial em 60 dias. Diverso, portanto, é o momento da formalização da postulação judicial, então não alcançado por prazo decadencial, mas de prescrição, igualmente fixado em 60 dias, por válida aplicação analógica, à falta de disposição a propósito, na mencionada legislação” (Recurso extraordinário criminal -88558 / Sp. Relator Ministro THOMPSON FLORES. Publicação DJ DATA-01-06-79 PG- EMENT VOL-01134-03 PG-00770 RTJ VOL-00091-02 PG-00632. Julgamento em 24/09/1979 - Primeira turma).

³³⁶ Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Na contagem do prazo previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 5.250/67, inclui-se o dia do começo (CP, art. 8º)” (RE-73740 / Sp. Relator Ministro OSWALDO TRIGUEIRO Publicação DJ DATA-29-06-72 PG- Julgamento em 23/05/1972 - Primeira turma.

³³⁷ Art. 32, § 1º, da Lei nº 5.250/67.

A expressão “artigo” usada no dispositivo, não tem o sentido restrito a técnica jornalística, correspondendo a qualquer escrito da parte editorial ou ineditorial do jornal ou periódico.

Tratando-se de ofensa veiculada por radiodifusão, o autor da resposta pode requerer o deferimento do direito de exprimi-la pessoalmente.³³⁸

O artigo 32, § 1º, da Lei de Imprensa prevê que a petição inaugural da ação de resposta deve ser encaminhada ao juiz criminal, levando-o freqüentemente a conhecer de matérias que não envolvem a prática de crime, pois, como já demonstrado, o abuso no direito de manifestação não ocorre apenas pela transgressão de bens penalmente tutelado, mas de todos os desdobramentos dos direitos fundamentais do homem.³³⁹

Recebida a petição inicial, será determinada a citação do representante legal da empresa responsável pelo meio de comunicação em que foi veiculada a ofensa, comunicando-se-o da faculdade de, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, apresentar contestação, na qual deverá esclarecer por que razão não inseriu a resposta que lhe fora apresentada extrajudicialmente.

O prazo para o despacho inicial é exíguo, tendo em vista a necessidade de uma resposta pronta, a fim de assegurar ao atacado um meio rápido e seguro de defesa.

O juiz apenas verificará se o pedido está formalmente em ordem podendo recusá-lo com fundamento no artigo 34 da Lei de Imprensa, como se analisará no capítulo seguinte, para determinar a notificação do responsável pelo jornal ou periódico que publicou o escrito acusatório. Como já frisado, o responsável a que se refere a lei é o representante do meio de comunicação que veiculou a ofensa e não quem a proferiu. Este responde criminalmente.

³³⁸ Art. 32, § 2º, da Lei nº 5.250/67.

³³⁹ Em sentido contrário: Djalma Pinto...

A citação deverá ser realizada sempre por Oficial de Justiça, pois a realizada por via postal não atende aos requisitos de celeridade, próprios do procedimento da ação de inserção.

O serventuário encarregado da juntada do mandado aos autos deverá certificar a hora em que o fizer, porque, a partir desse momento é que começa a correr o prazo das 24 horas.

Não obstante a omissão da Lei de Imprensa nesse sentido, a manifestação do responsável pelo veículo de comunicação veiculador da ofensa assume caráter contestatório — pois é a própria Lei que fala em citação — ensejando caracterização do estado de revelia, com conseqüente aplicação da pena de confissão ficta, em não havendo regular contestação.

O prazo contestatório de 24 (vinte e quatro) horas, como aliás todos os prazos em horas previstos na Lei de Imprensa, deve ser contado minuto a minuto.

Esgotado o prazo de contestação, com ou sem manifestação, impõe a Lei de Imprensa³⁴⁰ o proferimento de sentença no prazo de 24 (vinte e quatro) horas³⁴¹. Grande virtude desse dispositivo não está na fixação do prazo para entrega da sentença, quase nunca observado na prática, mas na previsão de não admissão de qualquer outra além das que acompanharam a petição inicial ou a contestação. Não se admite, em suma, dilação probatória.

A sentença que determinar a inserção da resposta cominará, para o caso de inobservância da ordem, pena de multa³⁴². Havendo injustificada recusa ou demora na inserção, será caracterizado o tipo penal previsto no artigo 331 do Código Penal, sob a rubrica de desobediência.³⁴³

³⁴⁰ Art. 32, § 4º.

³⁴¹ O substitutivo à nova Lei de Imprensa, apresentado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara pelo deputado Vilmar Rocha, em 30 de abril de 1997, na forma pela qual estrutura o procedimento da ação de inserção, com estreitamento de prazo, giza-lhe rito muito mais célere.

³⁴² Art. 32, § 5º, da Lei nº 5.250/67.

³⁴³ Art. 32, § 8º, da lei nº 5.250/67.

A obrigação de cumprir a sentença passa a ser do ofensor, não dependendo do empenho do ofendido em reclamar sua observância.³⁴⁴

No direito português, o Decreto n^o 12.008, de 29 de julho de 1926, em seu artigo 53, prevendo o direito de reposta, dispôs no parágrafo 6^o, *in fine*, a obrigatoriedade para o diretor do jornal de ordenar a inserção da resposta, em 24 horas, sob pena de multa de quinhentos escudos, não permitindo nenhum recurso da decisão do juiz. No parágrafo 7^o, pune com a multa de mil escudos e a suspensão do jornal por dois meses, caso publique a resposta com qualquer alteração ou com caracteres diferentes. E no parágrafo 8^o, além da suspensão por três meses, faz incidir o diretor no crime de desobediência.

Portanto, mostrando-se recalcitrante o responsável pela veiculação da resposta, pode o ofendido pedir ao juiz a remessa dos autos ao contador para apuração da multa, iniciando o procedimento de sua execução. Esta execução não impede, está claro, novas execuções pela multa que se for acumulando.

No mais, para que a resposta alcance o *desideratum* legal é indispensável que seja publicada sem qualquer comentário sobre o que nela se contém ou sobre o conteúdo da sentença. Qualquer moldura conceitual ou simplesmente vernacular que se lhe acrescente, desnatura o instituto, incidindo o jornal ou periódico na multa do artigo 31, § 5^o, da Lei de Imprensa, até que publique a resposta, nos moldes legais, isto é, sem que a direção ou redação lhe acrescente a mínima palavra, mesmo que seja para uma explicação.

Se em outra edição sair qualquer comentário à retificação feita, fica reaberta ao ofendido a possibilidade de nova manifestação.

A cobrança da multa não guarda relação com os danos patrimoniais sofridos pelo ofendido em consequência do escrito incriminado, razão pela qual o montante obtido com a cobrança da multa passa a integrar o erário público, não

³⁴⁴ Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal: “A obrigação de inserir a resposta é da direção do jornal e não do autor do escrito ou entrevista” (AG-33951/Relator Ministro HERMES LIMA. Publicação DJ DATA-05-08-65 PG-Julgamento em 04/06/1965 - Segunda turma).

revertendo em favor do respondente, pois, se assim não fosse, a multa, de sanção constituir-se-ia em reparação parcial do dano moral.

Da sentença cabe apelação sem efeito suspensivo³⁴⁵, justamente para que, em atenção a toda a celeridade com que a resposta deve ser veiculada, sob pena de ineficácia no combate aos efeitos da ofensa, seja a inserção prontamente executada.

Este dispositivo seguiu a linha preceitual do art. 12, § 8º, da Lei francesa de 29 de setembro de 1919, que permite ao tribunal julgador ordenar a inserção imediata da resposta, não obstante a interposição do recurso apelatório.

Antes dessa lei, o direito de resposta estava sujeito às manobras procrastinatórias dos gerentes dos periódicos, que não tinham nenhum interesse na veiculação da resposta. Andre PERRAUD-CHARMANTIER conta o caso de um pedido dessa natureza feito por MM. Silvain et Joubert, datado de 1919, e que apenas apareceu em *La Revue des Deux Mondes*, após seis anos do início do processo.³⁴⁶

O nosso legislador, atendendo, naturalmente, aos inconvenientes e mesmo à possibilidade de frustrar-se o direito de resposta, permitindo o recurso de apelação da decisão compulsória do juiz, previu-o somente com o efeito devolutivo. Assim, a apelação, não suspendendo a execução da sentença, obriga o jornal a publicar a resposta tal como ali ficou determinada.

Desse modo, os efeitos da ofensa irrogada na publicação ficam atenuados com a maior brevidade, e por isso com mais eficácia, evitando-se maiores prejuízos morais ou patrimoniais à parte ofendida.

Mas, se o ofendido não obtiver êxito na primeira instância, o escrito apontado como ofensivo continuará produzindo os seus efeitos. Assim, ficando o pedido de retificação na dependência da superior instância, o recurso interposto pelo ofendido retardará em muito o desagravo.

³⁴⁵ Art. 32, § 7º, da Lei nº 5.250/67.

³⁴⁶ Op. cit. p. 288.

Se o ofendido estiver esperando a decisão superior para propor a ação contra o ofensor, sujeita-se a decair do direito de queixa. Se não aguardar, ainda que venha a conseguir provimento ao apelo, não poderá executar a decisão, em face do que dispõe o parágrafo 3º do artigo 29 da Lei de Imprensa: “§ 3º. Extingue-se ainda o direito de resposta com o exercício de ação penal ou civil contra o jornal, periódico, emissora ou agência de notícias, com fundamento na publicação ou transmissão incriminada”.

Demais disso, o retardamento da retificação poderia provocar danos irreparáveis ao ofendido. Os de ordem patrimonial podem ser civilmente reparados, não se podendo dizer o mesmo dos de ordem moral, ao menos não com idêntica eficácia.

Eventual reforma da decisão em primeira instância, permite ao meio de comunicação que veiculara a resposta, acionar seu autor, buscando ressarcimento das despesas que efetuara com a inserção³⁴⁷.

O artigo 35 da Lei de Imprensa traça com clareza a autonomia do instituto do direito de resposta, apartando-o totalmente de qualquer outra providência judicial que venha a ser adotada pelo ofendido, prevendo que “a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação não prejudicará as ações do ofendido para promover a responsabilidade penal e civil”.

Nesse particular, a Lei de Imprensa vigente discrepa da que lhe precedeu (Lei nº 2.083/53), que previa em seu artigo 25 que: “a publicação da resposta, salvo quando espontânea, não impedirá o ofendido de promover a punição pelas ofensas de que foi vítima”. E no parágrafo único: “Não poderá ser pedida a retificação, se na ocasião em que for feita, o jornal ou periódico, já estiver sendo processado criminalmente pela publicação incriminada”.

A reparação, para que fosse espontânea, deveria ser feita antes que o ofendido exercitasse o direito de resposta pela via judicial. Nessa hipótese, ficava o

³⁴⁷ Art. 33 da Lei nº 5.250/67.

ofendido impossibilitado de mover ação por crime de imprensa contra o autor do escrito incriminado. Disposição idêntica foi mantida no artigo 29, § 3º, da Lei nº 5.250/67, incluindo, para o efeito de extinguir o direito ao exercício da resposta, a propositura da ação civil.

A interpretação desses dispositivos, notoriamente complementares, leva a concluir que o exercício direito de resposta, para que não haja prejuízo das providências civis ou penais, deve ser sempre o primeiro objetivo do ofendido.³⁴⁸

No entanto, se a resposta derivasse de determinação judicial, não impediria o ofendido de promover a ação penal para punir o responsável pelas ofensas.

Contudo se, ao invés de pedir a retificação, o ofendido promovesse desde logo a ação penal, sendo esta recebida, não mais poderia usar do direito de resposta. O mesmo aconteceria se, negada a retificação na inferior instância, o ofendido recorresse e, antes da decisão superior, tivesse proposto a ação com êxito inicial.

Ressalve-se, por fim, que a ação de inserção, seja na fase judicial, seja na extrajudicial, será sempre processada de forma gratuita, é dizer: sem incidência de qualquer taxa, pois, sendo ação fundamental ao próprio exercício da cidadania, enquanto reação à transgressão de um direito fundamental, enquadra-se no que prevê o artigo 5º, inciso LXXVII, da Constituição da República.³⁴⁹

11.3 A RECUSA DA INSERÇÃO

Há casos em que o juiz, *ex officio*, pode conhecer e examinar o conteúdo da resposta, mas esses casos devem se restringir exclusivamente àqueles onde a ordem social, a moral pública, o interesse de terceiros, a honra do jornalista reclamam a

³⁴⁸ Na lição de Djalma Pinto, “O § 3º, do referido art. 29, prevê a extinção do direito de resposta com o exercício da ação penal ou civil contra a empresa na qual foi veiculada a ofensa. Esse dispositivo, porém, é manifestamente inconstitucional, por ser incompatível com o art. 5º, V, da CF, que assegura além do direito de resposta, a indenização pelo dano sofrido”.

³⁴⁹ Artigo 5º, LXXVII - “são gratuitas as ações de *habeas-corpus* e *habeas-data* e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania”.

intervenção do Judiciário, no exercício da limitação administrativa conformadora da proporcionalidade da resposta, podendo negar a resposta nos seguintes casos:

I - quando não tiver relação com os fatos referidos na publicação ou transmissão a que pretender responder;

II - quando contiver expressões caluniosas, difamatórias ou injuriosas para o jornal, periódico, emissora ou agência de notícias em que houve a publicação ou transmissão que lhe deu motivos, assim como sobre os seus responsáveis, ou terceiros;

III - quando versar sobre atos ou publicações oficiais, exceto se a retificação partir de autoridade pública;

IV - quando se referir a terceiros, em condições que criem para estes igual direito de resposta;

V - quando tiver por objeto crítica literária, teatral, artística, científica ou desportiva, salvo se esta contiver calúnia, difamação ou injúria.

Estas disposições lembram a promulgação, pelo Grande Conselho do Cantão de Vaud, na Suíça, em 1832, de uma Lei de Imprensa, cujo artigo 36 previa o direito de resposta, lei essa que deu lugar a outra especial, de 12 de fevereiro de 1898, reformada recentemente pela de 14 de dezembro de 1937.

A fim de evitar naturais percalços de hermenêutica, cortando rente as raízes de uma exegese literal desse direito de resposta, inseriu esta última lei cantonal, em seu art. 16, alínea 3, o seguinte preceito: “A inserção da resposta pode ser recusada, se ela for injuriosa e difamatória, se ela retrata de forma ofensiva uma pessoa estranha ao debate ou se não guardar relação direta com o artigo que a motiva”³⁵⁰.

Nos casos em que ao magistrado é dado repelir o pedido de inserção de resposta, também será dado ao representante legal da empresa responsável pelo meio de comunicação social fazê-lo, desde que frente a um pedido extrajudicial, e não a uma ordem judicial, pois nessa última hipótese ficará sujeita às sanções previstas em lei. Se o ofendido é o único juiz do interesse, da oportunidade e da necessidade da

³⁵⁰ “L’insertion de la réponse peut être refusée, si elle est injurieuse et difamatoire, si elle met en causa d’une façon meensante ou malveillante une personne étrangère au débat ou si elle est sans rapport direct avec l’article qui la motive.”

resposta, o diretor do jornal, periódico ou da rede de radiodifusão também o é frente ao interesse de resguardá-lo de uma ilegalidade, podendo assim, ao ser notificado do pedido de retificação, recusar-se a atendê-lo, desde que a resposta incida numa das proibições previstas no precitado artigo 34.

De notar que a Lei n° 4.743, em seu artigo 16, § 3º, já admitia a recusa de inserção, tendo sido o decreto 24.776 que, no artigo 38, transferiu do responsável pela publicação para o juiz, a negativa da inserção da resposta, do mesmo modo que a lei atual.

Nada impede, entretanto, que o responsável pelo jornal ou periódico, ao receber a notificação, se recuse a publicar a resposta, sob a alegação de ilegalidade.

Desde que a resposta contenha expressões caluniosas, difamatórias ou injuriosas para o jornal ou periódico onde foi publicado o escrito retificando, seja de modo velado ou patente, mediante insinuação ou ataque direto, deverá ser negada a inserção da resposta.

Do mesmo modo se procederá se aquelas expressões forem lesivas da honra de qualquer dos responsáveis pelo jornal ou periódico ou de terceiros estranhos à redação. Estes terceiros também não devem ter qualquer relação com o fato que deu origem à resposta.

A resposta, desde que não ofensiva aos brios dos responsáveis pelo jornal ou periódico, ou do autor do escrito, embora mantendo o mesmo tom vivaz da acusação, mas dentro dos limites dos fatos, não deve ser recusada. É direito do ofendido manter, na resposta, o mesmo tom agressivo ou veemente com que foi atacado. Isto não constitui ofensa aos responsáveis pela publicação.

A dinâmica da vida moderna não mais deixa espaço à tolerância idêntica à de RENAN, que preferia responder com o silêncio aos insultos que lhe eram dirigidos pela imprensa, dizendo: “Estou certo de que os pósteros esclarecidos julgar-me-ão com verdade, apesar de todas as calúnias. E demais, no seio do Padre

Eterno, quanta indiferença não haverá para os erros da história literária!”. Citando o fato, assim se expressa BARBOSA LIMA SOBRINHO³⁵¹:

Essa atitude elegante não está ao alcance de qualquer nem é possível em todos os terrenos. Com um pouco de superioridade espiritual, vale a pena o esforço no domínio das questões filosóficas ou literárias. Mas será conveniente na política? O próprio Renan, nessas *Feuilles Détachées* impregnadas de tão serena beleza, acredita perigoso o preceito numa democracia. “O povo, com efeito, é naturalmente crédulo e inclina-se sempre a aceitar o que lhe dizem. Compreende muito pouco a dúvida metódica e, habituado a costumes rudes, acredita que a injúria não rebatida foi por isso mesmo confessada”.³⁵²

A referência a terceiros, que justifica a negativa de inserção da resposta, é aquela que contém lesão a direito ou interesse legítimo e que pode autorizar o lesado a exigir também uma retificação.

André PERRAUD-CHARMANTIER³⁵³ observa que em matéria de direito de resposta, reputa-se terceiro “toda pessoa estanha à redação ou à publicação do artigo que dá lugar ao exercício do direito”³⁵⁴.

Em consequência desta definição de terceiro, não se podem revestir desta qualidade, o autor do escrito que provocou a resposta, nem mesmo aquele que teria ditado ou inspirado este artigo, nem o gerente que é quem assume a responsabilidade de todos os artigos publicados, nem o proprietário do jornal, em razão de sua responsabilidade civil que sobre ele pesa em resultado das faltas do gerente.”

A resposta também será negada quando se tratar de atos ou de publicações oficiais, salvo quando divulgadas em jornal oficial.

A redação do dispositivo na Lei n° 2.083/53 não ficou clara³⁵⁵, levando a entender que, ainda que se tratasse de atos ou publicações oficiais, em sendo divulgados por jornal oficial, seria permitido o direito de resposta. Para que esses

³⁵¹ LIMA SOBRINHO, Barbosa. *O problema da imprensa*. p. 247.

³⁵² *Ibid.*, p. 248.

³⁵³ PERRAUD-CHARMANTIER, p. 255.

³⁵⁴ “... toute personne demeurée étrangère à la rédaction ou à la publication de l'article qui donne lieu à l'exercice du droit.”

³⁵⁵ “Art. 23, ‘c’- quando se tratar de atos ou de publicações oficiais, salvo quando divulgadas em jornal oficial.”

atos e publicações oficiais se incluam no âmbito da Lei de Imprensa, faz-se mister que sejam publicados por um jornal ou periódico, e não em publicações avulsas.

A dificuldade de interpretação desse dispositivo fez com que, na Lei nº 5.250/67, fosse retomada a redação do Decreto nº 24.776, art. 38 letra 'c', que assim dispunha: “quando se referir a atos ou publicações oficiais, exceto se a resposta partir de autoridade pública”.

Nessas condições, de acordo com o texto legal, se os atos ou publicações oficiais forem inseridos em órgãos da imprensa, não oficiais, será negado o direito de resposta, porém, se o forem no Diário Oficial, permite-se a retificação.

No entanto, os atos e publicações oficiais, isto é, do governo, podem atingir e lesar mesmo a honra do cidadão, seja ele funcionário ou não.

Uma penalidade, por exemplo, aplicada a um funcionário, poderá marcar a sua reputação ou ofender-lhe a dignidade. Todavia, esse ato decorre da condição hierárquica em que o mesmo se encontra e da própria lei que o permite. O atingido, por força da mesma lei, tem recurso contra o ato. O aplicador da penalidade age em nome do Estado e este responderá pelos danos porventura causados pelo ato, se nela houve injustiça ou má-fé. O direito de resposta, aí, seria o mesmo do condenado por sentença criminal que pretendesse responder, mediante retificação, à publicidade do ato.

Analisando a lei francesa de 1881, já dizia Fabreguettes³⁵⁶ que, “por exceção à regra de que o direito de resposta é absoluto, o Jornal Oficial, tendo de reproduzir literalmente os documentos oficiais que lhe são comunicados pelo governo, não pode ser obrigado a inserir a resposta da parte designada em um desses documentos. Seria diferente para as outras partes não oficiais do Jornal Oficial, ou pelos comentários que acompanhassem a publicação do ato oficial”.

E salientava ainda o mesmo autor que, afora o jornal oficial, todos os outros jornais são livres de o publicar ou não e, assim, estão obrigados ao direito de

³⁵⁶ p. Fabreguettes. *Traité des délits politiques et des infractions par la parole, l'écriture et la presse*. vol. II. p. 175. 1901.

resposta, mesmo para os documentos oficiais que reproduzam, por ser isso um ato voluntário de sua parte. Do mesmo modo, a publicação de um julgamento, ainda que fiel, sem qualquer comentário, sem que o jornalista exprima a respeito a sua opinião.

A harmonia na hermenêutica desse dispositivo se estabelecerá pela seguinte conclusão: a resposta será negada pelo juiz quando se tratar de atos ou de publicações oficiais, isto é, atos e publicações que os jornais ou periódicos são obrigados a inserir em suas colunas. Contudo, se esses atos ou publicações já foram dados à publicidade pelo órgão oficial do Estado, os jornais ou periódicos que os reproduzirem, ainda que com fidelidade, ficam sujeitos a atender o pedido de resposta que o juiz deverá conceder, se for o caso.

Todavia, convém esclarecer que os atos e publicações oficiais são aqueles determinados ou comunicados pela autoridade pública, no exercício de suas funções. Qualquer outra publicação ou notícia inserta no órgão da imprensa oficial, a título de propaganda ou comentário, refugindo aos moldes oficiais, está sujeita à retificação provocada ou compulsória, desde que nelas se vislumbre uma acusação ou ofensa ao retificante, na mesma coluna e com o mesmo título.

Se nessa propaganda ou comentário surgir uma ofensa à honra de alguém, o diretor do órgão oficial poderá cometer crime de imprensa, ao publicá-la, podendo ser diretamente acionado pelo ofendido, salvo se apontar desde logo o autor do escrito incriminado. Nada importa o fato de ser o diretor nomeado pelo Chefe do Executivo. Ninguém é obrigado a cumprir ordens ilegais.

Se na resposta houver referências a terceiros, ela não deverá consistir em fatos que possam abrir ensejo a que esses terceiros se utilizem, também, do direito de retificação, contra essa referência.

A acusação que faz nascer o direito de resposta aquela, *summa summarum*, que importe em abuso da liberdade de imprensa.

É cogitável, contudo, o caso de um juiz menos atento indeferir a inserção da resposta solicitada pelo terceiro, mormente, quando a notícia atinge o ofendido

por ricochete ou por meio de insinuações veladas, que ao julgador passem despercebidas.

O terceiro terá de suportar os efeitos negativos imediatos do dano moral, restando-lhe apenas buscar ressarcimento em ação de responsabilização civil.

Para evitar situações como a figurada é que o juiz, ao apreciar o pedido de resposta, deve ter a maior cautela no indeferimento do pedido. Assim, se a resposta não estiver vazada em forma legal, deverá o juiz abrir ao ofendido a possibilidade de colocar a resposta em termos, pesando bem, de outro lado, os motivos invocados para o pedido.

12 A AÇÃO ELEITORAL DE INSERÇÃO

Para conter e atenuar os efeitos do comportamento ofensivo dos candidatos na mídia, consagrou-se o uso do direito de resposta também na legislação eleitoral, mediante previsão de que, embora dotada de certas particularidades, decorrentes da adaptação em função dos fins próprios do Direito Eleitoral, lança raízes na Legislação de Imprensa, onde foi criado, e que lhe serve de base principiológica e hermenêutica.

12.1 O DIREITO DE REPOSTA NAS LEIS ELEITORAIS

Nosso Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965) assegura o direito de resposta a quem for injuriado, difamado ou caluniado, através da imprensa, rádio, televisão ou alto-falante (art. 243, § 3º). Esse direito vem sendo assegurado em todas as “leis do ano” e pelas resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, que, sem exceções, trazem instruções sobre a propaganda eleitoral.

A previsão do Código Eleitoral ressumbra por demais restritiva, pois reduz a possibilidade de exercício de direito de resposta apenas para os casos em que se perfaçam os tipos penais dos crimes contra a honra, injúria, calúnia e difamação, excluindo-o dos casos em que, embora não perfeita a *fattispecie*³⁵⁷ desses tipos penais, haja ofensa a qualquer outro direito individual. Essa interpretação restritiva encontrou eco, logo após a edição do Código Eleitoral, na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, emblemática em voto do Ministro VILLAS BOAS, quando afirmou: “Penso que o direito de resposta reveste excepcionalidades que a Corte não pode deixar de considerar, isto é, esse direito só seria de deferir-se quando

³⁵⁷ Não nos parece, contudo, que a admissão da ação de inserção, ou a veiculação da resposta, encontrem-se atreladas ao juízo positivo de admissibilidade da representação, mas tão-somente ao perfazimento do tipo penal mediante uma análise do próprio juiz eleitoral, não vinculada e não vinculante à do juiz criminal.

as acusações assacadas contra qualquer pessoa, candidato ou não, se revistam de gravidade suficiente para caracterizar uma das três figuras contempladas pelos textos da lei e da Resolução³⁵⁸.

Nesse particular, parece acertado adotar — até porque lastreado na origem legal do instituto — o âmbito de aplicação mais amplo permitido pela Lei de Imprensa que, no artigo 29, o prevê como exercitável por “Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusado ou ofendido ...”.

A previsão restritiva permaneceu até a penúltima lei do ano (Lei nº 8.713, de 30.09.93), que previa no artigo 68: “A partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o exercício do direito de resposta ao partido, coligação ou candidato atingido por afirmação caluniosa, difamatória ou injuriosa, praticada nos horários destinados à programação normal das emissoras de rádio e televisão”.

Essa tendência ampliativa vinha se fazendo sentir, há certo tempo, na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, que passou a dispensar, para a concessão do direito de resposta, a caracterização de algum crime contra a honra, para admiti-lo nos casos em que “Tendo a fala natureza injuriosa, atingindo diretamente a dignidade e a honorabilidade do requerente, é de lhe ser deferido direito de resposta³⁵⁹”.

Já a última lei anual (Lei nº 9.100, de 29.09.95) traz no artigo 66 previsão mais ampla, em consonância com a função do instituto do direito de resposta. Diz o artigo: “Art. 66. A partir da escolha de candidatos em Convenção, é assegurado o direito de resposta a candidato, partido ou coligação, atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social”.

Essa última lei ampliou o alcance do direito de resposta para alcançar inclusive as forma indiretas de ofensas, como exibição de imagem ou declarações

³⁵⁸ JTSE 02/90/143.

³⁵⁹ JTSE 2/90/172.

caluniosas, difamatórias e injuriosas. E mais: alcançou também as afirmações “sabidamente inverídicas difundidas por qualquer veículo e comunicação social” (Doutrina da real malícia), mediante a previsão expressa do direito de retificação na propaganda eleitoral.

Essas afirmações inverídicas são verificadas no período de propaganda eleitoral, com resultados, às vezes, irreversíveis para o candidato prejudicado. A prática de difundir veleidades e versões mentirosas de fatos ocorridos é o ápice da falta de ética no debate eleitoral, assinalando o momento que denota o desespero do candidato que se sente derrotado e apela para os mais odiosos meios ao seu alcance. Desse abuso nasce a necessidade de pronta intervenção da Justiça Eleitoral.

A Lei nº 9.100/95 ainda complementa o Código Eleitoral ao estender a legitimidade para uso do direito de resposta também aos partidos e às coligações.

Por imagens ofensivas deve-se entender aquelas capazes de levar o candidato ao ridículo, ou por meio de trucagens, montagens ou alguma cena íntima. A exibição de fotos com comentários desairosos pode atingir o decoro e a reputação de um candidato. Por exemplo, nas últimas eleições, em pleno escândalo dos “anões do orçamento”, a exibição de fotos de candidatos junto a um deles, em confraternização ou intimidades, foi motivo para muitas insinuações, com o objetivo de envolvimento, de comprometimento daquele candidato com o esquema de corrupção.

Ponto delicado que se impõe distinguir, porque freqüente nas campanhas, é a jocosidade (*animus jocandi*) e a ofensa à honra. Às vezes, essa prática denota inteligência arguta no uso de trocadilhos e situações engraçadas de bom gosto. Outras, entretanto, a pretexto dessa intenção jocosa, o ofensor torna-se maledicente, levando o adversário ao ridículo. E o ridículo, como dizia Nelson HUNGRIA, “é um arma terrível, pois uma piada malévola pode destruir toda uma reputação”. Não devem ser permitidas as piadas de baixo nível, com tons injuriosos, que pretendem ridicularizar o candidato.

12.2 O PROCEDIMENTO DA AÇÃO ELEITORAL DE INSERÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Os requisitos do direito de resposta são determinados pela Lei de Imprensa e pelas leis eleitorais, notadamente as que são promulgadas, no Brasil, para disciplinar as eleições (art. 16, da CF). Como às leis eleitorais anuais cabe apenas a previsão da disciplina do exercício do direito de resposta para cada pleito eleitoral, todas as lacunas constatadas nessa previsão devem ser colmatadas pela estampada na Lei de Imprensa³⁶⁰, até mesmo pela necessidade de se preservar certa uniformidade no manejo desse instituto.

³⁶⁰ Do que discorda veementemente Antônio Carlos Mendes, para quem “O direito de resposta em matéria eleitoral é assegurado pelo artigo 243, § 3º, do Código Eleitoral, pelo artigo 15, § 2º, da resolução nº 12.294, do E. Tribunal Superior Eleitoral, publicada no DJ, edição de 13 de agosto de 1986 e pelo artigo 153, § 8º, da Constituição Federal”.

A matéria está inteiramente regulada por normas, erigindo disciplina própria e exauriente do direito eleitoral de resposta e, assim, estabelecendo regime jurídico dado, exclusivamente pelo Código Eleitoral e pelas leis às quais o *Codex* faz expressa remissão, consoante o seu artigo 288, bem como o estatuído no artigo 36, da Resolução nº 12.924 do E. Tribunal Superior Eleitoral que regulamentou a propaganda eleitoral visando às eleições de 15 de novembro de 1986, *verbis*: “Nos crimes eleitorais cometidos por meio da imprensa, do rádio ou da televisão, aplicam-se exclusivamente as normas deste Código e remissões a outra lei nele contempladas”.

O ordenamento jurídico eleitoral apresenta-se, assim, como sistema normativo fechado inadmitindo a aplicação de quaisquer outras normas legais, à exceção das remissões e outras leis nele contempladas.

Portanto, esse sistema normativo fechado e, por essa razão, exauriente e excludente dos demais dispositivos legais, afirma por um lado o princípio da especialidade da lei eleitoral e, em consequência, exclui a aplicação das demais leis gerais ou especiais.

Essa nítida tendência de submeter as campanhas eleitorais a regulamentação especificamente decorre da “propensão mais ampla para disciplinar juridicamente zonas de actividade política antes vagas, ou sujeitas apenas às normas gerais respeitantes às liberdades públicas, nela cabendo também a regulamentação dos partidos políticos, que aliás mantém íntima conexão com a primeira. A idéia é, em ambos os casos - o das campanhas eleitorais e o dos partidos políticos - fundamentalmente a mesma: trata-se, como na economia, de procurar substituir o exercício incondicionado através de normas que visem impor e assegurar “regras de jogo”, destinadas a garantir a “genuinidade” da concorrência - ou salvá-la” (TELLES, Miguel Galvão. O regime jurídico das campanhas eleitorais no direito comparado. In: ESTUDOS de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano. Lisboa : Ática, 1973. p. 297).

Nessa linha, ao intérprete é vedado a utilização de mecanismos de interpretação tendentes à elaboração intelectual destinada a construir o direito aplicável ao caso concreto mediante analogia legis.

Assim, os crimes eleitorais e o direito de resposta e retificação encontram os seus limites na disciplina veiculada pelo Código Eleitoral, *ex vi* do artigo 288 desse Diploma Legal.

Essa disciplina - reafirma-se - erige a ordem jurídica eleitoral como sistema pleno e, pois, excludente das demais normas infraconstitucionais, submetendo-se à Constituição e, assim, buscando na Carta a validade e o significado de suas disposições.

Conseqüentemente, é inaplicável ao direito eleitoral a chamada teoria das lacunas, resultando “que uma ordem jurídica pode sempre ser aplicada por um tribunal a um caso concreto, mesmo na hipótese de essa ordem jurídica, no entender do tribunal, não conter qualquer norma geral através da qual a conduta do demandado ou acusado seja regulada de modo positivo, isto é, por forma a impor-lhe o dever de uma conduta que ele, seguindo a alegação do demandante privado ou do acusador público, não realizou. Com efeito, neste caso, a sua conduta é regulada pela ordem jurídica negativa, isto é, regulada pelo facto de tal conduta lhe não ser juridicamente proibida e, neste sentido, lhe ser permitida. Este caso, porém, é entendido - sob certas condições - como uma lacuna de ordem jurídica...” Mas, “vistas as coisas mais de perto, verifica-se que a existência de uma ‘lacuna’ só é presumida quando da ausência de uma tal norma

Em cada pleito, a jurisprudência e a doutrina vêm avaliando e traçando as balizas do direito de resposta, em contínuo aperfeiçoamento, pois se trata de um tema delicado, que deve ser analisado no contexto em que é reclamado.

A Lei nº 9.100/95 sintetiza a evolução de todas as leis anuais anteriores, prevendo o trâmite da ação de inserção com dispensa da fase extrajudicial, que, segundo a Lei de Imprensa, é requisito indispensável para seu aforamento.

12.3 A AÇÃO DE INSERÇÃO E AS OFENSAS PROFERIDAS FORA DO HORÁRIO ELEITORAL

Como já demonstrado, a partir da escolha, em convenção, dos candidatos, a competência para exame dos pedidos de direito de resposta em relação às ofensas dirigidas a estes, ao partido político ou à coligação, através de jornal, rádio ou televisão, transfere-se à Justiça Eleitoral.

Antes da convenção, que é o verdadeiro *start up* da corrida eleitoral, eventuais ofensas a candidatos, partido ou coligação, levadas a conhecimento público através de qualquer veículo de comunicação social, serão respondidas mediante o procedimento gizado pela Lei de Imprensa.

Fique claro, contudo, que somente os candidatos, Partidos ou Coligação, atingidos por afirmação caluniosa, injuriosa ou difamatória³⁶¹, em jornal, programa

jurídica é considerada pelo órgão aplicador do Direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica e, por isso, a aplicação -logicamente possível - do Direito vigente é afastada por esta razão político-jurídica, por ser considerada pelo órgão aplicador do Direito como não equitativa ou desacertada" (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra : Armênio Armado Editor, 1974. p. 338-339). (DIREITO ELEITORAL DA RESPOSTA . CADERNOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL, REVISTA DO TRESp. IMPRENSA OFICIAL DO ESTADO)

³⁶¹ Nesse sentido, a decisão do Tribunal Superior Eleitoral na Representação nº 10.567: "Propaganda eleitoral. Horário gratuito. Direito de resposta. Res. 15.443/89, art. 14, § 5º. Deferido o pedido de direito de resposta por estar caracterizada a veiculação de texto ofensivo à honra do representante - Indeferido o pedido de suspensão do programa da Coligação 'Brasil Novo'" (DJU 11/04/90). Segue a mesma linha, a decisão da Representação nº 10.419: "Propaganda eleitoral. Horário gratuito. Direito de resposta. Res. 15.443/89, art. 14, § 5º. Deferido o pedido de resposta, por estar caracterizada a divulgação de texto ofensivo à reputação do candidato" (DJU 20/04/90). E ainda, as decisões proferidas nas seguintes Representações: nº 10.796 - "Propaganda eleitoral. Horário gratuito. Direito de resposta. Lei 7.773/89, art. 20. Alegando a inicial fato isolado, incapaz de afetar a credibilidade da instituição representante, é de ser negado o pretendido direito de resposta" (DJU 14/03/90); nº 10.759: "Propaganda eleitoral. Horário gratuito. Direito de resposta. Lei 7.773/89, art. 20. Indeferido o pedido de resposta, porque não caracterizada a ofensa a qualidades éticas do representante" (DJU 14/03/90); nº 10.494: "Propaganda eleitoral. Horário gratuito. Direito de resposta. Res. 15.443/89, art. 14, § 5º. Indeferiu-se o pedido de resposta à falta de objetividade necessária que permita a avaliação do teor difamatório do texto divulgado" (DJU 16/1189); e nº 10.376: "Horário gratuito de propaganda eleitoral. Direito de resposta. Ausência

normal de rádio ou televisão, ocorrido após a convenção, podem postular o direito de resposta junto à Justiça Eleitoral.

As demais pessoas ofendidas, não candidatos, somente poderão postular direito de resposta na Justiça Eleitoral, quando a ofensa for produzida em programa do horário eleitoral gratuito, no rádio ou televisão. Fora desse horário, o pleito deve ser processado também pelo rito gizado na Lei de Imprensa.

Quando a ofensa ao candidato, Partido ou Coligação for produzida em jornal, revista, poderá o ofendido ou seu representante legal, dentro de três dias da data da publicação, requerer³⁶² ao Juiz Eleitoral lhe seja deferido direito de resposta, instruindo o pedido com o exemplar da publicação, contendo cópia da publicação reputada ofensiva e o texto da resposta a ser veiculada.³⁶³

Ao contrário dos casos de ofensa através do rádio ou televisão, em que o pedido para o exercício do direito de resposta deve ser encaminhado ao TRE ou TSE, em se tratando de transmissão nacional ou interestadual, o pedido, no caso de agravo em jornal ou revista, deve ser apresentado ao Juiz Eleitoral na primeira instância.

Sem a prova da ofensa ou do teor da resposta a ser publicada, a petição será indeferida, ainda que apresentado o pedido tempestivamente.³⁶⁴

O prazo de três dias é de decadência. Não exercitado nesse período, o direito de resposta desaparece em decorrência da inércia do seu titular. Persiste, porém, o direito à indenização pelos danos produzidos com a ofensa.

dos pressupostos de fato inerentes à configuração da alegada acusação injuriosa, a qual somente se caracterizaria quando atingidas as qualidades éticas essenciais do ofendido, a tanto não chegando o simples questionamento de coerência ideológica ou partidária, no suposto apoio a determinado projeto. Pedido indeferido" (DJU 14/03/90).

³⁶² Por meio de advogado, titular privativo da capacidade postulatória, sob pena de não conhecimento do pedido, como já decidiu o Tribunal Superior Eleitoral na Representação nº 10.404: "propaganda eleitoral. Horário gratuito. Direito de resposta. Res. 15.443/89, art. 14, § 5º. Não conhecido o pedido de direito de resposta formulado pelo Partido dos Trabalhadores - PT, por defeito de representação" (DJU 22/11/89).

³⁶³ Art. 66, § 1º, I, da Lei nº 9.100/95.

³⁶⁴ Nesse sentido a decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral na Representação nº 10.504: "Propaganda Eleitoral. Horário gratuito. Direito de resposta. Res. 15.443/89, art. 14, § 5º. Sendo omissivo o pedido no que se refere ao fato tido por ofensivo, é de se indeferir o pretendido direito de resposta" (DJU 20/04/90).

Recebida a petição inicial, o Juiz mandará notificar³⁶⁵ o jornal ou periódico responsável pela publicação ofensiva para, no prazo de 48 horas, contado minuto a minuto, apresentar defesa. No prazo máximo de cinco dias, contados da data do ingresso da inicial em Juízo, a decisão deverá ser prolatada.³⁶⁶

A alegação de que a ofensa foi produzida por pessoa não integrante do corpo editorial do jornal ou revista, é irrelevante para afastar o dever de publicar a resposta, sem ônus para o ofendido.

Julgado procedente o pedido, a divulgação da resposta ocorrerá, no mesmo jornal ou revista, com o mesmo espaço, local, página, tamanho, caracteres e outros destaques usados na ofensa, no prazo de 48 horas após a decisão, ou no mesmo dia da semana, em que foi divulgada a ofensa, se assim o requerer o ofendido. No caso de o veículo ter periodicidade maior do que 48 horas, na primeira vez que circular.³⁶⁷

Ao ofensor cabe o encargo de comprovar o cumprimento da decisão, aparelhando sua informação com detalhes sobre a distribuição dos exemplares, a quantidade impressa, a abrangência da distribuição e a publicidade realizada.³⁶⁸

De outra parte, em se tratando de ofensa produzida na programação normal de rádio ou televisão, o ofendido ou seu representante legal, como assinalado, aforará a ação de inserção, no caso de ofensa em transmissão local, junto ao Tribunal Regional Eleitoral ou junto ao TSE, no caso de transmissão nacional ou interestadual. O TSE e os Tribunais Eleitorais designarão entre os seus Ministros e Juízes substitutos, 3 Juízes auxiliares que, monocraticamente, decidirão sobre esses pedidos, com recurso para o plenário da respectiva Corte.³⁶⁹

O pedido de resposta deve ser formulado no prazo de 48 horas da veiculação do programa. Recebida a petição, mandará o Juiz notificar,

³⁶⁵ Termo correto, a nosso ver, seria “citar”, tal como o utiliza a Lei de Imprensa.

³⁶⁶ Art. 66, § 1º, II, da Lei nº 9.100/95.

³⁶⁷ Art. 66, § 1º, III, da Lei nº 9.100/95.

³⁶⁸ Art. 66, § 1º, IV, da Lei nº 9.100/95.

³⁶⁹ Resolução TSE, Processo nº 14.213/94.

imediatamente, o responsável pela emissora que realizou o programa, para que, em 24 horas, entregue cópia da fita da transmissão.³⁷⁰

Nesse caso, a lei nº 9.100/95 não prevê a abertura de prazo para contestação do ofensor, ou sequer do meio de comunicação que veiculou a ofensa, que se encontra adstrito ao oferecimento da cópia magnética da ofensa. Com essa omissão imperdoável, o legislador cometeu grave equívoco, pois abre espaço para que esse procedimento seja declarado inconstitucional por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. LV, da CF), sustentáculos do devido processo legal.³⁷¹

Deferido o pedido, a resposta deve ser levada ao ar até 48 horas após a decisão, podendo a Justiça Eleitoral designar outro horário, de sorte a permitir a reparação, inclusive, se for recomendável, de modo a não ensejar tréplica.³⁷²

Os responsáveis pela emissora, que se recusarem a fornecer cópia da fita da transmissão solicitada pela Justiça Eleitoral, incorrerão na prática do crime capitulado no artigo 347 do Código Eleitoral, que prevê detenção de três meses a um ano e pagamento de 10 a 20 dias-multa. A emissora deve ainda preservar a gravação do programa até a decisão final do processo, ocasião em que lhe será restituída a fita que o instruiu.³⁷³

No caso de recusa intransigente da emissora em exibir a fita, pode a Justiça Eleitoral determinar sua apreensão através da Polícia Federal, sem prejuízo da ação criminal contra seus responsáveis.

Para maior celeridade do processo e facilitação de sua consignação, o ofendido deve anexar ao seu pedido transcrição da fita e, se possível, cópia da

³⁷⁰ Art. 66, § 2º, II, da Lei nº 9.100/95.

³⁷¹ Nesse sentido: “Não se reporta o legislador, ofendendo o art. 5º, LV, da Constituição da República, ao prazo para defesa da emissora em que se produziu o programa denunciado pelo ofendido. Aliás, sequer fala em contestação. Julgamos, porém, ser este de 24 horas, o mesmo para exibição da fita requisitada e para defesa, no caso de ofensa na propaganda do horário gratuito” (Djalma Pinto...).

³⁷² Art. 66, § 2º, III, da Lei nº 9.100/95.

³⁷³ Art. 66, § 2º, II, da Lei nº 9.100/95.

transmissão. Conquanto não esteja obrigado a isso, essa providência facilita a instrução do feito, permitindo maior rapidez na prolatação da decisão.

O deferimento do direito de resposta não exime a emissora em que foi produzida a ofensa, da suspensão de suas transmissões.

A Lei nº 9.100/95 tratou ainda da ação de inserção frente a agravo proferido no horário eleitoral gratuito, fixando o prazo de 24 horas para apresentação do pedido, contados do término da transmissão, assinando igual prazo para contestação e para decisão.

Nessa hipótese, como no anterior, tendo sido a ofensa veiculada por radiodifusão, a resposta não poderá ter duração inferior a um minuto.³⁷⁴

A resposta será veiculada no horário destinado ao candidato ofensor.³⁷⁵

Das sentenças, nesses três casos, cabe recurso³⁷⁶ no prazo de 48 horas, assegurado igual prazo para contra-arrazoá-lo.³⁷⁷ O recurso deverá ser decidido em 24 horas.³⁷⁸

O prazo extremamente exíguo para decisão do recurso, tal como previsto na Lei nº 9.100/95, retiraria até mesmo o sentido da discussão sobre o efeito suspensivo desse recurso. Contudo, ninguém desconhece que esses prazos jamais são observados com o devido rigor, recobrando valor a problemática do efeito suspensivo, que encontra solução na função colmatadora da lei de Imprensa. É dizer: silenciando a lei, não se deve imprimir efeito suspensivo ao recurso interposto da sentença que põe fim à ação de inserção, *ex-vi* do artigo 31, § 7º, da Lei nº 5.250/67.

³⁷⁴ Art. 66, § 2º, e § 3º, III, da Lei nº 9.100/95.

³⁷⁵ Art. 66, § 3º, III, da Lei nº 9.100/95, corroborado por antiga jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, expressa na Resolução nº 12.437, de 11 de novembro de 1.985, *verbis*: “ELEITORAL. PROPAGANDA. DIREITO DE RESPOSTA. CONSTITUIÇÃO, ART. 153, § 8º, DO CÓD. ELEITORAL, ARTIGO 243, § 3º, RESOLUÇÃO Nº 10.445, DE 29.06.78, DO T.S.E. I - Natureza constitucional do direito de resposta (CF, art. 153, § 8º). Assegura-se o direito de resposta a quem for injuriado, difamado ou caluniado no programa de propaganda eleitoral gratuita (Cód. Eleitoral, art. 243, § 3º, resolução nº 10.455/78). O direito de resposta será exercido no espaço de tempo do Partido ofensor.”.

³⁷⁶ Não nominado pela Lei nº 9.100/95 como apelação.

³⁷⁷ Art. 66, § 9º, da Lei nº 9.100/95

³⁷⁸ Art. 66, § 10º, da Lei nº 9.100/95.

13 PROVIDÊNCIAS PARALELAS AO EXERCÍCIO DA RESPOSTA

13.1 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATENTADOS A DIREITOS DA DIGNIDADE

O direito de resposta não é o único meio de se revidar os abusos que, mediante o exercício da liberdade de expressão do pensamento e da liberdade de informação, possam ser perpetrados em detrimento de outros direitos, em particular aos direitos fundamentais que tutelam a dignidade humana.

De fato, o só desmentido de certas imputações, ainda que com o mesmo destaque que estas tenham merecido, nem sempre será suficiente para recompor prejuízos. Basta ponderar que nada pode sequer garantir que um desmentido venha a ser do conhecimento de todos os que tenham tomado ciência da versão dos fatos, originariamente veiculada.³⁷⁹

Da mesma forma, não se pode deixar de reconhecer que o dano moral tem repercussões que não podem ser contidas ou apagadas do conhecimento público mediante uma indenização pecuniária. Alguém que, por exemplo, tenha sido agravado em uma nota jornalística poderá até lograr indenização dos danos morais que a ofensa tenha ocasionado, mas apenas conseguirá demover a imagem negativa que remanesceu ao conhecimento público quando lograr, através do exercício do direito de resposta, desmentir o afirmado pelo ofensor. A essa necessidade a reparação pena ou civil, com efeito, não faz frente, como reconheceu Cesareo CONSOLO, ao afirmar que “A aplicação da pena basta à vingança pública; mas à

³⁷⁹ Não é por outra razão que o substitutivo à nova Lei de Imprensa, apresentado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara pelo deputado Vilmar Rocha, em 30 de abril de 1997, prevê que o direito de resposta é exercitável sem prejuízo das ações civis e criminais (artigo 20, *caput*). O substitutivo não destoa, assim, da previsão inserta no artigo 5º, V, da Constituição Federal.

pessoa atingida em sua afeição, na sua reputação, tem o direito de exigir uma compensação particular ao seu sofrimento, que é dada em dinheiro por não ser possível melhor compensá-la”³⁸⁰.

Assim, os direitos da personalidade, em muitas de suas projeções, devem merecer tutela mais ampla, mediante a cominação de sanções de natureza civil e criminal, para os atentados que sofrerem, incluindo os provenientes do exercício da liberdade de pensamento, com paralelo reconhecimento do direito de resposta ao ofendido.

A atual Constituição trouxe importante avanço no plano da responsabilidade civil, ao assegurar, no artigo 5º, X, o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação “da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas”.

Em primeiro lugar, tornou-se o dispositivo constitucional pioneiro, no Brasil, a mencionar expressamente o direito à intimidade, à honra e à imagem. Com efeito, a exemplo das demais, a anterior Constituição assegurava tais direitos apenas de modo implícito, na medida em que, nos termos do § 36 do artigo 153, a especificação dos direitos e garantias previstos na Lei Maior não excluía outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. De modo explícito, as Constituições precedentes previram apenas, no campo do direito à intimidade, a inviolabilidade do domicílio e a inviolabilidade do sigilo de correspondência.

Em segundo lugar, é particularmente relevante a expressa menção que faz o dispositivo em apreço à indenização por dano moral, definindo o norte a ser dado ao tratamento da matéria, em face das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais que se tem suscitado a respeito. Sim, pois se é certo que o constituinte filiou-se à corrente mais atual, defensora da reparação do dano moral puro, numerosos ainda

³⁸⁰ “L’applicazione della pena basta alla vendetta pubblica; ma la persona colpita nelle sue affezioni, nella sua reputazione, há il diritto di esigere un compenso particolare ale sue sofferenze; é dato in danaro por non poter fare di meglio” (CONSOLO, Cesareo. *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*. Turim : Unione, 1914. p. 227).

são os adeptos da tese da indenização do dano moral condicionada à ocorrência de reflexos patrimoniais.

Registre-se, por oportuno, que o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62)³⁸¹ continha previsões a respeito, já que na linha que a Constituição prestigiou. Tal disposição foi revogada pelo Decreto-lei nº 236, de 28 de fevereiro de 19567, prevalecendo, nos termos desse último diploma legal, a responsabilidade solidária da empresa de radiodifusão nos casos de calúnia, difamação ou injúria (artigo 53), com multas que variam conforme a intensidade do delito.

Nesse particular também foi pioneira a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), que prescreveu inclusive as variáveis do cálculo da indenização,³⁸² limitando o *quantum* da indenização ao máximo de 20 (vinte) salários mínimos (artigo 51, IV)³⁸³,

³⁸¹ “Art. 81 - Independentemente da ação penal, o ofendido pela calúnia, difamação ou injúria cometida por meio de radiodifusão, poderá demandar; no Juízo Cível, a reparação do dano moral, respondendo por este solidariamente, o ofensor; a concessionária ou permissionária, quando culpada por ação ou omissão, e quem quer que, favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para ele.”

“Art. 84 - Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de defender, a gravidade e repercussão da ofensa.”

“Art. 87 - Os dispositivos relativos à reparação dos danos morais, são aplicáveis, no que couber, ao caso de ilícito contra a honra por meio da imprensa, devendo a petição inicial ser instruída, desde logo, com o exemplo do jornal ou revista contendo calúnia, difamação ou injúria.”

³⁸² “Artigo 49 - Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar:

I - os danos morais e materiais, nos casos previstos no artigo 16, II e IV, no artigo 18 e da calúnia, difamação ou injúria.

Artigo 53 - No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.

Artigo 56 - A ação para haver indenização por dano moral poderá ser exercida separadamente da ação para haver dano material, e sob pena de decadência, deverá ser proposta dentro de três meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa.”

³⁸³ O substitutivo à nova Lei de Imprensa, apresentado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara pelo deputado Vilmar Rocha, em 30 de abril de 1997, ao dispensar a fixação de qualquer limite à reparação do dano moral, foi criticado pela Associação Nacional dos Jornais - ANJ, em nota na qual afirma que “As indenizações, sem limites fixados, serão estabelecidas pelos juízes mediante forte dose de subjetivismo” (FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo, 1º maio 1997).

se cobrada do jornalista, e a 200 (duzentos) salários mínimos, se postulada perante a empresa que explora o meio de comunicação (artigo 52).

A Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973 (Lei dos Direitos Autorais), também admite a indenização por danos morais ao autor de obras intelectuais e estéticas, prevendo sanções que incluem a perda de exemplares apreendidos e pagamento de preço do restante da edição, na hipótese de contratação (art. 122); a apreensão e suspensão de divulgação (art. 123) e a divulgação do nome do autor omitido, mediante publicação em jornal de grande circulação por três vezes (art. 126).

Quanto aos prejuízos materiais, a reparação, tanto pela lei comum, como pelas leis especiais, deve ser a mais ampla, incluindo os danos emergentes e os lucros cessantes, de modo a recompor integralmente o patrimônio do lesado.

Com aplicação aos casos eleitorais, mas com exclusão expressa dos casos de imprensa, importante ainda é esclarecer que, na fixação das indenizações, por danos materiais ou morais, vigora no Brasil o princípio da liberdade do juiz na apreciação das circunstâncias objetivas e subjetivas de cada caso concreto, observados os balizamentos legais, mas decidindo sempre segundo o convencimento que firmar diante dos elementos do processo.

A ação para reparação dos danos morais deverá ser proposta dentro do prazo de 3 (três) meses, tendo como *dies a quo* a data da publicação ou transmissão que a motivar (artigo 56)³⁸⁴.

Se a ofensa for proferida em veículo de comunicação de veiculação periódica, responderá solidariamente pela reparação dos danos morais a pessoa natural ou jurídica que o explora (artigo 49, § 2º).

Se o agravo for publicado em veículo de comunicação não periódico, responderão pela reparação do dano o autor do escrito ou, caso não seja possível

³⁸⁴ O substitutivo à nova Lei de Imprensa, apresentado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara pelo deputado Vilmar Rocha, em 30 de abril de 1997, majora esse prazo para 6 (seis) meses (artigo 5º).

identificá-lo, a pessoa natural ou jurídica que explora o meio de comunicação (artigo 49, § 3º, 'a' e 'b').

Em ambos os casos, a pessoa natural ou jurídica que explora o meio de comunicação tem ação regressiva contra o autor do escrito ou o responsável por sua divulgação (artigo 50).

13.2 RESPONSABILIDADE CRIMINAL POR OFENSA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A liberdade de expressão, pressuposto de toda informação que deve ser livre, eficaz e integradora do Estado Democrático de Direito, deixa ao direito penal a função, não de limitá-lo, mas de proporcionar a tutela jurídica indispensável para alcançar sua efetividade.³⁸⁵

A responsabilidade civil é independente da responsabilidade criminal, sendo ambas cumuláveis. A par, portanto, do recebimento da resposta e da reparação dos danos na esfera civil, responderá na esfera penal o autor da ofensa, se o procedimento ilícito for tipificado como crime.

E como crimes estão tipificadas no Código Penal brasileiro várias condutas atentatórias a direitos da personalidade. Sempre nos circunscrevendo aos tópicos que interessam à presente análise, os abusos no exercício do direito de expressão são condutas que normalmente perfazem os tipos penais que respondem pelas rubricas de injúria, calúnia, difamação (crimes contra a honra), ou ainda de violação de domicílio, de segredo profissional, de comunicação telefônica ou postal. Com exclusão de outros de possível ocorrência, ater-nos-emos à análise de cada qual desses tipos penais, no que interessa ao tema do presente trabalho.

O tipo penal da calúnia abre a previsão da tutela da honra no Código Penal brasileiro, estando descrito no artigo 138 como a imputação falsa e dolosa de

³⁸⁵ Henrique RUIZ VADILLO, p.225.

fato definido como crime, não bastando que o seja como contravenção. Seu objeto de tutela é a honra objetiva, é dizer: o conceito de que cada pessoa goza em seu meio social. Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo ou passivo do crime de calúnia, podendo sê-lo, neste último caso, até mesmo os mortos e, com alguma controvérsia, as pessoas jurídicas. Admite a prova da verdade (pois não sendo falsa a imputação, não haverá calúnia) com exceção dos casos mencionado no § 3º do artigo 138.

A difamação é tipificada pelo artigo 139 do Código Penal como a imputação, falsa ou não, mas sempre dolosa, de fato ofensivo à reputação, seja crime ou não. Não obstante, se falsa a imputação de fato criminoso estará perfeito não mais o tipo penal da difamação, e sim o da calúnia. Ao prever expressamente a ofensa à reputação, o tipo deixa claro que o objeto jurídico da difamação é também a honra objetiva. Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo ou passivo desse crime, que, sendo formal (pois se consuma quando a imputação chega ao conhecimento de outrem que não a vítima). Não se admite exceção da verdade, exceto se “o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções” (Artigo 139, Parágrafo único, do Código Penal).

O tipo penal da injúria, previsto no artigo 140 do Código Penal, se perfaz com a mera ofensa dolosa à dignidade ou ao decoro, isto é, com a afronta à honra pessoal subjetiva, que expressa o sentimento que cada pessoa tem a respeito de seu decoro e dignidade³⁸⁶. Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo ou passivo desse crime, que se consuma com o conhecimento da opinião desprestigiada (aqui não se fala em imputação) pelo próprio ofendido. Na calúnia não se admite exceção da verdade, pois a perfeição do tipo penal ocorre mesmo que a injúria guarde alguma tinteira de verdade.

Nos crimes de calúnia e difamação, a *exceptio veritatis*, não obstante a autonomia dos institutos, pode afastar o fundamento do direito ao exercício da resposta por ausência de abuso no direito de expressão. Contudo, como já foi

³⁸⁶ DELMANTO, Celso. *Código Penal anotado*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1982. p. 151.

explanado, nem sempre a resposta se motiva por ofensa à honra, podendo surgir de ofensas à intimidade da vida privada, ao uso do nome ou ao uso da imagem, por exemplo.³⁸⁷ Nesse último caso, há que se preservar o direito à resposta.

Idêntica relação pode ser traçada entre a *exceptio veritatis* e a reparação do dano moral, havendo, quanto a esta, previsão legal no sentido de que “nos casos de calúnia e difamação, a prova da verdade, desde que admissível na forma dos artigos 20 e 21, excepcionada no prazo da contestação, excluirá a responsabilidade civil, salvo se o fato imputado, embora verdadeiro, diz respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão do interesse público” (artigo 49, § 1, da Lei de Imprensa).

Os crimes de calúnia e difamação admitem ainda a retratação prevista no artigo 143, como causa de extinção de punibilidade. Não obstante a autonomia dos institutos, é de se admitir que se retratação for veiculada da mesma forma que ofensa (pelo mesmo meio, com a mesma extensão e intensidade) não subsiste ao ofendido interesse ao exercício da resposta. Permanecerá o interesse, contudo, se o ofendido demonstrar que a retratação não afastou integralmente o gravame produzido pela ofensa.

Outra figura que, a par da autonomia dos institutos, pode ser utilizada em harmonia com a do direito de resposta, é a do pedido de explicações, previsto no artigo 144 como o meio indicado para sanar dúvida decorrente de afirmação da qual se infere calúnia, difamação ou injúria. Da mesma forma que o pedido de explicações se constitui em preliminar do procedimento penal motivado por ofensa à honra, também o direito de resposta pode adotá-lo como providência primeira, voltada a aclarar o interesse e os limites do exercício da resposta.

³⁸⁷ Alerta COSTA JÚNIOR (p. 73) que “A tutela da intimidade poderá depender da maior ou menor amplitude que se venha a dar, em matéria de *exceptio veritatis*, nos crimes contra a honra. Se o ordenamento jurídico admitir, sem limitações, a prova da verdade acerca do fato atribuído, estará forçosamente comprometendo a intimidade da vida privada. Se, pelo contrário, o sistema legal restringir ou eliminar de vez do *jus positum* a exceção da verdade, reforçará sobremaneira a tutela da intimidade”.

Registre-se que também a Lei nº 5.250/67 cataloga a calúnia, a difamação e a injúria como crimes, quando perpetradas por intermédio dos meios de informação e divulgação (artigos 20, 21 e 22). Nesse caso, pelo princípio da especialidade³⁸⁸, prevalecem sobre as disposições do estatuto repressivo comum as da lei específica, cujas sanções são mais rigorosas, em termos de duração das penas restritivas da liberdade.

Na previsão da responsabilidade criminal, a Lei de Imprensa adota o sistema da legislação francesa³⁸⁹, fixando a culpabilidade pelo sistema *en cascade* (em cascata), dispondo que, quando não for possível responsabilizar o autor do escrito ou da transmissão incriminada (artigo 37, II), por estar ausente do país ou por não ter idoneidade para responder, pelo crime responderão o diretor ou redator-chefe do jornal ou periódico (artigo 37, II, 'a'), o diretor ou redator designado no Registro Civil (artigo 37, II, 'b'). Não sendo ainda possível a responsabilização destas pessoas (por se encontrarem fora do país ou por não terem idoneidade para responder), pelo crime serão processados o gerente ou proprietário das oficiais impressoras (artigo 37, III, 'a'), o diretor ou o proprietário da estação emissora de serviços de radiodifusão (artigo 37, II, 'b'). Pela distribuição ou venda de publicação ilícita ou clandestina, da qual não conste a indicação do autor, do editor ou da oficina onde se tenha imprimido, serão responsabilizados os distribuidores ou vendedores (artigo 37, IV).³⁹⁰

³⁸⁸ Como leciona Luiz Alberto MACHADO: "Diz-se que há especialidade quando, entre duas ou mais normas, existe relação de gênero e espécie. A norma especial derroga a norma geral. A norma especial é a norma geral acrescida de alguns elementos" (p. 59).

³⁸⁹ A responsabilização penal em cascata é atualmente prevista na legislação francesa para os casos de suicídio, consumado ou tentado, praticados com incentivo de programação audiovisual. Diz o artigo 318-2 C, do Código Penal francês: "Quand l'un de ces délits aura été commis par un moyen de communication audiovisuelle, le directeur ou, le cas échéant, le co-directeur de la publication sera poursuivi comme auteur principal si le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à la communication au public. A défaut, l'auteur et, à défaut de l'auteur, le producteur, sera poursuivi comme auteur principal. Lorsque le directeur ou le codirecteur de la publication sera mis en cause, l'auteur sera poursuivi comme complice".

³⁹⁰ Essa forma de apuração *en cascade* da responsabilidade criminal é mantida no artigo 10 do substitutivo à nova Lei de Imprensa, apresentado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara pelo deputado Vilmar Rocha, em 30 de abril de 1997. Na legislação portuguesa também se adota esse método de apuração da responsabilidade, por força do que prevêem os artigos 26 a 29 do Decreto-Lei nº 85-C, de 26 de fevereiro de 1975 (Lei de abuso da liberdade de imprensa), condensado por Manoel António Lopes Rocha (quando esclarece que, no caso de crimes cometidos em publicações unitárias, serão responsáveis "a) O autor do escrito ou imagem, se for suscetível de responsabilidade e residir em Portugal, salvo nos casos de reprodução não consentida, nos quais responderá quem a tiver promovido; b) O editor, se não for

O crimes de calúnia, injúria e difamação são de ação penal de iniciativa privada, com exceção do caso do artigo 141, I, quando deverá haver requisição do Ministro da Justiça, e do inciso II do mesmo artigo, quando se condiciona a ação de iniciativa pública à representação do ofendido.

Quanto à esfera da intimidade, igualmente encontra tutela no Código Penal e no Código Brasileiro de Telecomunicações.

Assim é que o Código Penal define como crimes a violação de domicílio (artigo 150); a violação do sigilo de correspondência (art. 151), aí incluídas a violação de comunicações telefônicas, telegráficas e radioelétricas; e a violação dos segredos comuns (art. 153) e profissionais (art. 154).

A violação de domicílio é crime que se consuma a entrada ou permanência, “clandestina ou astuciosa, contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências”. Tem por objeto jurídico a tutela da reserva da intimidade, a inviolabilidade doméstica, e pode ser cometida por qualquer pessoa, sendo sujeito passivo, normalmente (pois o tipo fala em “quem de direito”), quem habita o domicílio violado. Consuma-se com a entrada ou permanência no domicílio, admitindo tentativa. É delito comum quanto ao sujeito, doloso, de mera conduta. Admite tentativa. Processa-se mediante ação penal pública incondicionada.

A violação do segredo de comunicação é tipificada pelo Código Penal brasileiro, quanto à postal, como o acesso inautorizado ao conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem. Aproveita-se a mesma previsão do artigo 151 para prever, em seu inciso II, a violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica. Em ambos os casos o que se tutela é a liberdade

possível determinar quem é o autor ou se este não for suscetível de responsabilidade”; e quando cometido em publicação periódica, responsáveis serão: “a) O autor do escrito ou imagem, se for suscetível de responsabilidade, salvo nos casos de reprodução não consentida, nas quais responderá quem a tiver promovido; e o diretor do periódico ou seu substituto legal, como cúmplice, se não provar que não conhecia o escrito ou imagem publicados ou que não lhe foi possível impedir a publicação; b) O diretor do periódico ou seu substituto legal, no caso de escritos ou imagens não assinados ou de o autor não ser suscetível de responsabilidade, se não se exonerar da responsabilidade na forma prevista na alínea anterior; c) O responsável pela inserção, no caso de escritos ou imagens não assinados ou publicados sem conhecimento do diretor ou do seu substituto legal, ou quando a estes não foi possível impedir a publicação”. Essa forma de apuração de culpa é profundamente questionada pelo autor, por transgredir o princípio de culpa a partir da presunção de culpabilidade e não da presunção de inocência.

individual. O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, sendo sujeito passivo o destinatário da correspondência ou da mensagem. É crime doloso que se consuma com o ato de tomar conhecimento não autorizado da comunicação. Admite tentativa. No aspecto processual, o § 4º do artigo 151 do CP indicava a ação penal pública condicionada, nas hipóteses do *caput*, do § 1º, I-III; e incondicionada no caso do § 1º, IV, e § 3º. No entanto, o artigo 45 da Lei nº 6.538, de 22.06.78, dispõe que, nos crimes relacionados com o serviço postal ou de telegrama, a autoridade administrativa deve representar contra o autor ao Ministério Público Federal.

Quanto à inviolabilidade de segredo, há a que atine ao segredo comum e aquela que reveste informação à qual se tem acesso em decorrência do exercício profissional. A primeira forma de violação encontra-se prevista no artigo 153 do Código Penal, e se consuma com a divulgação injustificada do conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial. Embora a previsão, o crime se consuma mesmo que não sobrevenha dano a outrem, pois é crime formal que, portanto, independe do resultado material. Sujeito ativo é o destinatário ou detentor da correspondência, podendo ser sujeito passivo qualquer pessoa. Processa-se por ação penal de iniciativa pública condicionada à representação do ofendido.

A violação de segredo profissional é prevista no artigo 154 do Código Penal como a revelação, sem justa causa, de informação a que se tem acesso em razão do ofício ou profissão. Consuma-se, da mesma forma que a divulgação de segredo comum, com o mero ato de comunicação não consentida da informação. Sujeito ativo será quem tiver conhecimento do segredo em razão de ofício ou profissão. Sujeito passivo será qualquer pessoa. A sobrevivência do dano é irrelevante para a perfeição do tipo, pois é crime formal. Admite tentativa. Processa-se por ação penal de iniciativa pública, condicionada à representação do ofendido.

O Código de Telecomunicações, de sua vez, tipifica o crime de violação de telecomunicações no artigo 56, prevendo as sanções de que são passíveis as

concessionárias ou permissionárias e as pessoas físicas responsáveis (art. 58 e 59), com a redação dada pelo Decreto-lei nº 236/67.

A Lei de Imprensa prevê ainda, no artigo 7º, § 2º, a possibilidade de apreensão, pela autoridade policial, de todo impresso exibido em público que não traga estampado o nome do autor e do editor, em como indicação da gráfica onde foi impresso, do endereço de sua sede, e da data da impressão.³⁹¹

A Lei de Imprensa, nesse particular, buscou inspiração na doutrina italiana, diferindo no fato de que, segundo esta, a apreensão apenas pode ser determinada pela autoridade judiciária.³⁹²

³⁹¹ O substitutivo à nova Lei de Imprensa, apresentado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara pelo deputado Vilmar Rocha, em 30 de abril de 1997, no artigo 2º, restringe a possibilidade de apreensão de exemplares, determinando que esta se opere sempre a partir de determinação judicial. Prevê o substitutivo: “Art. 2º. É vedada a apreensão de jornal ou revista e a suspensão de transmissões de rádio e televisão, salvo nos casos e na forma previstos na Lei nº 8.096, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou quando se tratar de publicação anônima ou transmissões clandestinas. § 1º. A apreensão será sempre feita por ordem judicial, ouvido o Ministério Público”.

³⁹² Carlo Federico GROSSO, *Sviluppi recenti...*, p. 292.

CONCLUSÃO³⁹³

A presente conclusão ganha forma a partir do realce da estrutura do estudo desenvolvido, amparado nos pontos que a seguir se ressalta.

1. A noção de liberdade, essencialmente metajurídica, torna-se jurídica quando entendida como direito de liberdade, limitada no espaço necessário ao exercício de outro direito fundamental.

2. A idéia de limitação de um direito fundamental por outro se origina da própria admissão de um sistema de direitos fundamentais, harmônico por definição.

3. A noção de direitos fundamentais deve ser considerada não como contraponto da liberdade privada ao domínio público, mas como categoria que, através deste, engloba os direitos, liberdades e garantias que sustentam a tutela daqueles direitos.

4. O caráter inalienável dos direitos fundamentais permite sua renúncia parcial, mas jamais a exclusão total de sua titularidade e exercício.

5. Os direitos fundamentais são tratados em referência plural para evidenciar que são integrantes de uma cláusula geral que constitui o *prius* da dignidade humana. Constituem um direito-quadro, pois envolvem um conjunto variado e potencialmente limitado de bens da pessoa.

6. A tutela dos direitos da personalidade constitui um direito-condição, pois é pressuposto para o exercício de outros direitos, tais como o de expressão, o da reserva da intimidade o da inviolabilidade de domicílio, dos sigilos telefônico e epistolar, à imagem, ao uso do nome, à honra, à integridade física e moral, ao sigilo profissional e ao esquecimento.

³⁹³ Embora o sentido adequado do termo seja no plural, a redação, no singular está a atender norma da Associação Brasileira de Normas Técnicas.

7. As raízes históricas do direito à informação se encontram no direito francês, marcadamente legalista, e no direito norte-americano, eminentemente pragmático, nos quais sempre se apontou a necessidade de limitá-lo frente a outros direitos fundamentais.

8. O direito de expressão é categoria genérica que fundamenta tanto a liberdade de expressão de opinião (própria), como a liberdade de informação, de fatos, opiniões e idéias (de outrem).

9. Embora guardem entre si uma relação de gênero e espécie, o direito de informação e o direito de expressão, estabelecem entre si uma relação dialética, pois a expressão de idéias só será autêntica se baseada em informações verídicas; e o direito de informação só será amplo se for permitida a comunicação sem exclusão da ideologia de quem participa do ato comunicativo.

10. O direito à informação — que jamais deve desamparar a carga ideológica de quem transmite a notícia — é integrado pelo direito de informar, de se informar, e pela proteção contra a informação abusiva ou disfuncional.

11. No direito de informar — que induz uma relação de reciprocidade entre o emitente e o destinatário da notícia — fundamenta-se a liberdade de imprensa.

12. A proibição da censura prévia criou um sistema de ampla liberdade *a priori*, com total responsabilização *a posteriori*.

13. O direito de se informar — que tem por titulares quem emite e quem recebe a informação — traduz-se no livre acesso às fontes de informação, que na legislação brasileira encontra poderoso instrumento na ação constitucional do *habeas data*, e na proteção da confidencialidade das fontes.

14. O direito contra a informação disfuncional ou abusiva, fundamenta o direito de retificação, como a faculdade de corrigir informações inverídicas, através do reconhecimento de uma posição ativa do destinatário do ato de informação.

15. O direito de retificação não se contrapõe ao de informação, mas o integra na medida em que traça seus limites, definindo seus contornos.

16. A jurisprudência norte-americana, pela doutrina da *actual malide*, apenas permite a retificação quando comprovado o dolo na falsidade da informação, não havendo a mesma restrição na legislação brasileira, que o permite de forma ampla.

17. A liberdade de expressão fundamenta a liberdade de propaganda, como meio de propagação intencionalmente persuasiva de opiniões, que nem sempre se vale de argumentos lógicos.

18. A propaganda política é categoria genérica, da qual deriva a propaganda eleitoral e a propaganda partidária.

19. A regulamentação do exercício da propaganda eleitoral e partidária tem a natureza de limitação administrativa, enquanto definidora — e não cerceadora — dos limites da liberdade individual em prol do interesse público.

20. Há abuso do direito de expressão (e aí se deve considerar seus derivados: liberdade de informação, liberdade de imprensa, liberdade de expressão de idéias e liberdade de propaganda) quando há colisão entre esse direito e os demais que o limitam, integrantes da tutela da dignidade humana.

21. A colisão sempre ocorre no âmbito fático, no próprio exercício do direito, razão pela qual (com exceção dos raros casos em que já há previsão legislativa) a solução do choque se dará sempre em nível jurisprudencial.

22. Do abuso do direito de expressão podem surgir três conseqüências que, ao contrário de se excluírem, podem ser cumulativas: de natureza penal (nos casos de crimes contra a honra, p. ex.), de natureza civil (compensação pecuniária do dano moral e de eventual dano patrimonial) e a contradição pública do excesso, mediante o exercício do direito de resposta.

23. O direito de resposta é uma reação ao abuso do direito de expressão, definindo-se como o direito de contestar, pelo mesmo meio, e com a mesma

intensidade, opinião ou notícia que agrava ou prejudica de forma injusta, irrazoável e errônea, a reputação, alguns dos aspectos essenciais da personalidade ou algumas das crenças fundamentais do ser humano, veiculada por qualquer meio de comunicação social.

24. O direito de resposta funda-se na necessidade de se estabelecer a harmonia do sistema de direitos fundamentais (preservando a própria idéia de sistema), ofendida com o abuso do direito de expressão, atendendo necessidade ética de evitar a manipulação da opinião pública e ao impulso natural do ser humano de prontamente responder às ofensas de que venha a ser alvo.

25. O direito de resposta não tem a natureza jurídica de legítima defesa, mas de instrumento de reparação das conseqüências sociais imediatas da comunicação, e como sanção, a um só tempo.

26. Ao contrário do direito de retificação — que pode ser exercido por qualquer cidadão que tenha conhecimento e condições de demonstrar a inverdade da informação — o direito de resposta apenas pode ser exercido pela pessoa ofendida, ou por quem tenha interesse e se enquadre nos casos de legitimação extraordinária (por exemplo: no caso de ofensa a pessoa falecida respondida por algum familiar).

27. O interesse no exercício da resposta se afere em juízo privativo do ofendido, considerando o grau de ofensa e a conveniência da resposta.

28. A resposta deve ter pertinência de fundo e de forma com a ofensa que a motiva.

29. A resposta não deve ofender interesse de terceiros.

30. A resposta não deve ofender os bons costumes, nem ser contrária à lei.

31. A extensão da resposta deve guardar proporcionalidade com a extensão da ofensa.

32. A inserção da resposta, segundo a Lei de Imprensa, deve ser tentada extrajudicialmente, como etapa prévia e necessária à ação de inserção.

33. O prazo para o pedido extrajudicial é decadencial, contando-se da data do conhecimento da ofensa pelo ofendido, com inclusão do primeiro dia pois é prazo de direito material.

34. A ação de inserção tem rito especial, destinado à tutela emergencial dos direitos fundamentais passíveis de agressão através do abuso no exercício do direito de expressão.

35. A ação de inserção encontra-se estruturada para fornecer emergencialmente a proteção de direitos fundamentais, dispensando a concessão de liminares.

36. O prazo para a propositura da ação de inserção é prescricional, contando-se da recusa do pedido extrajudicial de inserção, com exclusão do dia de início, por ser prazo processual.

37. O amadurecimento da democracia brasileira tem levado ao uso cada vez mais freqüente da resposta na propaganda em período eleitoral.

38. O fortalecimento do instituto do direito de resposta, ao qual se reconhece um caráter sancionatório, tem função profilática e sancionatória em relação ao nível moral dos debates eleitorais.

39. A ação de inserção — prevista na lei eleitoral mediante a adoção parcial do modelo da lei brasileira de imprensa, progressivamente adaptado pelas leis anuais — exclui de pronto a necessidade da etapa extrajudicial mediante a exigüidade do prazo para a propositura da ação de inserção.

40. A legitimidade para o exercício da resposta à ofensa veiculada em propaganda eleitoral não é apenas dos candidatos, mas de qualquer pessoa que venha a ser moralmente atingida.

41. O prazo para propositura da ação de inserção, em matéria eleitoral, é decadencial, pois a exclusão da fase extrajudicial faz com que o direito processual e o direito material tenham origem no mesmo ato. O termo *a quo* do prazo é a data do conhecimento da ofensa pelo ofendido.

42. A inserção — e aqui se ressalta o caráter sancionatório da resposta — far-se-á no horário eleitoral destinado à propaganda do candidato ofensor.

43. O exercício do direito de resposta não exclui e não atenua a responsabilização civil, pois são institutos distintos, com finalidades distintas, embora complementares.

44. O exercício do direito de resposta também não altera, nem exclui, a responsabilização penal, pois também são institutos cujas finalidades são distintas, já que a responsabilização penal atende ao interesse do estado em coibir a prática da conduta socialmente ofensiva, e o direito de resposta se destina à reparação pessoal do ofendido.

45. Nos crimes de calúnia e difamação, contudo, a *exceptio veritatis* pode afastar o fundamento do exercício da resposta por supressão do abuso no direito de expressão que a motiva. A mesma relação vale para a exclusão da reparação por dano moral ante o exercício da exceção de verdade.

46. O pedido de explicações pode ser utilizado para informar o próprio juízo de cabimento da resposta, mediante o esclarecimento da caracterização ou não da ofensa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 ABBAMONTE, Giuseppe. **Libertà e convivenza**. Napoli : Casa Editrice Dott, Eugenio Jovene, 1954.
- 2 ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucionais**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1991.
- 3 AGESTA, Luis Sánchez. **Sistema político de la Constitución española de 1978**. Madrid : Ed. Nacional, 1980.
- 4 ALESSI, Renato. **Diritto amministrativo**. Giuffrè Editore : Milão, 1949.
- 5 AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1932.
- 6 ANNUAIRE de la législation française et étrangère. Paris : Centre National de la Recherche Scientifique, 1961.
- 7 ASCH, Solomon. **Psicologia social**. Trad. por Dante Moreira Leite e Miriaim Moreira Leite. 2. ed. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1966.
- 8 BARDESCO, Antoine. **L'abus du droit**. Paris : V. Giard & Brière, 1913.
- 9 BARRANCOS Y VEDIA, F. **Censura previa y advertencia previa**. [s.l.] : La Ley, 1989. t. D.
- 10 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ivens Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo : Saraiva, 1989. v. 2.
- 11 BIELSA, Rafael. **Estudios de derecho público**. Buenos Aires : Depalma, 1952. v. 3.
- 12 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro : Campus, 1992.
- 13 BOURQUIN, Jacques. **La liberté de la presse**. Paris : 1950.
- 14 BRUNET, René. **La garantie internationale des droits de l'homme : d'après la Charte de San Francisco**. Genebra : CH Grasset Editeur, 1947.
- 15 BURDEAU, George. **Traité de science politique**. Paris : Dalloz, 1953. t. 5.

- 16 CAMPION, L. La théorie de l'abus des droits, p. 403, apud AMERICANO, Jorge. Do abuso do direito no exercício da demanda. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1932.
- 17 CÂNDIDO, Joel José. **Direito eleitoral brasileiro.** São Paulo : EDIPRO, 1992.
- 18 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 5. ed. Coimbra : Almedina., 1991.
- 19 CHURCHILL, Winston S. **História dos povos de língua inglesa.** Trad. por Aydano Arruda. São Paulo : Instituto Brasileiro de Difusão Cultural, 1960. v. 1.
- 20 COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito.** Curitiba : HDV, 1987.
- 21 COMISSÃO DA UNESCO PARA AS BASES TEÓRICAS DOS DIREITOS DO HOMEM. Las bases de una declaración internacional de derechos del hombre. In: **Los derechos del hombre** México : Fondo de Cultura Económica, 1949.
- 22 CONSOLO, Cesareo. **Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti.** Turim : Unione, 1914.
- 23 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só : tutela penal da intimidade.** 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- 24 CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988.** Rio de Janeiro : FU, 1992. v. 1
- 25 DECLARAÇÃO universal dos direitos do homem. Trad. por José João de Oliveira Freitas. Canoas : [s.n.], [19--].
- 26 DELMANTO, Celso. **Código Penal anotado.** 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1982.
- 27 DEL VECCHIO, Giorgio. Direito, sociedade e solidão. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, v. 37, p. 176.
- 28 DIARIO EL CLARIN. 12 mar. 1989, p. 12.
- 29 DOMENACH, Jean-Marie. **Propaganda política.** Trad. por Ciro de Pádua. São Paulo : Difusão Européia do Livro, 1995.
- 30 DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980.

- 31 EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. **Derecho a la información.** Buenos Aires : Depalma, 1992.
- 32 FERNÁNDEZ MIRANDA, Antonio. Libertad de expresión y derecho de información. In: CONSTITUCIÓN española de 1978. Madrid : EDERSA, 1982. t. 2.
- 33 FERREIRO, Candido Conde-Pumpido. La libertad de informacion y libre circulacion de noticias en España : proclamacion e limites. **Boletim de Faculdade de Direito de Coimbra**, n. 18, 1989
- 34 FISCHER, Desmond. El derecho a comunicar hoy. **Estudios y Documentos de Comunicacion Social** [UNESCO], Paris, n. 94, p. 11, 1984.
- 35 FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo, 6 ago. 1987.
- 36 _____. São Paulo, 16 fev. 1997.
- 37 _____. São Paulo, 1º maio 1997.
- 38 FRESSARD, G. **Autorité et bien commun.** Paris : La Presse, 1948. *Recherches de Sciences Religieuses.*
- 39 FROLA, Jean Paul. **Das injúrias e difamações.** Trad. por Souza Costa. Lisboa : [s.n.], [19--]. v. 1, p. 379.
- 40 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA,. Derecho al honor y libertad de expresión. In: LIBERTAD de expresión y derecho penal. Madrid : [s.n.], [19--].
- 41 GARZA LIVAS, Rafael. **Psicologia social.** 2. ed. México : Oasis, 1971. v. 2.
- 42 GAVISON, Ruth. **Privacy and the limits of law.** : Yale : L.J., 1980.
- 43 GIORGIANNI, Michelle. **La tutela della riservatezza.** : RTDPC, 1970.
- 44 GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. La solución del conflicto entre libertad de expresión y honor en el derecho penal español. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, n. 18, p. 265, 1989.
- 45 GÓMEZ PAVÓN, Pilar. **La intimidad como objeto de protección penal.** Madrid : Akal/Iure, 1989.
- 46 GROSSO, Carlo Federico. **Sviluppi recenti del diritto penale della informazione a mezzo stampa.** **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, n. 20, p. 293, 1989.

- 47 GUADALUPE, Vilorio. **L'État et l'information au Venezuela.** Paris : Institut Français de Presse., 1966.
- 48 GUNTHER, Gerald. **Constitutional law, cases and materials.** New York : The Foundation Press, 1980.
- 49 JORNAL DO BRASIL. Rio de Janeiro, 3 ago. 1987.
- 50 KANT, Emmanuel. **Fundamento da metafísica dos costumes.** São Paulo : Edições e Publicações Brasil, [19--].
- 51 KAYSER, J. La liberté de l'information devant les Nations Unies. **Etudes de Presse**, 15 oct. 1952.
- 52 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Coimbra : Armênio Armado Editor, 1974.
- 53 KONVITZ, Milton. **La libertad en la declaración de derechos en los Estados Unidos.** Buenos Aires : Bibliográfica Argentina, 1959.
- 54 KOPELMANAS, L. **Le contrôle international.** Paris : Académie de droit international, 1950. Recueil des cours. Chap. IV: Le controle international sur la base de la publicité.
- 55 LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos.** São Paulo : Companhia das Letras, 1988.
- 56 LAROUSSE, 1967. 31. ed.
- 57 LEITE FILHO, Solidonio. **Comentários à Lei de Imprensa**, 1925.
- 58 LIBERDADE de imprensa e cidadania. **Folha de São Paulo**, 8 maio 1997. Tendências/Debates.
- 59 MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.
- 60 MADIOT, Yves. **Droits de l'homme et libertés publiques.** Paris : Masson, 1976.
- 61 MAHEU, René. Derecho de información y derecho de expresión de opinión. In: LOS DERECHOS del hombre.
- 62 MARSHALL, Theodore. **Cidadania, classe social e status.** Rio de Janeiro : Zahar, 1967.
- 63 MARX, Karl. **Para a crítica da economia política.** São Paulo : Abril Cultural, 1982. p. 25. Os Economistas.

- 64 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto comunista**. 9. ed. Trad. por Maria Arsênio da Silva. São Paulo : Nova Stella, 1980. Coleção Polêmicas Operárias, Série Documentos.
- 65 MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. por Alberto da Rocha Barros. 2. ed. Petrópolis : Vozes, 1991.
- 66 MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à Lei de Imprensa**. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994. t. 2.
- 67 MONREAL, Eduardo Novoa. La 'vida privada' como bien jurídicamente protegido. Nuevo pensamiento penal. **Revista de Derecho y Ciencias Penales**, Buenos Aires, p. 176, 1974.
- 68 NEVES, Serrano. **Direito de imprensa**. São Paulo : Bushatsky, 1972.
- 69 NOBRE, Freitas. **Imprensa e liberdade** : os princípios constitucionais e a nova legislação. São Paulo : Summus, 1988.
- 70 _____. **Lei da informação**. São Paulo : Saraiva, 1958.
- 71 ORWELL, George. 1984. Trad. por Wilson Velloso. 17. ed. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1984.
- 72 PACHECO, Cláudio. **Tratado das constituições brasileiras**. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1965. v. 10.
- 73 PEDICINI, Richard. Prezados jornalistas. **Folha de São Paulo**, 29 jul. 1997, p. 1-3. Tendências/Debates.
- 74 PERRAUD-CHARMANTIER, André. **Le secret professionnel**. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1926.
- 75 PETRARCA, Francesco. **De vita solitaria in prose**. Ricciardi : Milão, 1955.
- 76 PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra : Coimbra, 1992.
- 77 PINTO, Paulo Mota. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. **Boletim da Faculdade de Direito** [Universidade de Coimbra], Coimbra, v. 69, p. 483, 1993.
- 78 PINTO, Roger. **La liberté d'opinion et d'information**. Paris : Édition Domat-Montchrestian, 1955.
- 79 POIRE, Pierre. **Code de la presse et de l'imprimerie**. Bruxelas : [s.n.], 1945.

- 80 PRADEL, Jean. *Developpements récents de l'information de presse en matière penale.* **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, n. 19, p. 288, 1989.
- 81 PRATS, Morales. *La tutela penal de la intimidad : privacy e informática.* Barcelona : 1984.
- 82 RAMAJOLI, Sergio. *Offesa all'onore della persona e libera manifestazione del pensiero.* Milão : Dott. A Giuffré Editore, 1966.
- 83 REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia.* São Paulo : Paulinas, 1990. v. 1.
- 84 RECUEIL des Conférences. Université de Strasbourg, 1959.
- 85 REVEL, Jean François. *El conocimiento inútil.* Barcelona : Planeta., 1989.
- 86 RIVERO, Jean. *Les libertés publiques.* Paris : Presses Universitaires de France, 1977.
- 87 RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano.* Rio de Janeiro : Forense, 1958.
- 88 ROSMINI, Antonio. *Ragionamento sul comunismo e socialismo.* Pádua : B. Brunello, 1948.
- 89 ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social.* 3. ed. São Paulo : Edições e Publicações Brasil, [19--].
- 90 RUIZ VADILLO, Henrique. *Desenvolvimentos recientes del derecho penal de la información.* **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, n. 18, p. 227, 1989.
- 91 SÁNCHEZ FÉRRIZ, Remedios. *Estudio sobre las libertades.* Valencia : Tirant lo Blanch, 1989.
- 92 SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *El problema contemporáneo de la libertad.* Buenos Aires : Kapelus, 1945.
- 93 SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano.* Trad. por Carlos Nayfeld.. Rio de Janeiro : Forense, 1966.
- 94 _____. *Os grandes direitos da humanidade.* Trad. por B. Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1979.
- 95 SERPA, José. *Direito à imagem, à vida e à privacidade.* Belém : CEJUP, 1994. p. 197.

- 96 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 7. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- 97 SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**. 2. ed. 1932.
- 98 LIMA SOBRINHO, Barbosa. **O problema da imprensa**.
- 99 SOARES, Mário Lúcio. Direitos fundamentais do homem nos textos constitucionais brasileiro e alemão. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 29, n. 115, p. 115, 1992.
- 100 SOREL, Georges. **Reflexões sobre a violência**. Trad. por Paulo Neves. São Paulo : Martins Fontes, 1992.
- 101 SWISHER, Carl Brent. **Decisões históricas da Suprema Corte**. Trad. por Arlete Pastor Centurion. Rio de Janeiro : Forense, 1964.
- 102 TCHAKHOTINE, Serge. **A mistificação das massas pela propaganda política**. Trad. por Miguel Arraes. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1967.
- 103 TELLES, Miguel Galvão. O regime jurídico das campanhas eleitorais no direito comparado. In: ESTUDOS de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano. Lisboa : Ática, 1973.
- 104 TERROU, Fernand. **Curso mimeografado**. Paris : Institut Français de Presse, 1967.
- 105 TERROU, Fernand; SOLLAL, Lucien. **Le droit de l'information**. Paris : Unesco, 1951.
- 106 TRUYOL Y SERRA, Antonio. **História da filosofia do direito e do Estado**. Trad. por Henrique Barrilaro Ruas. Lisboa : Instituto de Novas Profissões, 1990.
- 107 ULIANOV, Vladimir I. **Que faire**. Paris : Presses Universitaire, 1959. t. 1, v. 1. Oeuvres Choiesies.
- 108 VARELLA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 7. ed. Coimbra : Almedina, 1991. v. 1
- 109 _____. **Noções fundamentais de direito civil**. Coimbra : [s.n.], 1945.
- 110 VIEIRA FILHO, Meton. Propaganda eleitoral. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral**, Fortaleza, p. 28, 1989.
- 111 ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**. Milão : Giuffré Editore, 1968. v. 4.