



Hélcio Corrêa

LIBERDADE DE EXPRESSÃO *VERSUS* DIREITOS DA PERSONALIDADE

4

FREEDOM OF SPEECH VS. CIVIL RIGHTS

Edilson Pereira Nobre Júnior

RESUMO

Aborda a liberdade de expressão, demonstrando sua evolução histórica no constitucionalismo pátrio, com menção à jurisprudência e à doutrina, tanto nacional quanto estrangeira. Alude aos limites à liberdade de expressão, dentre os quais se destacam os direitos da personalidade – como o direito à honra, à intimidade e à imagem – também dignos de tutela constitucional.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; direitos fundamentais; liberdade de expressão; direitos da personalidade; limitação; proporcionalidade; preponderância.

ABSTRACT

The author addresses the issue of freedom of speech, showing its historical evolution within Brazilian constitutionalism, by bringing forward both Brazilian and foreign case law and doctrine. He mentions the restraints on freedom of speech, among which lie civil rights – such as the right to honor and dignity, the right of privacy and of publicity – also worthy of constitutional protection.

KEYWORDS

Constitutional Law; basic rights; freedom of speech; civil rights; limitation; proportionality; predominance.

1 O RECONHECIMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Constatação à qual não se pode fugir é a de que o surgimento dos direitos fundamentais decorreu de larga evolução histórica¹, baseada na luta do indivíduo contra o abuso do poder, originariamente praticado pelo titular do poder político.

Disso não escapou a liberdade de expressão. Constituído-se em um dos primeiros direitos afirmados pelo movimento constitucionalista que grassara nos séculos XVII e XVIII, resultou como produto da luta contra o poder absoluto, o qual, baseado no seu exercício sem limitação, à época, possuía a consciência de que a crítica dos atos de governo, bem como do seu fundamento, poderia atuar como forte mecanismo de indesejável controle.

O temor dos governantes mostrava-se fundado à medida que, a partir da evolução proporcionada à imprensa desde Gutenberg, a liberdade de expressão passou a ostentar grande potencialidade de divulgação de ideias².

A forma mediante a qual os governantes pretendiam restringir a livre manifestação de ideias foi lançando mão da censura prévia. Assim, na Inglaterra, desde o século XV até 1640, havia a *Star Chamber*, controlada pelos Arcebispos de Canterbury e de Londres, cuja atribuição era a outorga de licenças prévias para publicações, sistemática restaurada em 1643, tendo em vista o recrudescimento de insatisfações contra a Coroa, o que se deu pela outorga de pequeno número de permissões a algumas companhias editoras, únicas autorizadas à atividade de impressão. Em 1662, foi promulgado o *English Licensing Act*, que restaurava o modelo de outorga de licenças para toda e qualquer publicação.

O mesmo sucedia em outros países da Europa, como era o caso da França do *ancien regime*³.

Por isso, uma das inovações da Revolução Gloriosa foi justamente a de, em 1694, pôr cobro à necessidade de outor-

ga prévia de licença para publicações. O exemplo foi seguido pela Revolução Francesa, de sorte que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, no seu art. 11, proclamou: *A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do Homem: assim, todo Cidadão pode falar, escrever, imprimir livremente, respondendo pelo abuso dessa liberdade dentro dos casos determinados pela Lei*⁴.

Igualmente, decorrência da Revolução Americana foi a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, ratificada em 15 de dezembro de 1791⁵, que, dentre os direitos que assegura, inseriu a liberdade de expressão do pensamento.

Na atualidade, o direito fundamental em comento encontra-se previsto nas Constituições advindas depois do segundo pós-guerra e da derrocada dos regimes comunistas do leste europeu. Prova disso está nas Constituições do Japão de 1946 (art. 21)⁶, da Itália de 1947 (art. 21)⁷, da Alemanha de 1949 (art. 5º)⁸, de Portugal (art. 37º)⁹, da Espanha de 1978 (art. 20)¹⁰, da Bulgária de 1991 (art. 39)¹¹, da Romênia de 1991 (art. 30)¹² e da Rússia de 1993 (art. 29º)¹³.

O Constitucionalismo brasileiro sempre conviveu com a liberdade de expressão, muito embora em alguns períodos tal direito apenas possuía reconhecimento meramente formal, estando previsto na Constituição Imperial de 1824 [...].

O reconhecimento da liberdade de informação, na qualidade de direito fundamental, evoluiu de tal modo que não mais se limitou às fronteiras de Estados determinados, alcançando consagração em documentos internacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948 (art. XIX)¹⁴, a Convenção Européia dos Direitos do Homem, de 4 de abril de 1950 (art. 10)¹⁵ e a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969 (art. 13)¹⁶.

O Constitucionalismo brasileiro sem-

pre conviveu com a liberdade de expressão, muito embora em alguns períodos tal direito apenas possuía reconhecimento meramente formal, estando previsto na Constituição Imperial de 1824 (art. 179, IV), passando à República com as Leis Máximas de 1891 (art. 72, § 12), 1934 (art. 113, n. 9), 1937 (art. 122, n. 15)¹⁷, 1946 (art. 141, § 5º), 1967 (art. 151, § 8º), 1969 (art. 153, § 8º) e, atualmente, com a Constituição de 1988 (art. 5º, IV e XIV).

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO PENSAMENTO: CONTEÚDO E POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO

Observada a consagração normativa da liberdade de expressão, importante uma delimitação dos contornos de tal direito, mesmo ausente o propósito de exatidão inexecedível.

Conforme delineação de José Afonso da Silva (1992, p. 229), a liberdade de expressão recai na difusão e manifestação do livre pensamento, abrangendo, portanto, os sentimentos e conhecimentos artísticos, intelectuais e científicos. Decorre, assim, da liberdade de pensar ou de opinião, que é o direito de alguém possuir convicções sobre ciência, religião,

arte, política, dentre outros assuntos.

Condiz não somente com o aspecto pessoal interno, o que é irrelevante juridicamente, mas com algo mais, ou seja, a possibilidade do ser humano de exprimir o que pensa. Constitui algo que é inerente à natureza social do homem.

A propósito, Gregório Badeni (2004, p. 448) logrou acentuar com precisão: *Para o homem, a liberdade de pensamento resulta insuficiente no âmbito de sua vida espiritual. Devido a sua natureza social necessita, além de pensar, poder comunicar seu pensamento a outros*

e conhecer o conteúdo do pensamento das pessoas com as quais convive no marco das inúmeras comunidades e sociedades que integra¹⁸.

A proteção que a ordem constitucional atualmente lhe dispensa não se limita mais à vedação à censura prévia, o que, num dado momento histórico, foi demasiado relevante.

O que, na atualidade, afigura-se mais importante é a preocupação com as responsabilidades posteriores à divulgação do pensamento. Melhor explicando, a maneira como esteja disciplinada a responsabilização daquele que expôs o pensamento, seja no campo criminal, civil, ou administrativo, poderá, caso seja desmesurada e injustificada, implicar efeitos idênticos aos produzidos com a censura prévia.

Desse modo, o texto constitucional, ao proclamar a liberdade de expressão como direito fundamental, haverá de assegurar que as sanções decorrentes do seu exercício, acaso abusivo, possam resultar proporcionais e razoáveis.

Indicativo a respeito é antevisto com a Medida Cautelar na ADPF 130-7 (BRASIL, STF, 2008) ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, com vistas ao reconhecimento da não recepção pela Constituição de 1988 da Lei 5.250/67. Dentre as várias normas desta lei cuja execução foi suspensa, foram justamente os arts. 20, 21, 22 e 23, por estabelecerem aos crimes de calúnia, injúria e difamação, cuja prática venha a ter lugar por meio da imprensa, penas superiores às previstas no Código Penal.

No que concerne ao procedimento da ação civil de reparação de danos, igualmente foram suspensos os §§ 3º e 6º do art. 57, por, respectivamente, preverem o exíguo prazo de cinco dias para contestação e a exigência do depósito prévio do valor da condenação como pressuposto à interposição do recurso de apelação.

No Direito brasileiro, não se é dado esquecer que a proteção à liberdade de expressão emerge também mediante barreiras à tributação. Esta competência estatal, que, uma vez exercida sem peias, poderá equivaler a forte poder destrutivo, sofre, no plano da difusão do pensamento por meio de impressos, limitação com base no art. 150, VI, d, da Constituição¹⁹.

6

[...] o texto constitucional, ao proclamar a liberdade de expressão como direito fundamental, haverá de assegurar que as sanções decorrentes do seu exercício, acaso abusivo, possam resultar proporcionais e razoáveis.

O dispositivo magno, mediante a outorga de imunidade, impossibilita a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios de instituírem impostos sobre livros, jornais, periódicos e papel destinado à sua impressão, salientando-se que sua efetividade foi realçada pela atenção que lhe devotou o Pretório Excelso²⁰.

Não se pode olvidar que a liberdade de expressão, analisada sob enfoque substantivo, destina-se ao alcance de vários objetivos. Sem maior aprofundamento e, ao mesmo tempo, desprovida de preocupação exaustiva, é de mencionar-se, com apoio em enumeração levada a efeito por Jónatas E. M. Machado (2002, p. 237-291), os seguintes: a) a procura da verdade; b) o mercado livre de ideias; c) a autodeterminação democrática; d) o controle da atividade governativa e do exercício do poder; e) o estabe-

lecimento de esfera aberta e pluralista de discurso público; f) a garantia da diversidade de opiniões; g) a acomodação de interesses juntamente com a transformação pacífica da sociedade; h) a promoção e expressão da autonomia individual; i) a formação de concepção multifuncional das liberdades de comunicação.

Importante ter em vista que, com o rápido desenvolvimento e diversidade dos meios de comunicação, que vão muito além da forma impressa, digno de nota é que a liberdade de expressão está conexas com outro direito fundamental, mais amplo, qual seja, o da liberdade de comunicação, a compreender, no dizer de José Afonso da Silva (1992, p. 221-225), as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento, de informação, bem assim a organização dos meios de comunicação.

Haveria de se cogitar, conforme sinaliza a exposição do autor, elaborada à luz da Constituição vigente, a liberdade de comunicação como sendo um gênero, do qual surgem como espécies as liberdades de expressão do pensamento, de informação em geral, de informação jornalística e a disciplina dos meios de comunicação.

Semelhantemente, Jorge de Miranda (2000, p. 454 e 456), depois de indicar que a liberdade de expressão em sentido estrito se correlaciona com as liberdades de informação e de comunicação social, atribui a esta maior largueza, a abranger as outras duas liberdades, acompanhada de três caracteres distintivos, quais sejam: a) a pluralidade de destinatários, o caráter coletivo ou de massas; b) o princípio da máxima difusão; c) a utilização de meios adequados, tais como a imprensa escrita, os meios audiovisuais e a cibernética.

Já a concepção formalmente estruturada em direção adversa, mas materialmente coincidente com as citadas, é a alvitada por Jónatas E. M. Machado (2002, p. 371), para quem é possível, hodiernamente, considerar-se a liberdade de expressão em sentido amplo, compreensiva, portanto, de conjunto de direitos fundamentais reconduzidos à categoria genérica de liberdades comunicativas ou liberdades de comunicação. Expõe: *Surge assim uma liberdade de expressão em sentido amplo, por alguns também designada por liberdade de comunicação, que abrange a liberdade de expressão em sentido estrito, por vezes designada por liberdade de opinião, a liberdade de informação, a liberdade de imprensa, os direitos dos jornalistas e a liberdade de radiofusão, reconduzíveis ao conceito genérico de liberdade de comunicação social, juntamente com os subdireitos em que as mesmas se analisam.*

Observa-se que, inicialmente irrompido como direito fundamental de primeira geração, destinado a contrapor-se ao arbítrio do Estado, a liberdade de expressão, quando difundida por intermédio dos veículos pertencentes aos controladores dos meios de informação, notadamente é capaz de enveredar por excessos, desviando-se de sua missão de informar corretamente.

Por isso, do componente democrático que visa preservar, a liberdade de expressão poderá representar meio de agressão a direito dos indivíduos, tendo em vista a conexão entre o poder econômico, que hoje assume o lugar do Estado como fonte de opressão²¹, e a titularidade privada dos meios de comunicação social.

O pujante impacto que o fortalecimento do poder econômico produz, especificadamente quanto à apropriação privada dos meios de comunicação, é alvo de comentário de Owen M. Fiss (2005, p. 101-102), ao assinalar que, se o controle da im-

prensa por entidades privadas se mostra positivo sob o aspecto de exonerá-la do controle estatal, por outro lado, apresenta-se negativo o constrangimento de sua estrutura pelas forças econômicas. Isto porque, a exemplo de outros empresários, os proprietários dos meios de comunicação (jornais, emissoras de rádio e de televisão, dentre outros) procuram maximizar receitas e minimizar custos, de modo a ser possível que sua decisão sobre o que e como informar venha, com facilidade, a ser influenciada pelo anseio de auferir lucros.

Sobre o fenômeno, impressionam as palavras do autor (2005, p. 102): *O mercado, pressionando a imprensa, pode fazer com que ela seja tímida na crítica ao governo ou a certos candidatos, quando as políticas governamentais ou as posições dos candidatos favorecem os interesses econômicos da imprensa. Em outras instâncias, a influência pode ser mais sutil: um simples desejo de maximizar lucros pode levar a imprensa a desdenhar questões que deveriam ser veiculadas, mas que não serão porque não gerarão a receita desejada.*

Assim, afigura-se como ponto interessante – e que se apresenta primordial para nossa análise – o de que a previsão da liberdade de expressão no texto magno não a torna como direito fundamental ilimitado, imune a restrições. A própria concepção que ensejou seu reconhecimento nos albores do Estado de Direito explicitamente lhe reconhecia possibilidade de sua contenção, segundo se pode ver da parte final do art. 11 da declaração francesa de 1789, ao ressaltar situações em que o titular do direito vier dele abusar.

Isso sem contar a advertência de que os direitos fundamentais, por força de seu conteúdo aberto, expõem-se a limites, seja em função de sua delimitação pela complementar atividade legislativa, seja pela hipótese, muitas vezes presente, de colisão frente a direitos de igual porte.

Preciso, Dieter Grimm (2006, p.83-84), tomando como base de sua análise a Lei Fundamental de Bonn de 1949, sustenta que os direitos fundamentais admitem restrições, exigindo-se, para tanto, que estas estejam vazadas em lei, que preservem a essência do direito atingido e que tenham como finalidade o bem comum.

No particular da liberdade de expressão, Diane de Bellecize (2008, p. 190), com lastro no art. 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, expõe que as restrições precisam satisfazer três condições, a saber; a) estarem previstas em lei, com o que se satisfaz à forma do condicionamento²²; b) visar atingir um fim reconhecido como legítimo pelo referido dispositivo; c) ser a limitação necessária no contexto de uma sociedade democrática.

Correlacionando tal sistematização – que, a bem da verdade, resulta dos princípios já aceitos pelos sistemas jurídicos dos países integrantes da Comunidade Europeia – com o direito pátrio, pode-se, de logo, notar que, quanto ao instrumento hábil para concretizar a ingerência na liberdade de expressão, tem-se a lei formal e a Constituição.

Assim, afigura-se como ponto interessante – e que se apresenta primordial para nossa análise – o de que a previsão da liberdade de expressão no texto magno não a torna como direito fundamental ilimitado, imune a restrições.

Quanto à indispensabilidade de lei – e aqui se trata de lei formal e não apenas material –, tal decorre do art. 5º, II, da Constituição. Entre nós, como sucedeu com o decreto-lei da Constituição pretérita, considera-se como lei formal medida provisória, porquanto o dispositivo constitucional não deve ser interpretado como reserva do Parlamento. Não se admite, porém, a legislação delegada, em virtude de vedação constitucional expressa (art. 68, II, CF).

Inexistindo lei, e independente desta, as restrições à liberdade de expressão são admissíveis quando igualmente emanam de preceito constitucional.

Faz-se preciso também que a limitação tenha por fundamento a proteção de finalidade legítima, seja pertinente ao interesse geral, seja voltada a assegurar direito fundamental dos indivíduos.

Por derradeiro, haverá de se considerar necessária a preservação do conteúdo essencial do direito à liberdade de expressão.

Para tanto, imprescindível averiguar se a intervenção é proporcional, contemplando os adereços da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

3 DIREITOS DA PERSONALIDADE: BREVES NOÇÕES

Na atualidade, é possível constatar-se, com frequência, que, dentre as condicionantes à liberdade de expressão, encontram-se os direitos de personalidade.

De lastro constitucional, consubstanciado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), tais direitos, consoante Ascensão (2000, p. 72), *devem representar mínimo, que crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver a sua personalidade, e, por outro lado, devem representar também um máximo, pela intensidade da tutela que recebem*²³.

Possuem algumas características marcantes. A primeira delas é a de que, resultante da dignidade da pessoa humana, há de se cogitar de um direito geral de personalidade, de modo que a sua presença não se limita às situações específicas enu-

meradas pelo legislador. As hipóteses de tutela que regram não são exaustivas, mas meramente enunciativas.

A propósito, leciona Perlingieri (1999, p. 156): *Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações.*

No plano legislativo, um bom exemplo é encontrado no art. 70º, n. 1º, do Código Civil de Portugal, ao proclamar: *1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade*²⁴.

São extrapatrimoniais porque se circunscrevem em uma esfera de direitos que se situa fora do acervo patrimonial, suscetível de aferição monetária, do seu titular. Isto não impede que, em caso de sua violação, não possam advir consequências patrimoniais, como se dá com a responsabilidade civil.

Dizem-se absolutos não porque não possuam limites, já que todo direito encontra restrições para o seu exercício,

mas pelo fato de que se impõem *erga omnes*, cabendo seu respeito indistintamente aos particulares e ao Estado.

Portam a qualidade de imprescritíveis, uma vez não se extinguem pelo não exercício por parte de seu titular.

Não foi por outra razão, a não ser pela preponderância do direito à personalidade, que a jurisprudência²⁵ afastou a restrição de motivos para impugnação da presunção de paternidade do art. 340 do Código Civil de 1916.

Por sua vez, acompanhando a tendência do reconhecimento dos direitos da personalidade, o art. 1.601 do vigente Código Civil estatuiu a imprescritibilidade do direito de o marido contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher.

Isso é válido – advirta-se – quanto ao direito que resulta da projeção da personalidade em si, pois os reflexos patrimoniais que daquele decorrem constituem direito a uma prestação, de cuja violação há o nascimento de uma pretensão e, portanto, são prescritíveis²⁶.

Outra característica é a sua indisponibilidade, que, no dizer de Ascensão (2000, p. 93), envolve três aspectos, quais sejam: a) não transmissibilidade, haja vista que não podem ser objeto de cessão nem de sucessão²⁷; b) impossibilidade de renúncia no que concerne ao direito em si, admitindo-se apenas que tal se dê quanto ao seu exercício; c) de ser excepcional sua restrição mediante negócio jurídico.

A marca da indisponibilidade implica ainda que, mesmo quando exista possibilidade de limitação de um direito da personalidade, ao titular deste se reserva a faculdade de revogar o consentimento, cabendo ou não, conforme a hipótese, cogitar-se de pretensão à indenização diante da frustração das expectativas da outra parte. Há, no Código Civil lusitano, dispositivo expresso (art. 81º/2º)²⁸.

Encerrando, interessante notar é a atipicidade das providências destinadas à proteção dos direitos da personalidade.

A atipicidade dos direitos em comento faz com que estes existam em número além do previsto legalmente. Disso decorre que, para o combate à sua violação, não se prevê uma consequência jurídica certa e pré-determinada.

Não foi por outra razão, a não ser pela preponderância do direito à personalidade, que a jurisprudência afastou a restrição de motivos para impugnação da presunção de paternidade do art. 340 do Código Civil de 1916.

Compete ao magistrado, diante do caso concreto, deferir as medidas que forem adequadas para restaurar o direito violado, bem como para cessar sua violação. Assim, há reflexos penais pela ofensa a tais direitos, como, no plano cível, as várias providências que podem ser ordenadas. Isto tudo sem prejuízo da imposição de penalidades ou medidas restritivas de direito emanadas do poder de polícia da Administração Pública.

Quer-se dizer, com isso, que o desrespeito aos direitos da personalidade ensejará não uma ou mais medidas determinadas, mas as que se fizerem adequadas para o restabelecimento da esfera jurídica do titular afetado.

Demonstração disso está no art. 70º, n. 2º, do Código Civil

português, ao aludir que, sem prejuízo da responsabilidade civil, o ameaçado ou ofendido poderá requerer as providências adequadas ao caso concreto, com a finalidade de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os seus efeitos.

Aqui o art. 21 do Código Civil, mesmo circunscrito à tutela da intimidade, reporta-se à possibilidade de o juiz adotar as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato que lhe for contrário, sem prejuízo do direito à obtenção de indenização.

Tal arcabouço protetor, o qual não é exclusividade do nosso sistema jurídico, foi bem visualizado na pena de Díez-Picazo e Antonio Gullón (1995, p. 213): *A infração dos direitos da personalidade pode dar lugar a sua correção pela via penal, com a conseqüente responsabilidade civil, que de todo delito ou falta surge, ou a uma responsabilidade civil, se a ação ou omissão não está tipificada penalmente e se encaixa no artigo 1.902 do Código Civil*²⁹.

Tecidas essas considerações, passaremos, no tópico que se segue, a seu confronto perante o exercício da liberdade de expressão por terceiros. Um ponto, porém, merece ser reavivado: os direitos da personalidade, a exemplo da liberdade de expressão, estão sujeitos a limites. Portanto, em havendo colisão entre eles, emerge crucial a tarefa do intérprete no sentido de, à luz das circunstâncias do caso concreto, apontar qual deles deverá prevalecer.

4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O CONFRONTO COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Dentre os diversos direitos da personalidade, é de destacar-se, para fins de contraste com a liberdade de expressão, o direito à honra, à intimidade e à imagem. O primeiro deles consiste na estima e conceito que alguém desfruta na sociedade (honra objetiva), bem como na própria ideia que o titular faz de sua dignidade (honra subjetiva). Já a intimidade configura esfera reservada da pessoa, a ser protegida de intromissões indevidas. Por derradeiro, o direito à imagem caracteriza-se pelo atributo de poder decidir, no sentido de autorizar ou não a reprodução da própria imagem em qualquer meio, assim como a sua exposição.

No caso brasileiro, a qualidade de limitadores da liberdade de expressão resulta explícita da Constituição. Basta ver que o art. 5º, X, reputa inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, com a garantia, em caso de agravo, de indenização por danos materiais ou morais³⁰.

Resta saber, no entanto, quais as soluções que, no cotejo entre tais direitos, apresentam-se como possíveis.

A matéria tem sido objeto de preocupação da jurisprudência estrangeira, a qual elege como critério definidor de ser ou não proporcional intervenção no interesse que a difusão do pensamento possui para o exercício democrático.

Ao analisar os critérios que embasaram as principais decisões da Suprema Corte norte-americana, Eduardo Andrés Bertoni (2000, p. 123-125) deixou claro o prevalecimento da liberdade de expressão sobre outros valores, desde que se cuide de expressões protegidas pela Primeira Emenda, reputadas como tais todas aquelas que contribuam para o aperfeiçoamento e o progresso da democracia. E não é só. Perfila-se, num segundo plano, a regra do *in dubio pro expresión*, ou seja, na dúvida de se tratar ou não de expressão protegida, dever-se-á optar pela

legitimidade do direito de difundi-la³¹.

Dentre diversos julgados, destaque merece a decisão da Suprema Corte, de 9 de março de 1964, reformando decisão da Corte de Alabama, a qual condenou o *New York Times*, juntamente com quatro pastores, ao pagamento de indenização no montante de quinhentos mil dólares, em demanda promovida pelo Comissário de Polícia da cidade de Montgomery, L. B. Sullivan, em virtude de anúncio pago constante da edição de 29 de março de 1960, narrando repressão a protesto estudantil realizado na Universidade do Alabama contra a desigualdade racial.

A Suprema Corte, louvada na pena do Juiz Brennan, firmou a doutrina da real malícia (*actual malice*), assentada sobre as seguintes bases: a) inexistir direito a que um funcionário público venha a ser indenizado por uma manifestação exata e difamatória, exceto que se prove que tenha sido realizada com real malícia, ou seja, com o conhecimento de sua falsidade ou com temerária falta de preocupação com a sua verdade; b) as figuras públicas, como é o caso dos agentes estatais, por cumprirem influente papel na sociedade, são capazes de despertar nos cidadãos um substancial e legítimo interesse no conhecimento de suas condutas³².

Na Espanha, digno de referência a *Sentencia* 197³³, de 17 de outubro de 1991, na qual se negou provimento a recurso de amparo interposto pela Editorial Católica. Sustentou o Tribunal Constitucional, embora de modo contraditório, a prevalência, por via de regra, da liberdade de expressão frente ao direito à intimidade, consagrado, respectivamente, pelos arts. 20 e 18 da Constituição de 1978.

Possível contradição, segundo penso, decorreu da circunstância de que, a despeito da afirmação pelo prevailecimento da liberdade de informar, o aresto impôs condições para tanto, quais sejam, a relevância pública da informação e a veracidade dos fatos. Salientou-se ainda que a interpretação restritiva do direito à intimidade, como limite à liberdade de expressão, não é capaz de justificar, por si só, o seu sacrifício ilimitado.

Tudo decorreu da publicação, no citado periódico, edição de 31/8/85, de artigo sob o título *A Mãe, XX, trabalhava num bar americano*, acrescido do subtítulo *O filho adotivo de Sara Montiel foi adquirido em Alicante*, o que gerou

condenação por dano moral ratificada em aresto do Tribunal Supremo e que, por sua vez, foi mantida pelo Tribunal Constitucional, ao negar provimento ao recurso de amparo interposto pelo veículo de imprensa.

Entendeu-se que a informação publicada, possuindo vínculo com as circunstâncias e situação pessoal da mãe do menor adotado, não se qualificava como matéria de interesse geral a contribuir para a formação da opinião pública, nem versava sobre fatos relacionados à atividade pública da personalidade em causa. Salientou ainda o Tribunal Constitucional que o só fato de uma notícia se referir a um personagem público não justifica o quebrantamento do seu direito à intimidade³⁴.

[...] o direito à imagem caracteriza-se pelo atributo de poder decidir, no sentido de autorizar ou não a reprodução da própria imagem em qualquer meio, assim como a sua exposição.

Nestas plagas, o Supremo Tribunal Federal não olvida o prevailecimento da liberdade de expressão, conforme se pode vislumbrar da referida ADPF 130-7/DF, que, ao suspender provisoriamente a eficácia de inúmeros dispositivos da Lei 5.250/67, teve a tônica da fundamentação na democracia como base do Estado brasileiro³⁵.

Isso, contudo, não impediu que, em alguns julgamentos, restasse ampliada a proteção do direito à personalidade frente à liberdade de expressão.

Salutar, por isso, proceder-se a uma referência analítica dos principais pronunciamentos a respeito, começando pelo RE 215.984-1/RJ (BRASIL, STF, 2002), o qual proveu o inconformismo de Cássia Kiss, deferindo indenização por dano moral decorrente da veiculação de fotografia da recorrente, sem o consenso desta, em publicação da recorrida (Ediouro S/A).

Compreendeu-se que a só veiculação não consentida de fotografia é capaz de gerar dano moral à pessoa fotografada, mesmo quando não depreciativa da exposição da imagem³⁶. Na hipótese, conferiu-se elastério ao direito à imagem frente à liberdade de expressão³⁷.

Ao reconhecer a presença de dano moral, somente pela exibição da imagem da recorrente, artista consagrada, o acórdão padeceu, a meu sentir, de deficiência,

qual seja, a de apontar se a reportagem noticiava ou não fato cujo conhecimento seria do interesse público, pois, se assim fosse, a liberdade de expressão, base fundadora do Estado democrático, justificaria a livre difusão da imagem.

O cerceio à liberdade de expressão, por força da imposição de condenação em danos morais com lastro no direito à imagem, apenas poderia dar lugar em duas situações, a saber: a) se a reprodução não consentida da imagem da recorrente não estivesse relacionada com a veiculação de informe de interesse público³⁸; b) se, mesmo imersa em noticiário de interesse geral, a forma pela qual se deu a reprodução da fotografia, isoladamente, menoscabasse a imagem do seu titular.

O parâmetro a ser seguido deve ser o delineado na referida *Sentencia* 197/1991. Em vez disso, o julgado examinou o art. 5º, X, da Constituição, de forma insulada, sem atentar que se trata de valor sobranceiro que interage com outros da mesma importância.

Já na Medida Cautelar em Petição 2.702-7/RJ (BRASIL, STF, 2003), na qual, mesmo em se tratando de divulgação de notícia inerente à conduta de agente político (então Governador Anthony Garotinho), o Pretório Excelso propendeu pela inadmissibilidade da divulgação, tendo em vista que a obtenção da informação a ser divulgada, consistente em interceptação telefônica ilícita, albergava conteúdo que investia diretamente contra interesse público em favor do qual o constituinte de 1988 assegurou sigilo (art. 5º, XII, CF), inclusive com punição criminal em nível de legislação ordinária³⁹.

Essa peculiaridade de relevo, consubstanciada no modo ilícito como a informação foi obtida, violando dever de sigilo imposto pela Lei Maior, afastaria a prevalência da liberdade de expressão.

Ainda no campo da divulgação de fatos envolvendo pessoas integrantes da arena política, registra-se o prestígio que, em nome do princípio democrático, granjeou a liberdade de expressão.

Constitui exemplo o RE 208.685-1/RJ

(BRASIL, STF, 2003), mediante o qual se ofertou provimento a recurso de Danuza Leão, com vistas a afastar condenação por dano moral, decorrente da veiculação de notícia que divulgava que o recorrido, então Presidente do TRT, estava sendo acusado de mau uso de verbas públicas, nepotismo e tráfico de influência, além de pretender ser candidato a governador do Rio de Janeiro.

Entendeu-se ausente, em tal publicação, abuso do direito de informar, principalmente porque a notícia veiculada versava sobre a atuação de agente público no exercício de atividade administrativa, não sendo hipótese de verificação da doutrina da real malícia, por não haver elementos que demonstrassem o prévio conhecimento, pela demandada, da inverdade dos fatos.

Em outra hipótese, retratada pelo HC 83.125-7/DF (BRASIL, STF, 2003), deferiu-se a ordem para manter decisão de não recebimento de denúncia pela suposta prática do delito tipificado no art. 219 do Código Penal Militar, que decorreu dos episódios mencionados pelo livro intitulado *Feridas da Ditadura Militar*, de autoria do paciente, justamente porque o tipo penal pressupõe o dolo, consubstanciado na circunstância de que aquele tinha ciência da natureza inverídica dos fatos narrados.

A orientação acolhida assemelha-se, mais uma vez, à doutrina da real malícia consagrada pela Suprema Corte norte-americana. Além do mais, restou estabelecido que a liberdade de expressão assegura a exposição de fatos históricos ou atuais da vida política e a respectiva crítica.

Por sua vez, na Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 24.832-7/DF (BRASIL, STF, 2006), negou-se referendo à liminar concedida para o fim de impedir que a TV Câmara divulgasse o depoimento do impetrante em CPI, voltada à apuração de fatos que se relacionavam à pirataria de produtos industrializados e sonegação fiscal.

Sobrelevou-se o entendimento de que não se tratava de quebrantamento do direito à imagem apta para justificar fosse cerceada a liberdade de expressão. O princípio democrático preponderou na espécie. Não poderia ser diferente, porquanto a CPI, na qual o depoimento foi tomado, tratava de investigação parlamentar de acontecimentos de interesse público e que se relacionavam com política governamental.

Estranho às fronteiras da política, não olvidar o HC 82.424-2/RS (BRASIL, STF, 2004), impetrado em favor de Siegfried Elwanger, denunciado por levar a cabo publicação que caracterizava o delito do art. 20 da Lei 7.716/89 (incitação à discriminação ou preconceito de raça).

Concluiu-se pela negativa da ordem, constando, para tanto, o argumento de que a liberdade de expressão, que não se configura direito absoluto, possui também limites morais⁴⁰, não protegendo publicações praticadas com o manifesto propósito discriminatório e de desqualificar uma raça, como é o caso do povo judeu.

Além disso, a hipótese serviu para demonstrar a potencialidade dos direitos da personalidade, que merecem tutela não só quando seus titulares forem pessoas determinadas, mas ainda quando sua ofensa se voltar, de modo generalizado, a um grupo racial.

5 CONCLUSÃO

Ao cabo do exposto, é possível sumariar os remates que seguem:

a) resultante das lutas contra o poder absoluto, a liberdade

de expressão, abrangendo a difusão e a manifestação do pensamento de natureza artística, intelectual, religiosa e científica, entre outras, é hoje alvo de consagração pelo constitucionalismo do Segundo Pós-Guerra, bem assim em declarações internacionais de direitos, inserindo-se num universo maior, qual seja, o da liberdade de comunicação, tendo por fim assegurar a plenitude da democracia;

b) o seu conteúdo, que alberga inúmeras finalidades, ampara seu titular não somente com a vedação da censura prévia, mas igualmente com a proibição de imposição injustificada e desproporcional de sanções posteriores pelo seu exercício, não se desconhecendo também proteção de caráter tributário;

c) não se trata, porém, de direito absoluto, antes encontrando restrições em outros direitos fundamentais, circunstância que, nos tempos hodiernos, mais se justifica diante da inarredável constatação segundo a qual a crescente apropriação dos meios de comunicação pelos empresários privados concorre para desvanecer o componente democrático e participativo que a liberdade de expressão busca preservar e favorecer;

d) a exemplo do que sucede com os demais direitos ditos “fundamentais” as limitações que incidem sobre a liberdade de expressão não de resultar de previsão legal (lei em sentido estrito) ou constitucional, de se apoiar em interesse público também digno de tutela, apresentando-se proporcionais e razoáveis;

e) dentre os diversos limites à liberdade de expressão encontram-se os direitos da personalidade, mais precisamente aqueles voltados à honra, à intimidade e à imagem, os quais, lastreados pelo princípio magno da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), são, via de regra, extrapatrimoniais, absolutos, porque se impõem contra todos, são imprescritíveis, indisponíveis e ensejam adequada proteção do Estado em caso de seu maltrato;

f) diante da colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, a relevância do postulado democrático acarreta, em linha de princípio, a preponderância da primeira, especialmente quanto à crítica política, valendo salientar que o Supremo Tribunal Federal respalda a proibição de notícias que envolvam objeto considerado constitucionalmente ilícito, de que é exemplo transcrição de interceptação telefônica ilícita e da prática de racismo, sem embargo de legar amplitude à restrição decorrente da preservação do direito à imagem, ao visualizar ofensa deste pela simples reprodução não consentida da imagem de seu titular, ainda que não tenha havido propósito depreciativo.

NOTAS

- 1 A consideração dos direitos fundamentais como valores resultantes de processo histórico é enfatizada por Paulo Bonavides (1993, p. 474-475), Maurizio Fioravanti (2003, p. 26-35) e Miguel Carbonel (2001, 19-23), dentre outros.
- 2 Relata-nos Eduardo Andrés Bertoni (2000, p. 5-6) que os primeiros meios de informação podem situar-se no Império Romano, no qual a elite residente nas suas numerosas províncias enviava vários correspondentes à capital, para o fim de que preparassem relatórios escritos acerca das novidades inerentes à política ou a transações comerciais. Na maioria das vezes, tais correspondentes eram escravos inteligentes que poderiam, em troca de sua liberdade, alienar sua correspondência a outras pessoas residentes na respectiva província. Aponta ainda que o controle da informação se mostrou crucial aos mercadores, a fim de que pudessem ter ciência do valor das cargas transportadas pelos barcos, sendo de notar, em Veneza, a descoberta da potencialidade lucrativa que o intercâmbio de informações poderia

- implicar. Na tentativa de ofertar aporte histórico, destaque-se, na pena de Gregorio Badeni (2004, p. 452-453), que, na Grécia e Roma antigas, ainda constituíram meios de expressão do pensamento: a) o teatro, para o qual acorriam homens e mulheres de todas as classes sociais e cuja essência revelava o conflito entre o homem e os deuses; b) as assembleias públicas de Atenas, apresentando como ponto de relevo o discurso político que provocava o entusiasmo da população; c) a difusão do livro mediante bibliotecas particulares e públicas, sendo exemplo das primeiras a de Aristóteles, e das demais as de Éfeso, Cartago, Pérgamo e a de Alexandria, tendo esta, graças ao incentivo de Ptolomeu III, chegado a possuir acervo de mais de quinhentos mil volumes.
- 3 Na biografia da Marquesa de Pompadour, Christine Pevit Algrant (2005, p. 146-147 e 160) narra os episódios que sucederam com a edição de duas obras caras à filosofia política. O primeiro deles deu-se em 1750 quando Chrétien-Guillaume Lamoignon, diretor da biblioteca real, ou censor-mor, autorizou a publicação de *O Espírito das Leis*, de Montesquieu, o qual já havia sido publicado dois anos antes em Genebra, mediante dois volumes não assinados. Com a permissão, foi possível imprimir 22 edições de dito livro que, além da defesa da separação de poderes, introduzia o termo *despotismo*. Ao depois, encorajado pelo *avec approbation et privilège du Roi*, veio a lume o primeiro volume da *Encyclopédie*, elaborado por Diderot, D'Alembert e seus colaboradores. Já quanto ao segundo volume, sua publicação foi objeto de oposição pelo Arcebispo de Paris, por considerar herético um de seus artigos, o que levou à proibição de sua venda por ato do Conselho do Rei, levantada, meses depois, a pedido do então censor-mor, Malesherbes. Não deve passar despercebido que o direito de exprimir o pensamento também teve fortes restrições por motivos religiosos, o que explica a contemporaneidade, nos albores do constitucionalismo, entre a liberdade de expressão e a liberdade de professar uma religião. Amostras da atividade censora do Santo Ofício na Península Ibérica são possíveis de serem extraídas de Arnaldo Niskier (2004, p. 55) e de Jean-Claude Carrière e Milos Forman (2007, p. 295).
 - 4 Tradução nossa a partir do texto em francês disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>. Acesso em: 14.11.2008. O preceito ainda mantém sua vigência por força do Preâmbulo da Constituição de 1958, integrando o chamado "bloc de constitucionalité".
 - 5 Eis a redação da emenda: *O Congresso não fará nenhuma lei que adote uma religião como oficial do Estado, ou proíba sua livre prática, ou que restrinja a liberdade de palavra ou de imprensa, ou o direito do povo para reunir-se pacificamente e para pedir ao governo a reparação de seus agravos*. Tradução nossa de versão em espanhol disponível em: www.georgetow.edu. Acesso em: 31 jan. 2002. Os antecedentes parlamentares da Emenda Constitucional n. 1 à Constituição de 1787 estão descritos por Adhemar Maciel (2008, p. 8-9).
 - 6 Art. 21. Liberdade de reunião e associação, assim como de discurso, imprensa e todas as outras formas de expressão estão garantidas. Nenhuma censura será mantida, nem o sigilo de quaisquer meios de comunicação violados. Tradução nossa de texto em inglês disponível em: www.kantei.go.jp. Acesso: 7 jan. 2009.
 - 7 Art. 21. Todos têm direito de livremente manifestar o próprio pensamento mediante palavra, escrita ou outro meio de difusão. A imprensa não está sujeita a autorização ou censura. (Tradução nossa a partir de versão em italiano disponível em: http://www.cortecostituzionale.it/istituzione/lacorte/fontinormative/lacostituzione/costituzione_parte_i.asp. Acesso em: 15 dez. 2008). Na parte restante do dispositivo, que é de larga extensão, é possível notar o relevo que a liberdade de expressão possui na península itálica pelo fato de haver somente nos casos previstos em lei e, mesmo assim, com determinação judicial, a possibilidade de apreensão de publicações, dispensada a intervenção judiciária nos casos de urgência.
 - 8 Art. 5º. 1. *Será assegurado a todos o direito de exprimir e divulgar livremente a sua opinião verbalmente, por escrito e por imagens, bem como o acesso, sem constrangimentos, à informação em fontes acessíveis a todos. Serão garantidas a liberdade de imprensa e a liberdade de informar por rádio, televisão e cinema. Não haverá censura*. Disponível em http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/03/Constituicao/art__05.html. Acesso em 15.12.2008. Traduzido para o português pela embaixada da Alemanha no Brasil.
 - 9 Art. 37º – 1. *Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informado, sem impedimentos nem discriminações. 2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura. 3. As infrações cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei. 4. A todas as pessoas, singulares ou colectivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de rectificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos*. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html#art37>. Acesso em 15 dez. 2008. Na Constituição da República Portuguesa, há ainda sobre o assunto os arts. 38º (Liberdade de imprensa e meios de comunicação social), 39º (Alta autoridade para a Comunicação Social) e 40º (Direito de antena, de resposta e de réplica política).
 - 10 Art. 20 – 1. São reconhecidos e protegidos os direitos: a) a expressar e difundir livremente os pensamentos, idéias e opiniões mediante a palavra, o escrito ou qualquer outro meio de reprodução; b) à produção e criação literária, artística, científica e técnica; c) à liberdade de cátedra; d) a livremente comunicar ou receber informação veraz por qualquer meio de difusão. A lei regulará o direito à escusa de consciência e ao segredo profissional no exercício destas liberdades. 2. O exercício destes direitos não pode ser restringido mediante nenhum tipo de censura prévia. 3. A lei regulará a organização e o controle parlamentar dos meios de comunicação social dependentes do Estado ou de qualquer ente público e garantirá o acesso a ditos meios dos grupos sociais e políticos significativos, respeitando o pluralismo da sociedade e das diversas línguas de Espanha. 4. Estas liberdades têm seu limite nos direitos reconhecidos neste Título, nos preceitos legais que os desenvolvem e, especialmente, no direito à honra, à intimidade, à própria imagem e à proteção da juventude e da infância. 5. Só poderá ocorrer o sequestro de publicações, gravações e outros meios de informação em virtude de decisão judicial. Tradução nossa a partir de texto em espanhol disponível em: www.constitucion.rediris.es. Acesso em: 15 dez. 2008.
 - 11 Art. 39. (1) Toda pessoa tem o direito a expressar opinião e divulgá-la em forma verbal, escrita ou oral, mediante som, imagem ou por qualquer outro meio. (2) Este direito não pode ser utilizado para transgredir os direitos e a reputação de outra pessoa, nem para conculcar, por meios violentos, a mudança da ordem constitucionalmente estabelecida, ao cometimento de delitos, ou instigar ao ódio ou à violência contra o indivíduo. Tradução de versão inglesa disponível em: <http://www.government.bg/cgi-bin/e-cms/vis/vis.pl?s=001&p=0159&n=000007&g=>. Acesso em: 7 jan. 2009.
 - 12 Art. 30. A liberdade de expressão. (1) A liberdade de expressar pensamentos, opiniões ou crenças e a liberdade das criações de qualquer natureza, mediante a palavra, o escrito, as imagens, os sons ou outros meios de comunicação em público, são invioláveis. Tradução de versão em espanhol disponível em: www.confunder.richmond.edu. Acesso em: 7 jan. 2009. O preceito possui oito parágrafos, razão pela qual, por imperativo de concisão, deixa-se de transcrevê-lo integralmente.
 - 13 Art. 29º. 1. Cada cidadão tem garantida a liberdade de pensamento e de expressão. Tradução de versão em língua espanhola disponível em: www.confunder.richmond.edu. Acesso em: 7 jan. 2009. Pela razão antes invocada, deixei de proceder à transcrição integral do dispositivo.
 - 14 Art. 19 – Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php. Acesso: 7 jan. 2008.
 - 15 Art. 10º – Liberdade de expressão. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiofusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. Texto disponível em: <http://www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo1/cesdh.html>. Acesso em: 7 jan. 2009. No item 2, há previsão de que o exercício da liberdade em foco, demais de implicar deveres e responsabilidades, pode ser submetida a restrições, condicionamentos, formalidades, ou sanções, desde que assim o preveja a lei e que constituam, em uma sociedade democrática, medidas necessárias para a segurança nacional, a integridade territorial, a segurança pública, a defesa da ordem, a prevenção de crimes, a proteção da saúde, da moral, da honra ou dos direitos de outrem, para o impedimento de informações confidenciais, ou ainda para a garantia da autoridade ou da imparcialidade do poder judicial.
 - 16 Art. 13 – Liberdade de pensamento e de expressão. 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística ou por qualquer meio de sua escolha. Texto disponível em: www.dhnet.org.br. Acesso: 7 jan. 2009. A redação do preceito

- to é extensa, seja para fins de estatuir alguns condicionamentos, seja para reforçar seu lastro tutelar. Por isso a transcrição não teve continuidade.
- 17 A Constituição do Estado Novo, espelhando o clima totalitário então reinante, laborou com minudência no estabelecimento de restrições a tal direito. Estas constavam das alíneas *a* a *g* ao art. 122, n. 15, dentre as quais merece destaque, pela vagueza, a consignada na alínea *c*, consistente em *providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado*.
 - 18 *Para el hombre, la libertad de pensamiento resulta insuficiente en el ámbito de su vida espiritual interna. Debido a su naturaleza social necesita, además de pensar, poder comunicar su pensamiento de las personas con las cuales convive en el marco de las innumerables comunidades y sociedades que integra* (Tradução nossa).
 - 19 Relata Baleeiro (1985, 153-154) que tal proteção remonta à Constituição de 1946, por proposta do então constituinte Jorge Amado. Justifica-se tanto em face do encarecimento do produto que a incidência de imposto sobre a matéria-prima do livro poderia acarretar como também porque eventual extrafiscalidade tributária poderia dar lugar a monopólios em favor de alguns empresários. Além disso, à época, estava muito recente a manobra da ditadura de Vargas para tentar subjugar o jornalismo pelo contingenciamento de papel importado. Mais à frente (1985, p. 156-157), o autor aponta o que denominou de “ignominiosos exemplos da utilização tributária” como forma de restringir a liberdade de imprensa, o que ocorreu: a) na Inglaterra, entre 1830 a 1861, mediante a cobrança, por meio de selos, de impostos sobre exemplares de jornais, cujo descumprimento implicaria multa para o leitor que fosse apanhado na posse de periódico não selado; b) na França, onde até 1870 cobrava-se estampilha sobre jornais, havendo Lei de 1871 tributado em 20 francos por cem quilos o papel de jornais, o que somente desapareceu em 1885; c) no Estado da Luisiana, durante o governo de Huey Long (1934), foi instituído imposto incidente sobre o espaço vendido nas colunas dos jornais a seus anunciantes e, ao mesmo tempo, sobre a correspondente circulação, havendo a Suprema Corte declarado sua inconstitucionalidade por violar a Primeira Emenda à Constituição.
 - 20 Dois pronunciamentos merecem destaque. Primeiramente, tem-se o RE 203.859 – 8 – SP (mv, rel. desig. Min. Maurício Corrêa, DJU de 24/8/2001), no qual o Pleno deliberou por prover recurso da Empresa Folha da Manhã S/A, assentando que a imunidade tributária alcança também o papel destinado à impressão de jornais. Noutro passo (RE 221.239 – 6 – SP, v.u., rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 6/8/2004), a Segunda Turma proveu recurso da Editora Globo S/A interposto em face do Estado de São Paulo, que pretendia tributar álbum de figurinhas cujo tema era idêntico ao de uma novela televisiva (*Que Rei Sou Eu*), veiculada pela Rede Globo de Televisão, por não caber ao aplicador da norma constitucional afastar o benefício fiscal com base em juízo subjetivo acerca da qualidade cultural ou do valor pedagógico de publicação destinada ao público infantil. Ressaltou-se na ementa: **CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. ART. 150, VI, “D” DA CF/88. “ÁLBUM DE FIGURINHAS”. ADMISSIBILIDADE. 1. A imunidade tributária sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua expressão tem por escopo evitar embaraços ao exercício da liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, bem como facilitar o acesso da população à cultura, à informação e à educação. 2. O Constituinte, ao instituir esta benesse, não fez ressalvas quanto ao valor artístico ou didático, à relevância das informações divulgadas ou à qualidade cultural de uma publicação. 3. Não cabe ao aplicador da norma constitucional em tela afastar este benefício fiscal instituído para proteger direito tão importante ao exercício da democracia, por força de um juízo subjetivo acerca da qualidade cultural ou do valor pedagógico de uma publicação destinada ao público infanto-juvenil. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido.**
 - 21 Vale a pena proceder à leitura de Miguel Carbonell (2001, p. 44-50) quando aponta que, na atualidade, é vivenciado fenômeno segundo o qual empresas econômicas possuem mais poder do que grande parte de Estados, ora por contarem com maiores recursos financeiros, seja pela capacidade de se moverem a velocidade superior a de qualquer Estado. Dentre tais corporações, pode-se, com facilidade, destacar aquelas que exploram atividades de comunicação social.
 - 22 Adverte a autora (p. 190) que a expressão “lei” deve ser entendida em sua acepção material e não formal, de sorte que não se exige apenas que se trate de medidas tomadas pelo Parlamento, mas pelo Executivo, pelas organizações internacionais ou pela jurisprudência dos tribunais, como é o caso do sistema da *common law*.
 - 23 O liame entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade foi objeto de consideração em trabalho de nossa autoria (2000, p. 246-247).
 - 24 Texto disponível em: www.stj.pt. Acesso em: 9 mai. 2002.
 - 25 Conferir, dentre vários julgados, o constante do REsp 765.479 – RJ (3ª T., v.u., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 24-04-2006, p. 397).
 - 26 Nesse particular, conferir a Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal: *É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não é a de petição de herança*.
 - 27 Não olvidar que, em algumas situações, como se dá com o direito à honra, é possível aos parentes próximos a defesa de direito da personalidade de pessoas falecidas. Basta ver os parágrafos únicos dos arts. 12 e 20, ambos do Código Civil Brasileiro. Antes mesmo da promulgação deste, o Superior Tribunal de Justiça (4ª T., Resp 268.660 – RJ, v.u., rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 21-11-2000) já havia se posicionado que, não obstante a intransmissibilidade do direito à personalidade, poderia a mãe defender imagem de filha falecida.
 - 28 Eis o teor do dispositivo: *2. A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indenizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte* (Texto disponível em: www.stj.pt. Acesso em: 09 mai 2002.). Na Espanha, a Ley 25, de 20 de dezembro de 1990, conhecida como a Lei do Medicamento, também prevê, no seu art. 61, que aquele que consentiu na realização de experiências clínicas poderá revogar seu consentimento a qualquer momento e sem obrigação de fazê-lo motivadamente.
 - 29 *La infracción de los derechos de la personalidad puede dar lugar a su corrección por la vía penal, con la consiguiente responsabilidad civil que de todo delito o falta surge, o a una responsabilidad civil, si la acción u omisión no está tipificada penalmente y encaja en el artículo 1.902 del Código civil*. Tradução nossa).
 - 30 Limitações da espécie se acham noutras ordens constitucionais, como a portuguesa (art. 37º, nº 4º), a espanhola (art. 18.1), a búlgara (art. 39.2) e a romena (art. 30.6).
 - 31 A pretexto de comentar decisão da Suprema Corte de 26/6/97, na qual declarada a inconstitucionalidade do *Congress Decency Act*, que incriminava a transmissão de material obsceno pela internet, Maria Luisa Fernandez Esteban (1998, p. 303) aponta existência de presunção de inconstitucionalidade das leis que cuidam de limitar a liberdade de expressão da Primeira Emenda, principalmente quando se refere ao seu conteúdo.
 - 32 O julgamento também foi objeto de comentário por Adhemar Maciel (2008, p. 10-11).
 - 33 Sala Segunda, Ponente Don Miguel Rodríguez– Piñero y Bravo-Ferrer, BOE nº 274, edição de 15-11-91. Disponível em: www.boe.es. Acesso em: 13 nov. 2008.
 - 34 Eis a transcrição do item 7 da ementa: *7. Embora o direito à intimidade, como limite à liberdade de informação, deva ser interpretado restritivamente, não supõe que os personagens públicos, pelo fato de sê-lo, e ainda menos seus familiares, tenham de ver sacrificado ilimitadamente seu direito à intimidade. O referir-se a informação a um personagem público não implica, só por só, que os fatos contidos na mesma não possam estar protegidos pelo direito à intimidade que aquele possui, o qual constitui sempre um limite do direito à informação*. Tradução nossa de texto em espanhol Disponível em: www.boe.es. Acesso em 13 nov. 2008.
 - 35 Essa preocupação encontra-se sintetizada em passagem da ementa: *2. Princípio constitucional de maior densidade ideológica e mais elevada estrutura sistêmica, a Democracia avulta como síntese dos fundamentos da República Federativa brasileira. Democracia que, segundo a Constituição Federal, se apóia em dois dos mais vistosos pilares: a) o da informação em plenitude e de máxima qualidade; b) o da transparência ou visibilidade do Poder, seja ele político, seja econômico, seja religioso (art. 220 da CF/88)*. De salientar que, em recente julgamento, proferido na ADI 3.741 – 2 – DF (Plenário, v.u., rel. in. Ricardo Lewandowski, DJU de 23-02-2007), ao declarar-se a inconstitucionalidade do art. 35 – A, acrescentado à Lei 9.504/97 pela Lei 11.300, de 10/5/2006, que pretendia vedar a divulgação de pesquisas nos quinze dias anteriores às eleições, restou assentado, mais uma vez, que a liberdade de informação, como consectário da liberdade de expressão, constitui valor indissociável da ideia de democracia. Ademais, constou, na qualidade de obter *dictum*, que o direito constitucional em tela somente poderá ser restringido nas hipóteses previstas pela Constituição, nas quais se encontra a tutela da intimidade, privacidade, honra e imagem da pessoa.
 - 36 É de serem transcritas as seguintes palavras do relator: *Na verdade, o Tribunal a quo emprestou ao dano moral caráter restritivo, o que não se coaduna com a forma como a Constituição o trata, no inc. X do art. 5º. O que precisa ser dito é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com o intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento ao fotografado, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição (art. 5º, X)*.

- 37 No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o tema ostenta controvérsia, pois, como decisão da 2ª Seção (Embargos de Divergência no REsp 230.268/SP, mv, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 04-08-2003, p. 266), da qual não discrepa a tomada no REsp 440.150 – RJ (2ª T., v.u., rel. Min. Peçanha Martins, DJU de 06-06-2005) e no REsp 207.165 – SP (3ª T., v.u., rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 17-12-2004), reputa devido dano moral por violação do direito à imagem, independentemente de se cuidar de exposição ofensiva, acórdãos mais recentes (3ª T., REsp 622.872/RS, v.u., rel. Min. Nancy Andrighi, DJU de 14-06-2005, p. 446; 3ª T., REsp 270.730/RJ, v.u., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 07-05-2001) reclamam, para tanto, que da publicação tenha emergido desprestígio ou desconforto ao titular do direito. Já em duas ocasiões a condenação se louvou na circunstância de que o fundamento da pretensão indenizatória fora, justamente, motivada pela divulgação da imagem em condições desconfortantes ou depreciativas (4ª T., REsp 268.660 – RJ, v.u., rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 21-11-2000; 4ª T., REsp 1.053.534 – RN, v.u., rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 06-10-2008). Conforme desenvolvimento no texto, acho que o essencial para poder sustentar que houve ofensa ao direito à imagem, ensejando o reconhecimento de danos morais, deverá passar pela averiguação, que não se contém nos arestos citados, sobre se a divulgação das notícias é ou não do interesse público. Presente este, a liberdade de expressão afasta violação ao direito à imagem.
- 38 De forma incensurável, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 595.600 – SC (4ª T., v.u., rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 13-09-2004), afastou direito a indenização quando alguém, voluntariamente, expõe sua imagem em cenário público, patrocinando fato de interesse a ser divulgado pela imprensa. Tratou-se de situação na qual a demandante, que não era pessoa famosa, optou pela prática de *topless* em praia de grande movimento, tendo sido alvo de fotografia veiculada por jornal. Demais de ser ressaltado que o direito à imagem encontra limites de acordo com as circunstâncias e peculiaridades nas quais, verificada sua captação, a reportagem divulgou fotografia sem qualquer chamada sensacionalista.
- 39 De fato, a Lei n. 9.296, de 24/7/96, no seu art. 10, incrimina a conduta de realizar interceptações de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou a quebra de sigilo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.
- 40 O julgado é demasiado longo. Por isto, optou-se, em face de sua importância na jurisprudência pátria, pela transcrição de parte elucidativa e substancial de sua ementa: 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilatude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

REFERÊNCIAS

- ALGRANT, Chistine Pevitt. *Madame de Pompadour*: Senhora da França. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*: teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v. 1.
- BADENI, Gregorio. *Tratado de derecho constitucional*. Buenos Aires: La Ley, 2004. t. 1.
- BALEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- BELLESCIZE, Diane. La convention européenne des droits de l’homme et la liberté d’expression. *Nomos – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 28.2, p. 185-203, jul./dez. 2002.
- BERTONI, Eduardo Andrés. *Libertad de expresión em El Estado de derecho*: doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional. Buenos Aires: Edi-

tores del Puerto, 2000.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BRASIL. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.741-2, Distrito Federal, rel. Min. Ricardo Lewandowski, *Diário da Justiça*, Brasília, 23/2/2007.
- _____. STF. Plenário, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130-7, Distrito Federal, rel. Min. Carlos Britto, *Diário da Justiça Eletrônica*, Brasília, 07/11/2008.
- _____. STF. 1ª Turma, Habeas Corpus n. 83.125, Distrito Federal, rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Brasília, 7/11/2003.
- _____. STF. Plenário, Habeas Corpus n. 82.424, Distrito Federal, rel. desig. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Brasília, 19/3/2004.
- _____. STF. Pleno, Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 24.832, Distrito Federal, rel. Min. Cezar Peluso, *Diário da Justiça*, Brasília, 18/8/2006.
- _____. STF. Pleno, Medida Cautelar em Petição n. 2.702, Distrito Federal, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Brasília, 19/9/2003.
- _____. STF. 2ª Turma, Recurso Extraordinário n. 215.984-1, Distrito Federal, rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Brasília, 28/6/2002.
- _____. STF. 2ª Turma, Recurso Extraordinário n. 208.685, Distrito Federal, rel. Min. Ellen Gracie, *Diário da Justiça*, Brasília, 22/8/2003.
- _____. STF. Recurso Extraordinário n. 203.859-8, São Paulo, rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Brasília, 24/8/2001.
- _____. STF. Recurso Extraordinário n. 221.239-6, São Paulo, rel. Min. Ellen Gracie, *Diário da Justiça*, Brasília, 6/8/2004.
- _____. STF. Súmula n. 149.
- _____. STJ. 2ª Turma, Recurso Especial n. 440.150, Rio de Janeiro, rel. Min. Peçanha Martins, *Diário da Justiça*, Brasília, 6/6/2005.
- _____. STJ. 3ª Turma, Recurso Especial n. 207.165, São Paulo, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, *Diário da Justiça*, Brasília, 17/12/2004.
- _____. STJ. 4ª Turma, Recurso Especial n. 595.600, Santa Catarina, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *Diário da Justiça*, Brasília, 13/9/2004.
- _____. STJ. 4ª Turma, Recurso Especial n. 268.660, Rio de Janeiro, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *Diário da Justiça*, Brasília, 21/11/2000.
- _____. STJ. 4ª Turma, Recurso Especial n. 1.053.534, Rio Grande do Norte, rel. Min. Fernando Gonçalves, *Diário da Justiça*, Brasília, 6/10/2008.
- _____. STJ. 3ª Turma, Recurso Especial n. 765.479, Rio de Janeiro, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *Diário da Justiça*, Brasília, 24/4/2006.
- CARBONELL, Miguel. *Los derechos humanos en la actualidad: una visión desde México*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2001. Temas de derecho público 65.
- CARRIÈRE Jean-Claude; FORMAN, Milos. *Os fantasmas de Goya*. Tradução: Paulina Wach e Ari Roitman. São Paulo: Schwarcz, 2007.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Instituciones de derecho civil*. 2. ed. Madrid: tecnos, 1995. v. 1/i (Introducción. Parte general. Derechos de la persona).
- ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentencia n. 197, Ponente Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 15/11/91.
- ESTADOS UNIDOS. New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254, 270 (1964).
- FERNANDEZ ESTEBAN, Maria Luisa. Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresion en internet (1). *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 18, n. 53, p. 283-311, may./ago. 1998.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales*: apuntes de História de las constituciones. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão*: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MACIEL, Adhemar. Um símbolo nacional norte-americano e o direito de expressão. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 45, n. 178, p. , abril/junho de 2008.
- MIRANDA, Jorge de. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000. t. 3.
- NISKIER, Arnaldo. *Padre Antônio Vieira e os judeus*. Rio de Janeiro: Imago, 2004.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 219, jan./mar. 2000.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

Artigo recebido em 10/2/2009.

Edilson Pereira Nobre Júnior é juiz federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte.