

EDILSOM PEREIRA DE FARIAS

COLISÃO DE DIREITOS

A HONRA, A INTIMIDADE, A VIDA PRIVADA E
A IMAGEM *VERSUS* A LIBERDADE DE
EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO

Sergio Antonio Fabris Editor

COLISÃO DE DIREITOS
A HONRA, A INTIMIDADE, A VIDA PRIVADA E
A IMAGEM *VERSUS* A LIBERDADE DE
EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO

instituto de Registro Imobiliário do Brasil

EDILSOM PEREIRA DE FARIAS

Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito
da Universidade de Brasília. Prof. Substituto de
Direito da Fundação Universidade Federal do Piauí.
Prof. da Escola Superior de Magistratura do Estado do Piauí.
Promotor de Justiça.

COLISÃO DE DIREITOS

**A HONRA, A INTIMIDADE, A VIDA PRIVADA E
A IMAGEM *VERSUS* A LIBERDADE DE
EXPRESSION E INFORMAÇÃO**

Sergio Antonio Fabris Editor
Porto Alegre, 1996

© Edilsom Pereira de Farias

Reservados todos os direitos de publicação, total ou parcial, à
SERGIO ANTONIO FABRIS EDITOR
Rua Miguel Couto, 745 CEP 90850-050
Caixa Postal 4001 CEP 90631-970
Fone: (051) 233-2681
Porto Alegre - RS

SUMÁRIO

Apresentação	09
Introdução	17
Capítulo 1 - O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	
1 - Introdução ao tema dos princípios	21
2 - Princípios e regras	23
3 - Distinção entre princípios e regras	24
a) a idéia sobre peso ou importância dos princípios	24
b) os princípios como mandados de otimização	26
c) os princípios como juízo de concorrência	28
4 - Origem dos princípios	29
5 - Uma classificação dos princípios	30
5.1 - Princípios explícitos ou positivos	31
a) os princípios constitucionais e seu valor	31
b) tipologia dos princípios constitucionais (princípios estruturantes ou fundamentais, princípios constitucionais impositivos ou diretivos e princípios-garantia)	33
5.2 - Princípios implícitos ou Princípios gerais do Direito	37
5.3 - Princípios suprapositivos ou extra-sistêmicos	40
6 - Funções dos princípios	41
a) função hermenêutica	41
b) função regulativa	42
7 - Princípio e valor	43
8 - A pessoa humana como valor	45

9 - O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana	48
10 - O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana como valor unificador dos direitos fundamentais	54

Capítulo 2 - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1 - Noções iniciais sobre os direitos humanos	57
2 - Conceito de direitos humanos	59
3 - Constitucionalização dos direitos humanos: os direitos fundamentais	59
4 - Fundamento dos direitos humanos	61
4.1 - Fundamento filosófico	61
4.1.1 - Tese positivista	61
4.1.2 - Tese realista	61
4.1.3 - Tese jusnaturalista	62
a) fundamentação objetiva	63
b) fundamentação subjetiva	63
c) fundamentação intersubjetiva	64
4.2 - Fundamento constitucional	66
5 - Os direitos fundamentais como critério de legitimidade de regimes políticos	67
6 - Estrutura das disposições de norma dos direitos fundamentais	69
6.1 - Texto e norma	69
6.2 - Norma de direito fundamental e direito fundamental	71
6.3 - Normas configurativas de direito fundamental	72
6.4 - Normas restritivas de direito fundamental	74
6.5 - Núcleo essencial dos direitos fundamentais	78
7 - Classificação dos direitos fundamentais	82
7.1 - Direitos fundamentais de defesa	84
7.2 - direitos fundamentais a prestação	86
a) direitos fundamentais a prestações jurídicas	87
b) direitos fundamentais a prestações materiais	89
7.3 - Direitos fundamentais de participação	92
8 - Colisão de direitos fundamentais	93
8.1 - Colisão entre os próprios direitos fundamentais	93
8.2 - Colisão entre os direitos fundamentais e outros valores constitucionais	94

Capítulo 3 - A colisão dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem *versus* a liberdade de expressão e informação

1 - A constitucionalização dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem	103
2 - A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem como direitos da personalidade	105
3 - Os direitos em particular	108
3.1 - O direito à honra	108
3.2 - O direito à intimidade	111
3.3 - O direito à vida privada <i>stricto sensu</i>	117
3.4 - O direito à imagem	119
4 - A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem como limites externos da liberdade de expressão e informação	127
5 - A liberdade de expressão e informação	128
6 - A colisão entre os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem e a liberdade de expressão e informação	137
6.1 - Resolução da colisão pelo Legislador	138
6.2 - Resolução da colisão pela jurisprudência	140
Conclusões	149
Referências bibliográficas	161

APRESENTAÇÃO

A doutrina constitucional brasileira vem-se ocupando, nos últimos tempos, da problemática relativa aos direitos fundamentais. Trata-se, sem dúvida, de iniciativa que deve ser fortemente estimulada, até porque isto se coloca no contexto de um esforço desenvolvido com vistas a colmatar *déficits* evidentes de nossa dogmática constitucional.

A Universidade de Brasília - UnB - tem participado ativamente desse esforço, sobretudo nas discussões travadas no âmbito do Curso de Mestrado em Direito e Estado e na elaboração de dissertações que enfocam temas específicos de direitos fundamentais.

Um exemplo digno desse esforço é a obra de Edilsom Pereira de Freitas sobre o difícil tema da colisão entre direitos fundamentais, apresentada, inicialmente, como dissertação de Mestrado (Dezembro de 1995) e aprovada com distinção.

Como o leitor atento poderá constatar, antes de enfrentar a complexa questão da colisão de direitos fundamentais, especialmente da colisão dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem e à liberdade de informação e de expressão, dedicou o autor atenção especial ao princípio da dignidade humana, procedendo a rigoroso estudo sobre o seu significado para a ordem constitucional.

Após percuciente desenvolvimento, que envolve a classificação dos princípios e a distinção entre regras e princípios, assenta o autor a seguinte conclusão sobre o princípio da dignidade humana para a ordem constitucional brasileira.

“O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. Dessarte o extenso rol de direitos e garantias fundamentais consagrados pelo título II da Constituição Federal de 1988 traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Em suma, os direitos fundamentais são uma primeira e importante concretização desse último princípio, quer se trate dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), dos direitos sociais (arts. 6º a 11) ou dos direitos políticos (arts. 14 a 17). Ademais, aquele princípio funcionara como uma “cláusula aberta” no sentido de respaldar o surgimento de “direitos novos” não expressos na Constituição de 1988, mas nela implícitos, seja em decorrência do regime e princípios por ela adotados, ou em virtude de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, reforçando, assim, o disposto no art. 5º, § 2º. Estreitamente relacionada com essa função, pode-se mencionar a dignidade da pessoa humana como critério interpretativo do inteiro ordenamento constitucional”.

O segundo capítulo da obra é dedicado, fundamentalmente, a explicitar a estrutura das normas de direitos fundamentais, contemplando-se, em sua parte final, o problema da colisão entre direitos fundamentais. Enunciam-se aqui temas relevantes da estrutura dos direitos fundamentais; (1) a reserva ou restrição legal a direitos fundamentais e normas legais de caráter configurativo, referentes às chamadas garantias institucionais; (2) a difícil discussão sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais e a necessidade de compatibilização das diversas teorias (absoluta, relativa, objetiva ou subjetiva); (3) o significado dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa, direitos a prestações (jurídicas ou materiais) e direitos de participação.

O último capítulo da obra trata exatamente da controvertida questão da colisão entre os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem e a liberdade de informação e de expressão. Também aqui o leitor encontrará uma abordagem arguta do tema, que, como demonstrado, tem importância singular para a dogmática dos direitos fundamentais.

Como enfocado no presente trabalho, tem-se autêntica colisão apenas quando um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual¹. Em se tratando de direitos submetidos à reserva legal

1 - Rüfner, Wolfgang. Grundrechtskonflikte. in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. 11. Tübingen, 1976, p. 453 (461).

expressa, compete ao legislador, primeiramente, traçar os limites adequados, de modo a assegurar o exercício pacífico de faculdades eventualmente conflitantes.

Quid juris, porém, quando a questão envolve direitos individuais não submetidos expressamente à norma restritiva?

Como observado, a liberdade de expressão artística e intelectual pode colidir com o direito à inviolabilidade da intimidade e da imagem ou outras manifestações do direito de personalidade de eventual atingido².

A questão embaraçosa refere-se ao valor que há de prevalecer. Formulada de forma explícita; quais seriam as possibilidades de solução em caso de conflito entre a liberdade de opinião e de comunicação ou a liberdade de expressão artística (CF, art. 5º, IX) e o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (CF, art. 5º, X)?

É possível que uma das fórmulas alvitadas para a solução de eventual conflito passe pela tentativa de estabelecimento de uma *hierarquia* entre direitos individuais³.

Embora não se possa negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes *pesos* numa determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de uma rigorosa hierarquia entre diferentes direitos individuais acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando também a Constituição enquanto complexo normativo unitário e harmônico⁴.

Assim, afirma-se, no direito alemão, que o postulado da dignidade humana (*Grundsatz der Menschenwürde*) integra os princípios fundamentais da ordem constitucional (*tragende Konstitutionsprinzipien*) que balizam todas demais disposições constitucionais (LF, artigos 1º, I e 79, III). A *garantia de eternidade* contida no art. 79, III, confere-lhe posição especial em face de outros preceitos constitucionais⁵.

Da mesma forma, tem-se como inquestionável que o direito à vida tem precedência sobre os demais direitos individuais, uma vez que é pressuposto para o exercício de outros direitos⁶.

2 - Cf. v. g., BVerfGE 30, 173 (193) (Mephisto).

3 - Cf., a propósito, von Münch. Ingo, in: *Grundgesetz-Kommentar. Vorbemerkung*. Art. 1-19, n° 46, p. 49.

4 - Rüfner. *Grundrechtskonflikte*. op. cit.. p. 453 (462).

5 - Rüfner. *Grundrechtskonflikte*. op. cit.. p. 453 (462).

6 - Rüfner. *Grundrechtskonflikte*. op. cit.. p. 453 (462).

Na tentativa de fixar uma regra geral, consagra Dürig a seguinte fórmula: *valores relativos às pessoas tem precedência sobre valores de índole material (Persongutwert geht vor Sachgutwert)*⁷.

A Corte Constitucional alemã reconheceu, expressamente, que *“tendo em vista a unidade da Constituição e a defesa da ordem global de valores por ela pretendida, a colisão entre direitos individuais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional pode legitimar, em casos excepcionais, a imposição de limitações a direitos individuais não submetidos explicitamente à restrição legal expressa”*⁸.

Ressalte-se, porém, que, tal como apontado no presente trabalho, o Tribunal Constitucional não se limita a proceder a uma simplificada ponderação entre princípios conflitantes, atribuindo precedência ao de maior hierarquia ou significado. Até porque, como observado, dificilmente logra-se estabelecer uma hierarquia precisa entre direitos individuais e outros valores constitucionalmente contemplados⁹. Ao revés, no juízo de ponderação indispensável entre os valores em conflito, contempla a Corte as circunstâncias peculiares de cada caso. Daí afirmar-se, correntemente, que a solução desses conflitos há de se fazer mediante a utilização do recurso à *concordância prática (praktische Konkordanz)*, de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade¹⁰.

A propósito, refira-se a um dos casos de maior repercussão submetidos à Corte Constitucional alemã. No chamado *“caso Lebach”*, de 5 de junho de 1973, no qual se discutiu problemática concernente à liberdade de imprensa face aos direitos de personalidade, cuidava-se de pedido de medida liminar formulado perante tribunais ordinários por um dos envolvidos em grave homicídio - conhecido como o *“assassinato de soldados de Lebach”* - *Der Soldatenmord von Lebach* - contra a divulgação de filme, pelo Segundo Canal de Televisão (*Zweites Deutsches Fernsehen - ZDF*), sob a alegação de que, além de lesar os seus direitos de personalidade, a divulgação do filme, no qual era citado nominalmente, dificultava a sua ressocialização. O Tribunal estadual de Mainz e, posteriormente, o Tribunal Superior de Koblenz não acolheram o pedido de liminar, entendendo, fundamentalmente, que o envolvimento

7 - Dürig, in: *Summun ius. Summa iniuria*, p. 84, apud Rüfner, *Grundrechtskonflikte*, p. 462.

8 - BVerfGE 28. 243 (261).

9 - Cf., sobre o assunto, Rüfner, *Grundrechtskonflikte*, p. 453 (465).

10 - Cf., sobre o assunto, Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1988, p. 27.

no crime fez que o impetrante se tornasse uma personalidade da história recente e que o filme fora concebido como um documentário destinado a apresentar o caso sem qualquer alteração¹¹.

Eventual conflito entre a liberdade de imprensa, estabelecida no art. 5, I, da Lei Fundamental de Bonn e os direitos de personalidade do impetrante, principalmente o direito de ressocialização, haveria de ser decidido em favor da divulgação da matéria, que correspondia ao direito de informação sobre matéria de inequívoco interesse público¹².

O recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) foi interposto sob alegação de ofensa aos artigos 1, I (inviolabilidade da dignidade humana), e 2, I (...) da Lei Fundamental.

A Corte Constitucional após examinar o documentário e assegurar o direito de manifestação do Ministério da Justiça, em nome do Governo Federal, do Segundo Canal de Televisão, do Governo do Estado da Renânia do Norte-Vestfália, a propósito do eventual processo de ressocialização do impetrante na sua cidade natal, do Conselho Alemão de Imprensa, da Associação Alemã de Editores, e ouviu, em audiência pública, especialistas em execução penal, psicologia social e comunicação, deferiu a medida postulada, determinando a proibição de divulgação do filme, até a decisão do processo principal, se dele constasse referência expressa ao nome do impetrante¹³.

Ressaltou o Tribunal que, ao contrário da expressão literal da lei, o direito à imagem não se limitava à própria imagem, mas também às representações de pessoas com a utilização de atores¹⁴.

Considerou o Tribunal, inicialmente, que os valores constitucionais em conflito (liberdade de comunicação e os direitos de personalidade) configuravam elementos essenciais da ordem democrático-liberal (*freiheitlich demokratische Ordnung*) estabelecida pela Lei Fundamental, de modo que nenhum deles deve ser considerado, em princípio, superior ao outro. Na impossibilidade de uma compatibilização dos interesses conflitantes, tinha-se de contemplar qual haveria de ceder lugar, no caso concreto, para permitir uma adequada solução da colisão.

11 - BVerfGE 35. 202 (207).

12 - BVerfGE 35. 202 (207-208).

13 - BVerfGE 35. 202 (204).

14 - BVerfGE 35. 202 (224).

Em apertada síntese, concluiu a Corte Constitucional: *“Para a atual divulgação de notícias sobre crimes graves tem o interesse de informação da opinião pública, em geral, precedência sobre a proteção da personalidade do agente delituoso. Todavia, além de considerar a intangibilidade da esfera íntima, tem-se que levar em conta sempre o princípio da proporcionalidade. Por isso, nem sempre afigura-se legítima a designação do autor do crime ou a divulgação de fotos ou imagens ou outros elementos que permitam a sua identificação;*

A proteção da personalidade não autoriza, porém, que a Televisão se ocupe, fora do âmbito do noticiário sobre a atualidade, com a pessoa e esfera íntima do autor de um crime, ainda que sob a forma de documentário.

A divulgação posterior de notícias sobre o fato é, em todo caso, ilegítima, se se mostrar apta a provocar danos graves ou adicionais ao autor, especialmente se dificulta a sua reintegração na sociedade. É de se presumir que um programa, que identifica o autor de fato delituoso pouco antes da concessão de seu livramento condicional ou mesmo após a sua soltura ameaça seriamente o seu processo de reintegração social¹⁵.

Tal como ressaltado, no processo de ponderação não se atribui primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. É o que se verificou na decisão acima referida, na qual restou íntegro o direito de noticiar sobre fatos criminosos, ainda que submetida a eventuais restrições exigidas pela proteção do direito de personalidade¹⁶.

Embora o texto constitucional brasileiro não tenha privilegiado especificamente determinado direito, na fixação das cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º), não há dúvida de que, tal como apontado na obra de Edilsom Pereira Farias, assumem peculiar relevo, entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecido como fundamento da própria ordem constitucional (CF, art. 1º, III).

Assim, devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio (*inviolabilidade da pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade*).

15 - BVerfGE 35. 202 (203).

16 - Cf. a propósito. Rüfner. *Grundrechtskonflikte*, p. 453 (469).

Edilsom Pereira de Farias, após analisar detidamente algumas manifestações de diferentes Cortes Constitucionais, ressalta que, *"na solução da colisão entre os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, de um lado, e a liberdade de expressão e informação, de outro, os tribunais constitucionais têm partido da preferred position em abstrato dessa liberdade em razão de sua valoração como condição indispensável para o funcionamento de uma sociedade aberta"*. De qualquer sorte, a aplicação dessa *preferred position* estaria submetida a certos requisitos: *"(a) o público (assuntos ou sujeitos públicos) deve ser separado do privado (assuntos ou sujeitos privados), pois não se justifica a valoração preferente da liberdade de expressão e de informação quando essa liberdade se referir ao âmbito inter privado dos assuntos ou sujeitos; (b) o cumprimento do limite interno de veracidade (atitude diligente do comunicado no sentido de produzir uma notícia correta e honesta), pois a informação que revele manifesto desprezo pela verdade ou seja falsa perde a presunção que tem a seu favor"*.

Não há dúvida de que a relevância do tema para a moderna dogmática do Direito Constitucional e a pesquisa cuidadosa e séria desenvolvida pelo autor da dissertação fazem da presente obra referência obrigatória para todo e qualquer estudioso do tema dos direitos fundamentais entre nós.

Brasília, maio de 1996.

Gilmar Ferreira Mendes

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, entendidos como a concreção histórica do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, hodiernamente cumprem uma função primordial: constituem paradigma de legitimação de regimes políticos. Vale dizer: quanto mais um Estado procura torná-los eficazes, mais legitimidade adquire perante a comunidade internacional. Ao revés, será considerado menos democrático e legítimo o regime político que desrespeita e propicia a agressão a esses direitos.

Inicialmente, foram concebidos como limites aos poderes do soberano. Eram as liberdades individuais oponíveis ao Estado. Constituíam-se, essencialmente, em *direitos de defesa* contra o Poder Público.

Posteriormente, surgiram novos direitos que ao invés de uma postura negativa exigiram uma ação positiva do Estado. São os direitos sociais. Consistem, em regra, em *direitos à prestação* exequíveis pelo Estado.

Atualmente, em decorrência do acúmulo de poder econômico de que possam eventualmente dispor, indivíduos e empresas privadas não raramente violam os direitos fundamentais, fazendo com que esses direitos também sejam oponíveis àquelas pessoas.

No exercício dos direitos fundamentais, poderá suceder que um direito se choque com outro igualmente fundamental, situação que se denomina tecnicamente de *colisão de direitos fundamentais*.

Os direitos da personalidade à honra, à intimidade, à vida privada, e à imagem - elevados ao grau de direitos fundamentais (Constituição Federal,

art. 5º, X) - freqüentemente colidem com a liberdade de expressão e informação (Constituição Federal, art. 220).

O presente estudo visa a analisar a referida colisão de direitos fundamentais. Para tanto, utiliza-se dos subsídios fornecidos pela teoria dos princípios, considerados pela moderna doutrina constitucional (especialmente os princípios constitucionais) instrumentos valiosos para uma adequada hermenêutica da constituição, bem como das contribuições recentes extraídas da dogmática sobre os direitos fundamentais, que apresenta como parâmetros para dirimir a dialética de interesses contrapostos, dentre outros, os princípios da *unidade da constituição*, da *concordância prática* e da *proporcionalidade*.

Partilha-se, neste trabalho, da opinião que considera a liberdade de expressão e informação de vital importância para a formação do pluralismo político e para o bom funcionamento do regime democrático.

Todavia, não existem direitos absolutos, no sentido de direitos ilimitados. Os direitos fundamentais são relativos, sendo o conteúdo dos mesmos quase sempre conhecido apenas nas relações que travam entre si ou com outros bens jurídicos. Não discrepa dessa regra inexorável a liberdade de expressão e informação, apesar de sua eficácia irradiante por ensejar a consecução da opinião pública livre na sociedade democrática contemporânea.

A Constituição brasileira de 1988 prescreveu como limites à liberdade de expressão e informação, dentre outros, a honra, a intimidade, a vida privada, e a imagem das pessoas (art. 220, §1º). Porém, o texto constitucional também consagra esses direitos como direitos fundamentais autônomos (art. 5º, X). Assim, quando esses direitos da personalidade entram em confronto com a liberdade de expressão e informação, estamos perante uma autêntica colisão de direitos fundamentais, uma vez que estão prescritos pela Constituição não apenas como limites mas, também, como direitos em si.

Um primeiro instrumento que se apresenta para solver a colisão entre os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem e a liberdade de expressão e informação é o *legal*. A nossa Lei Maior prevê, no citado art. 220, §1º, que nenhuma *lei* conterá dispositivo que possa embarçar a plena liberdade de expressão e informação, observadô, dentre vários, o inciso X, que trata dos direitos da personalidade em questão. Esse mandamento constitucional estabelece, assim, uma *reserva de lei qualificada*, a fim de que se regulemente o exercício da liberdade de expressão e informação, levando-se em conta o âmbito de proteção constitucional dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada, e à imagem.

Um segundo instrumento apresentado para resolver a colisão em discussão consiste no método da *ponderação dos direitos e bens constitucionais envolvidos* de que faz uso a *jurisprudência*. É dizer: na solução do caso concreto, deve-se restringir o mínimo possível os direitos em pugna e, quando houver preferência por um direito, não se deve aniquilar totalmente o outro, mas preservar-lhe um mínimo irredutível chamado núcleo essencial.

Ao termo da exposição, pretende-se ter demonstrado o *justo equilíbrio* que poderá e deverá existir nas relações e freqüentes pugnas que entre si estabelecem os direitos da personalidade à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, de uma parte, e a liberdade de expressão e informação, de outra.

CAPÍTULO 1

O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1 - Introdução ao tema dos princípios. 2 - Princípios e regras. 3 - Distinção entre princípios e regras: a) a ideia sobre peso ou importância dos princípios - b) os princípios como mandados de otimização - c) os princípios como juízo de concorrência. 4 - Origem dos princípios. 5 - Uma classificação dos princípios. 5.1 - Princípios explícitos ou positivos: a) os princípios constitucionais e seu valor - b) tipologia dos princípios constitucionais (princípios estruturantes ou fundamentais, princípios constitucionais impositivos ou diretivos e princípios-garantia). 5.2 - Princípios implícitos ou princípios gerais do Direito. 5.3 - Princípios suprapositivos ou extra-sistêmicos. 6 - Funções dos princípios: a) função hermenêutica - b) função regulativa. 7 - Princípio e valor. 8 - A pessoa humana como valor. 9 - O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. 10 - O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana como valor unificador dos direitos fundamentais.

1 - Introdução ao tema dos princípios

Já foi dito que os princípios hodiernamente atravessam uma “*edad de oro*.”¹ Com efeito, os princípios constituem tema que se encontra no centro

1 - SANCHIS, Luis Prieto - Sobre principios y normas - problemas del razonamiento jurídico, p. 17.

das discussões da filosofia jurídica contemporânea, despertando, assim, grande interesse para os constitucionalistas.²

Para a teoria da argumentação jurídica, os princípios constituem subsídios importantes para fundamentar racionalmente decisões jurídicas. Notadamente aquelas decisões que não podem ser reconduzidas ao esquema de subsunção *tout court*, porque estão baseadas em normas cuja estrutura invoca a apreciação de valores fundamentais da ordem jurídica, dos quais os princípios são portadores. Nestas hipóteses, os princípios constituem critérios objetivos do processo de interpretação-aplicação do direito, ao exigirem do operador jurídico a referência obrigatória aos mesmos, controlando-se, assim, a discricionariedade do interprete-aplicador, evitando que este lance mão de valorações meramente subjetivas. Assim, é corrente asseverar que os princípios cumprem um papel de limite da interpretação.³ Além disso, os princípios são úteis ainda para colmatação de lacunas de lei, desenvolvimento do direito, resolução de conflitos de normas (objeto central deste estudo), etc.

Os princípios passam a ter uma importância destacada no campo do direito constitucional. A moderna constitucionalística descobriu que os princípios (notadamente aqueles com respaldo na Lei Maior) são instrumentos valiosos para uma adequada hermenêutica constitucional. Ademais, essa perspectiva principialista (assentada em princípios) acaba mesmo desembocando em uma nova concepção da Norma Fundamental, a saber: *a constituição como norma jurídica obrigatória*. Ou seja, que as normas (princípios ou regras) constitucionais independentemente de sua estrutura, possuem igual força normativa obrigatória e “*vinculan al legislador y al intérprete de la Constitución y en general a todos*”.⁴ Com isso abandona-se, definitivamente, a doutrina que classificava as normas da constituição em preceptivas e programáticas e que negava, a estas últimas, caráter de força de lei.

2 - GIANFORMAGGIO, Letizia - L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi, p. 70.

3 - USERA, Raúl Canosa - Interpretacion constitucional y formula politica, pp. 146-147.

4 - STC de 1 de febrero de 1981, BOE de 24 febrero, Fto.1.b), y STC de 15 de junio de 1981, BOE de julio, Tto.17, apud USERA, Raúl Canosa - op. cit., p. 157.

2 - Princípios e regras

A análise da estrutura das normas jurídicas que compõem o ordenamento positivo revela que as *normas jurídicas* (gênero) são de duas espécies: *princípios e regras jurídicas*.⁵ No entanto, com relação a distinção entre princípios e regras, há pelo menos duas concepções: a que propugna que ela ocorre apenas a nível de grau; e a outra, que defende que a diferença é qualitativa entre princípios e regras. Esta pode ser denominada concepção forte; e a outra, concepção débil dos princípios.

A *concepção forte dos princípios* parte do ponto de vista de que entre princípios e regras há uma distinção lógica e qualitativa, enquanto normas jurídicas que apresentam entre si clara e radical distinção estrutural (veremos adiante em que consiste essa distinção estrutural). Tal concepção dos princípios é útil para demonstrar que a ordem jurídica não se restringe às pautas que encontram um certo respaldo institucional explícito em regras jurídicas, porém que se estende ao mundo dos valores éticos, políticos, etc., representados pelos princípios. Além disso, a concepção forte dos princípios oferece subsídios para a racionalidade da argumentação jurídica nos chamados *hard cases*.

A *concepção mais débil dos princípios*, por seu turno, considera que não existe uma distinção clara entre princípios e regras. Se os princípios possuem certas características de generalidade, fundamentalidade do sistema, etc., eles não as possuem à maneira de tudo ou nada senão em certa medida. Para esta concepção dos princípios, apesar destes constituírem instrumentos hermenêuticos valiosos, contudo, eles jamais assegurariam a “*anhelada unidad de solución justa ni, lógicamente, eliminan por completo la discrecionalidad*”⁶

A seguir, passamos em revista, ainda que de forma resumida, as contribuições de estudos contemporâneos que obtiveram larga repercussão sobre o tema dos princípios, mormente os trabalhos de Ronald Dworkin, Robert Alexy e Letizia Gianformaggio, três representantes da teoria forte dos princípios, tendência para onde se inclina hoje a maioria da doutrina.

5 - Os termos *princípios e regras* são mais utilizados para indicar a bifurcação morfológica referida no texto, conquanto alguns autores utilizem a terminologia *normas (regras) e princípios* para significar espécies de normas jurídicas. Contudo, a aceção de regra jurídica aqui utilizada é diversa daquela empregada por Kelsen. Segundo esse autor, a locução regra jurídica deveria ser reservada aos enunciados formulados pela ciência jurídica, por meio dos quais ela descreve o Direito, para diferenciá-los das normas produzidas pelo legislador (Kelsen, Hans - Teoria Geral do Direito e do Estado, p. 49).

6 - SANCHIS, Luis Prieto - op. cit., pp. 131-132.

3 - Distinção entre princípios e regras

A respeito da distinção substancial entre princípios e regras podem-se aduzir múltiplos argumentos para justificá-la. Por exemplo, a *idéia de peso ou importância dos princípios*, a identificação dos *princípios como mandados de otimização* e os princípios entendidos *como juízo de concorrência*.

a) a *idéia sobre peso ou importância dos princípios*

Para Ronald Dworkin, considerado “*oggi fra i più eminenti scrittori di giurisprudence nel mondo anglosassone*”,⁷ a distinção entre princípios e regras é mormente de caráter lógico. Tal distinção residiria essencialmente no fato de que os princípios “*do not out legal consequences that follow automatically when the conditions provided are met*”.⁸ Ao revés, as regras são aplicada à feição de “*all-or-nothing*”, isto é, “*if the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision.*”⁹

A diferença lógica entre princípios e regras, continua Dworkin, implica uma outra muito importante. Os princípios possuem uma dimensão do peso

7 - REBUFFA, Giorgio - Introduzione all'edizione italiana. In: I diritti presi sul serio, p. 9. Também J.J. Gomes Canotilho (Externalização ou internalização da “Justiça” Constitucional - Introversão ou extroversão da legitimidade processual constitucional, conferência proferida no Brasil. Porto Alegre, p. 4) considera R. Dworkin “um dos mais criativos cultores da filosofia e metodologia jurídica contemporâneas”. Herbert Hart, sucedido na cátedra de *jurisprudence* na universidade de Oxford por R. Dworkin, afirmou ser este “*el más importante filósofo de Derecho americano actual*” (apud SANCHIS, Luis Prieto, op. cit., p. 18).

8 - DWORKIN, Ronald - Taking Rights Seriously, p.25.

9 - DWORKIN, R - Idem, p. 24. Este autor utiliza o conceito de princípio em sentido amplo e às vezes em sentido restrito. Na primeira acepção, quando quer referir-se a todos aqueles *standards* que são diversos das regras. Isto porque Dworkin faz uma distinção entre *principles* e *policies*. Ele denomina *policies* os *standards* que visam a alcançar objetivos que resultem em melhoria de vida para a coletividade, geralmente atinentes a aspectos econômicos, políticos ou sociais. E com o termo *principles*, ele designa os *standards* que devem ser observados não porque produzam ou conservem situações referentes àqueles aspectos econômicos, políticos ou sociais, mas em virtude de eles (*principles*) constituírem uma exigência de justiça, equidade ou de qualquer outra dimensão moral. *Ad exemplum*, segundo Dworkin, o *standard* que diz que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma *policy*; enquanto o *standard* que estabelece que ninguém deve tirar vantagem de seu próprio ilícito é um *principle* (Idem, p. 22). Nessa linha, *principle* (conceito de princípio em sentido restrito) refere-se a direitos individuais e *policy* diz respeito a bens coletivos.

ou da importância ausente nas regras.¹⁰ Essa característica revelar-se-ia claramente quando dois ou mais princípios entrassem em colisão entre si. Nessa hipótese, a colisão seria solucionada levando-se em conta o peso ou importância relativa de cada princípio, a fim de se escolher qual(is) dele(s) no caso concreto prevalecerá ou sofrerá menos restrição do que o (s) outro(s).

As regras jurídicas não possuiriam aquela dimensão. No caso de conflito entre duas regras apenas uma delas poderá ser válida, cumprindo ao intérprete-aplicador identificá-la. Para levar a cabo esta decisão o operador do direito será orientado por critérios fornecidos em geral pelo próprio ordenamento jurídico, v.g., “*the rule enacted by the higher authority, or the rule enacted later, or the more specific rule*”¹¹. Em outras palavras, critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*), critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) e critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*),¹² todos, inclusive, com assento em nosso sistema jurídico positivo.

As reflexões de Dworkin desenvolvidas acerca dos princípios levam-no a conceber o direito como um sistema composto de princípios e regras. Com isso, o autor choca-se frontalmente com a concepção positivista que representa o direito como um sistema de regras apenas. Dworkin dirige sua crítica preferencialmente contra a versão positivista formulada pelo jusfilósofo inglês H. L. A. Hart. “Essas críticas são motivadas pela constatação (pragmática) de que a concepção positivista do direito como sistema de regras (*rules*) resulta em um modelo que não é fiel à complexidade e sofisticação de sua prática, especialmente quando se ocupa dos chamados ‘hard cases’, nos quais se tornam evidentes os recursos a outras fontes, igualmente normativas”,¹³ os princípios, acrescentamos nós. Daí as palavras peremptórias de Dworkin: “*I conclude that if we treat principles as law we must reject the positivists*”.¹⁴

10 - DWORKIN, R - Idem, p. 26.

11 - DWORKIN, R - Idem, p. 27.

12 - BOBBIO, Norberto - Teoria do ordenamento jurídico, pp. 92-97.

13 - GUERRA FILHO, Willis Santiago - Metodologia Jurídica e Interpretação Constitucional. In: Ensaio de Teoria Constitucional, pp. 44-45. Dworkin, R - op. cit., p. 22, textualmente: “*I want to make a general attack on positivism, and I shall use H. L. A. Hart’s version as a target, when a particular target is needed. My strategy will be organized around the fact that when lawyers reason or dispute about legal rights and obligations, particularly in those hard cases when our problems with these concepts seem most acute, they make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and other sorts of standards. Positivism, I shall argue, is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these standards that are not rules.*”

14 - DWORKIN, R - Idem, p. 44.

b) os princípios como mandados de otimização

O escritor germânico Robert Alexy tem elaborado argumentos originais para a teoria contemporânea dos princípios. Seu ponto de partida é, como defensor da concepção forte dos princípios, que entre regras e princípios existe não só uma diferença *gradual* senão *qualitativa*. Ele assevera que os princípios são normas que prescrevem algo para ser efetivado da melhor forma possível, tendo em conta as possibilidades fáticas e jurídicas. Assim, os princípios seriam "*mandatos de optimización*" que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos proporcionalmente às condições reais e jurídicas existentes. Ao revés, as regras são normas que se acham submetidas à lógica do "*all-or-nothing*", isto é, devem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, contém, portanto, uma ordem peremptória que deve ser cumprida sem admitir gradação.¹⁵

Segundo Alexy, a distinção lógica entre princípios e regras fica evidenciada nos casos de colisão de princípios e conflito de regras,¹⁶ porquanto a maneira de solucioná-los é diversa. No caso de conflito entre regras, este é resolvido introduzindo uma cláusula de exceção ou declarando uma das regras inválida. Quando a primeira hipótese não for possível, só restará a alternativa de afastar pelo menos uma das regras conflituosas, declarando-a inválida e expugando-a do ordenamento jurídico. Esta é essencialmente uma decisão referente a validade de regras, uma vez que uma norma vale ou não vale juridicamente.¹⁷ Por seu turno, se o conflito de regras tem lugar na dimensão da validade, a colisão entre princípios (como só podem colidir princípios válidos) ocorre não na dimensão da validade, mas vai mais além, acontece na dimensão do peso. Assim, quando dois princípios entram em colisão e um deles prevalece sobre outro, isso não significa que o princípio preterido deva ser declara-

15 - ALEXY, Robert - Teoría de los derechos fundamentales, pp. 86-87.

16 - Conforme reconhece Alexy, a terminologia não é uniforme. Bobbio utiliza as expressões "antinomias" de normas e "antinomias de princípio" (BOBBIO, N - op. cit., pp. 81 e 90) e Canaris refere-se a contradições de princípios como espécie de contradição de valores fundamentais da ordem jurídica (CANARIS, Claus-Wilhelm - Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, p. 200, n. 4). A terminologia utilizada por Alexy, pois, tem a vantagem de mostrar que "*no obstante importantes aspectos comunes, las colisiones de principios y los conflictos de reglas son fundamentalmente diferentes.*" (ALEXY, R - op. cit., p. 87, n. 28).

17 - Sobre a distinção entre pertinência e validade, ver NEVES, Marcelo - Teoria da Inconstitucionalidade das Leis, p. 39 e ss.

do inválido, senão que sob determinadas condições um princípio tem mais peso ou importância do que outro e em outras circunstâncias poderá suceder o inverso.¹⁸

Alexy considera ainda a existência de uma íntima conexão entre a teoria dos princípios e a “máxima da proporcionalidade”.¹⁹ Esta, para ele, origina-se mesmo do caráter lógico daqueles. Os princípios, sendo mandados de otimização com relação às *possibilidades fáticas e jurídicas*, implicariam a “máxima da proporcionalidade” com suas três máximas parciais da conformidade ou da adequação dos meios - *Geeignetheit*, da exigibilidade ou da necessidade - *Erforderlichkeit* (requisito do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito - *Verhältnismässigkeit*:²⁰ as máximas da adequação e da necessidade são deduzidas do caráter dos princípios como mandados de otimização referente às *possibilidades fáticas*; a máxima da proporcionalidade em sentido restrito ou mandado de ponderação refere-se às *possibilidades jurídicas* de realização dos princípios. Isto é, na hipótese de colisão de princípios, a efetivação dos mesmos dependerá dos princípios opostos, e a escolha dos que prevalecerão no caso concreto será conduzida pela ponderação dos princípios em jogo.²¹

18 - ALEXY, R - op. cit., pp. 87-89. Sobre as circunstâncias que levam um princípio preceder a outro Alexy formula a seguinte lei que ele denomina “lei de colisão”: “(K) *Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente*” (ALEXY, R - Idem, p. 94).

19 - Esse autor prefere a expressão “máxima da proporcionalidade” à locução “princípios da proporcionalidade” porque a aceção de princípios que propugna exige sempre a ponderação dos mesmos para a sua aplicação. Como a “máxima da proporcionalidade” não se presta à ponderação, no sentido de que algumas vezes tem precedência e outras não - pois o que se questiona é se a “máxima da proporcionalidade” está ou não satisfeita, sendo o seu descumprimento equivalente a ilegalidade - a “máxima da proporcionalidade” estaria mais apropriadamente catalogada como regra (ALEXY, R - Idem, p. 112, n. 84).

20 - Sobre estas três máximas parciais do conceito amplo de proporcionalidade, ver, dentre outros, CANOTILHO, J.J. Gomes - Direito Constitucional, pp. 386-388; BONAVIDES, Paulo - Curso de Direito Constitucional, pp. 318-319; GUERRA FILHO, Willis Santiago - O Princípio Constitucional da Proporcionalidade. In: Ensaios de Teoria Constitucional, pp. 69 e ss.

21 - ALEXY, R - op. cit., pp. 111-115. De acordo com Alexy, a ponderação referida é racional, i.e., podem ser fundamentados os enunciados que estabelecem as condições de preferência de um princípio sobre outro. Essa fundamentação consiste na regra da ponderação: a afetação de um princípio só é justificável pelo grau de importância de satisfação de outro princípio oposto. Ele denomina esta regra de “lei da ponderação”, redigida nestes termos: “*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*” (ALEXY, R - Idem, p. 161). Além da indicada no texto (extraída do caráter

c) os princípios como juízo de concorrência

Consoante a filósofa do direito italiano, Letizia Gianformaggio, a *differentia specifica* entre princípio e regra torna-se manifesta no momento da interpretação-aplicação do direito.²² Ela propõe o seguinte critério para assentar aquela diferença: uma regra é uma norma cuja aplicação possui como fase central de sua argumentação a subsunção de uma situação de fato²³ (*fattispecie concreta*) a uma previsão normativa (*fattispecie astratta*). Os princípios, entretanto, seriam normas cuja aplicação não se conformariam com aquele silogismo prático. Então, como se realizaria a aplicação dos princípios?

Gianformaggio responde que “*i principi non sono mai tra loro incompatibili: sono sempre tra loro concorrenti*”, e aplicar um princípio implica também aplicar outros princípios com ele concorrentes no sentido de se alcançar o mínimo de restrição dos princípios envolvidos. Exemplica: “*il massimo possibile di garanzia delle libertà individuali compatibile con la tutela della salute*

dos princípios), outras fundamentações da “máxima da proporcionalidade” (também conhecida como princípio da proibição de excesso - *Übermassesverbot*) que autor faz alusão são: o “princípio do Estado de Direito, à prática jurisprudencial ou ao conceito de justiça”(ALEXY, R - Idem, p. 115). Willis refere-se aos direitos fundamentais como fonte de fundamentação da “máxima da proporcionalidade” (GUERRA FILHO, Willis Santiago - O Princípio Constitucional da Proporcionalidade. In: Ensaios de Teoria Constitucional, p. 74). Bonavides revela que o princípio da proporcionalidade deriva do princípio do Estado de Direito. Este, ressalva, entendido não mais na vetusta acepção que o vincula à legalidade, mas referido à constitucionalidade, que postula como sendo essencial da ordem jurídica o respeito aos direitos fundamentais. Conforme diz: “a vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais”(BONAVIDES, P - op. cit., pp. 317 e 320).

22 - A interpretação e aplicação de normas jurídicas são partes do processo dialético que constitui a hermenêutica *iuris*. Conforme Larenz - que cita um clássico da ciência da interpretação: Gadamer, a quem caberia o mérito de ter chamado atenção para esta particularidade da interpretação jurídica - “as normas jurídicas são interpretadas para, por regra, serem ‘aplicadas’ a casos concretos” (LARENZ, K - Metodologia da Ciência do Direito, p. 249 e ss). Nesse sentido também outro clássico da hermenêutica jurídica assevera que “*en tanto importa haber esclarecido la función normativa, a la que la interpretación jurídica es destinada, en cuanto ella misma se halla en correlación con la aplicación de la norma, o en general, del precepto jurídico, al caso concreto.*” (BETTI, E - La interpretación de las leyes y actos jurídicos).

23 - A expressão *situación de fato* recebe ainda várias denominações: pressuposto de fato, suporte fáctico hipotético, *tatbestand*, *facti species*, etc. Sobre a estrutura da norma jurídica (proposição jurídica), ver, dentre outros, LARENZ, K - op. cit., p. 297 e ss; ENGLISH, K - Introdução ao Pensamento Jurídico, p. 21 e ss; MACHADO, J. Baptista - Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, p. 79 e ss.

(e viceversa); il massimo possibile di tutela della libertà di manifestazione del pensiero compatibile con il buon costume (e viceversa)".²⁴

4 - Origem dos princípios

A moderna teoria dos princípios, como vimos (cf. item 3), elege como tema central de suas reflexões a investigação sobre a estrutura dos princípios e regras. Todavia, a tradicional concepção dos princípios concentrava sua análise especialmente nos temas da força normativa e origem dos princípios.²⁵ É sobre esse último enfoque que iremos agora discorrer.

Os princípios têm sua origem no ordenamento jurídico positivo. Tal fenômeno pode suceder de duas maneiras: em primeiro lugar, os princípios são expressamente previstos pelo direito positivo - na constituição, na lei, etc. - gerando os princípios explícitos ou positivos (cf. a seguir a classificação dos princípios); em segundo lugar, os princípios não estão expressamente plasmados em nenhuma disposição de norma, eles são extraídos do ordenamento pelos operadores jurídicos através do processo de interpretação-aplicação do direito - gerando os princípios implícitos ou os princípios gerais do Direito.

Assim, os princípios, inclusive os princípios gerais do Direito - que se encontram em estado de latência na ordem jurídica²⁶ - possuem sempre um respaldo no próprio sistema jurídico.²⁷ A concepção de princípios extra-

24 - GIANFORMAGGIO, L - op. cit., pp. 65-103. Vale mencionar que a autora nessa obra desenvolve sua "*argomentazione basata su principi*" a partir de duas premissas: a) os princípios referidos pela autora são os princípios constitucionais (entendidos como os conteúdos mais relevantes e significativos do direito constitucional); b) a concepção da constituição como norma jurídica obrigatória (como lei cuja disposições de normas constitucionais - quaisquer que sejam sua estrutura ou natureza - vinculam e obrigam condutas de cidadãos e/ou órgãos estatais).

25 - SANCHIS, Luis Prieto - op. cit., p. 32.

26 - GRAU, Eros Roberto - a ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica), p. 130. Segundo esse autor, os princípios gerais do Direito não constituem "criação" jurisprudencial porque aqueles já se acham em estado de latência no ordenamento, e o agente jurídico apenas os encontra e os "declara". Por sua vez, essa "declaração" significa que o intérprete-aplicador pesquisa e descobre os princípios já implícitos no ordenamento e não que os princípios sejam anteriores e superiores ao direito positivo no sentido de que este apenas os "declara" e não os "cria" (GRAU, e.r - Idem, p. 129 e ss).

27 - Consoante Jean Boulange (apud GRAU, e. r - Idem, p. 130), "os princípios não são exteriores à ordem jurídica positiva... são elementos da ordem jurídica". Nesse sentido, escreve Jorge Miranda (Manual de Direito Constitucional, tomo II, p. 224): "os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles - numa visão ampla, superadora

sistêmicos, oriundos do “Direito Natural”, do “Direito Justo”, da “idéia de direito”, da “natureza das coisas”, etc. - que vem sendo recusada pela doutrina jurídica contemporânea, é responsabilizada em grande parte pelas críticas e mesmo desprestígio que sofreu a teoria dos princípios.²⁸ Estes não são obra de “moralistas e de filósofos que costumam ignorar as técnicas concretas do Direito”, mas dos juristas, quer na sua atividade prática de aplicar o direito (notadamente a jurisprudência), quer na sua atividade teórica de sistematizar o direito (doutrina ou ciência jurídica). Conforme afirmam Enterría e Fernández: “o pensamento jurídico por princípios gerais, como técnica tanto aplicativa como científica, é a verdadeira herança dos juristas romanos ao mundo ocidental”.²⁹

5 - Uma classificação dos princípios

No item precedente, ao abordarmos a questão da origem, fizemos já menção a determinadas classes de princípios: os expressamente previstos na constituição ou em lei, denominamos *princípios explícitos ou positivos*; os que não estão expressamente recepcionados em textos legais, mas descobertos pelos *iusperitos* no conjunto do ordenamento jurídico, chamamos de *princípios implícitos ou princípios gerais do Direito*; os que reivindicam sua origem fora e acima do direito positivo (não estatuidos por disposições normativas e nem destas extraídos por dedução ou indução) foram qualificados de *princípios extra-sistêmicos*. Passamos, agora, a analisar essas classes de princípios.

de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais - fazem parte do complexo ordenamental.” Também Emilio Betti (Interpretazione della legge e degli atti giuridici, p. 107): “*Aggiungasi che, se si concepisce il principio generale non come frutto di mera astrazione da norme singole, ma come principio fondamentale che si desume dalla struttura complessiva dell'ordinamento*”.

28 - Contra a posição referida no texto e defendendo que os princípios jurídicos não possuem fundamento apenas na ordem estatal, mas além desta, Cf., LARENZ, K - op. cit., p. 200 e CANARIS, Claus-Wilhelm - op. cit., pp. 77-78, n. 133.

29 - ENTERRIA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón - Curso de Direito Administrativo, p. 87.

5.1 - Princípios explícitos ou positivos

Os princípios explícitos ou positivos,³⁰ portanto, são aqueles constituídos por normas jurídicas plasmadas em textos do direito positivo em vigor. Dentre a variedade de exemplos desta categoria podem-se citar os princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade, a que a administração pública deverá obedecer, conforme determinação do art. 37 da Constituição Federal de 1988; ou a norma formulada pelo art. 128 do Código de Processo Civil vigente, ao dispor que “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.”³¹

a) os princípios constitucionais e seu valor

Da classe dos princípios explícitos ou positivos merecem atenção especial (conforme fizemos alusão na introdução deste capítulo) aqueles que fazem parte da arquitetura constitucional - os chamados *princípios constitucionais*, que tanto têm empolgado o constitucionalismo contemporâneo, ao estimular maneiras novas de compreender e interpretar a constituição, renovando a ciência do direito, mormente a relativa ao direito constitucional.³²

Uma maneira de compreender a *constitutio scripta* expendida por essa tendência “principlista”³³ é aquela que vislumbra a *constituição como uma*

30 - Com relação a essa classe de princípios, há diversidade na terminologia empregada pela doutrina. Jerzy Wróblewski e Antoine Jéammaud (apud GRAU, e.r - op. cit., p. 95), respectivamente, denominam-na de “*principe positif du droit*” e “princípios jurídicos que constituem regras jurídicas”. Luis Prieto Sanchís (op. cit., p. 135 e ss) intitula-a de “princípios explícitos”.

31 - A disposição de norma citada no texto atinente a lei adjetiva civil corresponde ao nomeado princípio da demanda. Conforme observa Luis P. Sanchís (op. cit., p. 135), não é necessário que os princípios explícitos estejam consignados sob o *nomen iuris* de princípios, “*sino que pueden ser así considerados cualesquiera disposiciones en atención a su generalidad, fundamentalidad, etc.*”

32 - Sobre a importância dos princípios constitucionais, dentre muitos, cf., ENTERRIA, Eduardo Garcia - La Constitución como Norma y el tribunal Constitucional, pp. 97 e 98; USERA, Raúl Canosa - op. cit., pp. 141 e ss; CANOTILHO, J.J. Gomes - Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, p. 22 e Direito Constitucional, p. 171 e ss; MIRANDA, J - op. cit., pp. 226-227;

33 - J.J. Gomes Canotilho (Direito Constitucional, pp. 176 e 205) esclarece que essa *approach* “principlista”, isto é, baseada em princípios, inspirada em Dworkin e Alexy, articula-se com “concepções sistêmicas e estruturantes” (sentido de LUHMANN e de MÜLLER) e que não se coaduna com “um fundamentalismo valorativo”, assente numa ordem de valores cerrada.

norma jurídica.³⁴ Segundo Gianformaggio,³⁵ esta concepção é claramente anunciada por Vezio Crisafulli, nestes termos:

Una costituzione, come qualsiasi altra legge, è anzitutto e sempre un atto normativo e perciò le sue disposizioni debbono essere intese di regola (e salvo rarissime eccezioni eventuali, nei casi in cui non sia onestamente possibile fare altrimenti) come disposizione normative: enunciative, dunque, vere e proprie norme giuridiche, siano poi queste da annoverarsi tra le norme organizzative o tra le norme di scopo ovvero tra quelle disciplinanti rapporti tra soggetti esterni alla persona statale e via dicendo. In altre parole, una costituzione deve essere intesa e interpretata, in tutte le sue parti, magis ut valeat, perché così vogliono la sua natura e la sua funzione, che sono e non potrebbero non essere, ripetiamo, di atto normativo, diretto a disciplinare obbligatoriamente comportamenti pubblici e privati.

A concepção jurídica da constituição referida significa que a *Lex Superior* deve ser interpretada e aplicada como lei. Isto é, quer sejam princípios, quer se trate de regras, as normas constitucionais, independentemente de sua estrutura, são obrigatórias e vinculantes para seus destinatários, sejam estes agentes estatais e/ou privados. Com isso, elide-se a vetusta dicotomia entre normas preceptivas e normas programáticas que tanto contribuiu para o enfraquecimento da “força normativa da constituição”³⁶ ao reconhecer-se às normas programáticas “hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico aos dos restantes preceitos da constituição”.³⁷ É característica, pois, do “constitucionalismo adequado” interpretar e concretizar o Código Fundamental como uma *hard law* e não como uma *soft law*;³⁸ bem como estender a obrigatoriedade de lei a princípios e valores até então colocados à margem do direito positivo, mediante a constitucionalização dos mesmos.³⁹

34 - ENTERRIA, Eduardo Garcia de - op. cit., p. 39 e ss; GIANFORMAGGIO, Letizia - op. cit. p. 86.

35 - GIANFORMAGGIO, L - Idem, pp. 84-85.

36 - Locução empregada por HESSE, Konrad - La fuerza normativa de la constitucion. In: *Escritos de Derecho Constitucional*, p. 59.

37 - CANOTILHO, J.J. Gomes - *Direito Constitucional*, p. 190.

38 - CANOTILHO, J.J. Gomes - Idem, p. 207.

39 - USERA, R. Canosa - op. cit., p. 151.

O valor dos princípios para a interpretação constitucional revela-se profícuo, sobretudo, face à insuficiência, no campo do direito constitucional, dos cânones hermenêuticos tradicionais formulados ainda no século passado por Savigny, ou seja, o chamado método jurídico, exposto pelos critérios literal, sistemático, histórico e lógico.⁴⁰ É que as normas constitucionais possuem caráter aberto e amplo que faz surgir problemas de interpretação não verificados em outros ramos do ordenamento jurídico cuja normas são mais minudentes.⁴¹ Assim, face à natureza especial das normas constitucionais - principalmente àquelas atinentes aos direitos fundamentais, que geralmente envolvem referência a valores individuais e coletivos - a utilização dos princípios constitucionais como premissa da argumentação jurídica torna o procedimento da interpretação constitucional racional e controlável, ao evitar que o intérprete-aplicador lance mão de sua mera subjetividade, invocando idéias ou valores que não estejam respaldados no texto constitucional.⁴²

b) *tipologia dos princípios constitucionais*

Dentre as múltiplas subdivisões que se atribuem aos princípios constitucionais destacaremos a que os separam em *princípios estruturantes ou funda-*

40 - José Carlos Vieira de Andrade (Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, pp. 116-117) aduz que "Ter-se-ia, pois, que ter em conta o elemento gramatical (textual ou literal) da norma, a sua inserção no contexto das outras normas (o elemento sistemático), o seu conteúdo (elemento lógico) e a história do seu nascimento (elemento histórico) - elementos que, complementando-se mutuamente, permitiriam agarrar o sentido da norma. Apenas o elemento lógico de Savigny se foi tornando num elemento teleológico, ultrapassando-se a distinção entre o conteúdo e o fim da norma... ao mesmo tempo que, por outro lado, se distingue, por vezes, um elemento genético, que tomaria em consideração a evolução do conteúdo e do fim da norma até ao presente".

41 - HESSE, K - La interpretación constitucional. In: Escritos de Derecho Constitucional, p. 36. Sobre o caráter singular das normas constitucionais, José Carlos Vieira de Andrade (op. cit., p. 119) assevera que elas "não têm a mesma certeza de conteúdo, a mesma clareza de sentido, a mesma determinabilidade conceitual". Daí a observação de Robert Alexy (op. cit., p. 67) de que elas são "*abierta tanto semántica como estructuralmente*".

42 - Nesse sentido A. Pensovecchio (L'interpretazione delle Norme Costituzionali, p. 86, n. 25): "*circa la soluzione delle difficoltà interpretative riguardanti le disposizioni che si richiamano a valori etici o morali o a beni della vita sociale, e d'uopo limitarsi a indicare il ricorso ai principi come il fondamentale criterio per gli interpreti...*". Contra a posição expandida no texto e defendendo a validade dos cânones hermenêuticos tradicionais para a interpretação constitucional, na Alemanha, é ForsthoFF (apud ANDRADE, J.C. Vieira de - op. cit., p. 117).

mentais, princípios constitucionais impositivos ou diretivos e princípios-garantia.

Nomeiam-se por *princípios estruturantes ou fundamentais* aqueles que expressam as decisões políticas fundamentais do constituinte no que pertence a estrutura básica do Estado e as idéias e os valores fundamentais triunfantes na Assembléa Constituinte. Caracterizam a “fórmula política”⁴³ e a estrutura da constituição. Daí porque “(1) sejam reconhecidos como limites do poder de revisão; (2) se revelem os princípios mais directamente visados no caso de alteração profunda do regime político”.⁴⁴

Tal é o significado dos princípios estruturantes ou fundamentais para a identidade da constituição que uma modificação dos mesmos não implica a reforma ou revisão da constituição, porém a destruição desta. Por exemplo, Carl Schmitt notou que se uma constituição assentada no princípio democrático (princípio estruturante) for modificada para que nela se introduza princípio monárquico, através de processo de reforma constitucional, isso não constituiria reforma da constituição, senão o seu aniquilamento.⁴⁵

Com efeito, geralmente as constituições contemporâneas trazem em seus textos elenco de princípios estruturantes ou fundamentais prescritos como normas intangíveis por intermédio de procedimento de reforma constitucional. Vale dizer, conquanto a Lei Fundamental esteja submetida ao “*panta rhei*

43 - Locução criada por Lucas Verdú e por este definida como “*la expresión ideológica jurídica organizada en una estructura social*” (apud USERA, R. Canosa - op. cit., p. 249).

44 - CANOTILHO, J.J. Gomes - Direito Constitucional, p. 178. Esse autor (Idem, ibidem) intitula esses princípios de “princípios políticos constitucionalmente conformadores”, contudo, em outra obra (Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, p. 283) revela que eles recebem outras diferentes denominações: “princípios estruturantes”, “normas da estrutura do Estado” ou “princípios político-constitucionais”. Optam por esta última designação José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 82) e Jorge Miranda (Manual de Direito Constitucional, tomo II, p. 229).

45 - SCHMITT, Carl - Teoría de la Constitución, p. 119. Textualmente: “*una Constitución basada en el Poder constituyente del pueblo no puede ser transformada en una Constitución de principio monárquico en vías de una ‘reforma’ o ‘revisión’ de las leyes constitucionales. Eso no sería reforma de la Constitución, sino destrucción de la Constitución*”. J.J. Gomes Canotilho, em tópicos para conferência realizada no Instituto Pimenta Bueno de São Paulo em 22 de setembro de 1994 intitulada: Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? - Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo, p. 15, escreve que “qualquer constituição possui um núcleo de identidade aberto ao desenvolvimento constitucional. Entendemos por núcleo de identidade o conjunto de normas e princípios estruturantes de uma determinada ordem jurídico-constitucional”, que constituiria o conceito de “identidade reflexiva”.

heraclitano de todo lo viviente”,⁴⁶ contudo, em termos dialéticos, necessita de elementos estáveis, a fim de que não pereça na “dinâmica das forças políticas”.⁴⁷ Nessa linha, a Constituição brasileira em vigor no seu art. 60, §4º, v.g., enumera entre as que a doutrina nacional convencionou designar por “cláusulas pétreas”, os princípios fundamentais da forma federativa de Estado e o da separação dos poderes.⁴⁸

Em geral os princípios constitucionais estruturantes estão reconhecidos na Constituição de 1988, sob a rubrica de princípios fundamentais, nos arts. 1º a 4º do Título I. Segundo José Afonso da Silva,⁴⁹ um exame dos princípios fundamentais no nosso direito positivo, conduz ao seguinte resultado:

- princípios relativos à existência, forma, estrutura e tipo de Estado: *República Federativa do Brasil, soberania, Estado Democrático de Direito* (art. 1º);
- princípios relativos à forma de governo e à organização dos poderes: *República e separação dos poderes* (arts. 1º e 2º);
- princípios relativos à organização da sociedade: *princípio da livre organização social, princípio de convivência justa e princípio da solidariedade* (art. 3º, I);

46 - LOEWENSTEIN, Karl - Teoría de la Constitución, p. 164.

47 - CANOTILHO, J.J. Gomes - Direito Constitucional, p. 152.

48 - Na realidade, a intangibilidade do citado preceito constitucional não alcança a literalidade de artigo ou texto da Constituição, senão o significado ou norma extraídos da interpretação das aludidas cláusulas pétreas. O sentido da exposição de Jorge Miranda (Manual de Direito Constitucional, II, p.178) é o mesmo: “garantir, em revisão, a intangibilidade de certos princípios - porque é de princípios que se trata, não de preceitos avulsos (os preceitos poderão ser eventualmente modificados, até para clarificação ou reforço de princípios, o contrário seria absurdo”. Igualmente J.C. Vieira de Andrade (op. cit., p. 317) averba: “não são os preceitos constitucionais em si que são irrevisíveis, mas o sentido dos princípios ou normas que albergam”. Nessa mesmo passo, porém, sublinhando a não correspondência biunívoca dos termos *normas e disposições*, Pierfrancesco Grossi (Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione Italiana, pp. 137-138): “*se finora per fare riferimento ad esse si sono usati promiscuamente e come sinonimi i due termini 'norme' e 'disposizioni', sorge perciò, a questo punto, l'esigenza di chiarire se siano irriducibili le disposizioni in senso proprio ovvero le norme, vale a dire se siano sottratte al potere di revisione e fungano quindi da parametro le formule del testo costituzionale rivolte a porre ed a rivelare le norme sulla inviolabilità, ovvero le norme che da quelle stesse formule si ricavano o possono ricavarsi per via di interpretazione*”. Sobre esta distinção entre *disposição* e *norma* ou *enunciado* e *significado*, cf., dentre outros, GIANFORMAGGIO, L - op. cit., p.88; ALEXY, R - op. cit., pp. 50-55; CANOTILHO, J.J. Gomes - Direito Constitucional, p. 211 e ss;

49 - SILVA, José Afonso da - op. cit., p. 84.

- princípios relativos ao regime político: *princípio da cidadania*, princípio da dignidade da pessoa, *princípio do pluralismo*, *princípio da soberania popular*, *princípio da representação política* e *princípio da participação popular direta* (art. 1º, parágrafo único) - Grifamos;
- princípios relativos à prestação positiva do Estado: *princípio da independência e do desenvolvimento nacional* (art. 3º, II), *princípio da justiça social* (art. 3º, III) e *princípio da não discriminação* (art. 3º, IV);
- princípios relativos à comunidade internacional: *da independência nacional*, *do respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana*, *da autodeterminação dos povos*, *da não-intervenção*, *da igualdade dos Estados*, *da solução pacífica dos conflitos* e *da defesa da paz*, *do repúdio ao terrorismo e ao racismo*, *da cooperação entre os povos* e *o da integração da América Latina* (art. 4º) - Grifamos.

Os princípios constitucionais impositivos ou diretivos dizem respeito às tarefas que a constituição incumbe ao Estado geralmente para o atendimento de necessidades coletivas de natureza econômica, social e política. Correspondem aos *standards* que Dworkin denomina por *policies* (cf., supra).⁵⁰

Como exemplo de princípios constitucionais impositivos ou diretivos inscritos no Texto Constitucional em vigor, podem-se apontar os seguintes objetivos da República Federativa do Brasil:

- construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I, II,
- a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação

50 - Esses princípios que são pautas diretivas que estabelecem tarefas e fins do Estado são definidos por Gomes Canotilho (Direito Constitucional, p. 179) nestes termos: "nos princípios constitucionais impositivos subsumem-se todos os princípios que, no âmbito da constituição dirigente, impõem-se aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefa". Daí, continua o autor, serem nomeados também por "preceitos definidores dos fins do Estado" (assim SCHEUNER: *Staatszielbestimmungen*), 'princípios diretivos fundamentais' (HÄFELIN), ou 'normas programáticas, definidoras de fins ou tarefas'".

de uma comunidade latino-americana de nações (art. 4º, parágrafo único);

- a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art.170, *caput*).

Os *princípios-garantia*, como o próprio nome já faz alusão, são compostos por aquelas normas constitucionais que propõem diretamente uma *garantia* individual. A eles são geralmente atribuída especificação ou densidade semelhante às de regras jurídicas.⁵¹ Como traduzem-se em garantias imediatas para os cidadãos, condensadas em regras diretamente aplicáveis, isto é, como *lex* e não só como *ratio legis*, os princípios em discussão são às vezes mencionados por “princípios com forma de proposição jurídica”.⁵²

A título de exemplo, podem-se citar os seguintes princípios-garantia albergados na atual Constituição Federal:

- ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; não haverá juízo ou tribunal de exceção; não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*); aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, como os meios e recursos a ela inerentes; ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, III, VIII, XXXVII, XXXIX, LV, LVII).

5.2 - Princípios implícitos ou princípios gerais do Direito

A segunda classe dos princípios é a constituída por aqueles (como já anotado, cf., supra) princípios que não estão consagrados em nenhuma con-

51 - CANOTILHO, J.J. Gomes - Direito Constitucional, p. 179.

52 - LARENZ - op. cit., p. 584.

creta disposição de norma, senão que se encontram implicitamente no interior da ordem jurídica de onde são recolhidos através da arte de interpretar e aplicar as normas jurídicas. Esta é a classe dos princípios implícitos ou comumente designada princípios gerais do Direito.⁵³ Cumpre notar que os princípios gerais do Direito são princípios com respaldo no direito positivo a despeito de não constituírem normas explícitas. São princípios de direito positivo ou positivados, embora se encontrem implícitos no ordenamento. É que “presencialidade” e “objetividade” normativa são características importantes dos princípios gerais do Direito que fazem com que estes sejam dispensados de estar especificamente plasmados em qualquer enunciado normativo singular.⁵⁴ São frutos do labor teórico e prático dos juristas:

Os princípios gerais do Direito... são um fruto da própria vida jurídica e têm, portanto, duas formas capitais de manifestação: a prática aplicativa do Direito e especialmente a jurisprudência, que é a prática dotada de uma maior *auctoritas* e por sua vez com mais capacidade conformadora da aplicação futura, e a doutrina, ou a ciência jurídica, na medida em que esta cumpre com sua função própria, que não é a de uma mera esquematização convencional do Direito com fins expositivos ou didáticos, mas, iluminar o sistema institucional do ordenamento, explicar suas conexões próprias e permitir com tudo isso um funcionamento mais afinado do mesmo.⁵⁵

53 - Apesar da difusão e grande aceitação da expressão *princípios gerais do Direito* entre os juristas, contudo, ela continua provocando polêmica. À guisa de exemplo, Silvio de Macedo (Introdução à Filosofia do Direito - Uma nova metodologia, p. 15) considera tautológica a referida locução: “é suficiente dizer princípios jurídicos. Todo princípio já é uma generalidade”. Embora reconheça a existência de princípios jurídicos mais gerais que outros. Noberto Bobbio (apud Luis P. Sanchis, op. cit., p. 18) informa que na Itália houve a substituição da “duvidosa” expressão *princípios gerais do Direito* pela *princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado*. Segundo Eros R. Grau (op. cit., p. 117) não se confundem os princípios gerais do Direito com os princípios teóricos formulados a nível conceitual pela Teoria Geral do Direito, tais como: ordenamento jurídico, sujeito de direito, direito subjetivo, obrigação, competência, etc.

54 - CANOTILHO, J.J. Gomes - Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, p. 283.

55 - ENTERRIA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón - op. cit., p. 87. Segundo R. Alexy (Teoría de la Argumentación Jurídica, pp. 240-241), a ciência do Direito, em seu sentido estrito e próprio, é uma disciplina pluridimensional que realiza pelos menos três atividades: “(1) *la descripción del Derecho vigente*, (2) *su análisis sistemático y conceptual* y (3) *la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos*.”

É a essa classe de princípios que o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro faz alusão ao exigir do juiz que, ocorrendo omissão de lei, decida o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.⁵⁶

Como exemplos de princípios implícitos ou princípios gerais do Direito com respaldo na Constituição de 1988, pode-se, inicialmente, mencionar o relevante princípio da proporcionalidade, que, entendido na acepção de garantia dos cidadãos contra excessos praticados pelo Poder Público, teria arrimo, principalmente, no §2º do art. 5º;⁵⁷ princípio da finalidade administrativa (radicado nos mesmos fundamentos do princípio da legalidade - arts. 5º, II, 37, caput e 84, IV⁵⁸); princípio da razoabilidade administrativa (estribado também nos mesmos fundamentos do princípio da legalidade⁵⁹); princípio da imparcialidade do juiz (extraídos das garantias que lhe são atribuídas - art. 95, das vedações que lhe são impostas - art. 95, parágrafo único, e da proibição de juízos e tribunais de exceção - art. 5º, XXXVII⁶⁰).

56 - Esta disposição de norma está consagrada também no art. 126 do Código de Processo Civil vigente: "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito". E no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho: "As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público."

57 - O fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade referido no texto é indicado por Paulo Bonavides (op. cit., p. 354).

58 - BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio - Curso de Direito Administrativo, p. 61.

59 - BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio - Idem, ibidem.

60 - CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R - Teoria Geral do processo, p. 50. Luis P. Sanchís (op. cit., p. 145) enumera vários princípios que definem a posição e as funções do Direito Penal no Estado de Direito: "*principio de 'intervención mínima', que supone que el orden punitivo debe reservarse para la defensa de los bienes jurídicos más valiosos (carácter fragmentario) y frente a los ataques más graves e intolerables, principio de adecuación de la pena al fin que la justifica, principio de proporcionalidad entre la gravedad y las circunstancias del hecho ilícito y la reacción punitiva correspondiente, etc.*" No sentido da posição assumida por este último autor (inteiramente aplicável entre nós) acrescentamos o princípio da adequação social, o princípio da insignificância, e os princípios humanitário e do interesse público atinentes às sanções penais, todos, assentados no Estado democrático de direito proclamado pela Constituição brasileira que tem, dentre outros, como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

5.3 - Princípios suprapositivos ou extra-sistêmicos

As duas classes de princípios até agora apresentadas têm origem no direito positivo: de forma explícita (princípios explícitos) ou implícita (princípios gerais do Direito). Todavia, existe uma terceira classe que reivindica sua origem além do sistema de direito positivo: são os princípios suprapositivos ou extra-sistêmicos. Comumente respaldados numa ordem fora do ordenamento jurídico: no Direito Natural, na Constituição Material, etc. Conforme observa Luis P. Sanchís,⁶¹ constituem mais elaboração teórica do que prática (jurisprudencial) porque decorrem de uma argumentação política ou moral assaz complexa que freqüentemente não se encontra nas motivações de sentenças judiciais. Com efeito, esta concepção de princípios extra-sistêmicos parece próxima da expendida por K. Larenz ao considerar os princípios jurídicos como pautas gerais de valoração ou preferências valorativas referentes à “idéia de Direito”,⁶² ou ao asseverar que os princípios jurídicos operariam a mediação entre a “idéia de Direito” (ou os valores jurídicos de escalão superior) e as normas da ordem jurídica positiva.⁶³ Nesse passo também parece trilhar Otto Bachof ao advogar a tese da “norma constitucional inconstitucional”, fulcrada na violação de norma supralegal não positivada.⁶⁴

Como exemplos dessa classe de princípios, Luis P. Sanchís cita o princípio de *reserva absoluta de lei ou de precedência da lei* em todo âmbito normativo, entendido como exigência do sistema de legitimidade; e a elaboração de uma norma de *cláusula do sistema de liberdades* “que concibe la libertad jurídica como la garantía institucional de la coextensa libertad natural, de modo que toda limitación a ésta se considera como una restricción a la libertad jurídica y, por tanto, a los derechos fundamentales”.⁶⁵

61 - SANCHÍS, Luis P - op. cit., p. 147.

62 - LARENZ, K - op. cit., p. 269.

63 - LARENZ, K - Idem, p. 152.

64 - BACHOF, O Apud SESTA, Mario Bernardo - Representação dos Estados na Câmara dos Deputados (Parecer nº 9467), pp. 117-118. Também GRAU, E. R - op. cit., p. 131, n. 184.

65 - SANCHÍS, Luis P - op. cit., p. 147-148. Para aqueles que rejeitam a concepção de princípios extra-sistêmicos não lhes restam apenas resignar-se ao positivismo. Entre este e a “idolatria dos princípios” assentada em nebulosas noções transcendentais, J.J. Gomes Canotilho (Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, p. 278, n. 147) emenda o seguinte: “não se trata de defender a vigência e a validade dos princípios constitucionais em virtude da sua simples positividade constitucional, com o que se repetiriam os erros do positivismo grosseiro; afirma-se tão-somente que a legitimidade dos princípios não se deve procurar em ‘instâncias transcendentais’ ou ideais, mas muito ‘humanamente’ numa transcendência do lado de cá deste mundo e desta ordem constitucional histórica.”

6 - Funções dos princípios

Dilucidada a força normativa dos princípios no sentido de que são tomados a sério como normas obrigatórias, cumpre averiguar quais as funções normativas que geralmente desempenham. Aqui encontramos essencialmente duas funções: os princípios como instrumentos hermenêuticos e os princípios como normas de condutas⁶⁶. Ou seja, os princípios são uma *norma primária* diretamente aplicável a um pressuposto de fato ou uma *norma secundária* que orienta a aplicação de outra disposição normativa.⁶⁷

a) função hermenêutica

Como cânone hermenêutico, os princípios são úteis em primeiro lugar para dirimir dúvidas interpretativas ao ajudar a esclarecer o sentido de determinada disposição de norma.⁶⁸ Assim, os princípios orientam a interpretação, contudo, a singularidade dos princípios no campo da interpretação é que eles servem de guia para a sua própria aplicação. Isso acontece porque os próprios princípios carecem de interpretação, e o agente jurídico terá que primeiramente interpretar os princípios retores de sua interpretação.⁶⁹

Como critério hermenêutico, os princípios são utilizados para a tarefa importante de solucionar conflito ou colisão de normas hoje tão frequentes nos ordenamentos jurídicos, devido à expansão dos direitos fundamentais e a

66 - CANOTILHO, J.J. Gomes - Direito Constitucional, p. 173.

67 - SANCHÍS, Luís P - op. cit., p. 155, textualmente: "*o bien los principios son una norma primaria llamada a disciplinar directamente un supuesto de hecho cualquiera o bien representan una norma secundaria que permite o contribuye a dotar de sentido a otra disposición normativa, limitando o ampliando su significado lingüístico, o incluso anulándolo si resulta por completo incompatible con el sentido del principio.*" Sobre essa dicotomia Hartiana entre norma primária e norma secundária, cf. R. Dworkin (Taking Rights Seriously, pp. 19 e ss) que ainda evoca que a norma secundária fundamental é chamada por Hart de "*rule of recognition*".

68 - N. Bobbio (apud SANCHÍS, Luís P - Idem, ibidem) denomina esta função de interpretativa.

69 - USERA, Raúl Canosa - op. cit., p. 126. Segundo esse autor, é esta a problemática específica a que estão submetidos os princípios, o que "*pone en claro la inexistencia de criterios apropiados para culminarla, puesto que la insuficiencia de los métodos tradicionales, ya constatada para toda disposición constitucional, resulta aún más patente cuando de principios se trata. Ellos mismos sirven de guía para su propia clarificación hermenéutica, en la medida que su contenido normativo va siendo perfilado en sucesivas sentencias de los órganos de Justicia Constitucional hasta convertir cada uno de ellos en una 'institución propia'. según la expresión de Esser.*"

outros valores constitucionais relevantes, ambos possuidores do caráter de princípios. Como vimos (cf. item 3), a colisão será submetida ao *processus de ponderação* ou *proporcionalidade strictu sensu* (Alexy) dos *princípios concorrentes* (Gianformaggio), em que se investigará a *importância ou peso específico* (Dworkin) dos mesmos com o escopo de descobrir qual deles terá a preferência nas circunstâncias do caso concreto. Assim, a técnica da argumentação jurídica baseada sobre princípios é utilizada para ajudar a solucionar as hipóteses de colisão entre direitos fundamentais ou entre estes e outros valores constitucionais. Por exemplo, a colisão entre a liberdade de expressão e informação e os direitos da personalidade como a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem (colisão que será objeto de análise deste trabalho) será interpretada e resolvida mediante essa técnica de referência aos princípios.

Os princípios cumprem ainda a função de limitação da interpretação ao restringir a discricionariedade judicial. A referência obrigatória aos mesmos nos casos difíceis e duvidosos torna o processo de interpretação-aplicação do direito mais controlável e racional, porquanto evita que o operador jurídico invoque valores subjetivos não amparados de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico. Segundo L. Gianformaggio, "*il riferimento ai principi è l'unico che possa vincolare l'interprete-applicatore al diritto, chiudendo quegli spazi che inevitabilmente ogni tentativo di formulazione di tutto il diritto in regole tassative lascerebbe aperti alla sua discrezionalità.*"⁷⁰

b) função regulativa

Além da função hermenêutica, os princípios são fonte de Direito no caso de lacunas. Na ocorrência de omissão de lei (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil), os princípios possibilitarão aos juízes a colmatação da lacuna, conduzindo, assim, a integração e desenvolvimento do direito.⁷¹ Nessa hipótese, os princípios são normas primárias que regulam imediatamente a conduta de seus destinatários, além de constituírem premissa da argumentação jurídica utilizada na aplicação dos mesmos.

Em suma, nessa função regulativa, os princípios cumprem o papel de *lex* e não apenas de *ratio legis*.⁷² Vale dizer: como normas de conduta e não

70 - GIANFORMAGGIO, L - op. cit., p. 80.

71 - Sobre o conceito e espécies de lacunas da lei, cf. LARENZ, K - op. cit., pp. 447-490; MACHADO, J. Baptista - Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, pp. 194-200.

72 - LARENZ, K - Idem, p. 584.

como simples critério justificador ou orientador da aplicação de outras normas.⁷³

7 - Princípio e valor

Atribui-se, freqüentemente, a princípio e valor o mesmo significado. De fato, a conexão e fluidez entre os dois termos conduz a que eles às vezes sejam utilizados em diferentes contextos indistintamente. R. Alexy evoca que, da mesma forma que se pode falar de uma colisão de princípios e uma ponderação de princípios, pode-se também falar de uma colisão de valores e uma ponderação de valores; além do que o cumprimento gradual dos princípios tem seu correspondente na realização gradativa dos valores. Por isso, conclui o referido autor, o Tribunal Constitucional Federal Alemão elabora enunciados sobre princípios que podem ser reformulados para valores e vice-versa, sem prejuízo de qualquer conteúdo.⁷⁴

A despeito das semelhanças, no entanto, existe uma diferença significativa entre princípio e valor. Para esclarecê-la, R. Alexy recorre aos conceitos práticos de von Wright. De acordo com este último autor, os conceitos práticos dividem-se em deontológicos, axiológicos e antropológicos. Representantes de conceitos deontológicos são os de mandado, proibição, permissão e do direito a algo, que podem ser resumidos ao conceito deontico fundamental de mandado ou dever ser (x é devido). Os conceitos axiológicos não estão caracterizados pelo conceito deontico fundamental de mandado ou dever ser, porém pelo conceito de bom (x é bom). Por sua vez, são exemplos de conceitos antropológicos os de vontade, interesse, ação, necessidade, decisão.

73 - Nesse sentido escreve Antonio Pensavecchio (L'interpretazione delle Norme Costituzionali, pp. 95-96) sobre a função regulativa dos princípios o seguinte: "sebbene alcuni scrittori, come si è già ricordato, abbiano considerato i principi generali dell'ordinamento (e anche, siccome in essi compresi, i fondamentali principi costituzionali) come semplici criteri direttivi o semplici orientamenti o ideali politici o indicazioni di politica costituzionale e legislativa e sebbene altri abbiano ravvisato nelle disposizioni di principio della Costituzione solo delle disposizioni programmatiche prive di valore precettivo, va ribadito che i principi costituzionali debbono essere riguardati dall'interprete come principi normativi, cioè come entità normative destinate ad assolvere una funzione regolativa e non semplicemente ermeneutica. E pertanto lo stesso interprete deve essere animato da un impegno costante rivolto a individuare e specificare il reale contenuto precettivo dei principi, ed anche da un senso di effettivo rispetto per l'essenza e le finalità degli stessi principi."

74 - ALEXY, R - op. cit., pp. 138-139.

Partindo dessa tripartição, é possível demarcar, então, a diferença entre princípio e valor: sendo os princípios mandados de otimização, pertencem, por conseguinte, ao nível deontológico. Ao revés, os valores devem ser incluídos no nível axiológico.⁷⁵

Há autores que defendem que a distinção entre princípio e valor residiria no maior grau de abstração deste com relação àquele. Nessa linha de pensamento, aduz Claus-Wilhelm Canaris que o princípio já se encontra num grau de concretização mais elevado do que o valor. O princípio, ao contrário do valor, já conteria as características básicas da norma jurídica: a previsão e a consequência jurídica, conquanto, nesta última, pormenores possam ficar em abertos. O citado autor oferece este exemplo: “por detrás do princípio da auto-determinação negocial, está o valor da liberdade; mas enquanto este, só por si, ainda não compreende qualquer indicação sobre as consequências jurídicas daí derivadas, aquele já exprime algo de relativamente concreto, e designadamente que a protecção da liberdade é garantida através da legitimidade, conferida a cada um, para a regulação autónoma e privada das suas relações com os outros”.⁷⁶

Analisando os princípios e valores incorporados na constituição, Raúl Canosa Usera observa que toda Lei Fundamental tem no seu conteúdo duas espécies de disposições de elevada preeminência material sobre as demais: os princípios e os valores. Reconhecendo a dificuldade de identificar quais são

75 - ALEXY, R - Idem, pp. 141-147. Textualmente: “*la diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es prima facie lo mejor es, en el modelo de los principios, prima facie debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológicamente respectivamente.*” Essa diferença na tradição lexical da filosofia dos valores ou teoria dos valores corresponde a relação entre *dever-ser* e *valor*. Segundo Johannes Hessen (Filosofia dos Valores, p. 84), a filosofia dos valores de matiz fenomenológico é a corrente contemporânea que mais tem contribuído para a compreensão dessa relação. Repudiando a filosofia neokantiana de um *deve-ser* abstrato, a corrente fenomenológica leciona que todo *dever-ser* se funda num valor. Isto é, não é o *dever-ser* que dá o fundamento do valor, é o valor que dá o fundamento do *dever-ser*. De acordo com o referido autor, o primeiro princípio formulado por Max Scheler sobre a relação entre *dever-ser* e valor foi o seguinte: “todo o *dever-ser* se funda num valor”.

76 - CANARIS, Claus-Wilhelm - Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, pp. 86-87. Karl Larenz (op. cit., p. 578) pensa diferente. Para este último autor, os princípios como “uma ideia jurídica geral” encontram-se num grau de elevada abstração que não conteriam ainda os elementos básicos da estrutura da norma jurídica - previsão e consequência jurídica.

os princípios e quais são os valores, contudo, assevera que “*aquello que básicamente distingue a los principios de los valores es el marcado rasgo político de los primeros, porque incorporan en sí mismos los objetivos políticos juridificándolos.*”⁷⁷

8 - A pessoa humana como valor

A importância da *pessoa*⁷⁸ como categoria filosófica avulta-se no mundo contemporâneo tendo em vista que muitas vezes é o próprio valor do ser humano que está posto em causa. A despeito das conquistas alcançadas no campo dos direitos humanos, porém, as vicissitudes e as constantes crises e guerras a que são submetidos diferentes povos e nações revelam que o processo de afirmação do homem como pessoa portadora de valores éticos insuprimíveis, tais como a dignidade, a autonomia, a liberdade, exigem uma constante vigilância. Talvez por isso a filosofia dos valores seja hoje disciplina que se expande e impulsiona uma axiologia jurídica.⁷⁹

77 - USERA, Raúl Canosa - op. cit., pp. 152-153.

78 - Conforme José Castan Tobeñas (Los Derechos del Hombre, p.88), a expressão *pessoa humana* evoca melhor os valores éticos do que os termos indivíduo, cidadão, homem. Para Adriano de Cupis (Teoria e pratica del Diritto Civile, p.77), a locução *pessoa humana* é preferível à expressão *pessoa física* porque aquela se refere a todos os atributos materiais e espirituais, inclusive, é claro, à integridade física. Com efeito, no dizer de Jacques Maritain (Os direitos do homem e a lei natural, pp. 16-17) ao asseverar “que o homem é uma pessoa, queremos significar que ele não é somente uma porção de matéria, um elemento individual na natureza, como um átomo...asseverar que o homem é uma pessoa, quer dizer que no fundo de seu ser ele é um todo mais do que uma parte, e mais independente que servo”. Em suma, a pessoa humana como sujeito moral e sujeito de direito ou, como revela o conceito boeziano de pessoa (apud Laura Palazzani - Essere umano o persona, p. 450): “*rationalis naturae individua substantia*”. Contudo, informa Laura Palazzani (Idem, p. 451) que hodiernamente o experimentalismo genético teoriza a dissociação entre o *ser humano* e a *pessoa*.

79 - MIGUEL REALE (Pluralismo e Liberdade, p. 15) assevera que a “teoria dos valores é hoje central porque acima de tudo no mundo contemporâneo está em causa o valor próprio do ser humano.” Karl Larenz (op. cit., pp. 19-203), traçando a evolução histórica da ciência do direito na Alemanha, informa que a sua primeira fase correspondia à da *Jurisprudência dos conceitos*, a segunda, à da *Jurisprudência dos interesses* e a fase atual corresponderia à da *Jurisprudência dos valores*. Segundo Larenz (op. cit., pp. 252-253) a ciência do direito contemporânea constitui um pensamento orientado a valores porque, ao interpretar as leis, não se pode olvidar que elas já refletem valorações efetuadas pelo legislador. “Estas valorações manifestam-se no facto de que a lei confere protecção absoluta a certos bens, deixa outros sem protecção ou protege-os em menor escala; de que quando existe conflito entre os interesses envolvidos na relação da vida a regular faz prevalecer um em detrimento de outro, ou considera cada um dentro de um certo âmbito, na

A pessoa humana é hoje considerada como o mais eminente de todos os valores porque constitui a fonte e a raiz de todos os demais valores⁸⁰. Representa “*la fonte principale di arricchimento e di dinamismo della società*”⁸¹. Por conseguinte, a pessoa humana expressa a fonte e a base mesma do direito, revelando-se, assim, critério essencial de legitimidade da ordem jurídica.⁸² Ou como diz Jose Castan Tobeña, “*el postulado primario del Derecho... es el valor propio del hombre como valor superior y absoluto, o lo que es igual, el imperativo de respeto a la persona humana*”⁸³. Daí afirmar-se, no âmbito da teoria da constituição, a necessidade de um fundamento antropológico.⁸⁴

Cumprir lembrar, como ensina Emile Durkheim, que a pessoa é uma categoria histórica, isto é, o valor da pessoa humana hoje reconhecido com “*auréola de santidade*” é fruto da civilização humana.⁸⁵ Com efeito, o conceito de pessoa surgiu apenas na era moderna.⁸⁶ Os antigos desconheciam tal concepção. Mesmo no ocidente, a consciência dessa categoria histórica é recente.⁸⁷ Na filosofia grega, v.g., para Aristóteles, o homem é um *animal político*, “*identificando así el ser del hombre con la ciudadanía, la pertenencia al Estado*”,⁸⁸ despreciando o eu, a subjetividade ou individualidade. Com a filosofia estoica aparecem já alguns indícios do conceito de homem com o seu significado e valor ético-jurídico.⁸⁹ Entretanto, somente com o advento do

imposição ou proibição de certos modos de conduta, na cominação de ‘sanções’ contra os infractores, na restrição ou negação de direitos, na imputação de riscos. Nestes termos, ‘*comprender*’ uma norma jurídica requer o desvelar da valoração nela imposta e o seu alcance. A sua aplicação requer o valorar do caso a julgar em conformidade a ela, ou, dito de outro modo, acolher de modo adequado a valoração contida na norma ao julgar o ‘caso’. Diz, com razão, JOERGENSEN... que a peculiaridade da ciência do Direito e da actividade judicial é ‘*terem de tratar quase exclusivamente com valorações*’” (Grifo nosso).

80 - A idéia da pessoa como o valor-fonte dos demais tem sido reiteradamente exposta por Miguel Reale em suas obras (Teoria tridimensional do Direito, p. 28 e 96; Filosofia do Direito, v.I, pp. 191-194). Em um dos seus escritos mais recentes (Linha Evolutiva da Teoria Tridimensional do Direito, p. 312) escreve: “o Direito é a concretização da idéia de justiça na pluridiversidade de seu dever-ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores.”

81 - SCALISI, Antonino - Il valore della persona nel sistema, p. 24.

82 - SCALISI, Antonino - Idem, p. 32.

83 - TOBEÑAS, José Castan - op. cit., p. 89.

84 - CANOTILHO, J.J. Gomes - Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, p. 31.

85 - DURKHEIM, Emile apud REALE, Miguel - Pluralismo e Liberdade, p. 63.

86 - MESSNER, Johannes - Ética Social, p. 34.

87 - CAMPOS, Diogo Leite de - Lições de Direitos da Personalidade, p. 129.

88 - TOBEÑAS, Jose Castan - op. cit., p. 57.

89 - TOBEÑAS, José Castan - Idem, ibidem.

cristianismo é que a pessoa veio a ter o *status* de valor essencial, isto é, “até o cristianismo, pessoas eram só... os seres excepcionais que desempenhavam na sociedade os primeiros papéis; a partir do cristianismo, qualquer ser humano passou a ser pessoa (homens, mulheres, crianças, nascituros, escravos, estrangeiros, inimigos...), através das ideias do amor fraterno e da igualdade perante Deus”.⁹⁰

A despeito de a pessoa humana encontrar-se alçada ao vértice dos valores normativos ou jurídicos, contudo, ela não deve ser vista como um valor absoluto no sentido de prevalecer sempre sobre os outros em todas e quaisquer circunstâncias. É necessário compatibilizá-la com outros valores sociais e políticos. E aqui nos encontramos perante tema nevrálgico de que se ocupa a filosofia prática e a política e que desafia a argúcia humana: encontrar o ponto de equilíbrio no tenso relacionamento entre indivíduo e sociedade.⁹¹ Existem, pelos menos, três maneiras de equacionar o problema: a primeira é priorizando os valores individuais em detrimento dos valores da sociedade. Essa postura historicamente é representada pela *concepção individualista-burguesa* que propugna que a função do Estado deve-se limitar a manter as condições de funcionamento do mercado, onde cada indivíduo “naturalmente” encontra seu bem-estar e riqueza. Esta concepção “confundia a dignidade verdadeira da pessoa com a ilusória divindade de um indivíduo abstrato, que se bastaria a si mesmo, a pessoa humana era abandonada a si própria, sozinha e desarmada; particularmente, a pessoa dos que não possuem era largada sem defesa diante dos possuidores que a exploravam.”⁹² A segunda maneira corresponde ao reverso da primeira, isto é, agora são os interesses e valores sociais que devem prevalecer sobre os dos indivíduos. Estes se encontram em função daqueles. Esta concepção, apelidada de *transpersonalismo*, reputa, portanto, equivocadas todas as doutrinas que consideram a pessoa humana o bem maior.⁹³ A terceira postura frente ao conflito indivíduo e

90 - CAMPOS, Diogo Leite de - op. cit., p. 134. Também TOBÉNAS, José Castan, op. cit., p. 58; 91 - Segundo Jacques Maritain (op.cit, p. 28), esse conflito entre o indivíduo e o grupo é algo natural e inevitável. A resolução do mesmo não é estática mas dinâmica, provocando movimento. Luigi Bagolini (Il fondamento dei diritti umani, p. 10) chega inclusive a afirmar que “a pessoa não é um *factum* mas uma tensão, um caminho, um movimento de um *factum* a um *futurum*”.

92 - MARITAIN, Jacques - Idem, pp 45-46. Nesse sentido, também, Gomes Canotilho (Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, pp. 31-32) rejeita a antropologia burguesa que, segundo o referido autor, conquanto postule corretamente a igualdade ontológica de todos os homens, minimiza a igualdade de condições materiais ou igual dignidade social.

93 - REALE, Miguel - Filosofia do Direito, v.I, p. 251 e ss.

sociedade é representada pelo *personalismo* que busca uma conciliação entre as concepções anteriores: nem absolutização do indivíduo, nem absolutização do social, mas compatibilização entre ambas posições.⁹⁴ Essa compatibilização será alcançada caso a caso mediante ponderação na qual se avaliará o que toca ao indivíduo e o que cabe ao todo. Reconhece-se, assim, que a harmonia da ordem social com o bem de cada indivíduo está mediatizada pelo valor da pessoa humana. “O indivíduo deve ceder ao todo, até e enquanto não seja ferido o valor da pessoa, ou seja, a plenitude do homem enquanto homem. Toda vez que se quiser ultrapassar a esfera da ‘personalidade’ haverá arbítrio”.⁹⁵

Na base da perspectiva personalista que defende “*ogni individuo ha titolo al riconoscimento della sua qualità, ontologica di uomo, ossia di soggetto (e non di mero oggetto) di rapporto*”⁹⁶ pode-se identificar a concepção de Kant da pessoa como “*fine in se*”⁹⁷. Uma tradução dessa ética kantiana é a afirmação de que o homem não pode ser objeto de uma atividade do Estado ou de seus órgãos.⁹⁸ Vale dizer: para a consecução de seus objetivos não pode o Estado aviltar ou aniquilar a pessoa humana. Esta constitui-se em um *status* que limita a atuação do Poder Público.⁹⁹

9 - O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana

No item precedente analisamos a pessoa humana como categoria filosófica. Vimos que nem o individualismo e nem o coletivismo compreendem o homem na sua integralidade.¹⁰⁰ E que a superação dessa antinomia é realizada

94 - SCALISI, Antonino - op. cit., p. 25.

95 - REALE, Miguel - Filosofia do Direito, v. I, p. 251 e ss. Nesse sentido também Jose Castan Tobeñas (op. cit., 69) afirma que o personalismo hoje busca a conciliação entre as dimensões individual e social da pessoa superando o “*individualismo atômico del siglo pasado*”.

96 - SCALISI, Antonio - op. cit., p. 28, n. 27.

97 - A pessoa como conceito ético significa considerar o homem “como um ser que autodetermina a sua própria ação, que está sob uma certa exigência de dever e, conseqüentemente, é responsável, tendo uma pretensão de ‘respeito’ em confronto com os outros e devendo a esses outros igualmente ‘respeito’”(LARENZ, Karl - op. cit., p. 91).

98 - PALAZZANI, Laura - op. cit., p. 449 e AMIRANTE, Carlo - Diritti fondamentali e sistema costituzionale nella Republica Federale Tedesca, p. 10.

99 - Antonino Scalisi (op. cit., p. 2. n. 2) citando Perlingieri informa que na Constituição de Weimar constava que “*il rispetto della persona umana è un limite costituzionale al potere legislativo*”.

100 - BAGOLINI, Luigi - La persona nell'esperienza morale e giuridica, p. 240.

pelo personalismo que teoriza que por natureza o homem é tanto um ser social como um ser individual.¹⁰¹ Pois bem, imbricado ao valor da pessoa humana está o princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana.¹⁰² Ou seja, o valor da pessoa humana é traduzido juridicamente pelo eminente *princípio fundamental da dignidade da pessoa humana*.¹⁰³ Este significa a objetivação em forma de proposição jurídica do valor da dignidade do homem.

Característica fundamental do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana que o sobreleva em importância e significado é que ele assegura um *minimum* de respeito ao homem só pelo fato de ser homem, uma vez que todos os homens são dotados por natureza de igual dignidade e “*tienen derecho a llevar una vida digna de seres humanos*”¹⁰⁴ Vale dizer: o respeito à pessoa humana realiza-se independentemente da comunidade, grupo ou classe social a que aquela pertença. Ou como leciona Castanheira Neves:

A dignidade pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o respeito incondicional da sua dignidade. Dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira. Assim, se o homem é sempre membro de uma comunidade, de um grupo, de uma classe, o que ele é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária ou social. Será por isso inválido, e inadmissível, o sacrifício desse valor seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe. Por outras palavras, o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou a classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe.¹⁰⁵

101 - MESSNER, Johannes - *Ética Social*, p. 127.

102 - Sobre o conceito de *princípio ético-jurídico* e sua importância para o sistema “interno”, cf. Karl Larenz (op. cit., p. 577 e ss).

103 - Consoante opinião de Jorge Miranda (*Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 170, n. 1), é preferível a locução *dignidade da pessoa humana* à expressão *dignidade humana* porque aquela “dirige-se ao homem concreto e individual; esta, à humanidade, entendida ou como qualidade comum a todos os homens ou como conjunto que os engloba e ultrapassa.”

104 - TOBEÑAS, Jose Castan - *Los Derechos del Hombre*, p. 90.

105 - Castanheira Neves apud MIRANDA, Jorge - *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, pp. 172-173. Nesse sentido também Rescigno (citado por Antonino Scalisi, op. cit., p. 30, n. 30) afirma que a dignidade da pessoa humana “*riguarda i valori della persona a prescindere dalle attività che può compiere e dalle particolari comunità e dalla classe sociale in cui si trova inserita*”.

O princípio em epígrafe é um princípio *semântico e estruturalmente aberto*, de “abertura valorativa”,¹⁰⁶ o que faz com que o mesmo seja em grande parte colmatado pelos agentes jurídicos no momento da interpretação e aplicação das normas jurídicas. Assim, em razão de o princípio da dignidade da pessoa humana ser uma *categoria axiológica aberta*, considera-se inadequado conceituá-lo de forma “fixista”.¹⁰⁷ Além do mais, uma definição filosoficamente sobrecarregada, cerrada, é incompatível com o pluralismo e a diversidade, valores que gozam elevado prestígio nas sociedades democráticas contemporâneas.¹⁰⁸

Costuma-se mencionar como fundamento jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana, numa *approach* universalista, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, promulgada pela Organização das Nações Unidas - ONU.¹⁰⁹ Com efeito, diz o art. 1º da referida declaração: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”. Também o preâmbulo da Declaração refere-se à “dignidade inerente a todos os membros da família humana”. Jorge Miranda, considerando que aludidas disposições da Declaração prescrevem que todos os homens são *dotados de razão e de consciência* independentemente de suas diferenciações econômicas e sociais, formula as seguintes diretrizes básicas:

- a) A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta;

106 - CANOTILHO, J.J. Gomes - Direito Constitucional, p. 225.

107 - CANOTILHO, J.J. Gomes - Idem, p. 367, textualmente: “a literatura jurídica mais recente tem evitado formular um conceito sobre princípio da dignidade da pessoa humana para não incorrer num conceito ‘fixista’ e filosoficamente sobrecarregado.”

108 - De acordo com Celso Lafer (A Reconstrução dos Direitos Humanos, p. 15), é de grande importância para a dignidade da pessoa humana, “o pluralismo centrífugo de um mundo assinalado pela diversidade e pela liberdade.” Também para Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (op. cit., p. 143), tendo em vista que a constituição não adota uma certa concepção material de homem, eleva-se a importância dos princípios do pluralismo e da democracia. Esta entendida “como um processo contínuo de fazer e desfazer compromissos ocasionais e sempre revogáveis.” Cumpre dizer que a nossa atual Carta Magna elenca, dentre os fundamentos do Estado brasileiro, o princípio do *pluralismo político* (art. 1º, V) que obviamente não se coaduna com uma concepção material acabada e cerrada do homem.

109 - TOBENAS, Jose Castan - op. cit., p. 90; SCALISI, Antonino - op. cit., p. 30; MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional, tomo IV, p. 169.

- b) Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si;
- c) O primado da pessoa é o do *ser*, não o do *ter*; a liberdade prevalece sobre a propriedade;
- d) A proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos;
- e) A dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.¹¹⁰

No nosso ordenamento jurídico-positivo, o princípio da dignidade da pessoa humana é um *princípio constitucional explícito* (cf. item 5.1). A Constituição Federal de 1988 proclama, no seu artigo primeiro, que a República Federativa do Brasil, constituída em Estado democrático de direito tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Vale dizer: que o respeito da dignidade da pessoa humana constitui-se em um dos elementos imprescindíveis para a legitimação da atuação do Estado brasileiro. Qualquer ação do Poder Público e seus órgãos não poderá jamais, sob pena de ser acoimada de ilegítima e declarada inconstitucional, restringir de forma intolerável ou injustificável a dignidade da pessoa. Esta só poderá sofrer constrição para salvaguardar outros valores constitucionais.

O texto constitucional em vigor é a primeira constituição brasileira a reconhecer expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio foi pela primeira vez consagrado pela Constituição de Weimar ao prescrever que “*il rispetto della persona umana è un limite costituzionale al potere legislativo*”.¹¹¹ Hodiernamente, inúmeras constituições fazem alusão à dignidade da pessoa humana: Constituição da República Federal da Alemanha (art. 1º), Constituição da Grécia (art. 2º), Constituição da Espanha (art. 10, nº 1), Constituição da Itália (art. 3º), Constituição de Portugal (art. 1º), Constituição da Índia (preâmbulo), Constituição do Peru (preâmbulo) e outras.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o

110 - MIRANDA, Jorge - Idem, pp. 169-170.

111 - SCALISI, Antonino - op. cit., p. 3. n. 2.

desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual. Por exemplo, a exigência humana “*dell'integrità fisica, dell'identità personale, dell'onore, della riservatezza, della salute, dell'esigenza abitativa*”.¹¹² A sua proteção envolve tanto um aspecto de garantia negativa no sentido de a pessoa humana não ser ofendida ou humilhada, quanto outro de afirmação do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.¹¹³

Uma conseqüência importante do eminente valor do princípio da dignidade da pessoa humana é a sua incompatibilidade, em qualquer hipótese, com a cominação de pena de morte. Por conseguinte, embora a Constituição brasileira proclame acertadamente, em coerência com aquele princípio, que não haverá penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimentos, cruéis e de morte (art. 5º, XLVII), contudo, neste mesmo dispositivo constitucional, abre uma equivocada exceção: admite a execução de pena de morte no caso de guerra em decorrência de agressão estrangeira. Tal hipótese avilta ainda a dignidade da pessoa humana.¹¹⁴

Conquanto seja a dignidade um valor inerente a cada pessoa e que “*lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás*”,¹¹⁵ o princípio da dignidade da pessoa humana não é um princípio absoluto no sentido de que deva prevalecer incondicionalmente sobre os princípios opostos em qualquer situação. Ele está sujeito também à lei de colisão (cf. item 3. b. n. 18) e, sob determinadas circunstâncias, poderá não prevalecer sobre princípios colidentes. São as condições do caso concreto que irão indicar a precedência ou não do princípio da dignidade da pessoa humana.¹¹⁶ Assevera Robert Alexy que o

112 - SCALISI, Antonino - *Idem*, p. 30. Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (Comentários à Constituição do Brasil, v.I, p. 425) lembram que a dignidade da pessoa humana pode ser violada de muitas maneiras, v.g., através de qualidade de vida desumana ou por meio da prática de torturas em suas diferentes modalidades.

113 - TOBEÑAS, Jose Castan - *op. cit.*, p. 90.

114 - Jorge Miranda (Manual de Direito Constitucional, tomo IV, p. 17) informa que, além de garantir a inexistência, em caso algum, da pena de morte (art. 24, nº 2), a atual Constituição Portuguesa proíbe também a extradição por crimes a que corresponda a pena de morte consoante o direito do Estado requisitante (art. 33, nº 3).

115 - Jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol citada por Jose Castan Tobeñas (*Idem*, p. 91).

116 - Robert Alexy (Teoria de los Derechos Fundamentales, p. 92) chama de “*relación de precedencia condicionada*” a determinação no caso concreto das condições sob as quais um princípio precede a outro. E considera o conceito de *relação de precedencia condicionada* essencial para a compreensão da colisão de princípios e com isso para a teoria dos princípios.

motivo que induz que este princípio seja muitas das vezes entendido como um princípio absoluto é o fato de já se conhecer um extenso contingente de condições de precedência em que *“existe un alto grado de seguridad acerca de que bajo ellas el principio de la dignidad de la persona precede a los principios opuestos”*. Todavia, o referido autor cita decisão do Tribunal Constitucional Federal tedesco na qual o princípio da dignidade da pessoa humana cede a preferência para o princípio da proteção do Estado. Entendeu o Tribunal que no caso concreto a permissão para a “escuta” não atingia a dignidade da pessoa, porque não era *“motivada por una desconsideración o subestimación da persona humana, sino por la necesidad de mantener en secreto medidas para la protección del orden democrático y la existencia del Estado”*. Conclui, R. Alexy, que o fato de que o princípio da dignidade da pessoa humana, sob determinadas condições, com um elevado grau de certeza, tenha prioridade sobre outros princípios, não significa que aquele seja um princípio absoluto, senão que é difícil encontrar razões jurídico-constitucionais que poderiam alterar a relação de precedência em favor do princípio da dignidade da pessoa humana.¹¹⁷

Ademais, invocando-se o húmus teórico já acumulado acerca da teoria dos princípios, pode-se caracterizar o princípio da dignidade da pessoa humana como um mandado *prima facie* no sentido de que, para o seu cumprimento devem-se levar em conta as condições fáticas e jurídicas existentes. Tal característica choca-se também, como é fácil deduzir, com a concepção da dignidade da pessoa humana como um princípio absoluto porque a dignidade humana realiza-se de forma gradual, de acordo com as circunstâncias reais e jurídicas (mormente os princípios contrapostos) de cada caso. Além disso, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana um mandado de otimização que exige uma ponderação no momento de sua aplicação, isso facilita a vinculação dos interesses individuais com os da sociedade, tornando plausível a superação do individualismo e do coletivismo, e a harmonização de ambos.

117 - ALEXY, Robert - Idem, pp. 106-109. Adverte M. Kloepfer (Apud R. Alexy - Idem, p. 108, n. 69) que *“una dignidad de la persona que se imponga en todas las circunstancias frente a todos los demás principios constitucionales”* reduciría *“en última instancia a la garantía de la dignidad de la persona ... a la defensa contra envilecimientos apocalípticos”*.

10 - O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana como valor unificador dos direitos fundamentais

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. Dessarte, o extenso *rol de direitos e garantias fundamentais* consagrados pelo título II da Constituição Federal de 1988 traduz uma especificação e densificação do *princípio fundamental da dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III). Em suma, os direitos fundamentais são uma primeira e importante concretização desse último princípio, quer se trate *dos direitos e deveres individuais e coletivos* (art. 5º), *dos direitos sociais* (arts. 6º a 11) ou *dos direitos políticos* (arts. 14 a 17).¹¹⁸

Ademais, aquele princípio funcionaria ainda como uma cláusula “aberta” no sentido de respaldar o surgimento de “direitos novos” não expressos na Constituição de 1988 mas nela implícitos, seja em decorrência do regime e princípios por ela adotados, ou em virtude de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, reforçando, assim, o disposto no art. 5º, § 2º.¹¹⁹ Estreitamente relacionada com essa função, pode-se mencionar a dignidade da pessoa humana como critério interpretativo do inteiro ordenamento constitucional.¹²⁰

Como *ratio iuris* determinante daqueles direitos, o princípio da dignidade da pessoa humana possibilita a referência a um sistema de direitos fundamentais. Com isso, facilita-se a interpretação e aplicação desses direitos, pois

118 - Em consonância com a assertiva no texto acima de que os direitos fundamentais concretizam o princípio da dignidade da pessoa humana, Karl Larenz (op. cit., p.579) afirma que “o princípio esclarece-se pelas suas concretizações e estas pela sua união perfeita com o princípio”. Nessa mesma linha de pensamento também SS. João Paulo II (Apud Antonino Sacalisi, op. cit., p. 58, n.63): “*L’insieme dei diritti dell’uomo corrisponde alla sostanza della dignità dell’essere umano, inteso integralmente e non ridotto a una sola dimensione; essi si riferiscono alla soddisfazione dei bisogni essenziali dell’uomo, all’esercizio delle sue libertà, alle sue relazioni con altre persone; ma essi si riferiscono sempre e dovunque all’uomo, alla sua piena dimensione umana*”.

119 - Karl Larenz (op. cit., pp. 578 e 584) divide os princípios ético-jurídicos em “abertos” e naqueles com forma de proposição jurídica. Entre os primeiros que são *ratio legis*, “uma idéia jurídica geral”, pode-se incluir o princípio da dignidade da pessoa humana.

120 - AMIRANTE, Carlo - op. cit., p. 10, n. 21.

o pensamento sistêmico ilumina ou reforça o entendimento de direitos em particular bem como favorece a articulação destes com os outros.¹²¹ Em consequência, consolida-se a força normativa dos direitos fundamentais e a sua magna proteção da pessoa humana.¹²²

121 - Nesse sentido, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (op. cit., p. 84) fazem alusão à capacidade organizacional dos princípios "para ordenar os atos heterogêneos, cambiantes e até contraditórios da vida jurídica".

122 - Sobre o conceito de sistema e sua importância para a ciência jurídica cf., especialmente, a obra Claus -Wilhelm Canaris - Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.

CAPÍTULO 2

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1 - Noções iniciais sobre os direitos humanos. 2 - Conceito de direitos humanos. 3 - Constitucionalização dos direitos humanos: os direitos fundamentais. 4 - Fundamento dos direitos humanos. 4.1 - Fundamento filosófico. 4.1.1 - Tese positivista. 4.1.2 - Tese realista. 4.1.3 - Tese jusnaturalista - a) fundamentação objetiva - b) fundamentação subjetiva - c) fundamentação intersubjetiva. 4.2 - Fundamento constitucional. 5 - Os direitos fundamentais como critério de legitimidade de regimes políticos. 6 - Estrutura das disposições de norma dos direitos fundamentais. 6.1 - Texto e norma. 6.2 - Norma de direito fundamental e direito fundamental. 6.3 - Normas configurativas de direito fundamental. 6.4 - Normas restritivas de direito fundamental. 6.5 - Núcleo essencial dos direitos fundamentais. 7 - Classificação dos direitos fundamentais. 7.1 - Direitos fundamentais de defesa. 7.2 - Direitos fundamentais a prestação - a) direitos fundamentais a prestações jurídicas - b) direitos fundamentais a prestações materiais. 7.3 - Direitos fundamentais de participação. 8 - Colisão de direitos fundamentais. 8.1 - Colisão entre os próprios direitos fundamentais. 8.2 - Colisão entre os direitos fundamentais e outros valores constitucionais. 8.3 - Formas de resolver a colisão entre os direitos fundamentais.

1 - Noções iniciais sobre os direitos humanos

Os direitos humanos como hoje entendidos, isto é, como concreção histórica do princípio da dignidade da pessoa humana, surgiram na idade moder-

na. O jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII é amiúde indicado como sendo a gênese desses direitos ao elaborar a noção de direitos naturais.¹²³ Os antigos desconheciam a categoria dos direitos subjetivos individuais.¹²⁴

Com efeito, será no século XVIII que virão a lume renomadas declarações consagrando direitos que reconhecem aos indivíduos uma esfera autônoma de atuação como limite ao poder do soberano: os *Bill of rights* das colônias americanas que se proclamaram independentes da Inglaterra em 1776 e a *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, votada pela Assembléia Nacional Francesa de 1789.¹²⁵

Inicialmente foram concebidos como limites aos poderes do soberano. Eram as liberdades individuais oponíveis ao Estado. Constituíam, essencialmente, *direitos de defesa* contra o Estado.

Posteriormente surgem novos direitos que, ao invés de uma postura negativa, exigem uma ação positiva do Estado ou a participação dos cidadãos na formação da vontade política do Estado. Os primeiros são os direitos sociais. Consistem, em regra, em *direitos à prestação* exequíveis pelos órgãos estatais. Os *direitos de participação* referem-se principalmente à liberdade de criação de partidos políticos e ao direito eleitoral.

Atualmente, em decorrência do acúmulo de poder econômico de que possam eventualmente dispor, indivíduos e empresas privadas não raramente violam os direitos humanos, fazendo com que esses direitos também sejam oponíveis àquelas pessoas.

123 - LUÑO, Antonio Enrique Perez - *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 39; ANDRADE, José Carlos de - *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, p. 13. Segundo Jeremy Waldron (Natural rights in the seventeenth and eighteenth centuries. In: *Nonsense upon Stilts*, p. 7) "in its classic form the theory of natural rights may be seen as an attack on two quite different approaches to the defence of political absolutism: it is a response to the theory of natural hierarchy, and it is a response to theories of contractual subjection to absolute authority. Both these responses are found in the political philosophy of John Locke, and the argument set out in the Two Treatises of Government will serve us, as it served the revolutionaries of the eighteenth century, as the paradigm of a theory of natural rights."

124 - Conforme José Carlos Vieira de Andrade (op. cit., p. 12), aos estoicos é costume também remontar a origem dos direitos humanos, "já que em suas obras se manifestam as idéias de dignidade e de igualdade".

125 - BOBBIO, Norberto - *Dicionário de Política*, p. 353. J.J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional*, pp. 510-515) adverte que o "processo histórico não é assim tão linear" e que um rápido resumo histórico (que o referido autor elabora) revelaria outros momentos de conscientização do problema dos direitos humanos.

2 - Conceito de direitos humanos

Não constitui tarefa simples precisar conceitualmente os direitos humanos. Esta é uma expressão demasiado genérica. As tentativas resultam geralmente em definições tautológicas: “direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem”;¹²⁶ definições formais que não esclarecem o conteúdo: “*los derechos del hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombres, y de los que ningún hombre puede ser privado*”;¹²⁷ ou definições teleológicas, em que há referência a valores ensejadores de múltiplas interpretações: “*los derechos del hombre son aquellos imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona humana, para el progreso social, o para el desarrollo de la civilización...*”.¹²⁸

A despeito das objeções mencionadas, Perez Luño propõe a seguinte definição para os direitos humanos: “*un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*”.¹²⁹

3 - Constitucionalização dos direitos humanos: os direitos fundamentais

Uma das espécies representativa de positivação dos direitos humanos é a constitucionalização dos mesmos.¹³⁰ Deixam, então, eles de ser apenas reivindicações políticas para se transformarem em normas jurídicas. Para destacar essa mudança, a doutrina contemporânea vem dando preferência ao uso da

126 - BOBBIO, Norberto - A Era dos Direitos, p. 17.

127 - LUÑO, Antonio Enrique Perez - op. cit., p. 25.

128 - LUÑO, Antonio Enrique Perez - Idem, ibidem.

129 - LUÑO, Antonio Enrique Perez - Idem, p. 48. Nesse sentido, também J.J. Gomes Canotilho (Direito Constitucional, p. 508), que inclui a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade entre as raízes fundamentais dos direitos humanos.

130 - Antonio Enrique Perez Luño (op. cit., pp. 52-131) dedica um capítulo ao *processus* de positivação dos direitos humanos, no qual, além do nível de positivação constitucional, cita as declarações de direitos e preâmbulos constitucionais, Declaração Universal dos Direitos do homem da ONU e a formulação dos direitos humanos em pactos como instrumentos de positivação dos direitos humanos.

locução *direitos fundamentais*, quando deseja fazer alusão àqueles direitos positivados numa constituição de um determinado Estado. A expressão *direitos humanos* tem sido geralmente reservada para ser adotada em documentos internacionais.¹³¹

Realmente, com o advento da *constitutio scripta*, a partir do século XVIII, o catálogo de direitos reconhecidos aos indivíduos torna parte essencial das constituições. A propósito, a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 Août 1789*, no seu art. 16, proclamava “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.*”

A atual Constituição brasileira, do art. 5º ao 17, relaciona os direitos fundamentais e suas garantias.

Hodiernamente, pode-se asseverar que a defesa dos direitos fundamentais (v.g., com a utilização dos instrumentos processuais: *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, mandado de segurança e ação popular), juntamente com a fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, constituem aspectos essenciais da denominada justiça constitucional.¹³²

131 - LUÑO, Antonio Enrique Perez - op. cit., p. 31; SILVA, José Afonso da - op. cit., p. 57. MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional. Tomo IV, Direitos Fundamentais, pp. 48-49. Este último autor evoca que a locução *direitos fundamentais* remonta mormente à Constituição de Weimar, cuja parte II referia-se aos “Direitos e deveres fundamentais dos alemães” e que tal expressão tende a generalizar-se. Jorge Miranda cita diversas constituições contemporâneas que usam aquela expressão: Constituição da República Federal da Alemanha (arts. 1º e ss); Constituição moçambicana (arts. 26 e ss); Constituição angolana (arts. 17 e ss); Constituição Espanhola (arts. 10 e ss); Constituição Peruana (arts. 1º e ss); e Constituição Portuguesa (arts. 12 e ss). Vale mencionar que, seguindo essa tendência, o constituinte de 1988 utilizou como epígrafe do título II do nosso texto constitucional a expressão - *Dos Direitos e Garantias Fundamentais* - para designar o catálogo de direitos reconhecidos aos brasileiros e estrangeiros residentes no País; enquanto empregou a locução *direitos humanos* quando prescreveu que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos *direitos humanos* (art. 4º, II).

132 - CAPELLETTI, Mauro - O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado, pp. 23 e ss; CANOTILHO, J. J. Gomes - Direito Constitucional, pp. 974 e ss; SILVA, José Afonso da - Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 48; WAMBIER, Luiz Rodrigues - Tutela jurisdicional das liberdades públicas, pp. 80-81; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et alii - Teoria Geral do Processo, p. 73.

4 - Fundamento dos direitos humanos

A discussão acerca da fundamentação dos direitos humanos é geralmente levada a cabo em duas perspectivas: numa, o tema é enfocado sob o ponto de vista filosófico e, em consequência, concentra-se na busca de um fundamento filosófico; na outra, parte-se da exigência de um fundamento jurídico-positivo ou constitucional dos direitos fundamentais.

4.1 - *Fundamento filosófico*

Para uma compreensão do estágio atual, em que se encontra a discussão filosófica atinente à fundamentação dos direitos humanos, é conveniente separar as diversas opiniões em três teses: (1) daqueles que rejeitam qualquer fundamento filosófico (positivismo); (2) daqueles que se mostram céticos quanto à possibilidade da fundamentação filosófica (realismo); (3) daqueles que consideram plausível uma fundamentação filosófica (jusnaturalismo).

4.1.1 - Tese positivista

As distintas concepções positivistas têm em comum a postura de rejeitarem a possibilidade de uma fundamentação racional dos juízos de valores. Em razão disso, recebem também a denominação “*no cognocitivismo*”, isto é, os valores não possuem um *status* cognoscitivo, não podem ser considerados como verdadeiros ou falsos, “*porque al no referirse al mundo del ser no son verificables empiricamente*”.¹³³

Assim, os positivistas negam a possibilidade duma fundamentação dos direitos humanos.

4.1.2 - Tese realista

Consoante Norberto Bobbio, a fundamentação filosófica dos direitos humanos é um problema secundário. O que importa é garantir a concretização

133 - LUÑO, Antonio Enrique Perez - *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*, p. 134. O capítulo 3 desta obra constitui uma excelente referência sobre o tema da fundamentação dos direitos humanos.

desses direitos: “não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”.¹³⁴ O referido autor chega inclusive a asseverar que, com a aprovação da declaração universal dos direitos do homem de 1948, o problema da fundamentação estaria resolvido, vez que ela representaria um consenso geral sobre determinados valores - “*consensus omnium gentium ou humani generis*”.¹³⁵

Ademais, esse autor nega a possibilidade filosófica de um fundamento absoluto para os direitos humanos sob o argumento de que estes são históricos, variáveis no tempo e heterogêneos. E, assim, as razões que levariam a justificar uns não serviriam para outros.¹³⁶

4.1.3 - Tese jusnaturalista

Uma vez que nem o *realismo*, que considera o problema da fundamentação dos direitos humanos como uma questão supérflua ou resolvida, e nem o *positivismo*, que o considera inútil ou insolúvel, podem oferecer o marco teórico adequado para lidar com o referido problema, resulta que só num enfoque *jusnaturalista* faz sentido colocar o tema da fundamentação dos direitos humanos.¹³⁷

Perez Luño adverte que o termo *jusnaturalismo* deve ser entendido na acepção deontológica, funcional e aberta. Vale dizer: como um “*conjunto de tesis metaéticas que coinciden en afirmar la necesidad de que todo sistema jurídico reconozca unos derechos básicos de quienes lo integran, así como las teorías que defienden la posibilidad de conocer y justificar racionalmente tales derechos*”.¹³⁸

De acordo com Perez Luño, a *fundamentação jusnaturalista* subdivide-se em objetiva, subjetiva e intersubjetiva.

134 - BOBBIO, Norberto - A Era dos Direitos, p. 25.

135 - BOBBIO, Norberto - Idem, p. 26.

136 - BOBBIO, Norberto - Idem, pp. 19-20.

137 - LUÑO, Antonio Enrique Perez - op. cit., p. 136.

138 - LUÑO, Antonio Enrique Perez - Idem, p. 137.

a) *fundamentação objetiva*

Reúne as correntes doutrinárias que coincidem em asseverar que existem valores ou princípios pertencentes a ordem de valores, regras ou princípios que possuam validade objetiva, absoluta e universal com independência da experiência dos indivíduos ou de sua consciência valorativa.

Das diversas teorias éticas que partem de premissas objetivistas, o referido autor destaca, por seu interesse a respeito da fundamentação dos direitos humanos, a postura da *ética material dos valores* e algumas das principais concepções atuais do *objetivismo ontológico* vinculados ao pensamento social cristão.

O nosso autor entende, como resultado do exame das teses *objetivistas*, que a principal qualidade das mesmas, i.e., o propósito de assentar os direitos humanos em valores objetivos não submetidos a discussão por sua evidência e conexão metafísica com o absoluto, constitui ao mesmo tempo sua maior limitação. Porquanto é difícil universalizar esta fundamentação para quem não crê na transcendência ou que, sem excluí-la, prefere uma justificação racional e imanente a uma realidade radicalmente humana como os direitos humanos.¹³⁹

b) *fundamentação subjetiva*

Para Perez Luño, a fundamentação subjetiva deve ser compreendida como autoconsciência racional da dignidade, liberdade e igualdade humanas, e assim se encontra na base da melhor tradição do jusnaturalismo humanista e democrático, que orienta a fundamentação contemporânea dos direitos humanos. Entretanto, o aludido autor não faz alusão a esta concepção geral do subjetivismo, senão a algumas de suas versões hodiernas, que têm radicado suas premissas para asseverar a completa dependência dos valores éticos atinentes aos desejos, atitudes ou interesses individuais, no sentido de que sejam respeitados de forma absoluta.

A primeira vertente da fundamentação subjetiva analisada é a do *primado da liberdade individual*, representada pelo denominado movimento *neoliberal*, que tem reformulado algumas das principais teses liberais.

139 - LUÑO, Antonio Enrique Perez - Idem, pp.137-145.

Na opinião de Perez Luño, em geral, deve-se desconfiar de todos os propósitos de estender a metodologia econômica à análise do processo político e à fundamentação dos direitos humanos, projetando sobre eles os critérios da teoria do preço. A liberdade sem igualdade traduz-se em liberdade de uns poucos e não liberdade de muitos. “*Se trata de la libertad - irónicamente denunciada por Anatole France - de los pobres y de los ricos para mendigar, dormir bajo los puentes, o albergar-se en el Hotel Ritz*”.¹⁴⁰

Ainda no âmbito da fundamentação subjetivista, para uma *fundamentação neocontratualista* dos direitos humanos, têm-se destacado ultimamente correntes doutrinárias que vão do individualismo ao anarquismo, notadamente, as contribuições de John Rawls, Ronald Dworkin e Robert Nozick.¹⁴¹

Todavia, Perez Luño conclui que as teses *neoliberais* e as *neocontratualistas*, conquanto se apresentem como fundamentações subjetivas dos direitos fundamentais ao concebê-los como categorias a favor da individualidade, “*terminan por ignorar las exigencias concretas de los individuos por carecer de una adecuada justificación antropológica de sus presupuestos*”.¹⁴²

c) fundamentação intersubjetiva

Perez Luño considera o *intersubjetivismo* uma alternativa às fundamentações objetivas e subjetivas no sentido que concebe os direitos humanos como valores intrinsecamente comunicáveis. Esses direitos permitem um consenso sobre sua fundamentação, porque são necessidades social e historicamente compartilhadas. Para esclarecer essa colocação, faz-se mister uma referência aos pressupostos metodológicos, tanto aos que têm legitimado o processo de argumentação intersubjetiva do valor, bem como as premissas antropológicas em que tal argumentação se apoia.

Assim, a fundamentação intersubjetiva parte da crítica aos postulados axiológicos do objetivismo e do subjetivismo. Essa crítica, estreitamente vin-

140 - LUÑO, Antonio Enrique Perez - Idem, pp. 155-156.

141 - Em obras como *A Theory of Justice* (John Rawls), *Taking Rights Seriously* (Ronald Dworkin) e *Anarchy, State and Utopia* (Robert Nozick) estes autores, partindo cada qual de originais argumentos, vêm estimulando atualmente a discussão sobre o tema dos direitos humanos e a sua fundamentação.

142 - LUÑO, Antonio Enrique Perez - op. cit., pp. 145-162.

culada às bases para uma atuação comunicativa racional, enquanto condição epistemológica para poder chegar ao consenso sobre os valores, é realizada por Jürgen Habermas, último dos pensadores da Escola de Frankfurt.

A investigação do supracitado escritor coloca, na opinião de Perez Luño, uma questão central para a fundamentação dos direitos humanos em nosso tempo: a dilucidação do conceito de *necessidades básicas*, categoria que tem adquirido uma relevância para a filosofia-política moderna desde que Hegel concebera o sistema de necessidades (*system der Bedürfnisse*) como o primeiro momento conformador da sociedade civil.

Todavia, a principal objeção que Perez Luño faz à teoria da necessidade é que ela termina por legitimar a discriminação no reconhecimento de que os direitos humanos ficariam submetidos à contingência das possibilidades de sua satisfação em cada situação concreta. Entende aquele autor que dessa forma os direitos humanos perderiam sua dimensão emancipadora e seu próprio conteúdo axiológico, ao ficar identificados com os conteúdos empíricos de cada sistema de direito positivo que, em última instância, é quem interpreta as condições de eficácia daqueles direitos.

Contudo Perez Luño manifesta-se, com base nas teorias de Habermas (verdade obtida pelo consenso) e Agnes Heller (necessidades radicais ou qualitativas), a favor de uma fundamentação intersubjetiva dos direitos humanos, concebidos estes como valores consensuais baseados nas necessidades humanas.

Perez Luño coloca como pressuposto da supramencionada fundamentação intersubjetiva ou de qualquer justificação racional dos direitos humanos a sua abertura a ulteriores processos de revisão, que considera não um demérito, mas sua principal virtude enquanto prova sua atitude frente a futuras argumentações discursivas que a aperfeiçoem ou, eventualmente, a convalidem. Nesse passo, conclui:

La fundamentación intersubjetivista, por la que me inclino, parte de la posibilidad de llegar a establecer las condiciones de las que la actividad discursiva de la razón práctica permite llegar a un cierto consenso, abierto y revisable, sobre el fundamento de los derechos humanos. Consenso que, de otro lado, lejos de traducirse en fórmulas abstractas y vacías recibe su contenido material del sistema de necesidades básicas o radicales, que constituye su soporte antropológico.¹⁴³

143 - LUÑO, Antonio Enrique Perez - Idem, pp. 162-184.

4.2 - Fundamento constitucional

Jorge Miranda elenca várias razões para a necessidade de uma fundamentação ou, no mínimo, alcançar-se uma racionalização dos direitos humanos: primeiramente, a recusa desta racionalização ou fundamentação negaria toda a problemática filosófica e especialmente as relações entre *pessoa, sociedade e Estado*, bem como conduziria a uma perda de um “referencial ético” e a não aceitação da “dimensão utópica ou idealista, capaz de explicar a luta pelos direitos do homem”; ademais, “algum consenso acerca dos direitos fundamentais é uma das bases da legitimidade de qualquer regime ou constituição”; finalmente, mesmo no âmbito da ordem jurídica positiva, torna-se indispensável arrostar “o problema da unidade de sentido dos direitos fundamentais”.¹⁴⁴

Assim, mesmo aqueles que negam a possibilidade de uma fundamentação filosófica dos direitos humanos, não deixarão de confrontar-se, a nível de direito positivo, com a questão da unidade dos direitos fundamentais. É que estes não são apenas um amálgama de direitos aleatoriamente dispostos no texto constitucional, mas um sistema que se reconduz a um princípio racional.

Conforme já exposto (cf. cap. I, item 10), o critério racional que oferece a unidade valorativa dos direitos fundamentais é representado pelo *princípio da dignidade da pessoa humana*.¹⁴⁵ Todavia, a afirmação deste princípio como fundamento do Estado democrático de direito estabelecido pela Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III) não possui justificação em nenhuma ordem extra-social ou metafísica senão na vontade do povo brasileiro, expressa no consenso alcançado na Assembléia Constituinte de 1988 que ensejou a consagração daquele magno princípio.¹⁴⁶

144 - MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional - Tomo IV, Direitos Fundamentais, pp. 42-44.

145 - BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra - Comentários à Constituição do Brasil, p. 425, textualmente: “a referência à dignidade da pessoa humana parece conglobar em si todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam os individuais clássicos, quer sejam os de fundo econômico e social.”; SILVA, José Afonso da - Curso de Direito Constitucional positivo, p. 93, considera que a “*dignidade da pessoa humana* é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

146 - Nesse sentido, manifesta-se Sanchez Agesta (O Estado de Direito na Constituição Espanhola de 1978, p. 31) respeitante à Constituição da Espanha em vigor: “a afirmação de que a dignidade da pessoa é a base da ordem política e da paz social não tem, no texto da constituição ou no preâmbulo, nenhum fundamento que não seja a vontade da Nação espanhola”, não existe “nenhuma possível referência a uma ordem transcendente”.

Dessarte, os direitos fundamentais plasmados no texto básico (arts. 5º a 17) têm como fundamento material o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Este representa um “consenso axiológico-normativo”¹⁴⁷ da sociedade brasileira acerca de certos valores básicos, isto é, os direitos fundamentais, que devem orientar a conduta de todos, quer se trate de órgãos estatais ou de cidadãos. Vale dizer: o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais que o densificam e o concretizam têm como fundamento a vontade popular, fonte de justificação de todo nosso direito positivo, de acordo com o art. 1º, parágrafo único, de nosso Texto Constitucional: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.¹⁴⁸

5 - Os direitos fundamentais como critério de legitimidade de regimes políticos

Ainda no século passado, Karl Marx já anunciava de forma lúcida que “*nei diritti dell’uomo lo Stato moderno ha trovato la sua prova cruciale*”¹⁴⁹. De fato, podemos verificar que hodiernamente os direitos fundamentais cumprem uma função primordial na arquitetura jurídico-política: constituem paradigma de legitimação de regimes políticos. Vale dizer: quanto mais um Estado os consagra e procura torná-los eficazes, mais legitimidade adquire perante a comunidade internacional. Ao revés, será considerado menos democrático e menos legítimo o regime político que desrespeita e propicia a agressão a esses direitos.

A despeito das diferenças políticas e ideológicas existentes no mundo contemporâneo, os direitos fundamentais realizam em torno de si um certo

147 - ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade - Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p.

148 - Também, nessa linha, é a exposição de Pierfrancesco Grossi (Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione Italiana, p. 22): “*con specifico riferimento alla Costituzione italiana, può richiamarsi quanto è stato autorevolmente già rilevato circa il valore della statuizione di cui all’art. 1, capv., Cost.: ‘La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione’, da cui consegue che tutto il nostro diritto trae fondamento dalla volontà popolare e non da precetti di diritto naturale, come pure che i limiti di questa sovranità non possano avere altra base che nell’ordinamento positivo*”.

149 - Apud GENTILE, Francesco - I diritti dell’uomo nella critica marxiana, p. 584.

consenso de sua necessidade como valores essenciais para as sociedades contemporâneas. Tal fato possibilitou, v.g., que a ONU promulgasse a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, sem nenhum voto contrário de qualquer país. Relata Jacques Maritain que, numa das reuniões de uma comissão da Unesco, alguém se mostrava surpreso com o fato de que pessoas portadoras de ideologias tão díspares e às vezes até contrárias entre si pusessem-se de acordo sobre a formulação de um catálogo de direitos fundamentais. “*En efecto, dijeron ellos, estamos de acuerdo tocante a estos derechos, pero con la condición de que no se nos pregunte el porqué*”.¹⁵⁰

Assim, os direitos fundamentais deixam de ser um tema exclusivamente identificado com as correntes ideológicas de matizes liberais e passam a ser reivindicados pelas mais diversas correntes políticas e filosóficas existentes nas pluralistas sociedades contemporâneas. Constituem-se em elementos essenciais à democracia. Esta entendida como sendo aquele regime político que, além de adotar o critério da maioria para tomada das decisões essenciais numa sociedade pluralista, reconhece o total respeito à liberdade de crítica individual e das minorias, “*pues sin ella las mayorías no pueden existir como tales, ni menos aún legitimarse por esa vía. Las mayorías sólo se saben mayorías, sólo lo son realmente, en la medida en que permiten la libre e plena expresión de individuos y minorías: aquéllas necesitan absolutamente de éstas*”.¹⁵¹ E hodiernamente os direitos fundamentais exercem o nobre papel de proteger os indivíduos e as minorias, impedindo que o critério da maioria converta-se num princípio absoluto, desviando a função legitimadora da soberania popular. Na opinião de Pontes de Miranda, os direitos fundamentais protegem a minoria da maioria eventualmente eleita no sentido de que amparam “os que votaram e perderam, e os que não puderam votar ou não votaram”¹⁵². Ou seja, conforme

150 - Apud LUÑO, Antonio Enrique Perez - op. cit., pp. 24-25.

151 - DÍAZ, Elias - Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático, p. 10. Sobre a importância atual da relação entre a trílogia *democracia, desenvolvimento e direitos humanos* ver o artigo de António Augusto Cançado Trindade (Democracia y Derechos Humanos: El Regimen Emergente de la Promoción Internacional de la Democracia y del Estado de Derecho. In: Arquivos do Ministério da Justiça, pp. 5-24).

152 - MIRANDA, Pontes de - Democracia, liberdade, igualdade, pp. 37-38. Consoante Jorge Miranda (Manual de Direito Constitucional, Parte IV - Direitos Fundamentais, p. 30, n. 1), invocando ensinamento de Michel Villey, os direitos fundamentais protegem a dignidade da pessoa contra “abuso do governo e do arbítrio do ‘Direito positivo’”.

sentencia Ronald Dworkin: “to make the majority judge in its own cause seem inconsistent and unjust”.¹⁵³

6 - Estrutura das disposições de norma dos direitos fundamentais

No que diz respeito a estrutura ou morfologia das disposições normativas atinentes aos direitos fundamentais, passaremos em revista alguns de seus aspectos. O ponto de partida será a não correspondência biunívoca entre os termos *texto* e *norma*.¹⁵⁴

6.1 - *Texto e norma*

Colhendo subsídios fornecidos por outras ciências como a hermenêutica ou ciências ocupadas com a estrutura da linguagem, a ciência do direito vem revelando importantes aspectos da estrutura das normas jurídicas. Inicialmente cabe mencionar a distinção entre texto e norma ou disposição e norma, que muitas vezes são utilizados como termos sinônimos quando na realidade não são idênticos: *a norma é o resultado duma interpretação, ou seja, é o significado de um texto ou disposição de norma. Ad exemplum*, vejamos a seguinte disposição de norma:

(1) ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (Constituição Federal, art. 5º, III).

153 - DWORKIN, Ronald - Taking Rights Seriously, p. 14. Neste sentido, Robert Alexy (Teoria de los Derechos Fundamentales, p.412), ao asseverar que é tarefa clássica dos direitos fundamentais a proteção das minorias na democracia, escreve que o sentido daqueles direitos “*consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar el campo de decisión de aquella y es de las posiciones jusfundamentales el que pueda haber desacuerdo sobre su contenido*”. Também Sanchez Agesta (O Estado de Direito na Constituição Espanhola de 1978, p. 34) afirma que, no Estado Democrático de Direito, “o próprio *legislador maioritário* fica sujeito e limitado pela dignidade da pessoa e seus direitos a que ela são inerentes”.

154 - O referido binômio recebe ainda, respectivamente, outras diversas denominações tais como: *enunciado lingüístico* e *norma*; *disposição* (*enunciado*, ou *formulação*) de *norma* e *significado* e outras.

Esta formulação expressa a norma segundo a qual está proibida a prática de tortura, tratamento desumano ou degradante contra qualquer pessoa. Como se observa, a norma referida é uma interpretação daquela disposição de norma constitucional. Assim, uma norma é sempre o significado de uma disposição normativa obtido através do processo de interpretação.

O fato de que se possa formular uma mesma norma por meio de diversas disposições normativas evidencia a necessidade de distinguir disposição normativa e norma.¹⁵⁵ Destarte, a norma segundo a qual está proibida a prática de tortura, tratamento desumano ou degradante contra qualquer pessoa, poderia ter, além do enunciado (1) ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, os seguintes:

- (2) está proibida a prática de tortura, tratamento desumano ou degradante contra qualquer pessoa, ou
- (3) nenhuma pessoa pode ser submetida a tortura, tratamento desumano ou degradante.

Além de uma única e mesma norma poder ser expressa através de diversas disposições, R. Guastini indica duas outras razões para demonstrar a necessidade de não confundir enunciado e significado ou disposição ou norma: *“una sola disposizione può esprimere più norme simultaneamente e cumulativamente; ... ciascuna disposizione esprime potenzialmente non già una sola norma univocamente, ma più norme alternativamente: tante norme quante sono le possibili interpretazioni confliggenti (o semplicemente divergenti) di quell'unica disposizione”*.¹⁵⁶ Ademais, de acordo com Letizia Gianformaggio, *“una sola norma può essere espressa in più disposizioni congiuntamente, cioè può essere ricavata da più disposizioni congiuntamente. Così come una sola disposizione può contenere più norme cumulativamente, una sola norma può essere contenuta in più disposizioni congiuntamente”*.¹⁵⁷

155 - ALEXY, Robert - Teoria de los Derechos fundamentales, p. 51. A exposição acima referente ao item texto e norma vem sendo realizada, em grande parte, baseada nesta obra deste autor.

156 - Apud GIANFORMAGGIO, Letizia - L'Interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi, p. 89.

157 - GIANFORMAGGIO, Letizia - Idem, ibidem

As disposições supramencionadas “(2) está proibida a prática de tortura, tratamento desumano ou degradante contra qualquer pessoa” e “(3) nenhuma pessoa pode ser submetida a tortura, tratamento desumano ou degradante” são normas porque contêm as expressões “proibida” e “pode”. Estas expressões são critérios de identificação de normas porquanto estão incluídas nas modalidades deontológicas básicas de mandado, proibição e permissão.¹⁵⁸ Com isso, obtém-se o *conceito semântico de norma*,¹⁵⁹ uma vez que se recorre apenas a elementos lingüísticos, isto é, às expressões deontológicas.¹⁶⁰

6.2 - Norma de direito fundamental e direito fundamental

Uma vez que no item precedente tratamos da norma no sentido geral, cabe agora analisar especificamente a norma de direito fundamental. Recomenda R. Alexy que isso seja realizado levando-se em conta o direito positivo. Assim, em primeiro lugar, observando o catálogo de direitos fundamentais consignado na Constituição Federal, verifica-se que, apesar de estreitamente relacionados entre si, não há uma identidade entre os conceitos de norma de direito fundamental e direito fundamental. Embora a outorga de qualquer direito fundamental tenha que necessariamente ser realizada por uma norma de direito fundamental, a recíproca não é verdadeira. Existem normas de direitos fundamentais que não outorgam direitos fundamentais ou

158 - ALEXY, Robert - Teoría de los Derechos Fundamentales, pp. 51 e ss.

159 - ALEXY, Robert - Idem, pp. 50 e ss.

160 - Uma teoria que de certa forma contrapõe-se à concepção semântica do conceito de norma é a teoria da estrutura das normas formuladas por Friedrich Müller. Segundo este autor, a norma não seria constituída apenas de componentes lingüística, mas também constituída, com igual importância, da parte da realidade que a norma regulamenta. Assim, a norma seria composta pelo *programa normativo* (a componente lingüística ou o texto) e o *âmbito normativo* (componente real, empírica ou fáctica). Ou seja, “la ‘norma’ no puede ser aislada de la ‘realidad’; por el contrario, la ‘realidad’ en sus respectivas circunstancias (el ‘âmbito normativo’), afectadas por el mandado de la norma (el ‘programa normativo’), es parte integrante y constitutiva de la norma misma” (Apud Konrad Hesse - Límites de la Mutación Constitucional. In: Escritos de Derecho Constitucional, p. 107). A principal objeção que Robert Alexy (Teoría de los Derechos Fundamentales, pp. 73 e ss) põe contra a teoria da estrutura da norma realizada por F. Müller é que, segundo aquele autor, F. Müller não faz uma distinção rigorosa entre conceito de norma, relevância normativa e fundamento de uma norma. Ao incluir-se os “dados reais” no conceito de norma, o conceito de norma seria ampliado desnecessariamente com argumentos empíricos, que assim como outros argumentos (valorativos, dogmáticos, prejudiciais, etc.) constituem argumentos possíveis na fundamentação da argumentação jurídica.

direitos subjetivos. Ou seja, o conceito de norma de direito fundamental é mais amplo que o conceito de direito fundamental.¹⁶¹

Segundo José Carlos Vieira de Andrade, exemplo de “normas de direitos fundamentais objetivas”, isto é, “preceitos que não consagram sequer posições jurídicas subjetivas”, são as normas que estabelecem o regime jurídico dos direitos fundamentais.¹⁶² Assim, o dispositivo constitucional que prescreve que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, §1º) constitui exemplo de norma de direito fundamental objetiva, isto é, que não outorga direitos fundamentais subjetivos.

6.3 - Normas configurativas de direito fundamental

A intervenção legislativa no âmbito da matéria dos direitos fundamentais é uma realidade que se justifica por duas razões principais. Em primeiro lugar, muitos daqueles direitos necessitam de *interpositio legislatoris* para se introduzirem na vida pública (garantias institucionais) ou para complementar, densificar ou concretizar o conteúdo de direitos formulados em termos vagos; em segundo lugar, a intervenção do legislador ordinário torna-se indispensável para prevenir colisão de direitos fundamentais ou choque destes com outros valores constitucionais. Daí a exigência de distinguir entre normas configurativas ou conformadoras e normas restritivas de direitos fundamentais.¹⁶³

161 - ALEXY, Robert - Teoria de los Derechos Fundamentales, pp. 47-48.

162 - ANDRADE, José Carlos Vieira de - op. cit., p. 76 e 166 e ss. Em realidade, para esse autor existiriam ainda diversas hipóteses de *normas direitos fundamentais objetivas*: as normas que outorgam “direitos fundamentais coletivos, isto é, aqueles que são concedidos *exclusivamente* a pessoas colectivas ou organizações”. Ademais, haveria os casos em que se verificariam efeitos jurídicos extraídos de normas de direitos fundamentais, independentemente de que elas outorguem ou não direitos fundamentais: efeito de inconstitucionalidade, efeito de interpretação do direito ordinário e efeito externo dos direitos fundamentais.

163 - Pontes de Miranda (Democracia, Liberdade, Igualdade, p. 336) propôs a seguinte tipologia de “regras” atinentes às liberdades:

- (1) regras que asseguram as liberdades;
- (2) regras que permitem as limitações legais;
- (3) regras que limitam o poder de limitação legal;
- (4) regras que garantem as liberdades;
- (5) regras que permitem a suspensão das prometidas asseguaração (1) ou da garantia (2).

Todavia, a intervenção legislativa, independentemente de sua finalidade, deve ser orientada pelo princípio básico de que o *legislador não pode dispor dos direitos fundamentais*,¹⁶⁴ ou seja, “o giro copernicano assinalado por Krüger - ‘não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais’”.¹⁶⁵

As normas de configuração ou conformação de direitos fundamentais são aquelas que “completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de proteção de um direito fundamental”. Segundo José Carlos Vieira de Andrade,¹⁶⁶ esta intervenção normativa configuradora pode suceder das seguintes formas:

a) para concretizar os limites imanentes dos direitos fundamentais. Nessa hipótese, a lei não retira nem acrescenta nada ao direito fundamental, limita-se a explicitar os conceitos, tornando mais claro o conteúdo destes últimos. Nesse sentido também Canotilho expõe que “o legislador não está impedido de reproduzir, nos atos legislativos, os limites directamente impostos pela constituição”.¹⁶⁷ Um exemplo dessa assertiva pode-se encontrar no art. 220, §1º, do atual Texto Constitucional ao dispor como um dos limites da comunicação social a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, podendo lei configurar ou explicitar essa limitação.

b) introduzir direitos fundamentais na vida pública. Conquanto os direitos fundamentais, em regra, sejam de aplicação imediata, contudo, não se podem olvidar as vantagens de sua adaptação à vida real. A necessidade da introdução dos direitos na vida pública é especialmente visível nos casos daqueles direitos que se referem ao aspecto institucional. Por exemplo, as normas que disciplinam o direito de associação, quanto à capacidade, à responsabilidade, à ordem interna ou à forma de constituição da associação são indispensáveis para o efetivo exercício daquele direito. O mesmo ocorre com os direitos do sufrágio ou da circulação em via pública. Alexy¹⁶⁸ considera que as normas configurativas dizem respeito apenas às normas de competência, pois

164 - ANDRADE, José Carlos Vieira de - op. cit., p. 225.

165 - Apud CANOTILHO, J.J. Gomes - Direito Constitucional, p. 619. Nesse sentido também Madison (apud José Carlos Vieira de Andrade - op. cit., p. 225, n.18) afirmava: “*the great and essential rights of the people are secured against legislative as well as against executive ambition. They are secured, not by laws paramount to prerogative, but by Constitution paramount to laws*”.

166 - ANDRADE, José Carlos Vieira de - op. cit., pp. 226-229.

167 - CANOTILHO, J.J. Gomes - Direito Constitucional, p. 617.

168 - ALEXY, Robert - Teoria de los Derechos Fundamentales, pp. 324-325.

as normas que contêm mandados e proibições são restritivas. Como exemplos modélicos de normas de competência configuradoras seriam as normas das instituições do direito civil, tais como: o matrimônio, a propriedade, etc., que pressupõem normas do direito civil, pois, v.g., sem as normas do direito de propriedade do código civil não teria sentido a garantia de direito fundamental da propriedade.

Convém esclarecer, conforme adverte Alexy,¹⁶⁹ que o conceito de configuração é utilizado tanto em sentido amplo como em sentido restrito. Na primeira acepção, esse conceito é manuseado para indicar qualquer forma de intervenção normativa no âmbito dos direitos fundamentais, independente de a intervenção afetar ou não o conteúdo de direito fundamental. Na segunda acepção, o conceito de configuração é usado como oposto ao de restrição, isto é, refere-se àquelas hipóteses que, no dizer de Canotilho,¹⁷⁰ o “legislador deixa imperturbado” o “âmbito de proteção” do direito fundamental. Todavia, ainda de acordo com Alexy, só uma concepção restrita de configuração responde melhor às exigências de racionalidade da fundamentação jurídica,¹⁷¹ uma vez que permite uma distinção clara entre normas conformativas e normas restritivas.¹⁷²

6.4 - Normas restritivas de direito fundamental

As normas restritivas de direito fundamental são aquelas que atingem ou afetam conteúdo de direito fundamental,¹⁷³ isto é, limitam ou comprimem

169 - ALEXY, Robert - op. cit., p. 324.

170 - CANOTILHO, JJ. Gomes - op. cit., p. 647. Textualmente: “Note-se que, por vezes, se designa norma conformadora a norma legal que, de qualquer forma, estabelece uma disciplina jurídica incidente sobre o conteúdo de um direito fundamental. Neste sentido amplo, as normas restritivas seriam também normas conformadoras. Todavia, no sentido aqui conferido à ‘conformação de direitos’, pressupõe-se que o legislador deixa imperturbado o ‘âmbito de proteção’ (domínio e conteúdo), destinando-se a regulação legislativa a abrir possibilidades de comportamento através das quais os indivíduos exercem os seus direitos fundamentais”.

171 - ALEXY, Robert - op. cit., p. 329.

172 - Entretanto, como José Carlos Vieira de Andrade (op. cit., p. 228, n. 27) chama à atenção, a distinção entre conformação ou restrição é essencialmente *prática*, já que nem sempre é possível definir com exatidão, em abstrato, as duas figuras. Constituindo, muitas vezes um problema de grau ou quantidade.

173 - ANDRADE, José Carlos Vieira de - op. cit., p. 229.

posições que, *prima facie*, estão incluídas no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.¹⁷⁴ Exemplo de normas restritivas será a lei que disciplinar as hipóteses em que, por meio de ordem judicial, autorizar-se-á a violação das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, uma vez que afeta o conteúdo do direito fundamental à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas (Constituição Federal, art. 5º, XII).

Segundo Canotilho, para comprovar-se se uma lei é restritiva, é necessário determinar o âmbito de proteção do direito a ser comprimido, averiguar a finalidade, tipo e natureza da restrição e observar se a lei restritiva em exame respeita os limites a ela impostos pela constituição. Tais passos metódicos teriam o escopo de propiciar respostas às seguintes indagações:

- a) cuida-se de efetiva restrição do âmbito de proteção (bens jurídicos protegidos e a extensão da proteção) de norma consagradora de direito fundamental?
- b) a constituição autoriza a restrição?
- c) a restrição tem como finalidade salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos?
- d) a lei restritiva cumpriu os requisitos prescritos expressamente pela constituição (o autor refere-se à Constituição Portuguesa em vigor, que estabelece os seguintes requisitos: necessidade, proporcionalidade, generalidade e abstração, não retroatividade, garantia do núcleo essencial)?¹⁷⁵

A problemática das leis restritivas exige uma abordagem sobre os distintos tipos de restrições. Comumente faz-se referência às seguintes restrições: (a) as estabelecidas diretamente pela constituição, (b) as estabelecidas por lei autorizada pela constituição (reserva de lei) e (c) as estabelecidas indiretamente pela constituição (implícitas).

(a) Com efeito, às vezes sucede que o próprio Texto Constitucional que consagra direito fundamental dispõe também sobre limites ou restrições ao exercício do direito garantido. Como exemplos, podem-se citar os seguintes incisos do art. 5º da Constituição brasileira de 1988:

174 - CANOTILHO, J. J. Gomes - op. cit., p. 647.

175 - CANOTILHO, J. J. Gomes - op. cit., pp. 614 e ss.

XI - prescreve o direito fundamental da inviolabilidade de domicílio e admite restrição deste direito em caso de flagrante delito ou desastre, para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

XVI - assegura o direito de reunião e impõe como limite que a reunião seja para fins pacíficos e que seus participantes não portem armas.

XVII - garante a liberdade de associação destinada a fins lícitos e proíbe a associação de caráter paramilitar.¹⁷⁶

(b) Outras vezes, a constituição não impõe diretamente nenhuma restrição ao direito fundamental por ela plasmado, todavia, autoriza lei infraconstitucional a impor. A doutrina denomina esta hipótese de *reserva de lei*, que é subdividida em reserva de lei qualificada (quando o texto constitucional estabelece os objetivos da e/ou outros requisitos para a lei restritiva) e reserva de lei simples (quando a constituição não prescreve nenhum requisito específico para a lei restritiva).

Exemplo de reserva de lei qualificada prescrita pela Constituição Federal de 1988 é o seu art. 5º, XXIV, ao dispor que a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro.

Exemplo de reserva de lei simples estabelecida pela Constituição Federal é o art. 5º, XXXII, ao consagrar que incumbe ao Estado promover, na forma da lei, a proteção do consumidor.

(c) O último tipo de restrição (e o mais polêmico) refere-se àquela que, embora não expressamente prevista no texto constitucional, admite que este implicitamente albergue a restrição, a fim de se salvaguardar outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos.

Exemplos: art. 5º, IX da Constituição brasileira em vigor garante a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. Poder-se-á considerar inconstitucional uma lei que proíba ou restrinja a divulgação de obras de valor artístico que expressem idéias contrárias à inte-

176 - Conforme observação de J.J Gomes Canotilho (op. cit., p. 617), o legislador não está impedido de reproduzir os limites diretamente impostos pela Constituição, elaborando "lei declarativa de limites constitucionalmente expresso".

gridade territorial do Estado ou à moral?¹⁷⁷ Ou apesar de o art.5º, IV, que assegura a livre manifestação de pensamento, nada dizer, poderá haver manifestação a toda hora e em todos os lugares?¹⁷⁸

Aspecto importante ainda referente ao problema das normas restritivas diz respeito às regras que devem ser obedecidas para se proceder à restrição de direito fundamental ou, consoante difundida terminologia, restrições às restrições¹⁷⁹ ou limites dos limites.¹⁸⁰

Nesse sentido, é ilustrativo o disposto no art. 18, n. 2 e 3, da Constituição Portuguesa de 1976, que estabelece certos requisitos para as leis restritivas:

a) nenhuma restrição pode deixar de se fundar na constituição, explicitamente ou implicitamente, i.e., qualquer restrição tem que ser autorizada pela constituição;¹⁸¹

b) as restrições devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.¹⁸² Noutras palavras, a máxima da proporcionalidade¹⁸³ ou princípio da proibição do excesso, que significa que qualquer limitação feita por lei ou com base na lei no âmbito dos direitos fundamentais deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida);¹⁸⁴

177 - ANDRADE, José Carlos Vieira de - op. cit., p. 230, é o autor da interrogação mencionada no texto. Para esse autor a eventual falta de dispositivos constitucionais que autorizem a restrição pela lei pode ser colmatada com o recurso à Declaração Universal dos Direitos do Homem, que, no seu art. 29, “permite que o legislador estabeleça limites aos direitos fundamentais para assegurar o reconhecimento ou o respeito dos valores aí enunciados: ‘direitos e liberdades de outrem’, ‘justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar geral numa sociedade democrática’” (Idem, p. 232).

178 - MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional, IV - Direitos Fundamentais, p. 303, formulou a indagação referida no texto. Pode-se inferir dos exemplos citados que a restrição implícita tem como finalidade precípua evitar a colisão de direitos fundamentais ou a colisão destes com outros valores constitucionalmente protegidos. Por outro lado, consoante Robert Alexy (op. cit., pp. 118 e ss), os três tipos de restrições referidos no texto correspondem à classificação dos direitos fundamentais em *direitos outorgados sem reserva alguma*, *direitos com reserva simples* e *direitos com reserva qualificada*.

179 - ALEXY, Robert - op. cit., p. 286.

180 - CANOTILHO, JJ. Gomes - op. cit., p. 622.

181 - MIRANDA, Jorge - op. cit., p. 307.

182 - No entender de Pontes de Miranda (Democracia, Liberdade e Igualdade, p. 345), a restrição só se justifica para a proteção da “liberdade mesma, da igualdade e da forma do Estado. Porém não é só: é de mister que não viole outro princípio”.

183 - ALEXY, Robert - op. cit., pp. 111 e ss.

184 - CANOTILHO, JJ. Gomes - op. cit., p. 628.

c) as leis restritivas têm de revestir-se de um carácter geral e abstrato, ou seja, não são admissíveis leis restritivas individuais bem como leis restritivas gerais e concretas;¹⁸⁵

d) as leis restritivas não podem ter efeito retroativo - porquanto "leis retroactivas envolvem actos determinados ou determináveis e, por conseguinte, não revestem carácter geral e abstracto";¹⁸⁶

e) as leis restritivas não podem diminuir a extensão e o alcance do *núcleo essencial* dos direitos fundamentais. A ideia básica deste requisito é a de que cada direito possui um "coração"¹⁸⁷ que não pode ser violado. Mesmo quando autorizado pela constituição para editar normas restritivas, o legislador está vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos restringidos.¹⁸⁸

Por ser esse último requisito um dos mais discutidos pela doutrina constitucionalista, no item seguinte passaremos em revista alguns dos principais problemas que o mesmo coloca para a teoria e prática do direito constitucional.

6.5 - *Núcleo essencial dos direitos fundamentais*

A cautela de que só por lei pode-se regular (normas configurativas ou restritivas) o exercício dos direitos fundamentais (reserva de lei) constitui uma garantia contra possíveis ameaças provenientes do administrador. Por sua vez, a exigência de que a lei que intervier no âmbito dos direitos fundamentais terá que respeitar o núcleo essencial dos mesmos está endereçada contra possíveis abusos provenientes da competência constitucional conferida ao legislador para regulamentar o exercício dos direitos fundamentais.¹⁸⁹ A defesa do núcleo essencial visa, assim, evitar que os direitos fundamentais fiquem à mercê do legislador. Contudo, por se tratar de um conceito jurídico indeterminado, não constitui tarefa simples definir o que seja núcleo essencial

185 - MIRANDA, Jorge - op. cit., p. 307.

186 - MIRANDA, Jorge - Idem, pp. 307-308.

187 - ANDRADE, José Carlos Vieira de - op. cit., p. 233, afirma que o núcleo essencial refere-se ao *coração do direito*, espaço de maior intensidade normativa, "que não poderia ser afectado sob pena de o direito deixar realmente de existir".

188 - CANOTILHO, JJ. Gomes - op. cit., p. 630.

189 - SANCHIS, Luis Prieto - Estudios Sobre Derechos Fundamentales, p. 139.

al dos direitos fundamentais¹⁹⁰ e “*la sua concreta determinazione si presenta come uno dei compiti più ardui che il Grundgesetz abbia assegnato alla teoria ed alla prassi del diritto costituzionale*”.¹⁹¹ Aqui, pelo menos, defrontam-se duas concepções acerca do núcleo essencial: se este constitui um valor absoluto ou um valor relativo.

Uma definição de núcleo essencial é a formulada pelo Tribunal Constitucional Espanhol, em decisão comentada por Luis Prieto Sanchis, nos seguintes termos:

*El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar naturaleza jurídica estableciendo una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas... En este supuesto, el contenido esencial de un derecho subjetivo se compone de aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose por así decirlo. El segundo camino se centra, en cambio, en la búsqueda de los intereses jurídicamente protegidos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos.*¹⁹²

Consoante o referido autor, podem-se extrair os seguintes ensinamentos da mencionada doutrina do Tribunal Constitucional Espanhol. Primeiro, que o núcleo essencial de um direito fundamental é composto de elementos mínimos que o fazem reconhecível, impedindo a extinção do direito ou sua transformação em outra coisa. Segundo, que a Constituição não fornece todos os subsídios para a determinação do núcleo essencial, faz-se mister apelar para noções tais como: conceito jurídicos tradicionais ou as idéias e convicções geralmente admitidas entre os juristas. Terceiro, que o núcleo essencial constitui um conceito de *valor absoluto* e não relativo, isto é, “*que cualesquiera que*

190 - Sobre conceito jurídico indeterminado, ver ENGISH, Karl - Introdução ao pensamento jurídico, pp. 205 e ss.

191 - GROSSI, Pierfrancesco - Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione Italiana, p. 151.

192 - STC, 11/1981, de 8 de abril, apud SANCHIS, Luis Prieto - op. cit., 143.

fuere[m] las circunstancias invocadas para la limitación del derecho, éste ha de conservar siempre sus rasgos esenciales."¹⁹³

De acordo com José Carlos Vieira de Andrade, o núcleo essencial, para a teoria absoluta, consistiria em um núcleo próprio de cada direito intangível e determinável em abstrato. Por sua vez, a teoria relativa, reconduziria o núcleo essencial ao atendimento do princípio da proporcionalidade. Ou seja, a restrição só seria legítima quando fosse exigida para realização de outro direito ou bem constitucionalmente protegido e só na proporção que essa exigência se imponha ao direito fundamental.

O referido autor considera que o núcleo essencial constitui um mínimo de valor inatacável, uma proibição absoluta. Aquele não poderia ser afetado mesmo que um bem considerado superior o exigisse "não tanto porque consideremos pensável uma situação desse tipo, mas porque sempre é possível que o legislador invoque uma aparência com esse fim".¹⁹⁴

Para José Carlos Vieira de Andrade, esse limite absoluto que constitui o núcleo essencial é representado pela "dignidade do homem concreto como ser livre". Vale dizer: se outros princípios ou valores constitucionais exigirem a restrição de direito fundamental, "a ideia do homem como ser digno e livre" revela-se como um limite intransponível para o poder de restrição.¹⁹⁵

Robert Alexy é adepto da *teoria relativa*. No seu entender, o núcleo essencial "*es aquello que queda después de una ponderación*". Isto é, a garantia do núcleo essencial equivale ao respeito do princípio da proporcionalidade. Se, desde o ponto de vista do direito constitucional, os interesses da sociedade têm um peso maior que a proteção da vida privada, necessariamente precedem a esta. Quando a teoria absoluta assevera, por seu turno, que existem posições em relação às quais não existe nenhuma razão superior que as des-

193 - SANCHIS, Luis Prieto - *Idem*, pp. 143-144.

194 - ANDRADE, José Carlos Vieira de - *op. cit.*, pp. 233 e ss. Também Jorge Miranda (*Manual de Direito Constitucional, Parte IV- Direitos Fundamentais*, p. 309) é de opinião que o núcleo essencial funciona como um limite absoluto: "afigura-se que para, realmente, funcionar como barreira última, permanente e efectiva contra o abuso do poder, como barreira que o legislador, seja qual for o interesse (permanente ou conjuntural) que prossiga, não deve romper, o conteúdo essencial tem de ser entendido como um limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito.

195 - ANDRADE, José Carlos Vieira de - *Idem*, p. 236. Vale mencionar que esse autor (*Idem*, p. 223, n. 15) considera que cada direito fundamental possui uma *proteção máxima* (núcleo essencial) que abrangeria as situações ou modos típicos de exercício dos direitos e, afastando-se do coração do direito, uma *proteção menos intensa*, à proporção que os modos são mais atípicos, até o limite máximo, definido pelos limites imanentes.

preze, em certa medida baseia-se na teoria relativa: existem situações nas quais se pode afirmar com muita segurança que inexistente precedência de qualquer outro princípio oposto. Porém, “*el carácter absoluto de su protección es una cuestión de las relaciones entre los principios. No puede excluirse una constelación en la cual los principios opuestos tienen precedencia.*”¹⁹⁶

Na verdade, as diferenças dessas duas leituras do núcleo essencial - teorias absoluta e relativa - terminam por conduzir, na prática, a resultados semelhantes.¹⁹⁷ O que importa, para além de discussões teóricas, “será ir fixando o percurso dos direitos, através do conhecimento da sua formação histórica, do cotejo comparativo, da experiência jurisprudencial, da protecção penal, e depois subir até a um sentido rigoroso na arquitectura da Constituição”.¹⁹⁸

Aspecto ainda discutido com relação ao núcleo essencial é se o mesmo constitui uma garantia ao direito fundamental como norma objetiva ou como direito subjetivo individual. Aqui também há o confronto de duas posições. A *teoria objetiva* considera que a protecção do núcleo essencial refere-se à protecção geral e abstrata prevista na norma de modo a evitar que “*la vigencia de una disposición iusfundamental sea reducida de forma tal que pierda toda importancia para todos los individuos o para la mayor parte de ellos o, en general, para la vida social*”.¹⁹⁹ A *teoria subjetiva* entende que o núcleo essencial refere-se ao direito fundamental do particular de tal modo que, “em caso algum, pode ser sacrificado o direito subjectivo de um homem, a ponto de, para ele, deixar de ter qualquer significado”.²⁰⁰

A tendência doutrinária é no sentido de considerar compatíveis entre si as duas teorias mencionadas. Segundo Robert Alexy, por serem os direitos fundamentais posições primariamente do indivíduo, este carácter individual dos direitos fundamentais implica que a teoria subjetiva deve aparecer, pelos

196 - ALEXY, Roberty - *Teoria de los Derechos Fundamentales*, pp. 286 e ss.

197 - ANDRADE, José Carlos Vieira de - op. cit., p. 234.

198 - MIRANDA, Jorge - op. cit., p. 309. Uma crítica às teorias absoluta e relativa é formulada por Pierfrancesco Grossi (op. cit., pp. 149 e ss) ao abordar sobre *il problema del “contenuto essenziale” dei diritti inviolabili*.

199 - H. v. Mangoldt/Fr. Klein, Apud ALEXY, Robert - op. cit., p. 287. José Carlos Vieira de Andrade (op. cit., p. 237) posiciona-se a favor desta teoria ao afirmar que o núcleo essencial deve ser entendido “como referido não ao direito, mas ao preceito constitucional (é essa aliás a letra da Constituição) enquanto norma de valor e garantia.” Com efeito dispõe o art. 18/3 da Constituição Portuguesa: as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

200 - CANOTILHO, J.J. Gomes - *Direito Constitucional*, p. 631.

menos, ao lado da teoria objetiva.²⁰¹ Para Canotilho, a escolha entre as teorias objetiva e subjetiva não pode conduzir a alternativas radicais porque: (a) a comunidade é confrontada diariamente com a necessidade de limitar os direitos fundamentais, sendo irrealista uma teoria subjetiva desconhecadora disso - v.g., “penas de prisão longas para crimes graves, independentemente de se saber se depois do seu cumprimento restará algum tempo de liberdade ao criminoso”; (b) a garantia do núcleo essencial não pode descurar da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e em consequência deve-se evitar restrições que eliminem totalmente um direito subjetivo fundamental - v.g., “proibição de prisão perpétua ou pena de morte que violariam o núcleo essencial do direito à liberdade ou do direito à vida”.²⁰²

7 - Classificação dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, além de complexos em sua *estrutura interna*, denotam uma pluralidade de tipos. São inúmeras as tentativas de classificações dos mesmos com a utilização de diversos critérios: “quanto à titularidade e aos sujeitos, quanto ao conteúdo ou ao objecto, quanto à estrutura, quanto ao modo de protecção, quanto à força jurídica e, em geral, quanto ao regime”.²⁰³ Porém, nem sempre os critérios utilizados conseguem fazer conhecer a complexidade e a variedade dos direitos fundamentais existentes.

Não obstante, um critério bastante difundido para a classificação dos direitos fundamentais é a teoria dos quatro *status* de Georg Jellinek. Esta teoria, “*el ejemplo más grandioso de una teorización analítica en el ámbito de los derechos fundamentales*”,²⁰⁴ dotou a teoria dos direitos fundamentais de um suporte rigoroso ancorado no plano da estrita positividade,²⁰⁵ ao possibilitar o conhecimento melhor do conteúdo dos direitos fundamentais e construção dogmática dos mesmos. Ademais, conforme anota Jorge Miranda, a classificação de Jellinek corresponde aproximadamente ao processo histórico de afirmação da pessoa humana e seus direitos.²⁰⁶

201 - ALEXY, Robert - op. cit., p. 288.

202 - CANOTILHO, J. J. Gomes - op. cit., p. 631.

203 - ANDRADE, José Carlos Vieira de - op. cit., p. 191.

204 - ALEXY, Robert - op. cit., p. 261.

205 - LUÑO, Antonio Enrique Perez - *Derechos Humanos, Estado de Derecho e Constitución*, p. 58.

206 - MIRANDA, Jorge - op. cit., p. 85.

Segundo Jellinek, pelo fato de ser membro do Estado, o indivíduo trava com este uma pluralidade de relações denominadas *status*.

A primeira relação em que se encontra o indivíduo é a de subordinação ao Estado, “*che forma la base di ogni attività statale*”. Esta é a esfera dos deveres individuais e corresponde ao *status* passivo (*der passive Status*) ou *status subiectionis*.²⁰⁷

A segunda relação é estabelecida em função da afirmação constante do valor da pessoa humana o que conduz à redução da extensão do *status passivo* e, com isso, à limitação do Poder Estatal pelos cidadãos. “*Al membro dello Stato appartiene perciò uno status, nel quale egli è signore assoluto, una sfera libera dallo Stato, una sfera che esclude l’imperium*.” Esta esfera de liberdade individual corresponde ao *status negativus* (*der negative Status*) ou *status libertatis*.²⁰⁸

A terceira relação resulta do fato de que a atividade estatal é realizada no interesse dos cidadãos. E, para o cumprimento de suas tarefas, o Estado “*riconosce all’individuo la capacità giuridica di pretendere che il potere statale si adoperi in suo favore, in quanto gli dà facoltà di giovare delle istituzioni statali, in quanto in una parola, concede all’individuo pretese giuridiche positive*”. Esta esfera, “*che si presenta come il fondamento del complesso delle prestazioni statali nell’interesse individuale*”, equivale ao *status positivus* (*der positive Status*) ou *status civitatis*.²⁰⁹

A quarta e última relação decorre da circunstância de a atividade estatal só se tornar possível por meio da ação dos cidadãos: “*lo Stato riconosce all’individuo la capacità di agire per conto dello Stato, lo promuove ad una condizione più elevata, più qualificata, alla cittadinanza attiva*.” Esta é a esfera em que ao cidadão é reconhecido o direito de participar na formação da vontade política do Estado e diz respeito ao *status activus* (*Status der aktiven Zivität*) ou *status activae civitatis*.²¹⁰

Assim, com base nessa exposição de Jellinek, os direitos fundamentais são classificados em *direitos de defesa*, *direitos a prestações* e *direitos de participação*, correspondendo, respectivamente, aos *status* negativo, positivo e ativo.

Para Robert Alexy, a teoria dos *status* são abstrações de posições elementares. E aqui residiria sua debilidade uma vez que “*no siempre son claras ni las*

207 - JELLINEK, Georg - Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi, p. 96.

208 - JELLINEK, Georg - Idem, p. 97.

209 - JELLINEK, Georg - Idem, pp. 97-98.

210 - JELLINEK, Georg - Idem, p. 98.

relaciones entre las posiciones elementales y los status ni las que se dan entre las diferentes posiciones elementales". Para superar esta fraqueza, o referido autor propõe que a teoria de Jellinek seja fundamentada sobre "*una teoría de las posiciones jurídicas fundamentales*".²¹¹ Esta, constituindo o baldrame da teoria analítica dos direitos fundamentais, é constituída pela triple divisão das posições "*que han de ser designadas como 'derechos' en (1) derechos a algo, (2) libertades y (3) competencias*".²¹²

A exposição que segue sobre a classificação dos direitos fundamentais, além de inspirada na *teoria dos status* de Jellinek, está baseada também em subsídios da *teoria das posições jurídicas fundamentais* formulada nos termos de Alexy.²¹³

7.1 - Direitos fundamentais de defesa

Inicialmente os direitos fundamentais surgiram no seu evoluer histórico como uma forma de limite aos poderes do Soberano. Consistiam numa esfera de liberdade individual contra a qual o Estado não poderia interferir. Exigiam, assim, essencialmente, um dever de abstenção por parte do Estado. No dizer de Perez Luño são: "*diritti di difesa (Abwehrrechte) della libertà dell'individuo, che esigono un'autolimitazione ed escludono l'ingerenza dei poteri pubblici nella sfera privata e vengono tutelati soltanto dall'atteggiamento passivo e di vigilanza, in termini di polizia amministrativa*".²¹⁴

211 - ALEXY, Robert - op. cit., pp. 261 e ss.

212 - ALEXY, Robert - Idem, p. 186 e ss. A teoria das posições jurídicas fundamentais referida no texto está detalhada por Robert Alexy (Idem, capítulo IV, pp. 186-245), sob a rubrica "*un sistema de posiciones jurídicas fundamentales*". Conforme consta no texto acima citado, esse autor designa de *posición jurídica* o que na linguagem comum e técnica é comumente chamado por *direito*.

213 - Sob o ponto de vista de nosso direito positivo, conforme José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, pp. 163-164), os direitos fundamentais são classificados "com base no seu conteúdo, que, ao mesmo tempo, se refere à natureza do bem protegido e do objeto de tutela". E que de acordo com a Constituição de 1988 estariam distribuídos em cinco grupos: 1 - direitos individuais (art. 5º); 2 - direitos coletivos (art. 5º); 3 - direitos sociais (arts. 6º e 193 e ss); 4 - direitos à nacionalidade (art. 12); 5 - direitos políticos (arts. 14 a 17).

214 - LUÑO, Antonio Enrique Perez - *Le Generazioni dei Diritti Umani*. In: *Nuovi Diritti Dell'Età Tecnologica*. Atti del Convegno tenuto a Roma presso la Libera Università Internazionale degli studi sociali, 5 e 6 maggio 1989, p. 140.

Esses direitos fundamentais de primeira geração referem-se principalmente às liberdades individuais tais como liberdade pessoal de pensamento, de religião, de reunião e liberdade econômica.²¹⁵

A Constituição Portuguesa vigente, conforme Lei Constitucional 1/82, intitula-os de “Direitos, liberdades e garantias” (art. 24 e ss). A nossa Constituição Federal de 1988 prescreve-os sob a epígrafe: “Dos direitos e deveres individuais e coletivos” (art. 5º).

Consoante R. Alexy, os direitos fundamentais de defesa podem ser configurados em três grupos:

a) direitos ao não impedimento de ações: “*constituido por derechos a que el Estado no impida u obtaculice determinadas acciones del titular del derecho*”. Exemplos: manifestação da fé, a expressão de opinião, a criação de obra de arte, a educação dos filhos, a eleição de profissão, etc. A esses direitos corresponderia o seguinte enunciado *standard*: “*a tiene frente al Estado un derecho a que éste no le estorbe la realización de la acción h*”;

b) direitos à não afetação de propriedades e situações: “*constituido por los derechos a que el Estado no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular de derecho*”. Exemplos de propriedades que poderiam ser afetadas são as de viver e estar sadio; exemplo de uma situação seria a inviolabilidade de domicílio. A esse grupo de direitos corresponderia o seguinte enunciado *standard*: “*a tiene frente al Estado un derecho a que éste no afecte la propiedad A (la situación B) de a*”;

c) direitos à não eliminação de posições jurídicas: “*constituido por los derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas el titular del derecho*”. Um exemplo seria o caso da propriedade. Esta necessita de normas que a configurem para ser introduzida na vida jurídica. Dentre essas normas de configuração, encontram-se normas sobre a posição jurídica de aquisição ou transmissão da propriedade. Assim, a eliminação de uma posição jurídica pode dar-se “*cuando la adquisición de inmuebles agrícolas o forestales depende de una autorización y, por lo tanto, bajo determinadas circunstancias, puede ser imposibilitada*”. Outro exemplo de eliminação de posições jurídica sucede quando se proíbe a manifestação de determinadas opiniões, uma vez que “*se elimina una posición de a que consiste en que le están permitidas estas manifestaciones de opinión*.” A este último grupo de direitos de defesa corresponderia o seguinte enunciado *standard*: “*a tiene frente al Estado un derecho a que éste no elimine la posición jurídica PJ de a*”.²¹⁶

215 - BOBBIO, Norberto - Dicionário de política, p. 354.

216 - ALEXY, Robert - op. cit., pp. 189-194.

7.2 - Direitos fundamentais a prestação

Os direitos fundamentais atinentes às liberdades individuais estão historicamente vinculados ao modelo de Estado burguês-liberal no qual o governo limitava-se às funções de “gendarme” ou “night watchman”.²¹⁷

Como é cediço, esse modelo propiciou muitas críticas, porquanto perpetrava ignominiosas injustiças sociais a pretexto de preservar liberdades. Dentre as críticas, destacam-se as formuladas por Karl Marx, vez que inspiraram radicais transformações sociais em diversos países. O referido autor em texto sobre a “questão judaica”, escreveu: “*but the right of man to freedom is not based on the union of man with man, but on the separation of man from man. It is the right to this separation, the rights of the limited individual who is limited to himself. The practical application of the rights of man to freedom is the right of man to private property*”.²¹⁸

Com a superação do Estado liberal de Direito pelo “Estado Social de Direito”,²¹⁹ *État Providence* ou *Welfare State*, entram em cena os direitos econômicos, sociais e culturais. Estes, ao invés da abstenção, exigem uma prestação do Estado como dever de atuar para garanti-los. Isto é, “os clássicos direitos de defesa reconduziam-se a uma pretensão de omissão dos poderes públicos perante a esfera jurídica privada; os direitos a prestações postulam uma *proibição de omissão*, impondo-se ao Estado uma intervenção activa de fornecimento de prestações”.²²⁰ Tanto que, de acordo com as modernas técnicas de controle de constitucionalidade, caso o Estado adote a posição de inércia em face à consecução desses direitos, poderá ser declarada a inconstitucionalidade por omissão. Além disso, o constituinte pátrio de 1988 criou o mandado de injunção: instituto que poderá ser utilizado para dar eficácia aos direitos sociais, caso a falta de norma regulamentadora, torne inviável o exercício dos mesmos (Constituição Federal, art. 5º, LXXI).

Essa segunda geração de direitos fundamentais foi introduzida nas constituições do primeiro pós-guerra e, principalmente, acolhida pelas constitui-

217 - CAPPELLETTI, Mauro - Juízes Legisladores?, p. 41.

218 - MARX, Karl - On the Jewish Question. In: Nonsense Upon Stilts, p. 146.

219 - COELHO, Inocêncio Mártires - O Perfil Constitucional do Estado Contemporâneo: o Estado Democrático de Direito, p. 11.

220 - CANOTILHO, J. J. Gomes Canotilho - Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia. Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, pp. 482 e 483.

ções elaboradas depois da segunda guerra mundial. Está constituída por aqueles direitos relativos “*alla salute, la famiglia, le comunità sociali, la scuola, la cultura, le associazioni...il lavoro*”²²¹ ou, nos termos de nossa Constituição, a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (art. 6º).

Assim, conforme afirma Jorge Miranda, se os direitos de defesa “são direitos de libertação do poder”, os direitos a ações positivas do Estado “são direitos de libertação da necessidade” - o âmbito dos primeiros é configurado pela “limitação jurídica do poder”, o conteúdo irredutível destes últimos é a “organização da solidariedade”.²²²

Os direitos fundamentais a prestação, também designados apenas por direitos sociais, figuram essencialmente dos arts. 6º a 11 e título VIII, no nosso Texto Constitucional em vigor.

Os direitos fundamentais a prestação em sentido amplo podem ser divididos em dois grupos: direitos a prestações jurídicas e direitos a prestações materiais.²²³

a) direitos fundamentais a prestações jurídicas

Os direitos a simples prestações jurídicas, “*aquello cuyo objeto es una acción normativa*”,²²⁴ são direitos do cidadão frente ao Estado no sentido de

221 - BARILE, Paolo - Nuovi Diritti e Libertà Fondamentali. In: Nuovi Diritti Dell'Età Tecnologica, pp. 1-2.

222 - MIRANDA, Jorge - op. cit., p. 98.

223 - ANDRADE, José Carlos Vieira de - op. cit., p. 192. Segundo R. Alexy (op. cit., pp. 428e ss), existem razões que justificam a extensão desses direitos além da divisão em direitos a prestações fáticas e direitos a prestações normativas. Dessa forma, classifica os direitos a prestações (em sentido amplo) em três grupos: (1) direitos à proteção; (2) direitos à organização e procedimento e (3) direitos a prestações em sentido estrito. Com base na classificação deste último autor, J. J. Gomes Canotilho (Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais, p. 480) expõe que o direito a um *facere* do Estado pode consistir: 1) no direito de o cidadão exigir do Estado proteção perante outros cidadãos (exemplo, através de normas penais); 2) no direito a que o Estado atribua aos cidadãos uma posição organizatória e proceduralmente relevante para a defesa ou exercício de outros direitos (exemplo, participação em órgãos colegiais, participação no procedimento administrativo); 3) no direito a prestações fáticas (subvenções, lugares na Universidade, postos de trabalho, serviços de saúde), falando-se aqui de direito a prestações em sentido restrito (*Leistungsrechten im engeren Sinne*).

224 - ALEXY, Robert - op. cit., p.195.

que este elabore normas ou pratique atos jurídicos. Exemplos: “emissão de normas penais ou regulamentação das relações de trabalho ou do arrendamento para habitação”.²²⁵

Neste grupo de direitos a prestação normativa encontra-se o que a doutrina tedesca chama de garantias institucionais (*Einrichtungsgarantien*). A formulação dogmática dessa categoria jurídica deve-se, inicialmente, a Martin Wolff, depois ampliada por Carl Schmitt e recepcionada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão.²²⁶ Segundo Carl Schmitt a constituição pode garantir uma especial proteção a determinadas instituições com o escopo de evitar a supressão das mesmas através de legislação ordinária. No entanto, a garantia institucional, continua o citado autor, é limitada por essência:

Existe sólo dentro del Estado, y se basa, no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines, aun cuando las tareas no estén especializadas en particular, y sea admisible una cierta ‘universalidad del círculo de actuación’.²²⁷

Exemplos de garantias institucionais são o matrimônio, a maternidade, a propriedade privada,²²⁸ funcionalismo público, autonomia acadêmica, imprensa livre, etc.²²⁹

As garantias institucionais colocam a seguinte questão: constituem direitos subjetivos ou apenas oferecem uma proteção do instituto objetivamente?

Desde as obras de Martin Wolf e Carl Schmitt as garantias institucionais são analisadas como garantias objetivas de institutos jurídicos.²³⁰ De acordo

225 - ANDRADE, José Carlos Vieira de - op. cit., p. 192.

226 - ALEXÝ, Robert - op. cit., p. 237.

227 - SCHMITT, Carl - Teoría de la Constitución, p. 175.

228 - Convém assinalar que a Lei Fundamental Portuguesa de 1976 localizou a propriedade privada entre os direitos sociais, o que significa, na opinião de Jorge Miranda (op. cit., p. 173), que a Constituição priorizou, acima de tudo, “ao ser da pessoa e não ao ter”.

229 - C. Schmitt (apud ALEXÝ, R - op. cit., p. 469, n. 163) entendia por “garantia institucional” a proteção atinente a instituições de direito público, enquanto que “garantia do instituto” era utilizada para a proteção jurídico-constitucional de institutos de direito privado. Nessa linha também J. J. Gomes Canotilho (op. cit., p. 533) ao afirmar que “as chamadas garantias institucionais (*Einrichtungsgarantien*) compreendiam as garantias jurídico-públicas (*Institutionelle Garantien*) e as garantias jurídico-privadas (*Institutsgarantie*)”.

230 - ALEXÝ, Robert - op. cit., p. 469.

com este último autor, a família, por exemplo, “*como tal no tiene ningún derecho fundamental en sentido auténtico, y menos su miembro como tal. Sólo puede ser constitucionalmente protegida como institución*”.²³¹ Nesse sentido, parece seguir G. Canotilho, ao asseverar que as garantias institucionais são instituições protegidas de forma objetiva e só, indiretamente, asseguram direitos individuais. Contudo, reconhece que “o duplo carácter atribuído aos direitos fundamentais - individual e institucional - faz com que hoje, por exemplo, o direito de constituir família (art. 36º/1) se deva considerar indissociável da protecção da instituição família como tal (art. 67º)”.²³²

R. Alexy, por sua vez, opina que à dimensão objetiva das garantias institucionais seja adscrita a protecção subjetiva sob o argumento principal de que “*numerosos derechos fundamentales presuponen conceptualmente la existencia de institutos jurídicos de derecho privado. Sin normas sobre la propiedad, no existe ninguna propiedad en sentido jurídico, sin normas sobre el matrimonio, ningún matrimonio en sentido jurídico*”. Acrescentando, ainda que “*este agregado es indispensable si los derechos fundamentales son tomados en serio como derechos individuales*”.²³³

b) direitos fundamentais a prestações materiais

Direitos a prestações em sentido estrito²³⁴ ou direitos originários a prestações²³⁵ ou os direitos sociais por excelência²³⁶ são direitos do cidadão frente ao Estado no sentido de que este lhe forneça determinadas prestações materiais. Tal é o caso, por exemplo, quando se fala de direitos ao trabalho, a educação, habitação, cuidados médicos, intervenção policial.

Acerca da discussão sobre o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais, R. Alexy menciona duas teses a favor dos mesmos. A primeira diz que a liberdade jurídica desacompanhada da liberdade fática (real) carece de valor, tornando-se vazia e inútil. Para esse autor essa tese é correta se for interpretada no sentido de que “*la libertad jurídica de a para realizar o no*

231 - SCHMITT, Carl - op. cit., p. 177.

232 - CANOTILHO, J. J. Gomes - op. cit., pp. 533-534.

233 - ALEXY, Robert - op. cit., pp. 470 e 471.

234 - ALEXY, Robert - Idem, p. 482 e ss.

235 - CANOTILHO, J. J. Gomes - op. cit., p. 554 e ss.

236 - ANDRADE, José Carlos Vieira de - op. cit., p. 200.

realizar la acción h carece de todo valor, en el sentido de que es inútil, si, por razones fácticas, a no tiene la posibilidad elegir entre la ejecución o no ejecución de h". A segunda assevera que "bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un 'ámbito vital dominado por ellos', sino que depende esencialmente de actividades estatales". O referido autor também está de acordo com essa tese, uma vez que entende que a liberdade real é o pressuposto para assegurar o livre desenvolvimento da personalidade humana dentro da comunidade social.²³⁷

Também Gomes Canotilho, com base na teoria do "beneficiário ou do interesse", desenvolvida analiticamente por Maccormick, formula outros argumentos a favor do reconhecimento dos direitos sociais. De acordo com a mencionada teoria, existem "certos direitos, cuja satisfação impõe a sua realização concreta. O fazer algo a favor de alguém não é simplesmente um imperativo moral; é juridicamente um direito com a conseqüente obrigatoriedade da sua realização". Em conseqüência, pode-se afirmar "que ter um direito é ter uma necessidade, cuja satisfação é exigida pelas normas do sistema jurídico". Tais direitos, continua Gomes Canotilho, possuem o seguinte modelo analítico:

S tem um direito se:

- a) S tem uma necessidade cuja satisfação é exigida pelas normas do sistema jurídico; e
- b) essas normas impõem a alguém (Estado, poderes públicos) fazer algo para a satisfação das necessidades.

Assim, certas necessidades básicas são configuradas como direitos, "dado que sendo necessidades humanas, cuja satisfação é incondicionalmente exigida, pressupõem um dever da colectividade e do Estado, mesmo que a sua realização esteja condicionada por uma 'reserva do possível'".²³⁸

237 - ALEXY, Robert - op. cit., pp. 486 e ss. Nesse sentido, escreve Elias Diaz (Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático, p. 10) que existe uma conexão lógica, a par da ética e política, entre liberdade e liberdade real. "Si la libertad se acepta como valor principal para el hombre, habrán entonces de extraerse y asumirse todas sus consecuencias: entre otras, la de que la libertad tendrá que aplicarse e extenderse a todos los seres humanos (no sólo a unas minorías privilegiadas) y que, además, tendrá que hacerse real, es decir, tendrá que remover los obstáculos y transformar las circunstancias que de hecho la convierten - para muchos - en algo ficticio, puramente formal e, incluso, inexistente, sin más".

238 - CANOTILHO, J. J. Gomes - Tomemos a sério os direitos, económicos, sociais e culturais, pp. 477-478.

O grande dilema dos direitos sociais diz respeito à consecução ou eficácia dos mesmos. Tal fato sucede porque esses direitos, conforme mencionado, exigem uma atuação dos órgãos estatais no sentido de prover determinadas necessidades humanas. E estas, o mais das vezes, dependem de condições de fato ou recursos disponíveis para a sua realização:

Assim o direito à educação: é mais do que o direito de não ser excluído de uma escola; é, de fato, o interesse de conseguir uma vaga e as condições para estudar (ou seja, tempo livre, material escolar, etc.). Ora, se a vaga não existe, se não existe o tempo livre, se não há material escolar a baixo custo, como garantir juridicamente tal direito? Como transformá-lo de um direito à não interferência (permissão, dever de abstenção) em um direito à prestação (dever de fazer, obrigação) de alguém? Paradigmáticamente a mesma coisa ocorre com o direito à moradia: como transformar o direito à propriedade (defesa de bens contra a injusta invasão ou apropriação de terceiros e permissão para deter bens legitimamente adquiridos) em direito à moradia (acesso à propriedade, ou à posse - pela locação, por exemplo - de um local onde se estabelecer com a família numa cidade). De quem exigir tal acesso, contra quem exercer seu direito e quem afinal está obrigado a que espécie de prestação?²³⁹

Ademais, os direitos (sociais) a prestações, por estarem consagrados através de normas constitucionais que geralmente reclamam a *interpositio* de atos legislativos ou administrativos, apresentam um “défice de exequibilidade e justicialidade”.²⁴⁰ Vale dizer: os direitos a prestações materiais têm o seu conteúdo mais ou menos determinado pelo legislador ordinário, ao passo que os direitos de defesa têm o seu conteúdo já essencialmente determinado pela Constituição.²⁴¹

Conquanto não possuam o mesmo regime jurídico ou a força jurídica nos moldes dos clássicos direitos de abstenção (aplicação direta e imediata, a vinculação das entidades públicas, vinculação de entidades privadas, conforme art. 18/1 da Constituição Portuguesa), os direitos sociais são posições jurídicas fundamentais *prima facie* que exigem, de acordo com as condições

239 - LOPES, José Reinaldo de Lima - Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça, p. 127.

240 - CANOTILHO, J. J. Gomes - Direito Constitucional, p. 555.

241 - ANDRADE, José Carlos Vieira de - op. cit., p. 198.

fáticas e recursos disponíveis, uma prestação material estatal. Assim, verificado, no caso concreto, que existem os recursos materiais e jurídicos para o Estado para satisfazer as necessidades econômicas, sociais e culturais do cidadão, de posição jurídica *prima facie*, passam os direitos sociais a direito definitivo e vinculante.²⁴²

Ademais, vale mencionar a observação de Jorge Miranda no sentido de que a proteção do *ser* de todas as pessoas pode exigir a redução do *ter* de algumas das pessoas. Tal fato poderia, inclusive, na sua opinião, justificar o controle social dos principais meios de produção como condição para a efetiva realização dos direitos sociais.²⁴³

7.3 - Direitos fundamentais de participação

A última categoria dos direitos fundamentais refere-se aos direitos de participação - correspondendo ao último *status* da teoria de Jellinek, ou seja, ao *status activus*. Possuindo as características mistas de direitos de defesa e direitos a prestações, visam garantir a participação dos cidadãos na vida política do país, na formação da vontade política da Nação.²⁴⁴ Isto é, "estão ligados à formação política do Estado democrático representativo e implicam uma liberdade ativa, uma participação dos cidadãos na determinação dos objetivos do Estado."²⁴⁵

Os direitos fundamentais de participação consistem, essencialmente, na liberdade de associação nos partidos políticos e direitos eleitorais.²⁴⁶

242 - É nessa linha de pensamento a conclusão de Robert Alexy (op. cit., p. 500), ao averbar: "para el no cumplimiento de un deber prima facie, tienen que existir, desde el punto de vista del derecho, razones aceptables; pero ello no rige para el caso del no cumplimiento de un deber jurídicamente no vinculante. Un deber prima facie puede, si no existe ninguna razón aceptable para su no cumplimiento, conducir a un deber definitivo."

243 - MIRANDA, Jorge - op. cit., pp. 173-174. Elias Diaz (op. cit., pp.10-11) vai mais além ao pugnar que "la concreción de la libertad, la seguridad y la igualdad en los postulados ético-políticos que denominamos 'derechos humanos', exige, para su efectiva realización, un verdadero control colectivo del mercado y de la propiedad de los grandes medios de producción. Sin la socialización de éstos, sin planificación y, a la vez, autogestión, los derechos humanos se reducen de hecho a meros derechos de y para la burguesía. Se trata, pues, de la institucionalización del 'humanismo real' y, en la base, del paso a un modo de producción de carácter socialista que sea al propio tiempo - en virtud de todo lo anterior - profundamente democrático."

244 - ANDRADE, José Carlos Vieira de - op. cit., pp. 192-193.

245 - BOBBIO, Norberto - op. cit., p. 354.

246 - BOBBIO, Norberto - Idem, Ibidem.

Esses direitos, sob a epígrafe de direitos políticos, constam dos arts. 14 a 17 na Constituição Federal de 1988.

8 - Colisão de direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são direitos heterogêneos, como evidencia a tipologia enunciada. Por outro lado, o conteúdo dos direitos fundamentais é, muitas vezes, aberto e variável, apenas revelado no caso concreto e nas relações dos direitos entre si ou nas relações destes com outros valores constitucionais (ou seja, posições jurídicas subjetivas fundamentais *prima facie*). Resulta, então, que é freqüente, na prática, o choque de direitos fundamentais ou choque destes com outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente. Tal fenômeno é o que a doutrina tecnicamente designa de colisão de direitos fundamentais.

A colisão dos direitos fundamentais pode suceder de duas maneiras: (1) o exercício de um direito fundamental colide com o exercício de outro direito fundamental (colisão entre os próprios direitos fundamentais); (2) o exercício de um direito fundamental colide com a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do Estado protegido constitucionalmente (colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais).²⁴⁷

8.1 - Colisão entre os próprios direitos fundamentais

Haverá colisão entre os próprios direitos fundamentais (colisão entre os direitos fundamentais em sentido estrito) “quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”.²⁴⁸ Noutras palavras, quando o *Tatbestand* (pressuposto de fato) de um direito interceptar o pressuposto de fato de outro direito fundamental.

Assim, por exemplo, a liberdade artística, intelectual, científica ou de comunicação (CF, art. 5º, IX) pode entrar em colisão com a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas (CF, art. 5º, X); ou “a liberda-

247 - CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital - Fundamentos da Constituição, p. 135.

248 - CANOTILHO, J. J. Gomes - Direito Constitucional, p. 657.

de interna de imprensa (artigo 38º/2º) que implica a liberdade de expressão e criação dos jornalistas, bem como a sua intervenção na orientação ideológica dos órgãos de informação... pode considerar-se em colisão com o direito de propriedade das empresas jornalísticas".²⁴⁹

8.2 - Colisão entre os direitos fundamentais e outros valores constitucionais

Sucede a colisão entre os direitos fundamentais e outros valores constitucionais quando interesses individuais (tutelados por direitos fundamentais) contrapõem-se a interesses da comunidade, reconhecidos também pela constituição, tais como: saúde pública, integridade territorial, família, património cultural, segurança pública e outros.

Os interesses comunitários relevantes não são todos e quaisquer bens jurídicos, são exclusivamente aqueles bens coletivos protegidos pela constituição. Somente a necessidade de salvaguardar estes últimos justifica a restrição de direitos fundamentais quando colidentes com valores comunitários.²⁵⁰ Exemplos: O bem comunitário *saúde pública* (CF, art. 6º) pode colidir com o direito de livre locomoção (CF, art. 5º, XV); o bem jurídico *património cultural* (CF, art. 216, §1º) pode colidir com o direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII); o bem jurídico *defesa da pátria* (CF, art. 142) pode colidir com o direito à inviolabilidade da liberdade de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximir de atividade de caráter essencialmente militar (CF, art. 5º, VI e art. 143, §,1º).

8.3 - Formas de resolver a colisão de direitos fundamentais

Desde logo, a solução do confronto entre os direitos fundamentais é confiada ao legislador quando o texto constitucional remete à lei ordinária a possibilidade de restringir direitos (ver item 6.4 deste capítulo). Assim, verificada a existência de reserva de lei na constituição para pelo menos um dos direitos colidentes, o legislador poderá resolver a colisão comprimindo o

249 - CANOTILHO, J. J. Gomes - Idem, *ibidem*. O último dispositivo citado refere-se à Constituição Portuguesa.

250 - CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital - *op. cit.*, p. 136.

direito ou direitos restringíveis (sujeito à reserva de lei), respeitando, é claro, requisitos tais como o núcleo essencial dos direitos envolvidos (ver item 5 deste capítulo). Por exemplo, a colisão entre o direito de greve, sujeito à reserva de lei, e as necessidades inadiáveis da comunidade, é solucionada pelo legislador ao definir os serviços ou atividades essenciais (CF, art. 9º, §1º). Daí a assertiva de que “os espaços de conflito estão, na maior parte dos casos, regulamentados por normas ordinárias, o que levanta a questão da fronteira entre os conflitos de direitos propriamente ditos e as restrições de direitos”.²⁵¹

Tratando-se de colisão entre direitos fundamentais não sujeitos à reserva de lei, a solução fica por conta dos juízes ou tribunais.

Para se proceder à análise da solução do conflito dos direitos fundamentais a nível de decisão individual (juiz e demais aplicadores do Direito), é recomendável partir da constatação de que existem dois tipos de contradição de normas jurídicas em sentido amplo: o conflito de regras e a colisão de princípios.²⁵²

O *conflito de regras*, refere-se “*la pertenencia al ordenamiento jurídico, es decir, de la validez*”.²⁵³ É dizer, estabelecido o conflito entre duas ou mais regras jurídicas, apenas uma delas pode ser declarada válida e pertencente ao ordenamento jurídico, pois o sistema jurídico não tolera a existência de regras jurídicas em oposição entre si. Daí a utilização de três critérios para solver as “antinomias aparentes” entre as regras jurídicas - o cronológico, o hierárquico e o da especialidade,²⁵⁴ que, no entanto, revelam-se incapazes para orientar o intérprete no caso de colisão de direitos fundamentais.

O critério cronológico (denominado outrossim de *lex posterior*) é utilizado para solucionar o conflito de regras na hipótese de uma suceder a outra no tempo e verificar-se oposição entre ambas, situação em que prevalece a norma posterior - *lex posterior derogat priori*.²⁵⁵ Acontece que os direitos fundamentais vêm expressos em normas contemporâneas albergadas na constituição.

251 - ANDRADE, José Carlos Vieira de - op. cit., p. 220, n. 13.

252 - ALEXY, Robert - op.cit., p. 105. Sobre a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero normas jurídicas, bem como a distinção lógica evidenciada nos casos de colisão de princípios e conflito de regras, ver cap. I, itens, 2 e 3.

253 - ALEXY, Robert - Idem, ibidem. Sobre a diferença entre pertinência e validade, ver Marcelo Neves - Teoria da inconstitucionalidade das lei, pp. 39 e ss.

254 - BOBBIO, Norberto - Teoria do ordenamento jurídico, p. 92.

255 - BOBBIO, Norberto - Idem, pp. 92-93.

O critério hierárquico (chamado outrossim de *lex superior*) é aquele pelo qual se resolve o choque entre duas regras jurídicas, sendo uma delas hierarquicamente superior à outra. Hipótese em que prevalece a norma de valor hierárquico superior - *lex superior derogat lex inferior*.²⁵⁶ Sucede que não há hierarquia entre os direitos fundamentais. Estes, quando se encontram em oposição entre si, não se resolve a colisão suprimindo um em favor do outro. Ambos os direitos protegem a dignidade da pessoa humana e merecem ser preservados o máximo possível na solução da colisão.

O critério da especialidade (também designado por *lex specialis*) é invocado para dirimir o conflito de regras jurídicas incompatíveis, sendo uma geral e outra especial - *lex specialis derogat generali*.²⁵⁷ Todavia, na colisão de normas consagradoras de direitos fundamentais, ambas são gerais.

A *colisão de princípios*, ao revés do conflito de regras que tem lugar na dimensão da validade, acontece dentro do ordenamento jurídico. “*Las contradicciones de normas em sentido amplio que tienen lugar dentro del ordinamiento jurídico son siempre colisiones de principios y las colisiones de principios se dan siempre dentro del ordenamiento jurídico. Esto pone claramente de manifiesto que el concepto de colisión de principios presupone la validez de los principios que entran en colisión.*”²⁵⁸ Vale dizer: não se resolve a colisão entre dois princípios suprimindo um em favor de outro. A colisão será solucionada levando-se em conta o peso ou importância relativa de cada princípio, a fim de se escolher qual deles no caso concreto prevalecerá ou sofrerá menos constrição do que o outro.

Como os direitos fundamentais são outorgados por normas jurídicas que possuem as características de princípios,²⁵⁹ o que foi dito sobre a colisão de princípios se aplica, em regra, ao caso de colisão entre direitos fundamentais.

Assim, para solucionar a colisão de direitos fundamentais, a doutrina propõe os seguintes passos metodológicos:

(1) Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira caberia, inicialmente, ao intérprete-aplicador determinar o *Tatbestand* (*âmbito de proteção*) dos direitos envolvidos, isto é, aquelas situações de fato protegidas pela norma constitu-

256 - BOBBIO, Norberto - *Idem*, p. 93.

257 - BOBBIO, Norberto - *Idem*, pp. 95-97.

258 - ALEXY, Robert - *op. cit.*, p. 105.

259 - ALEXY, Robert - *op. cit.*, p. 135 e ss, onde aduz que as normas de direito fundamental possuem o caráter duplo de regras e princípios.

cional, com o escopo de verificar a existência ou não de uma verdadeira colisão, porquanto essa primeira etapa poderia excluir desde logo a hipótese de colisão, sendo esta apenas aparente. Por exemplo, não haveria colisão entre a liberdade de expressão e a honra em casos de calúnia, difamação e injúria, uma vez que não está coberto pelo âmbito de proteção da liberdade de expressão o “direito à difamação, calúnia ou injúria”.²⁶⁰

Também Vieira de Andrade concorda que esses não são verdadeiros casos de colisão de direitos fundamentais, mas hipóteses que exigem a determinação dos limites imanescentes dos direitos envolvidos. Arrola os exemplos:

Poder-se-á invocar a liberdade religiosa para efectuar sacrifícios humanos ou para casar mais de uma vez? Ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um actor no palco, para pintar no meio da rua, ou para furtar o material necessário à execução de uma obra de arte? Ou invocar o direito de propriedade para não pagar impostos, ou o direito de sair do país para não cumprir o serviço militar, ou o direito de educar os filhos para os espancar violentamente? Ou invocar a liberdade de reunião para utilizar um edifício privado sem autorização, ou a liberdade de circulação para atravessar a via pública sem vestuário, ou o direito à greve para destruir ou danificar equipamentos da empresa...²⁶¹

Nestes, como em muitos outros casos, continua Vieira de Andrade, não se trata de colisão de direitos fundamentais, uma vez que a norma constitucional *não protege* essas formas de exercício de direitos, isto é, esses tipos de situações estão excluídos da esfera normativa enunciada pela constituição. E não havendo colisão, “a solução do problema não tem que levar em conta o direito invocado, porque ele *não existe* naquela situação”.²⁶²

Portanto, a importante consequência prática do exposto é que, constando o intérprete que no caso concreto o âmbito de proteção do direito ou o limite imanente do direito excluem a forma e o tipo de exercício do direito invocado, não haverá a preservação deste (através da garantia do núcleo essencial) por meio do processo de ponderação, conforme sucede nos verdadeiros casos de colisão de direitos fundamentais.

260 - CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital - op. cit., p. 136.

261 - ANDRADE, José Carlos Vieira de - op. cit., pp. 216-217.

262 - ANDRADE, José Carlos Vieira de - op. cit., p. 217.

(2) Verificada, no entanto, a existência de uma autêntica colisão de direitos fundamentais cabe ao intérprete-aplicador realizar a *ponderação* dos bens envolvidos, visando resolver a colisão através do sacrifício mínimo dos direitos em jogo. Nessa tarefa, pode guiar-se pelos princípios da *unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade*, dentre outros, fornecidos pela doutrina.

O princípio da unidade da constituição requer a contemplação da constituição como um todo, a compreensão do texto constitucional como um sistema que necessita compatibilizar preceitos discrepantes.²⁶³ Esta a formulação de Konrad Hesse para o aludido princípio:

La relación e interdependencia existentes entre los distintos elementos de la Constitución ... obligan a no contemplar en ningún caso sólo la norma aislada sino siempre además en el conjunto en el que debe ser situada; todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales. La única solución del problema coherente con este principio es la que se encuentre en consonancia con las decisiones básicas de la Constitución e evite su limitación unilateral a aspectos parciales.²⁶⁴

O princípio da concordância prática ou da harmonização - “um *canon of constitutional construction* da jurisprudência americana”²⁶⁵ seria consectário lógico do princípio da unidade constitucional. De acordo com o princípio da concordância prática, os direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados, no caso *sub examine*, por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionalmente protegidos. “*Allí donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada ‘ponderación de bienes’ o incluso abstracta ‘ponderación de valores’, realizar el uno a costa del otro*”.²⁶⁶

Por seu turno, a máxima da proporcionalidade (*ver cap. I, item 3, b*) é a realização do princípio da concordância prática no caso concreto. Isto é, sig-

263 - USERA, Raúl Canosa - Interpretación constitucional y formula política, pp. 214-215; ANDRADE, José Carlos Vieira de - op. cit., p. 222.

264 - HESSE, Konrad - Escritos de derecho constitucional, p. 48.

265 - CANOTILHO, J. J. Gomes - op. cit., p. 234, n. 15.

266 - HESSE, Konrad - op. cit., p. 48.

nifica aquela a distribuição *necesária e adequada* dos custos de forma a salvar direitos fundamentais e/ou valores constitucionais colidentes.²⁶⁷

Conquanto o princípio da concordância prática não exija uma ponderação entre os direitos colidentes “em termos matemáticos”²⁶⁸ ou “quantitativamente mensuráveis”,²⁶⁹ todavia, o processo da ponderação é racional, isto é, podem ser fundamentados os enunciados que estabelecem as condições de harmonização e, se for necessário, a preferência de um direito sobre outro oposto num caso concreto de colisão de direitos fundamentais. Uma fundamentação consiste, segundo R. Alexy, na lei da ponderação, a saber: *a afetação de um direito só é justificável pelo grau de importância de satisfação de outro direito oposto.*²⁷⁰

Um exemplo de aplicação do método da ponderação é a decisão no “caso Lebach”, comentada por R. Alexy, do Tribunal Constitucional Federal Alemão na qual este julga o caso concreto conforme a lei da ponderação. A situação era a seguinte:

El Segundo Programa de Televisión (ZDF) proyectaba la emisión de una película documental: ‘El asesinato de soldados en Lebach’. En esta película debía informarse acerca de un crimen en el cual cuatro soldados del grupo de la guardia de un depósito de municiones del Ejército Federal cerca de Lebach fueron asesinados mientras dormían y se sustrajeron armas con las que se pensaba realizar otros actos delictivos. Una persona que había sido condenada por complicidad en este crimen y que estaba a punto de abandonar la prisión consideró que la emisión de esta película televisiva en la que era mencionada expresamente y aparecía fotografiada violaba su derecho fundamental del artículo 1, párrafo 1 y del artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF, sobre todo porque hacía peligrar su resocialización. El Tribunal Provincial rechazó su pedido de un auto provisional para prohibir la emisión de la película y el Tribunal Provincial Superior

267 - ANDRADE, José Carlos Vieira de - op. cit., p. 223; HESSE, Konrad - op. cit., p. 49; CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital - op. cit., p. 134

268 - ANDRADE, José Carlos Vieira de - op. cit., p. 222.

269 - LARENZ, Karl - Metodologia da Ciência do Direito, p. 491.

270 - ALEXY, Robert - op. cit., pp. 161 e 164. Na verdade, a lei da ponderação, formulada em termos de colisão de princípios, tem a seguinte redação: “*Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.*”

rechazó la apelación de esta medida. En contra de esta decisión, presentó un recurso de inconstitucionalidad.

A argumentação que o Tribunal Constitucional desenvolve no julgamento do caso divide-se em três etapas. Na primeira, constata a tensão existente entre a proteção da personalidade e o direito à informação:

(1) constata 'una situación de tensión entre la protección de la personalidad, garantizada en el artículo 2 párrafo 2 en conexión con el artículo 1 párrafo 1 LF, y la libertad de información de acuerdo con el artículo 5 párrafo 1 frase 2 LF' ... el primer principio será designado con P1 y el segundo con P2. P1 por sí solo conduciría a la prohibición; a su vez, P2 tomado en sí mismo, a la permisión de la emisión. Este 'conflicto', como el Tribunal llama a veces a la colisión, no es solucionado declarando inválido a una de ambas normas, sino a través de una 'ponderación' en la que ninguno de los dos principios ... 'puede pretender una precedencia básica'. Más bien, habría que 'decidir cuál interés debe ceder, teniendo en cuenta la conformación típica del caso y las circunstancias especiales del caso particular'.

Na segunda etapa, considera que existe uma precedência geral do direito da emissora de informar sobre fatos delituosos atuais:

(2) tras haber comprobado la colisión de principios que abstractamente tienen la misma jerarquía, en la segunda grada, el Tribunal llega a una precedencia general de la libertad de información de la emisora (P2) en caso de 'una información actual sobre hechos delictivos' (C1), es decir, a (P2 P P1) C1. Esta relación de precedencia es interesante porque sólo se establece una precedencia general o básica. Esto significa que no toda información actual está permitida. La condición de precedencia y, con ello, el tipo de la regla correspondiente a la ley de colisión según la proposición de preferencia incluye, pues, una cláusula *ceteris paribus* que permite establecer excepciones.

Na terceira etapa, o Tribunal decide que a comunicação sobre fato delituoso que não atende interesses atuais de informação, além de colocar em risco a ressocialização do autor, não tem preferência sobre a proteção da personalidade:

(3) La decisión es tomada en la tercera grada. Aquí, el Tribunal constata que en caso de la 'repetición de una información sobre un delito grave, que no responde ya a intereses actuales de información' que 'pone en peligro la resocialización del autor' (C2), tiene precedencia la protección de la personalidad (P1) frente a la libertad de información (P2), lo que en el caso que hay que decidir significa que esta última está prohibida. Por lo tanto, vale el enunciado de precedencia (P P P2)C2.²⁷¹

271 - ALEXY, Robert - Idem, pp. 95 e ss.

CAPÍTULO 3

A COLISÃO DOS DIREITOS À HONRA, À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E À IMAGEM *VERSUS* A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO

1 - A constitucionalização dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem. 2 - A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem como direitos da personalidade. 3 - Os direitos em particular. 3.1 - O direito à honra. 3.2 - O direito à intimidade. 3.3 - O direito à vida privada *stricto sensu*. 3.4 - O direito à própria imagem. 4 - A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem como limites externos da liberdade de expressão e informação. 5 - A liberdade de expressão e informação. 6 - A colisão entre os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem e a liberdade de expressão e informação; 6.1 - Resolução da colisão pelo Legislador; 6.2 - Resolução da colisão pela jurisprudência.

1 - A constitucionalização dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem

A Constituição Federal de 1988 prescreve, de forma explícita, no seu inciso X, do art. 5º, que são invioláveis a honra, a intimidade, a vida privada

e a imagem das pessoas, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação desses direitos.

À exceção do direito à honra, tutelado no âmbito penal e pela lei de imprensa²⁷², não havia uma proteção expressa desses direitos no nosso ordenamento jurídico antes do atual Texto Constitucional, o que não impedia, *vg.*, que o direito à imagem já fosse reconhecido nos tribunais.²⁷³

Com a sagração constitucional dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, o constituinte brasileiro acompanhou a tendência hodierna de várias constituições contemporâneas que os consagram em seus textos.

Podem-se mencionar como constituições precursoras dessa tendência a Constituição da Itália de 1947 e a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949. A primeira estabelece, dentre seus princípios fundamentais, que *“la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità...”* (art. 2º). A segunda prescreve, logo no seu primeiro artigo (1.1), que a dignidade do homem é intangível: respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. E em seguida estabelece que todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade (2.1). Com base nesses dispositivos, tem-se extraído, naqueles países, a consagração dos direitos da personalidade.²⁷⁴

Por seu turno, a Constituição Portuguesa de 1976 dispõe sobre aqueles direitos nos seguintes termos: *“a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada e familiar”* (art. 26º, 1). E a Constituição Espanhola de 1978 os proclama enfaticamente: *“se*

272 - O capítulo V do Código Penal brasileiro em vigor trata dos crimes contra a honra, tipificando a calúnia (art. 138), a difamação (art. 139) e a injúria (art. 140). Esses delitos, quando perpetrados através dos meios de comunicação social, passam a ser regulados pela Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, que versa sobre a liberdade de manifestação do pensamento e da informação. Igualmente a lei referida dispõe acerca dos crimes de calúnia (art. 20), difamação (art. 21) e injúria (art. 22).

273 - BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra - Comentários à Constituição do Brasil, p. 62-63. Os autores transcrevem trechos de um acórdão do Supremo Tribunal Federal (RT, 558:230) que oferece um excelente resumo do estado em que se achava a matéria no direito brasileiro.

274 - No sentido do texto é a posição de Fernando Herrero-Tejedor (Honor, Intimidad y propia Imagen, pp. 42-43) ao asseverar que a doutrina e a jurisprudência por meio dos dispositivos constitucionais citados têm encontrado arrimo para o direito à intimidade. Conquanto, na verdade, quizá o antecedente mais remoto dessa postura seja a Constituição de Weimar de 1919.

garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal e familiar y a la propia imagen" (art. 18.1).²⁷⁵

Alçados ao nível das *decisões políticas fundamentais*,²⁷⁶ através do seu reconhecimento na constituição como direito fundamentais, os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem passam a gozar de regime jurídico especial, consubstanciado no princípio geral do "maior valor dos direitos fundamentais".²⁷⁷ Assim, esses direitos, como integrantes do sistema de direitos fundamentais, v.g., passam ter a garantia de "cláusulas pétreas" (CF, art. 60, §4º, IV);²⁷⁸ aplicação imediata (CF, art. 5º, §1º);²⁷⁹ restrição com arrimo na constituição por meio de lei (reserva legal) com o escopo de realizar a compatibilização com outro direito fundamental ou outro bem jurídico de estatura constitucional; proteção do núcleo essencial.²⁸⁰

2. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem como direitos da personalidade

Os direitos em epígrafe possuem duplo caráter: além de constituírem direitos fundamentais (com sua especial proteção pelo ordenamento jurídico)

275 - Convém mencionar que os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, antes de serem expressamente amparados em textos constitucionais, foram primeiramente reconhecidos em documentos internacionais. Conforme relata Fernando Herrero-Tejedor (op.cit., pp. 42-46), o primeiro documento a plasmar explicitamente aqueles direitos foi a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em Bogotá em 02 de maio de 1948. Consoante o seu art. 5º: "*Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar*". Logo em seguida veio em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em Nova York pela Organização das Nações Unidas. O seu art. 12 declara: "*no one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks*". Igualmente protegem os referidos direitos a Convenção Européia para a salvaguarda dos direitos do homem e as liberdades fundamentais, firmada em Roma, em 04 de novembro de 1950, art. 8º; e o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, firmado em Nova York, em 16 de dezembro de 1966, art. 17.

276 - SCHMITT, Carl - Teoria de la Constitución, p. 141.

277 - SEGADO, Francisco F - Teoria Jurídica dos Direitos Fundamentais, p. 88.

278 - "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir": "os direitos e garantias individuais".

279 - "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

280 - Sobre essas duas últimas garantias ver a exposição realizada no capítulo precedente. Segundo Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano (Proporcionalidad y derechos fundamentales en el Proceso Penal, p. 232), o princípio da concordância prática (harmonização e otimização dos bens envolvidos) e a proibição de violar o núcleo essencial, são garantias dos direitos fundamentais.

são ao mesmo tempo direitos da personalidade, isto é, “*esenciales a la persona, inherentes a la misma y en principio extrapatrimoniales*”.²⁸¹ Na verdade, os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem foram paulatinamente sendo perfilados primeiramente como *direitos subjetivos da personalidade*, com eficácia prevalente no âmbito *inter privato* para só mais tarde alcançar a estatura constitucional. Nessa ordem de idéias, cumpre mencionar a observação judiciosa realizada por Dürig de que os direitos da personalidade constituem “*il più audace ed il miglior colpo del diritto privato degli ultimi anni*”.²⁸²

A classe dos direitos da personalidade é composta por aqueles direitos que constituem o *minimum* necessário e imprescindível ao conteúdo da per-

281 - HERRERO-TEJEDOR, Fernando - op. cit., p. 328. Observa José Castan Tobefias (Los derechos de la personalidad, p. 15) que a discrepância doutrinária atinente a toda a matéria relativa aos direitos da personalidade reflete-se desde de logo na variada terminologia empregada para designar aquela classe de direitos: direitos à personalidade, direitos essenciais ou fundamentais da pessoa, direitos individuais, direitos pessoais ou direitos de estado, e direitos subjetivos essenciais. Contudo, conclui o último autor citado, a preferência vindo sendo dada para a locução *direitos da personalidade* porque indica que tais direitos estão conectados à personalidade do ser humano.

282 - Apud, ALMIRANTE - Carlo - Diritti Fondamentali e Sistema Costituzionale nella Repubblica Federal Tedesca, p. 12. Deve-se mencionar que a teoria dos direitos da personalidade é de elaboração relativamente recente, impulsionada mormente após a segunda guerra mundial. Segundo Adriano de Cupis (Os direitos da personalidade, p. 21), o Código de Napoleão, que serviu de paradigma para muitos outros, inclusive para o Código Civil brasileiro, não reservou uma disciplina particular expressa para os direitos da personalidade. Em igual linha de argumentação, Carlos Alberto Bittar (Os direitos da personalidade, p. 21) assevera que “os autores do Código napoleônico aperceberam-se da existência desses direitos, mas de modo nebuloso. Inseriu-se no Código a regra segundo a qual o credor poderia exercer todos os direitos e ações do devedor, ‘salvo os exclusivamente ligados à pessoa’ (art. 166)”. Talvez entre nós um dos primeiros juristas a reclamar a necessidade de proteger certos atributos da pessoa hoje incluídos dentre os direitos da personalidade tenha sido Tobias Barreto ao publicar no seu jornal *O Americano*, de 28 de agosto de 1870, artigo sob o título de “*Idéias de um Novo Direito que É preciso Ser Reconhecido*” (Apud, BARRETO, Tobias - Estudos de Direito I : edição comemorativa, p. 247-248). Tobias Barreto escrevia: “não há dúvida de que o sentimento da própria fraqueza é inseparável da natureza humana, qualquer que seja a soma de qualidades que modifique; sem o que a modéstia não seria uma virtude, porém uma forma natural da hipocrisia. Mas também é certo que esse sentimento, límpido e puro em sua essência, pode turvar-se com impressões desfavoráveis do mundo exterior e não oferecer aos olhos do indivíduo a imagem verdadeira do que ele realmente é, lançando-lhe no espírito o germen perigoso de um desânimo fatal”.

sonalidade,²⁸³ sendo próprios da pessoa em si, como ente humano, existentes desde o seu nascimento.²⁸⁴ Em suma, os direitos da personalidade “*conceden un poder a las personas para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades*”.²⁸⁵ Entretanto, cumpre lembrar que conquanto o objeto dos sobreditos direitos não seja exterior ao sujeito, ao revés dos outros bens que podem ser objeto do direito, aquele não se confunde com o sujeito, no sentido da vetusta teoria dos direitos da personalidade como direitos sobre a própria pessoa (*jus in se ipsum*). O objeto dos direitos da personalidade é na realidade “os modos de ser físicos ou morais da pessoa”,²⁸⁶ noutras palavras, os bens mais essenciais do ser humano.²⁸⁷

Adotando a classificação dos direitos da personalidade proposta por Limongi França, com base na natureza dos bens integrantes, Carlos Alberto Bittar distribui os direitos da personalidade em três grupos: (a) direitos físicos: à vida, à integridade física, ao corpo, à *imagem (efígie)* e à voz humana; (b) direitos psíquicos: à liberdade (de pensamento, de expressão, de culto e outros), à *intimidade*, ao segredo (ou sigilo, inclusive profissional); (c) direitos morais: à identidade pessoal (nome e outros sinais individualizadores), à *honra* (reputação, ou consideração social), abrangendo a externa ou objetiva e a interna ou subjetiva, às criações intelectuais (dentre estes, o direito moral do autor).²⁸⁸

Pondo de relevo a *summa divisio* do direito, isto é, a divisão entre direito público e direito privado, verificaremos que os direitos da personalidade se

283 - CUPIS, Adriano de - op. cit., p. 17. Conforme Francesco Carnelutti (Diritto alla vita privata - contributo alla teoria della libertà di stampa. In: Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei, p. 139) a personalidade significa “è il modo di essere del soggetto dei diritti: diritto di personalità vorrebbe dire diritto di avere diritti”. Para Hannah Arendt, apud (LAFER, Celso - A reconstrução dos direitos humanos, p. 22) “a cidadania é o direito a ter direitos”.

284 - BITTAR, Carlos Alberto - op. cit., p. 10.

285 - DE CASTRO, apud CASTAN TOBENAS, José, op. cit., p. 9.

286 - CUPIS, Adriano de - op. cit., pp. 23-25, de onde se extraíram as últimas idéias expostas no texto. Para este autor, o modo de ser da pessoa não deve ser confundido com a pessoa (op. cit., p. 23). Na mesma linha, parece ser a opinião de José Castan Tobenás (op. cit., p. 15) ao afirmar que os direitos da personalidade são distintos da própria personalidade. “*Esta es la abstracta posibilidad de tener derechos, mientras que los derechos de la personalidad son aquellas facultades concretas de que está investido todo el que tiene personalidad.*” Daí não ser rigorosamente exata a assertiva de Carlos A. Bittar (op. cit., p. 30) no sentido de que “nos direitos da personalidade, a pessoa é, a um só tempo, sujeito e objeto de direitos, remanescendo a coletividade, em sua generalidade, como sujeito passivo...”.

287 - BITTAR, Carlos Alberto - op. cit., p. 11.

288 - BITTAR, Carlos Alberto - Idem, pp. 63-64.

encontram subsumidos ao âmbito do direito privado.²⁸⁹ A divisão mencionada põe claramente de manifesto que, embora a categoria dos direitos fundamentais mantenha uma estreita relação com a categoria dos direitos da personalidade, ambas pertencem a planos distintos do direito. É dizer: os direitos da personalidade reportam-se ao âmbito específico do direito civil, “*que implica tensión entre particulares. Su esfera de operatividad se extiende tan sólo a las relaciones ‘inter privados’*”.²⁹⁰ Só quando esses direitos da personalidade são recepcionados pela *Lex Superior*, como direitos fundamentais, é que “*la primera consecuencia de su constitucionalización como derechos fundamentales radica, pues, en su exigibilidad frente a los poderes públicos*”.²⁹¹

3 - Os direitos em particular

Modelados alguns traços gerais doutrinários acerca da categoria jurídica dos direitos da personalidade, conforme esboçado acima, dedicaremos agora a nossa análise àqueles direitos em particular, notadamente aos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à própria imagem. E aqui também a exposição será sucinta, circunscrita aos aspectos imprescindíveis de cada um desses direitos que forneçam aportes à temática principal deste capítulo.

3.1 - Direito à honra

Com a idéia de honra, surge, com certeza, uma das primeiras manifestações em defesa de valores ou qualidades morais da pessoa humana. Sua origem remonta, igualmente como muitos outros direitos e institutos jurídicos, ao Direito Romano. *Prima facie* com o sentido geral de *iniuria*, que servia para designar os delitos de contornos imprecisos, perpetrados contra pessoas,

289 - CUPIS, Adriano de - op. cit., p. 27.

290 - HERRERO-TEJEDOR, Fernando - op. cit., p. 19.

291 - HERRERO-TEJEDOR, Fernando - Idem, ibidem. Igualmente, Carlos A. Bittar (op. cit., pp. 22-23) ao aduzir que de um lado se divisam os direitos fundamentais “como objeto de relações de direito público, para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado” e de outro lado, “consideram-se ‘direitos de personalidade’ os mesmos direitos, mas sob o ângulo das relações entre particulares, ou seja, da proteção contra outros homens”.

consolidando-se, depois, com a estimação da *iniuria* na acepção de *contumelia*, ou seja, ofensa moral.²⁹²

A honra, um dos sentimentos mais apreciados da personalidade, é na opinião de Adriano de Cupis: “a dignidade pessoal reflectida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa”.²⁹³ Essa definição sintética revela características essenciais da honra.

A primeira característica é a de que o seu fundamento radica no princípio da dignidade da pessoa humana (ver itens 9 e 10 do capítulo I). Vale dizer: a honra é atributo inerente a qualquer pessoa independentemente de considerações de raça, religião, classe social, etc. Com sua constitucionalização, a honra expande sua força normativa, tornando-se, por conseguinte, incompatível com as “concepções aristocráticas ou meritocráticas”²⁹⁴ sobre a honra.

A segunda característica é a de que o conteúdo da honra refere-se tanto à honra objetiva (a dignidade da pessoa humana refletida na consideração dos outros), quanto à honra subjetiva (a dignidade da pessoa humana refletida no sentimento da própria pessoa). É dizer, no sentido objetivo, a honra é a reputação que a pessoa desfruta ante o meio social em que está situada; no sentido subjetivo, a honra é a estimação que a pessoa realiza de sua própria dignidade moral.²⁹⁵

O direito à honra, como os demais direitos da personalidade, não é absoluto ou ilimitado. As legislações têm prescrito como limite a honra a *exceptio veritatis*, isto é, “*la excepción concerniente a la verdad o la notoriedad del hecho atribuído a la persona ofendida*”.²⁹⁶ O Código Penal brasileiro admite a exceção da verdade (isto é, “que o agente prove a veracidade do fato que imputou”) em determinadas hipóteses de crimes contra a honra. Na calúnia (art. 138), ela é em regra permitida, salvo nos casos indicados no §3º do artigo

292 - HERRERO-TEJEDOR, Fernando - op. cit., pp. 33-34. Segundo esse autor (Idem, ibidem), a concepção romana sobre a honra, objeto do crime de *iniuria*, referia-se a três conceitos: “a) *el sentido de la propia dignidad* (dignitas); b) *la estima o buena opinión* (bona fama, infamia); c) *las ventajas materiales inherentes a una buena reputación* (commoda bonae famae)”.
293 - CUPIS, Adriano de - op. cit., p. 112.

294 - Rodríguez Mourullo apud (CAVERO, José Matínez de Pisón - El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional, p. 103).

295 - TOBEÑAS, José Castan - op. cit., 50. No Código Penal brasileiro, a honra objetiva está amparada pelos tipos penais calúnia (Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime) e difamação (Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação). E a honra subjetiva, albergada pelo tipo penal injúria (Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro).

296 - TOBEÑAS, José Castan - Idem, p. 51.

mencionado.²⁹⁷ Na difamação (art. 139) a regra é a sua inadmissibilidade, sendo aceita somente quando a ofensa irrogada referir-se a funções públicas.²⁹⁸ Na injúria (art. 140), a exceção da verdade está vedada em qualquer hipótese.²⁹⁹

É bem de ver que nas situações nas quais não se admite a *demonstratio veri* protege-se um “oasis de dignidad”³⁰⁰ que toda pessoa conserva ainda que determinados comportamentos do indivíduo não se coadunem com sua dignidade. Fala-se aqui do “direito ao segredo da desonra”.³⁰¹ Nesse diapasão, Gomez Pavón escreve:

Basado el honor en la dignidad de la persona, inherente a su propia condición, no puede negarse que, de acuerdo con el texto constitucional, el ataque al honor será aquel que lo sea a esta dignidad con independencia de los méritos o deméritos o cualquier otra circunstancia: así el llamar prostituta a una mujer puede ser constitutivo de delito de injurias si esta expresión ataca a su dignidad personal, con independencia de que ejerza tal “profesión”, ya que proferir tal expresión en determinadas circunstancias puede considerarse lesivo para su dignidad, por cuanto supone de desprecio o deshonra.³⁰²

A proteção da honra também alcança, em geral, as pessoas jurídicas. Conquanto estas não possuam o “sentimento da própria dignidade”,³⁰³ contudo, podem ter sua reputação ofendida por estimativas desabonadoras.

297 - Admite-se a prova da verdade, salvo: I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível; II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no n. I do art. 131; III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

298 - Parágrafo único. A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

299 - DELMANTO, Celso - Código Penal comentado, p. 235.

300 - Sentença de 7 de dezembro do Tribunal Constitucional Espanhol apud (TORRE, Ignacio Berdugo Gomez de la Torre - Honor y libertad de expresión, p. 123, n. 273).

301 - CUPIS, Adriano de - op. cit., p. 114.

302 - Apud CAVERO, José Martínez de Pisón - El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional, p. 104.

303 - CUPIS, Adriano de - op. cit., p. 113. Segundo Celso Delmanto (op. cit., p. 138) a admissibilidade da pessoa jurídica como sujeito passivo de crimes contra a honra seria matéria controvertida na práxis jurídica brasileira. Para alguns autores, a pessoa jurídica poderia ser vítima somente do crime de difamação. Contra essa posição, haveria julgados de tribunais que não aceitariam a pessoa jurídica como sujeito passivo nem sequer no crime de difamação, salvo nos delitos (calúnia, difamação e injúria) da Lei de Imprensa. De acordo com José Castan Tobeñas (op. cit., p. 51) a proteção da honra é extensiva, entre os indivíduos, aos menores e incapazes.

3.2 - Direito à intimidade

Um dos novos direitos surgidos com o advento das sociedades industriais modernas, a intimidade³⁰⁴ pode ser definida “como o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere a ela só”.³⁰⁵

A necessidade de “*keep his own affairs to himself and the abandonment of publicity as a means of ensuring conformity to social codes*”³⁰⁶ era desconhecida dos antigos, cuja vida transcorria em espaços públicos. Aquela necessidade surge historicamente somente quando a burguesia se universaliza como classe social, e o avanço tecnológico aumenta as possibilidades de violação da cidadela da intimidade da pessoa humana.³⁰⁷ Nem mesmo as primeiras declarações de direitos fizeram menção ao direito à intimidade. O primeiro texto internacional a proteger a intimidade foi a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em Bogotá no dia 02 de maio de 1948, no seu art. 5º. Logo em seguida, a Declaração Universal dos Direitos

304 - A terminologia utilizada para designar esse direito é muito variada. Nos EUA, ele é denominado por *right of privacy*. Em França, recebe as denominações de *droit a la vie privée* e *droit a l'intimité*. Na Itália domina a locução *diritto alla riservatezza*, conquanto haja autores, especialmente os civilistas (como Francesco Carnelutti e Antonino Cataudella), preferem a expressão *diritto alla vita privata*. Na Espanha, é utilizada expressão *derecho a la intimidad*. Na Alemanha, é chamado por direito à esfera secreta da própria pessoa (Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes - Sigilo bancário, direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade. In: Repertório IOB de Jurisprudência, p. 436 - informam que a Corte Constitucional alemã, com base na Lei Fundamental daquele país, reconheceu a “existência de um direito fundamental a autodeterminação sobre as informações de caráter pessoal - *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*”). A discrepância vertida reflete-se na doutrina nacional: René A. Dotti (op. cit., p. 22 e ss) prefere direito à vida privada; Tercio Sampaio Ferraz Junior (Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In: Revista da Faculdade de Direito USP, p. 439) e José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 183) usam direito à privacidade, embora essa expressão seja empregada pelos últimos autores num âmbito mais geral que parece abranger as esferas secreta, íntima e privada das pessoas. Neste trabalho, optou-se pelo termo intimidade porque, além de ser o mais usado entre os povos de origem latina, o é constitucionalmente empregado.

305 - CUPIS, Adriano de - op. cit., p. 129. Nesse sentido também é a opinião de R. Pound (apud CATAUDELLA, Antonino - La tutela civile della vita privata, p. 4. n. 8) ao entender configurar-se exigência do indivíduo que “*his private personal affairs shall not be laid bare to the world and be discussed by strangers*”.

306 - HIXSON, Richard - Privacy in a Public Society, p. XV.

307 - CAVERO, José Martínez de Pisón - op. cit., p. 88.

Humanos, aprovada em Nova York, no dia 10 de dezembro de 1948, pela ONU, no seu art. 12, reconhece o direito à intimidade (ver nota 4 deste capítulo).

Parece existir *communis opinio* de que o direito à intimidade, na acepção atual do termo, teve sua origem doutrinária no direito anglo-americano, através do famoso artigo intitulado “*The right to privacy*”, publicado na *Harvard Law Review*, em 15 de dezembro de 1890, firmado pelos advogados Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis.³⁰⁸

Com efeito, afirmam Warren e Brandeis, no aludido texto, que o objetivo dos mesmos é investigar a existência de algum princípio legal que pudessem ser invocado para amparar a intimidade das pessoas. E, em existindo tal princípio, determinar a natureza e o alcance da proteção.³⁰⁹ Assim, partindo da premissa de que a completa proteção da pessoa e da propriedade é um princípio tão antigo quanto o *common law*, os autores consideram que “*the common law secures to each individual the right of determining, ordinarily, to what extent his thoughts, sentiments, and emotions shall be communicated to others*”.³¹⁰ Aduzem que o direito à intimidade não é um “*principle of private property, but of an inviolate personality*”.³¹¹ Concluem asseverando que, limitado como qualquer direito necessariamente deve ser, “*the right to privacy does not prohibit any publication of matter which is of public or general interest*”.³¹²

Warren e Brandeis utilizam no seu estudo, além da expressão *right to privacy*, também uma outra para designar o direito a intimidade. Trata-se da locução *right to be let alone*, formulada originalmente pelo Juiz Cooley em sua obra de 1873: “*The elements of torts*”. Estimaram os autores que “*the protection afforded to thoughts, sentiments, and emotions, expressed through the medium of writing or of the arts, so far as it consists in preventing publication, is*

308 - HERRERO-TEJEDOR, Fernando - op. cit., p. 35; TORRE, I. Berdugo Gómez de la - op. cit., 59; CAVERO, José Martínez de Pisón - op. cit., p. 26; DOTTI, René A - op. cit., 52; HIXSON, Richard - op. cit., p. 29, textualmente: “*the right of privacy in American common law has its roots in the famous Warren and Brandeis article of 1890, which propounded the concept as independent from the rights of property, contract, and trust*”.

309 - WARREN, Samuel D e BRANDEIS, Louis D - *The right to privacy*. In: *Harvard Law Review*, p. 197.

310 - WARREN, Samuel D e BRANDEIS, Louis D - op. cit., p. 193 e 198.

311 - WARREN, Samuel D e BRANDEIS, Louis D - *Idem*, p. 205.

312 - WARREN, Samuel D e BRANDEIS, Louis D - *Idem*, p. 214.

merely an instance of the enforcement of the more general right of the individual to be let alone".³¹³

A intimidade, como exigência moral da personalidade para que em determinadas situações seja o indivíduo deixado em paz, constituindo um direito de controlar a indiscrição alheia nos assuntos privados que só a ele interessa, tem como um de seus fundamentos o princípio da exclusividade, formulado por Hannah Arendt com base em Kant.³¹⁴ Esse princípio, visando a amparar a pessoa dos riscos oriundos da pressão social niveladora e da força do poder político, comporta essencialmente três exigências: "a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência de sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações)".³¹⁵

Com efeito, a doutrina alemã, debruçando-se sobre o conteúdo do direito à intimidade, vislumbra a existência de três esferas: (a) *Privatsphäre* (esfera da vida privada) - a mais ampla das esferas, abarcando todas as matérias relacionadas com as notícias e expressões que a pessoa deseja excluir do conhecimentos de terceiros. Ex.: imagem física, comportamentos que mesmo situados fora do domicílio, só devem ser conhecidos por aqueles que travam regularmente contacto com a pessoa. (b) *Vertrauensphäre* (esfera confidencial) - incluindo aquilo que o indivíduo leva ao conhecimento de outra pessoa de sua confiança, ficando excluído o público em geral e as pessoas pertencentes ao ciclo da vida privada e familiar. Ex.: correspondência, memoriais, etc. (c) *Geheimisphäre* (esfera do secreto) - compreendendo os assuntos que não de-

313 - WARREN, Samuel D e BRANDEIS, Louis D - Idem, p. 205. Tem-se sugerido que a frase do juiz Cooley *the right to be let alone* seria preferível à expressão de Warren-Brandeis *the right to privacy*. Nesta linha de idéias é a opinião de Milton R. Konvitz (apud Richard F. Hixson - op. cit., pp. 33-34): "Milton R. Konvitz has drawn a more than subtle distinction. Cooley's phrase, 'the right to be let alone,' is preferable to the Warren-Brandeis phrase, 'the right to privacy.' Konvitz suggests that the latter is at once more restrictive and more general, for it suggests what has been withdrawn from public view - the marital bedroom or a respectable married woman's past immoral life. It suggests secrecy and darkness, elements of the private life that are detrimental to public welfare. Privacy, Konvitz notes, may also be essential to acts performed in public view, such as membership in an organization or worshiping in a church or synagogue. A person may be asserting his or her right of 'privacy' when they dress in an unorthodox way or when they 'loaf' in a public park. A person may claim the right to be let alone when he acts publicly or when he acts privately," Konvitz points out. Judge Cooley's right implies the kind of space a person may carry anywhere, into the bedroom or into the street".

314 - FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio - op. cit., p. 441.

315 - FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio - Idem, pp. 441-442.

vem chegar ao conhecimento dos outros devido à natureza extremamente reservada dos mesmos.³¹⁶

Por seu turno, a doutrina italiana diferencia na chamada zona privada o direito à intimidade do direito ao segredo, sob o fundamento de que este último exaspera o âmbito do privado.³¹⁷ Nessa linha de idéias, Adriano de Cupis assevera que o direito ao segredo se revela um aspecto singular do direito à intimidade. É dizer: que existem determinadas manifestações da pessoa que são totalmente inacessíveis ao conhecimento dos outros, ou seja, secretas; constituindo ilícito não apenas divulgar aquelas manifestações, porém, igualmente, tomar conhecimentos das mesmas e revelá-las, sendo irrelevante a quantas pessoas.³¹⁸ Seguindo o mesmo diapasão, Antonino Cataudella considera relevante a distinção entre segredo e intimidade, especialmente porque *"l'interesse al segreto viene violato anche dalla semplice rivelazione delle notizie a soggetto che non ne era a conoscenza... mentre, per violare l'interesse al riserbo, occorre qualcosa di più: cioè la diffusione della notizia"*.³¹⁹

Assim, o direito à intimidade alcança a descrição pessoal atinente aos acontecimentos e desenvolvimento da vida do sujeito, dentre outros, aos seguintes aspectos: confidenciais, informes de ordem pessoal (dados pessoais),

316 - HERRERO-TEJEDOR, Fernando - op. cit., pp. 80-81. Nesse sentido, Robert Alexy (Teoria de los derechos fundamentales, p. 349 e ss) alude que o Tribunal Constitucional Alemão elabora a teoria das esferas distinguindo-as em (1) *esfera mais interna* ("âmbito último intangível da liberdade humana", "âmbito mais interno (íntimo)", "esfera íntima intangível", "âmbito núcleo absolutamente protegido da organização da vida privada"); (2) *esfera privada ampla*: englobando o âmbito privado à medida que não pertença à esfera mais interna; (3) *esfera social*: abrangendo tudo que não tem que ser incluído na esfera privada ampla.

317 - CARNELUTTI, Francesco - op. cit., p. 143.

318 - CUPIS, Adriano de - op. cit., p. 47. Esse mesmo autor, noutra sede (Teoria e pratica del diritto civile, p. 125), igualmente averba: *"esistendo il diritto al segreto, non è illecito soltanto il divulgare tali manifestazioni, ma anche il prenderne conoscenza, e il rivelarle, non importa a quanti soggetti"*.

319 - CATAUDELLA, Antonino - op. cit., pp. 86-87. Esta distinção também é realizada por Carlos Alberto Bittar (op. cit., pp. 114-115) nos seguintes termos: "em nosso entender, há elementos identificadores de cada qual, que permitem a particularização do direito ao segredo, compreendendo-se: o sigilo pessoal; o sigilo documental; o sigilo profissional e o sigilo comercial. Assim, separando-se as duas figuras, tem-se que, enquanto o direito à intimidade envolve aspectos mais amplos da esfera privada propriamente dita (retro-apontados, abrangendo a pessoa em sua introspecção e na extensão do lar, da comunicação direta e da correspondência), o sigilo refere-se a fatos específicos, conservados no âmago da consciência, por não convir ao interessado a sua divulgação, seja em virtude de razões personalíssimas (confidenciais), seja em razão de atividade profissional ou comercial".

lembranças de família, sepultura, vida amorosa ou conjugal, saúde física e mental, afeições, entretenimentos, costumes domésticos e atividades negociais reservados pela pessoa para si e para seus familiares ou pequeno círculo de amizade.³²⁰

William Prosser, após realizar uma pesquisa jurisprudencial, resumiu em quatro categorias as formas de invasão da intimidade que os tribunais usualmente resolviam:

(1) a violação do âmbito da pessoa atinente ao retiro, à solidão ou a assuntos privados, independente dos meios utilizados - físico, visual ou eletrônico; (2) divulgação pública de fatos privados, mormente daqueles aptos a causar embaraço as pessoas; (3) divulgação pública de fatos falsos imputados a um indivíduo; (4) apropriação do nome, imagem ou de outros atributos da personalidade sem o consentimento do interessado, com o ânimo de auferir lucro.³²¹

A primeira demanda, na qual o direito à intimidade é expressamente reconhecido, ocorreu em 1892, quando um juiz de Nova York, apreciando o caso *Schuyler v. Curtis* fez uso das idéias expostas por Warren e Brandeis no artigo publicado dois anos antes: *the right to privacy*. Nesse precedente, estabeleceu-se já uma importante distinção: a proteção da intimidade difere quando se trata de pessoas públicas e quando se trata de pessoas privadas. Pronunciou-se assim o juiz no mencionado precedente:

The moment one voluntarily places himself before the public, either in accepting public office, or in becoming a candidate for office, or as an artist or literary man, he surrenders his right to privacy, and obviously cannot complain of any fair or reasonable description or portraiture of himself.³²²

320 - BITTAR, Carlos Alberto - op. cit., pp. 103-104. Ressalte-se que a proteção refere-se tanto à intimidade pessoal quanto à intimidade familiar (aliás, distinção claramente consignada nos textos constitucionais português - art. 26º.1 - e espanhol - art. 18.1), contudo, não se estende às pessoas jurídicas. Estas não podem "fruir" da intimidade, no dizer de René A. Dotti (op. cit., p. 95).

321 - Apud (CAVERO, José Martínez de Pisón - op. cit., pp. 32-33); DOTTI, René A - op. cit., p. 180.

322 - Apud (HIXSON, Richard F - op. cit., p. 38). Também Kenneth S. Devol (Mass media and the Supreme Court - The Legacy of the Warren Years, p. 260) com relação à questão das *newsworthy figures*, relata que "*the courts have generally held that when a person thrusts himself - or is thrust - into the public eye he gives up much of his right to privacy*".

Assim, o direito à intimidade oferece uma maior proteção aos cidadãos comuns do que aos homens públicos ou pessoas célebres, porquanto estes voluntariamente se expõem ao público, tendo que abdicar em parte de sua intimidade como preço da fama ou prestígio granjeados. Todavia, ressalte-se que as pessoas públicas sofrem uma *limitação* e não uma *supressão* de sua intimidade. Esta subsiste naquelas hipóteses em que sua divulgação adentra na esfera íntima da intimidade.³²³

Além da tutela constitucional, a intimidade pode ser resguardada no âmbito do direito penal e do direito civil.

Entre nós, não existe uma proteção expressa da intimidade dispensada pela legislação penal, embora no Código Penal se possa vislumbrar de forma indireta o amparo da intimidade em alguns delitos: violação de domicílio (art. 150); violação de correspondência (art. 151); sonegação ou destruição de correspondência (§1º); violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica (inciso II) e violação de correspondência comercial (art. 152).³²⁴ Acrescentem-se ainda os crimes contra a inviolabilidade dos segredos (arts. 153 e 154). Contudo, o anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal sugeriu diretamente a proteção da intimidade no art. 157: "Violação da intimidade - Violar, mediante processo técnico ou qualquer outro meio, o resguardo sobre fato, imagem, escrito ou palavra que alguém queira manter na esfera da vida privada".³²⁵

Na esfera civil, outrossim, não dispomos de uma adequada garantia da intimidade. Tal fato não sucede na Espanha que, logo após a promulgação da Constituição de 1978, aprovou a Lei Orgânica 1/82, de 5 de maio, de proteção civil à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem, regula-

323 - CUPIS, Adriano de - Teoria e pratica del diritto Civile, p. 139. Carlos Alberto Bittar (op. cit. p.104) aduz que a pessoa dotada de notoriedade preserva a sua confidencialidade: "assim, sobre fatos íntimos, sobre a vida familiar, sobre a reserva no domicílio e na correspondência não é lícita a comunicação sem consulta ao interessado".

324 - BITTAR, Carlos Alberto - op. cit., p. 105.

325 - CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR, Paulo José - Direito Penal na Constituição, pp. 15-16. Fernando Herrero-Tejedor (Los delitos contra el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen en el Proyecto de Código Penal de 1992. In: Poder Judicial, pp. 133-146) informa que na Espanha também a intimidade não dispunha de uma tutela penal apropriada, lacuna colmatada pelo Projeto de Lei Orgânica do Código Penal de 1992 ao regular a intimidade no Título IX "Dos delitos contra a intimidade e o domicílio", especialmente em seu capítulo I "Delitos contra a intimidade e o segredo das comunicações" (arts. 198 a 200).

mentando, assim, esses direitos, inscritos no art. 18.1 do texto constitucional espanhol.³²⁶

Convém mencionar que, embora em várias situações apareçam entrelaçados entre si, os direitos da personalidade à intimidade e à honra não devem ser confundidos, uma vez que revelam diferenças significativas. Com a proteção da intimidade, pretende-se assegurar uma parcela da personalidade que se reserva da indiscrição alheia para satisfazer exigências de isolamento moral do sujeito. Ao revés, com o direito à honra, procura-se preservar a personalidade de ofensas que a depreciem ou ataquem sua reputação. Vale dizer: a violação da intimidade “*no exige ni supone que quien lo ejecuta formule un juicio adverso o se ponga un rebajamiento moral de su víctima*”³²⁷ ou, o que dá no mesmo, o atentado à honra pode ocorrer independentemente de intromissões na esfera da intimidade do ofendido.³²⁸

3.3 - Direito a vida privada stricto sensu

Infere-se da exposição do item precedente que a expressão *vida privada* é empregada às vezes em sentido amplo e noutras ocasiões em sentido restrito. Na primeira acepção, equivale ao termo *intimidade*, conforme utilizado neste trabalho. Isto é, no sentido amplo de realizar a proteção daquela parte

326 - Conforme observa José Martínez de Pisón Caveró (op. cit., pp. 89-90), o art. 7º desta lei é o mais citado porque nele o legislador descreve quais as formas ilegítimas de invasões da intimidade, da honra e da própria imagem: “*Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta Ley: 1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas. 2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio, para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción. 3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo. 4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela. 5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8º.2. 6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. 7. La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena*”.

327 - Nova Monreal, apud (CAVERO, José Martínez de Pisón - op. cit., p. 102).

328 - DOTTI, René Ariel - op. cit., p. 85.

da personalidade que se deseja ver preservada do conhecimento do público (ver nota 33 deste capítulo). Na segunda acepção, a locução vida privada *stricto sensu* significa apenas uma das esferas da intimidade (ver nota 45 deste capítulo).

Pois bem, a Constituição Federal de 1988 resolveu tutelar de forma autônoma o conceito *vida privada* (art. 5º, X), distinguindo-o da figura *intimidade*. Assim, ao albergar no texto constitucional a vida privada ao lado da intimidade, presume-se que o constituinte utilizou a expressão vida privada em sentido estrito, ou seja, como uma das esferas da intimidade.

Como fonte inspiradora da distinção constitucional entre intimidade e vida privada, além da teoria tedesca das esferas da intimidade, pode-se mencionar a práxis jurídica francesa, que considera o direito à intimidade apenas como um aspecto mais restrito do direito à vida privada, denominado de *intimidade da vida privada* pela Lei francesa de 17.7.1970.³²⁹

Nesse sentido, a jurisprudência francesa tem entendido que o art. 9º do Código Civil (com a reforma realizada pela Lei de 1970) refere-se à agressão da intimidade da vida privada, ou seja, “ao que é essencial na vida privada de uma pessoa”. Corroborando essa acepção de intimidade como algo mais restrito que vida privada, Hebarre assevera que “aquela é um círculo concêntrico e de menor raio que a outra”.³³⁰

Nessa mesma linha de argumentação, Darcy Arruda Miranda pondera que hodiernamente se procura separar a vida privada da vida íntima (familiar, doméstica). Aduz o autor que existiriam fatos atinentes ao mundo dos negócios ou das próprias relações pessoais entre os cidadãos, que apenas a estes dizem respeito, não justificando o interesse do público no conhecimento dos mesmos. Assim, propõe que devem ser considerados como pertencentes a vida privada da pessoa, “não só os fatos da vida íntima, como todos aqueles em que seja nenhum o interesse da sociedade de que faz parte”.³³¹

Outrossim, Tércio Sampaio Ferraz Júnior considera a *intimidade* como um âmbito mais exclusivo da *vida privada*. Como exemplos de manifestações

329 - DOTTI, René Ariel - Idem, p. 67. Esclarece esse autor que a expressão *intimidade da vida privada*, *stricto sensu*, utilizada pelos franceses, difere do termo *intimidade* em sentido amplo de que fazem uso especialmente os autores italianos, ingleses e americanos para assinalar a “vida privada”. Como se observa, no item precedente deste estudo, vem-se utilizando o termo *intimidade em sentido lato*, quando o empregarmos em *sentido estrito*, lançaremos mãos da frase *intimidade da vida privada*.

330 - DOTTI, René Ariel - Idem, p. 69.

331 - MIRANDA, Darcy Arruda - Comentários à lei de imprensa, p. 279.

da intimidade oferece: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange. Já a vida privada, segundo o referido autor, encerraria as “situações de opção pessoal (como a escolha do regime de bens no casamento)” que, em determinadas ocasiões, “podem requerer a comunicação a terceiros (na aquisição, por exemplo, de um bem imóvel)”. Nessa “forma de repercussão” experimentada pela vida privada, residiria o seu *discrímen* com relação a intimidade.³³²

Ademais, convém anotar que embora reconhecida por todos a necessidade de “*la vie privée doit être murée*”,³³³ não se deve perder de vista que para a delimitação do âmbito da vida privada é de curial importância o comportamento da pessoa, bem como a sua inserção na vida social.³³⁴

3.4 - Direito à imagem

Se para o lexicógrafo Aurélio Buarque de Holanda o termo *imagem*, originário do latim *imagine*, significa a “representação gráfica, plástica ou fotográfica da *pessoa* ou *objeto*; ou a representação dinâmica, cinematográfica ou televisada, de *pessoa*, *animal*, *objeto*, etc”. Entretanto, para a ordem jurídica, a idéia de imagem não é assegurada nesse sentido lato, restringe-se à reprodução dos traços físicos da *figura humana* sobre um suporte material qualquer.³³⁵ É dizer: o direito à imagem, em linguagem jurídica, “*comprende la facultad que toda persona tiene para disponer de su apariencia, autorizando o no la captación y difusión de ella*”.³³⁶

332 - FERRAZ Jr., Tércio Sampaio - op. cit., pp. 442-443.

333 - Famoso dogma de Royer-Collard, Apud (CATAUDELLA, Antonino - op. cit., p. 4. n. 6).

334 - TORRE, Ignacio Berdugo Gomez de la - op. cit., p. 123.

335 - Diccionario de la Real Academia, apud (Herrero-Tejedor, Fernando - op. cit., p. 93).

336 - ZANNONI, Eduardo A e BÍSCARO, Beatriz R - Responsabilidad de los medios de prensa, p. 105. Para Walter Morais (Direito à própria imagem, parte I. In: Revista dos Tribunais, pp. 64-65), autor de um dos mais eruditos estudos sobre a matéria entre nós, “toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é *imagem* para o Direito. A idéia de imagem não se restringe, portanto, à representação do aspecto visual da pessoa pela arte da pintura, da escultura, do desenho, da fotografia, da figuração caricata ou decorativa, da reprodução em manequins e máscaras. Compreende, além, a imagem sonora da fotografia e da radiodifusão, e os gestos, expressões dinâmicas da personalidade”.

Embora o art. 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988 ampare a incolumidade da imagem física das pessoas como um direito subjetivo autônomo da personalidade, contudo, a proteção constitucional não se limita ao semblante ou a rosto, estende-se a qualquer parte do corpo humano, como a “reprodução de um pé, de um braço, de uma mão, de um busto”.³³⁷ Em suma, o direito à imagem abrange não só a face da pessoa humana, alcança também a qualquer parte distinta de seu corpo.³³⁸

Por outro lado, a efígie humana pode ser reproduzida pelos mais diversos meios e instrumentos, abarcando, além das “formas estáticas de representação (fotografias, pintura, fotograma, escultura, holografia)”, também “as dinâmicas (cinema, vídeo)”.³³⁹

Afirma-se que a origem doutrinária do direito à imagem está relacionada com o direito à intimidade.³⁴⁰ Com efeito, Warren e Brandeis no seu artigo fazem alusão à imagem como uma das manifestações do *right to privacy*: “if, then, the decisions indicate a general right to privacy for thoughts, emotions, and sensations, these should receive the same protection, whether expressed in writing, or in conduct, in conversation, in attitudes, or in facial expression”.³⁴¹ Na Euro-

337 - Antonio Chaves, apud (BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo Notaroberto - Direito à própria imagem: aspectos fundamentais, p. 25).

338 - Entendida a proteção constitucional da imagem, conforme manifestação jurisprudencial, citada por Fernando Herrero-Tejedor (op. cit., p. 97), como “à imagem física da pessoa, a sua forma e características físicas” e não “à imagem pública” de um sujeito. Ademais, o *direito à imagem*, limitado à figura da pessoa humana, não alcança, de acordo com arguta opinião de Walter Morais (op. cit., parte I, p. 65), a pessoa jurídica que não possui imagem, mas símbolo, ou a “imagem” das coisas, ou de animais.

339 - BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo Notaroberto - Idem, ibidem. Walter Morais (Direito à própria imagem, parte II, pp. 17-18) recolhe como objeto do direito à imagem, dentre outras, as seguintes expressões da imagem da pessoa humana: retratos, fotografias, bustos, pinturas, esculturas, estátuas, quadros, desenhos, entalhes, caricaturas, cinemas, impressões gráficas, obras de arte figurativa, retratos fotográficos, retratos pintados, retratos esculpidos, retratos cinematográficos, reproduções de retratos, fotografias de operações cirúrgicas, tutela da imagem da televisão, da radiodifusão, da fotografia, da gravação magnética sonora e visual.

340 - HERRERO-TEJEDOR, Fernando - op. cit., p. 94; BITTAR, Carlos Alberto - op. cit., p. 88.

341 - WARREN, Samuel D e BRANDEIS, Louis D - op. cit., p. 206. Grifado. Richard F. Hixson (op. cit., pp. 40-41) observa que no “*leading privacy case Pavesich v. New England Life Insurance Co. (1905)*”, a Corte de Georgia “*established a strong precedent for one aspect of the privacy concept, the unauthorized use of an individual’s picture*”. Ademais, esse último autor cita a lei de Nova York de 1903 sobre direitos civis, que estabelece: “*A person, firm, or corporation that uses for advertising purposes, or for the purpose of trade, the name, portrait or picture of any living person without having first obtained the written consent of such person or, if a minor, of his or her parent or guardian, is guilty of a misdemeanor*”.

pa, a Alemanha é apontada como o país pioneiro a ocupar-se sobre o *Recht am eigenen Bild* (direito à própria imagem). Primeiramente com a lei da fotografia de 10-01-1876, e em seguida com a monografia de Keissne, de 1896: "*Das Recht am eigenen Bilde*".³⁴²

Inicialmente considerado como uma simples manifestação do direito à intimidade, todavia o direito da pessoa sobre sua própria imagem distingue-se do direito à intimidade, apesar de que em certas ocasiões ambos os direitos apareçam conectados.³⁴³ Assim, é normal ocorrer situações em que se verifica a disposição da imagem sem contudo atingir as esferas secreta, íntima ou da vida privada *stricto sensu* do sujeito. Por exemplo, uma pessoa ao autorizar a publicação ou exposição pública de seu retrato para determinado fim, estará dispondo de sua imagem e provavelmente de sua intimidade. Ao permitir, depois, o uso do mesmo retrato para fins e sob condições diversas da primeira publicação, não há que se cogitar neste segundo momento sobre a intimidade, devassada já com a primeira exposição.³⁴⁴ Isto é, na hipótese de republicação de retrato, o objeto do direito é apenas a imagem e não a intimidade, vez que esta já fora invadida quando da primeira publicação.³⁴⁵

O direito à própria imagem, outrossim, não se confunde com o direito à honra, conquanto seja reconhecida a grande importância histórica deste para a afirmação daquele, sendo inclusive considerado o direito à honra como um berço para o direito à imagem.³⁴⁶

A tese da subsunção do direito à imagem ao direito à honra, que se mantém atual, teve renovado impulso com a publicação do Código Civil italiano de 1942. Este, no seu art. 10, prescreveu como hipótese de violação

342 - MORAIS, Walter - op. cit., parte I, pp. 65-66; HERRERO-TEJEDOR, Fernando - op. cit., p. 94. Contudo esse último autor, citando Visintini, informa que o primeiro reconhecimento legislativo do direito à imagem na Alemanha foi em 1907, "*ante el clamor suscitado por el comportamiento de dos fotógrafos que habían reproducido la imagen del Canciller Bismarck en el lecho de muerte, contra la voluntad de sus parientes*".

343 - Defendendo a imagem como um aspecto do direito à intimidade, podem-se mencionar, dentre outros, os autores: Adriano de Cupis (op. cit., p. 129 e ss); Antonino Cataudella (op. cit., p. 109 e ss); José Castan Tobeñas (op. cit., p. 56 e ss).

344 - MORAIS, Walter - op. cit., p. 71.

345 - BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo Notaroberto - op. cit., 39.

346 - MORAIS, Walter - op. cit., p. 68.

da imagem da pessoa humana ou de seus parentes a “*esposizione o pubblicazione arrecante pregiudizio al decoro o alla reputazione*”.³⁴⁷

Esse dispositivo do Código Civil italiano é geralmente apontado como responsável pela tendência da legislação brasileira que prepara a reformulação do Código Civil Pátrio (sobretudo o Anteprojeto Orlando Gomes³⁴⁸ e Projeto de Lei 634/B/75³⁴⁹) em consagrar o direito à própria imagem como dependente do direito à honra.³⁵⁰

Todavia, a tese de que o direito à honra absorve o direito à imagem não se justifica porque “*l’esposizione o pubblicazione dell’immagine può essere illegittima, anche se non arrechi pregiudizio al decoro o alla reputazione*”.³⁵¹ Por exemplo, constitui violação do direito à própria imagem, sem atingir o direito à honra, a publicação da fotografia de uma pessoa para fins comerciais sem a sua anuência, “mesmo que a publicação em si mesma só pudesse vir a lisonjear-lhe a vaidade”.³⁵²

347 - CUPIS, Adriano de - Teoria e pratica del diritto civile, p. 127. Todavia, de acordo com exegese desse autor (Os direitos da personalidade, pp. 131-132), o art. 10 do Código Civil Italiano não eliminou a autonomia do direito à imagem: “de facto, resulta do art. 10º do Código Civil que a imagem da pessoa não pode ser ‘exposta ou publicada’ por outros, e para esta proibição não se exige que ela tenha sido reproduzida em circunstâncias e em ambiente subtraídos à vista de terceiros. Além disto, o mesmo art. 10º prevê que a imagem tenha sido exposta ou publicada ‘com prejuízo do decoro ou da reputação da pessoa’, mas trata-se de uma hipótese especial, perfeitamente distinta. A longa luta que o direito à imagem tem sustentado para diferenciar-se do direito à honra, terminou vitoriosamente, também na nossa lei. O direito à imagem não é absorvido pelo direito à honra, intervindo o ordenamento jurídico contra as abusivas exposições ou publicações, mesmo que não se ofenda o decoro ou a reputação”

348 - Art. 35 - Reprodução da imagem - A publicação, a exposição ou a utilização não autorizadas da imagem de uma pessoa podem ser proibidas a seu requerimento, sem prejuízo da indenização que couber. §1º A proibição só se justifica se da reprodução resultar atentado à honra, à boa fama, à respeitabilidade da pessoa, ou se destinar a fins comerciais.

349 - Art. 21. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a difusão de escritos, a transmissão da palavra ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

350 - BERTI, Silma Mendes - Direito à própria imagem, p. 89; BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo Notaroberto Barbosa - op. cit., p. 45.

351 - CUPIS, Adriano - Teoria e pratica del diritto civile, p. 127.

352 - MORAIS, Walter - op. cit., p. 69, textualmente: “como poderia ela explicar, por exemplo, a pretensão e a ação de uma pessoa contra a outra que lhe usasse a fotografia como se fora própria? Mesmo que isso não importasse ofensa alguma à honra, haveria o direito de impedir e de reparar dentro da esfera da tutela da personalidade. Como, por outro lado, poderia a tese da honra explicar o direito que tem a pessoa de proibir a publicação de sua fotografia em promoções comerciais,

Costuma-se indicar duas ordens de limitações à faculdade que o *jus imaginis* confere ao seu titular de dispor exclusivamente de sua “forma física”: a primeira, dizendo respeito à própria natureza de direito essencial da pessoa; a segunda, visando a atender interesses da coletividade.³⁵³

No primeiro caso, incluem-se as limitações decorrentes da faculdade reconhecida à pessoa para dispor do direito à própria imagem, cabendo a ela decidir sobre a captação ou exposição de sua imagem. Contudo, se o seu titular pode exercer atos de disposição sobre o direito à própria imagem livremente, não pode privar-se totalmente do mesmo, em razão de ser esse um direito da personalidade (e portanto, inalienável, irrenunciável, inexpropriável, intransmissível e imprescritível).³⁵⁴

No segundo caso, as limitações não são criadas pelo titular do direito à imagem, mas por ele suportadas em razão do interesse público.³⁵⁵ Baseados especialmente na legislação italiana (art. 10 do Código Civil e art. 97 da Lei de 22 de abril de 1941), os autores enumeram as seguintes hipóteses:

a) *notoriedade* - as pessoas célebres, em face do interesse que despertam na sociedade, sofrem restrição no seu direito à imagem. Admite-se que elas tacitamente consentem na propagação de sua imagem como uma consequência natural da própria notoriedade que desfrutam. Todavia, considera-se que a notoriedade não provém apenas da fortuna ou mérito da pessoa, alcançada por meio da arte, ciência, desporto ou política, mas podendo surgir independentemente da vontade pessoal, notadamente naquelas situações em que as

mesmo que a publicação em si mesma só pudesse vir a lisonjear-lhe a vaidade?”. Além dos direitos à intimidade e à honra, o direito à imagem igualmente não se confunde com outros direitos: direito moral do autor, direito à identidade pessoal, direito ao próprio corpo, direito à liberdade, direito ao patrimônio moral da pessoa e direito de propriedade. Sobre esse último aspecto, cf. Walter Morais (op. cit., pp. 71 e ss); Silma Mendes Berti (op. cit., pp. 69 e ss); Alvaro A. do Cabo N. Barbosa (op. cit., p. 30 e ss).

353 - CUPIS, Adriano de - Os direitos da personalidade, p. 135 e ss; MORAIS, Walter - op. cit., p. 23 e ss; BARBOSA, Alvaro A. do Cabo N - op. cit., p. 78 e ss; BERTI, Silma Mendes - op. cit., p. 51 e ss.

354 - Nesse sentido, Walter Morais (op. cit., p. 23) expõe que o sujeito não pode alienar a sua própria imagem ou o seu direito à ela, tampouco “transferir, nem renunciar, nem transmitir aos sucessores tal direito e tal bem, nem dele ser expropriado por ação do Estado”. Por outro lado, adverte Adriano de Cupis (op. cit., p. 135) que a eficácia do consentimento do titular do direito à imagem cinge-se “aos limites em que ele for dado. Primeiramente, o consentimento é eficaz apenas em relação à pessoa ou pessoas a quem foi dado; quanto a todas as outras o *jus imaginis* continua inalterável, subsistindo o poder de consentir ou recusar a exposição”.

355 - BERTI, Silma Mendes - op. cit., p. 52.

pessoas são envolvidas como “vítimas de desgraças, de destinos anormais, de delitos”.³⁵⁶

b) *acontecimentos de interesse público ou realizados em público* - conforme prescreve a citada lei italiana, não se exige o consentimento do sujeito quando a divulgação de sua imagem estiver ligada a fatos, acontecimentos ou cerimônias de interesse público ou realizadas em público. Por exemplo, nos casos de “tumultos populares, inaugurações de monumentos, revistas militares, embarques de tropas para uma guerra, cortejos fúnebres de homens célebres, cerimônias solenes, incêndios, desastres em geral”.³⁵⁷

c) *interesse científico, didático ou cultural* - prevista pela lei italiana, essa hipótese justifica a publicação da imagem de uma pessoa quando se visa a alcançar fins científicos, didáticos ou culturais. Quando se tratar de publicação de cirurgias realizadas em pacientes para divulgação de novas técnicas ou avanços alcançados pela medicina, contudo, os profissionais devem “evitar a cognoscibilidade do paciente fotografado, ocultando-lhe o rosto ou, ao menos, os olhos. A não observância destes cuidados pode resultar em ilicitude da publicação, quando feita sem o consentimento do paciente retratado”.³⁵⁸

d) *interesse da ordem pública* - Diz respeito à necessidade de divulgar a imagem da pessoa para atender “interesses da administração da justiça e da segurança pública”.³⁵⁹ Ou seja, para atender necessidades judiciais e policiais, conforme declara a lei italiana.³⁶⁰ Entre nós, o art. 20 do referido Projeto de Lei 634-B/75, que trata sobre a mudança do Código Civil, referindo-se à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, estabelece: “sal-

356 - CUPIS, Adriano de - op. cit., p. 137, n. 84. Nesse sentido, também, Silma Mendes Berti (op.cit., pp. 55-56), ao asseverar que as pessoas “vítimas de atos criminosos, vítimas de sinistros naturais, bem assim seus familiares, sem qualquer pretensão de exhibir-se, transformam-se em figuras públicas e despertam o interesse geral no conhecimento de sua imagem. E, providas de ocasional notoriedade, não podem opor-se à livre difusão da própria imagem, que, neste caso, tem a finalidade de satisfazer as exigências da pública informação, que se sobrepõe ao interesse privado”. Alvaro A. do Cabo N. Barbosa (op. cit., p. 82) chama à atenção para o fato de que a divulgação da imagem de pessoas célebres deve cumprir uma finalidade informativa, por exemplo, “o uso comercial da imagem de pessoa célebre é totalmente vedado sem o seu consentimento”.

357 - Ferrara, apud Adriano de Cupis, op. cit., p. 138, n. 88.

358 - BERTI, Silma Mendes - op.cit., p. 61. Nesse sentido, é a Lei brasileira 5.988, de 14 de dezembro de 1973, que no seu art. 90 dispõe: “A exposição, difusão ou exibição de fotografias ou filmes de operações cirúrgicas dependem da autorização do cirurgião e da pessoa operada. Se esta for falecida, da do seu cônjuge ou herdeiros”.

359 - MORAIS, Walter - op. cit., p. 23.

360 - Apud (Adriano de Cupis, op. cit., p. 138).

vo se autorizadas, ou se necessárias à administração de justiça ou à manutenção da ordem pública... a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas...". Deve-se ponderar que o réu não fica privado inteiramente de seu direito à própria imagem: "fora das atuações imprescindíveis e diretamente relacionadas com o delito cometido, pode ele opor-se à divulgação de suas fotografias".³⁶¹

Todavia, no Brasil é comum observar-se o lamentável espetáculo de pessoas apontadas como autoras de infrações à lei procurando desesperadamente fugir das câmeras de televisão ou detentos coagidos para ser filmados nas celas das delegacias de polícia. Verifica-se semelhante procedimento vexatório na imprensa escrita, principalmente em jornais que estampam em suas páginas policiais fotografias de "criminosos" às vezes seminus. Porém, fotografar ou filmar pessoas detidas ou suspeitas de perpetrarem infrações à lei, sem o consentimento das mesmas, além de constituir violação do direito à imagem daquelas pessoas, expõe ainda à execração pública cidadãos que geralmente não foram julgados e condenados por sentença transitada em julgada, sendo, pois, presumivelmente inocentes (CF, art. 5º, LVII).

Ademais, quando a imagem de pessoas envolvidas com a prática de delitos for violada com o concurso de autoridade pública, estar-se-á diante de caso de abuso de autoridade. O art. 4º, alínea "b" da Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade, diz que constitui abuso de autoridade "submeter pessoas sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei". Assim, a autoridade policial, v. g., que efetuar a prisão não deve permitir que o preso (que está sob sua custódia) seja fotografado ou filmado contra a vontade do mesmo, sob pena de praticar abuso de autoridade.³⁶²

361 - Gitrama, apud (Silma Mendes Berti, op. cit., p. 64). A opinião de Paulo José da Costa Júnior (apud DOTTI, René Ariel - op. cit., p. 201) é inclusive no sentido de que "não se justificaria, entretanto, publicar a fotografia de um condenado, que já tivesse recebido a pena e que não mereceria, conseqüentemente, tê-la ainda agravada, pela sua divulgação desnecessária".

362 - Vêm-se adotando várias medidas para coibir a violação do direito à própria imagem de pessoas envolvidas com transgressões à lei: a Secretária de Justiça e da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro expediu resolução proibindo que as pessoas presas em flagrante ou suspeitas de praticar ato delituoso fossem fotografadas ou filmadas contra a vontade das mesmas, "acabando um dos esportes prediletos dos delegados de polícia e dos órgãos de comunicação do Brasil" (Revista Veja, 03-04-1991); nesse sentido, também, o governo do Estado do Paraná elaborou o Decreto n. 465, de 11-06-1992; em São Paulo, a Corregedoria da Polícia redigiu portaria, em 24-03-1992, determinando que os presos só poderão ser entrevistados ou apresentados à imprensa

No direito positivo brasileiro, não havia proteção expressa à imagem antes de o atual texto constitucional dispor que a imagem das pessoas é um bem inviolável, assegurando direito à indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação (CF, art. 5º, X).

Os Tribunais brasileiros entendiam, entretanto, que o direito à própria imagem tinha amparo no art. 666, X, do Código Civil.³⁶³

Posteriormente, a Lei n. 6.988, de 1973, que trata sobre direito de autor, no seu art. 49, I, "f", versando sobre o mesmo tema, derogou o citado dispositivo do Código Civil.

A Lei n. 6.368, de 21-10-1976, que dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, no art. 26, prescreve: "os registros, documentos ou peças de informação, bem como os autos de prisão em flagrante e os de inquérito policial para a apuração dos crimes definidos nesta lei serão mantidos em sigilo, ressalvadas, para efeito exclusivo de atuação profissional, as prerrogativas do juiz, do Ministério Público, da autoridade policial e do advogado na forma da legislação específica". Resguardando-se, assim, a imagem dos enleados com esse ilícito penal.

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13-07-1990) estabelece, no art. 143, que é vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a criança e adolescente a que se atribua autoria de ato infracional. E que qualquer notícia a respeito do fato

com autorização prévia de um juiz daquela Corregedoria; já o Estado de Santa Catarina optou pela elaboração da Lei n. 4.596, de 29 de novembro de 1991, que proíbe a exposição compulsória de indiciados autuados em flagrante delito ou presos provisórios por ordem judicial sem a anuência dos mesmos; o Estado do Piauí também aprovou uma lei, que estabelece essencialmente o seguinte: "Art. 1º - Os indiciados autuados em flagrante delito ou presos provisoriamente por ordem judicial em qualquer unidade de polícia judiciária não poderão ser constrangidos a participar ativa ou passivamente de ato de divulgação de informações aos meios de comunicação social, vedada especialmente sua exposição compulsória a fotografia ou filmagem. Art. 2º - A autoridade competente da respectiva Unidade de Polícia Judiciária providenciará, tanto quanto o consinta a lei, para que a informação sobre a vida e a intimidade de vítimas e testemunhas sejam mantidas sob reserva e adotará medidas objetivando a que, no recinto da unidade ou durante a prática de ato procedimental, a imagem de vítimas e testemunhas sejam preservadas. Art. 3º - Nenhuma restrição se oporá às iniciativas de acesso à informação por parte dos profissionais da imprensa, salvo as hipóteses legais ou regulamentares de sigilo - que devem ser rigorosamente observadas - e os casos de conveniência da investigação".

363 - BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra - Comentários à Constituição do Brasil, p. 63.

não poderá identificar a criança ou adolescente, proibindo-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco e residência.

Cumprido lembrar que o citado anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal, no art. 157, considera como prática do crime de violação da intimidade o uso indevido da imagem.

4 - A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem como limites externos da liberdade de expressão e informação

Além da proteção positiva, enquanto direitos em si mesmos (CF, art. 5º, X), os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem estão protegidos, também, de forma negativa pela Constituição Federal de 1988. Esta, no seu art. 220 §1º, determina: “nenhuma lei conterà dispositivo que possa embarçar a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” (Grifado). É dizer: aqueles direitos da personalidade estão consagrados também como limites à liberdade de expressão e informação.³⁶⁴ Nesse passo, a nossa Constituição Federal segue as Constituições Alemã,³⁶⁵ Espanhola,³⁶⁶ dentre outras.

A exegese do aludido art. 220, § 1º, que implica o relacionamento mútuo entre a liberdade de expressão e informação e os direitos da personalidade à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, revela importantes consequências para a solução do choque entre aquela liberdade e esses direitos. Por exemplo, se anteriormente ao texto constitucional, a colisão entre o direito à honra e a liberdade de expressão e informação era solucionada na esfera dos delitos contra a honra, nos termos da lei de imprensa, com o advento da redemocratização do país, na qual aquela liberdade joga um papel desta-

364 - Nesse sentido, Fernando Herrero-Tejedor (op. cit., p. 125) escreve: “*los derechos del artículo 18.1 de la Constitución, aparecen así con una doble vertiente: positiva, en cuanto derechos en sí mismos, y negativa, en cuanto límite específico a las importantes y variadas libertades consagradas en el artículo 20*”.

365 - Art. 5 (Direito de livre expressão do pensamento) - (2) Esses direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal.

366 - Art. 20. 4 - *Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.*

cado, notadamente na formação da opinião pública, a mencionada colisão passa a ser resolvida também na perspectiva de colisão entre direitos fundamentais, dentro do marco do direito constitucional.³⁶⁷

No entanto, antes de se proceder à análise da colisão entre os direitos da personalidade em epígrafe e a liberdade de expressão e informação, passaremos em revista, ainda que de forma resumida, algumas características e a estimação que as sociedades contemporâneas fazem dessa liberdade.

5 - A liberdade de expressão e informação

A liberdade de expressão e informação, consagrada em textos constitucionais sem nenhuma forma de censura prévia, constitui uma das características das atuais sociedades democráticas.³⁶⁸ Essa liberdade é considerada inclusive como termômetro do regime democrático.³⁶⁹

A liberdade de expressão e informação deduz-se da liberdade de manifestação do pensamento. Na verdade, ambas estão sempre unidas porquanto a liberdade de pensamento teria escasso valor sem a correspondente possibilidade de expressar-se ou difundir-se.³⁷⁰

367 - Nesse sentido parece ser a opinião de Ignacio Berdugo Gomez de la Torre (op. cit., p. 13) ao asseverar que *"en nuestro ordenamiento, hasta momentos bien recientes prácticamente la única vía que se poseía para abordar este conflicto era el Derecho penal, y, en concreto, los delitos contra el honor. En este marco, nuestra jurisprudencia y doctrina tradicionalmente lo contemplaban como un conflicto de ánimos, entre el ánimo de injuriar y el de informar o el de criticar, según los casos. Tal posición era defendible dentro de coordenadas jurídico-políticas no democráticas, en las que realmente la libertad de expresión no se reconocía como derecho. El evidente cambio experimentado en dichas coordenadas invita a reconsiderar todo el problema, no desde la dimensión estrictamente individual que refleja el conflicto de ánimos, sino desde la perspectiva de sus efectos sobre la opinión pública, que sugiere el actual contenido de la libertad de expresión"*.

368 - FERREIRO, Candido Conde-Pumpido - La Libertad de informacion y libre circulacion de noticias en España: proclamacion y limites. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 243.

369 - CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de - op. cit., p. 1.

370 - ZANNONI, Eduardo A e BÍSCARO, Beatriz R - op. cit., pp. 8-9. Serrano, citado por esses autores (Idem, ibidem), aduz que a *"libertad de pensamiento y libertad de expresión se complementan, pues, en un orden de sucesión continua, la historia pública demuestra que la positivación de la libertad de expresión sigue al reconocimiento previo de la libertad de pensamiento; la historia particular del ejercicio de estas libertades corrobora, además, que no es posible libertad de expresión sin libertad de pensamiento, y que la libertad de expresión no es sino la manifestación externa de lo que antes se ha pensado en un clima de libertad; la libertad de pensamiento es la condición previa de la libertad de expresión"*.

A liberdade de manifestar sem peias o pensamento e a opinião tem sido um dos mais caros e estimados direitos do cidadão.

A Inglaterra foi o primeiro país a travar a luta em prol da liberdade de expressão do pensamento e da opinião, especialmente quando o Parlamento, em 1695, resolveu não reiterar o “*Licensing Act*”, que estabelecia a censura prévia.³⁷¹

Os Estados Unidos e a França destacam-se, também, no pioneirismo em reconhecer a liberdade de manifestação do pensamento e da opinião. Já o *Bill of Rights* do Estado de Virgínia, no seu art. 12, proclamava que “a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e não pode ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”. E a primeira emenda, aprovada em 1791, ao texto original da Constituição Americana de 1787, consagrava: “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances*”. Em França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no seu art. 11, estabelecia que “a livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade pelo qual deverá responder nos casos determinados por lei”.

Hodiernamente, o reconhecimento da liberdade de expressão e informação está expresso em vários documentos internacionais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, aprovada pela ONU, proclama no seu art. 19: “*everyone has the right to freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers*”. Igualmente, o art. 10 do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, aprovado em Roma, no ano de 1950, consagra:

371 - CARVALHO, Luis Gustavo G. Castanho de - op. cit., p. 15. Nessa linha, René Ariel Dotti (op. cit., p. 113) evoca que a Inglaterra dava mais um passo em direção à liberdade de expressão, “com a intervenção de Wilkes, diretor do *North Briton*, que pela primeira vez na história das democracias ocidentais tivera a audácia de reproduzir os debates do Parlamento, criticando os ministros da Coroa e um discurso do próprio Rei George III. Apesar dos protestos violentos do Governo, o direito de crítica acerca dos negócios públicos entrava deste modo para o patrimônio dos órgãos de informação”.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones prevista por la ley, que constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder *judicial*.

Mais recentemente, a Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica - proclama: “*toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras*”.³⁷²

A nossa atual Constituição Federal regula a liberdade de expressão e informação nos arts. 5º e 220. As principais disposições normativas são:

Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

Art. 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Art. 5º, XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

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

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

372 - Apud, ZANNONI, Eduardo A e BÍSCARO, Beatriz R - op. cit., p. 34.

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

Do cotejo de documentos internacionais e textos constitucionais que a consagram, constata-se que a liberdade de expressão e informação é atualmente entendida como um direito subjetivo fundamental assegurado a todo cidadão, consistindo na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, idéias e opiniões através da palavra, escrito, imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como no direito de comunicar ou receber informação verdadeira, sem impedimentos nem discriminações.³⁷³

Com base no mencionado conceito, a doutrina e a jurisprudência têm assentado a relevante distinção entre *liberdade de expressão e informação*. O objeto daquela seria *“la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y juicios de valor”*. Esta abarcaria o direito *“de comunicar y recibir libremente información sobre hechos, o tal vez más restringidamente sobre hechos que puedan considerarse noticiables”*.³⁷⁴

A separação entre liberdade de expressão e direito à informação, enfatizada pelo Tribunal Constitucional Espanhol,³⁷⁵ revela-se de grande importância

373 - A Constituição Portuguesa de 1976 estabelece no seu art. 37.1: “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”. Também a Constituição Espanhola de 1978, prescreve no seu art. 20.1: “se reconocen y protegen los derechos: a) a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) a la libertad de cátedra. d) a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión...”.

374 - TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de la - La solución del conflicto entre libertad de expresión y honor en el derecho penal español. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 271. Esse autor, em outra sede (Honor y libertad de expresión, pp. 112-113, n. 251), informa que a jurisprudência e a doutrina alemã desde muito tempo têm feito a distinção entre “libertad de opinión” e “libertad de comunicación de hechos”.

375 - Na sentença 107/1988, de 8 de junho, (apud José Martínez de Pisón Cavero, op. cit., p. 139) assim se manifesta o Tribunal: “según esa configuración dual - que normativiza a nivel constitucional la progresiva autonomía que ha ido adquiriendo la libertad de información respecto de la libertad de expresión en la que tienen su origen y con la cual sigue manteniendo íntima conexión y conserva elementos comunes - la libertad del artículo 20.1.a) tiene por objeto la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor, y el de la libertad del artículo 20.1.d) el de comunicar y recibir libremente información sobre hechos, o tal vez más restringidamente, sobre hechos que puedan considerarse noticiables”.

para a densificação do âmbito de proteção, assim como para a demarcação dos limites e responsabilidades, decorrentes do exercício desses direitos fundamentais. Por exemplo, o referido Tribunal considera que enquanto os fatos são susceptíveis de prova da verdade, as opiniões ou juízos de valor, devido a sua própria natureza abstrata,³⁷⁶ não podem ser submetidos à comprovação. Resultando que a liberdade de expressão teria âmbito de proteção mais amplo que o direito à informação, vez que aquela não estaria sujeita, no seu exercício, ao limite interno da veracidade, aplicável a este último.³⁷⁷

O limite interno da veracidade, aplicado ao direito à informação, refere-se à *verdade subjetiva* e não à *verdade objetiva*. Vale dizer: no Estado Democrático de Direito, o que se exige do sujeito é um dever de diligência ou apreço pela verdade, no sentido de que seja contactada a fonte dos fatos noticiáveis e verificada a seriedade ou idoneidade da notícia antes de qualquer divulgação. Ao revés, condicionar o direito à informação à verdade objetiva é um caminho arriscado, porque *“presupone que existe una verdad y que esa verdad es la que define el Estado a través de sus órganos”*.³⁷⁸ Ademais, a verdade objetiva em si mesma não existe ou pelo menos é desconhecida dos mortais, porquanto a realidade é apreendida por meio de *“datos que ella objetivamente muestra a alguien”*,³⁷⁹ ou seja, *“la objetividad no está en las cosas; está únicamente en la actitud espiritual del observador”*.³⁸⁰ Em resumo: a veracidade que o direito à informação implica *“no es una cualidad de la información misma, exigible con referencia al objeto, sino una actitud de probidad exigible directamente al sujeto: es un problema de deontología profesional”*.³⁸¹

376 - Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Alemão manifestou-se (apud, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre - Honor y libertad de expresión, p. 84, n. 132): *“cada persona puede decir libremente lo que piensa aunque no pueda dar ningún fundamento comprobable para su juicio”*.

377 - Fundamento Jurídico, número 2, da sentença 107/1988, de 8 de junho (Apud José Martínez de Pisón Cervero, Idem, p. 140).

378 - Herzog em Maunz/Dürig/Herzog (Apud Ignacio Berdugo Gomez de la Torre, op. cit., p. 85).

379 - ZANNONI, Eduardo A e BÍSCARO, Beatriz R - op. cit., p. 30.

380 - Bernard Voyenne (Apud Eduardo A. Zannoni e Beatriz R. Biscaro, Idem, ibidem).

381 - ZANNONI, Eduardo A e BÍSCARO, Beatriz R - Idem, p. 33. Daí não ser rigorosamente exata a assertiva de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (op. cit., p. 60), de que *“a liberdade de informação pretendida pelo constituinte brasileiro vai além da liberdade formal para uma liberdade material, que importa em uma verdadeira qualidade da notícia transmitida: a qualidade da verdade”*, porquanto a veracidade da informação não constitui uma qualidade desta, senão diz respeito à atitude de diligência do sujeito com relação à notícia a ser divulgada. Sobre a relação entre verdade objetiva e atitude subjetiva atinentes ao direito à informação, o Tribunal Constitucional Espanhol, na sentença de 6/88 (Apud Fernando Herrero-Tejedor, op. cit.,

No âmbito da proteção constitucional ao direito fundamental à informação estão compreendidos tanto os atos de comunicar quanto os de receber livremente informações pluralistas e corretas.³⁸² Com isso, visa-se a proteger não só o emissor, mas também o receptor do processo da comunicação.³⁸³ No aspecto passivo dessa relação da comunicação, destaca-se o direito do público de ser adequadamente informado, tema que Rui Barbosa já chamava a atenção sobre o mesmo em sua célebre conferência intitulada “a imprensa e o dever da verdade”³⁸⁴ e que, atualmente, invocando-se a defesa dos interesses

p. 111), assim expressa: “cuando la Constitución requiere que la información sea ‘veraz’ no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas - o sencillamente no probadas en juicio - cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo transmita como ‘hechos’ haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, pero aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse ‘la verdad’ como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio”.

382 - Conforme assinala Carlo Federico Grosso (Sviluppi recenti del diritto penale della informazione a mezzo stampa. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 292-293), numa sociedade democrática e pluralista: “a) se esiste un diritto alla informazione esiste anche un diritto alla informazione pluralistica. Di qui i grossi nodi politico/legislativi dei limiti alla concentrazione delle testate e delle sovvenzioni alla stampa (pubblicità) in modo che sia garantita la pluralità delle voci, e del divieto di commistioni di imprese non editoriali con l’editoria al fine di evitare il controllo diretto della stampa da parte dei potentati economici; b) se esiste un diritto alla informazione, esiste anche un diritto alla informazione corretta. Di qui l’esigenza ulteriore che sia garantito non solo la pubblicazione di singole notizie vere, ma anche quella di notizie complete ed esaurienti, in quanto tali complessivamente veritiere”.

383 - LÓPEZ, Modesto Saavedra - La libertad de expresión en el Estado de Derecho: entre la utopía y la realidad, p. 19.

384 - Conforme anota Freitas Nobre (Um livro com dois objetivos. In: Rui Barbosa - A imprensa e o dever da verdade, pp. 13-14), inicialmente publicada na Bahia em 1920 e lida por João Mangabeira, uma vez que Rui Barbosa estava na ocasião com problemas de saúde, essa conferência tinha como um de seus principais objetivos “chamar a atenção da comunidade para a responsabilidade dos meios de comunicação coletiva”.

sociais e indisponíveis, desemboca na tese de que o direito positivo brasileiro tutela o “direito difuso à notícia verdadeira”.³⁸⁵

Se a liberdade de expressão e informação, nos seus primórdios, estava ligada à dimensão individualista da manifestação livre do pensamento e da opinião, viabilizando a crítica política contra o *ancien régime*, a evolução daquela liberdade operada pelo direito/dever à informação, especialmente com o reconhecimento do direito ao público de estar suficiente e corretamente informado; àquela dimensão individualista-liberal foi acrescida uma outra dimensão de natureza coletiva: a de que a liberdade de expressão e informação contribui para a formação da opinião pública pluralista³⁸⁶ - esta cada vez mais essencial para o funcionamento dos regimes democráticos, a despeito dos anátemas eventualmente dirigidos contra a manipulação da opinião pública.³⁸⁷ Assim, a liberdade de expressão e informação, acrescida dessa perspectiva de instituição que participa de forma decisiva na orientação da opinião pública na sociedade democrática, passa a ser estimada como um elemento condicionador da democracia pluralista e como premissa para o exer-

385 - CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de - op. cit., pp. 63 e ss. Esse autor, partindo da premissa de que existe um dever de verdade por parte dos meios de comunicação social e de um correspondente direito do público em receber informação verdadeira, propõe a tese da existência de “um virtual direito difuso de ‘alguém por todos’ pleitear a correção de uma notícia inexata e, em caso de negativa, de postular judicialmente que o órgão da imprensa seja obrigado a publicar a correção”.

386 - Gabriel Tarde (A opinião e as massas, p. 29 e 49), um autor clássico da teoria sociológica do grande número e um estudioso da teoria do público e da opinião pública, ao distinguir multidão de público, conceitua este último “como uma coletividade puramente espiritual, como uma disseminação de indivíduos fisicamente separados e cuja coesão é inteiramente mental”. E em seguida acrescenta: “coisa estranha, os homens que assim se empolgam, que se sugestionam mutuamente, ou melhor, que transmitem uns aos outros a sugestão vinda de cima, esses homens não se tocam, não se vêem nem se ouvem: estão sentados, cada um em sua casa, lendo o mesmo jornal e dispostos num vasto território. Qual é, pois, o vínculo que existe entre eles? Esse vínculo é, juntamente com a simultaneidade de sua convicção ou de sua paixão, a consciência que cada um deles possui de que essa idéia ou essa vontade é partilhada no mesmo momento por um grande número de outros homens. Basta que ele saiba disso, mesmo sem ver esses homens, para que seja influenciado por estes tomados em massa, e não apenas pelo jornalista, inspirador comum, ele próprio invisível, desconhecido e, por isso mesmo, ainda mais fascinante”.

387 - Ortega y Gasset, (apud Eduardo A. Zannoni e Beatriz R. Biscaro, op. cit., pp. 42-43) questiona se realmente existe a opinião pública ou apenas é conhecida “*las opiniones que se publican*”; Rui Barbosa (op. cit., pp. 40-41), referindo-se a “anexação da publicidade ao governo” levada a cabo por Bismarck, na Alemanha, aduz que “com o nome de *Repartição da Imprensa*, Bismarck estabeleceu, às margens do Spree, a mais vasta *fábrica de opinião pública* até então conhecida, e lhe derramara as filiais pelo mundo inteiro”.

cício de outros direitos fundamentais.³⁸⁸ Em consequência, no caso de pugna com outros direitos fundamentais ou bens de estatura constitucional (assunto que será objeto do item seguinte deste estudo), os tribunais constitucionais têm decidido que, *prima facie*, a liberdade de expressão e informação goza de *preferred position*.

A liberdade de expressão e informação, que atinge o nível máximo de sua proteção quando exercida por profissionais dos meios de comunicação social,³⁸⁹ como qualquer outro direito fundamental, não é absoluta, tem limites. Assim, além do limite interno referido da veracidade da informação, a

388 - O Tribunal Constitucional Espanhol, na fundamentação da sentença 104/1986, de 17 de julho (apud José Martínez de Pisón Caverro, op. cit., p. 138), assevera: *"la libertad de expresión y el derecho a la información... no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático"*; Rui Barbosa (op. cit. p. 37) afirmava: "a imprensa é a vista da Nação. Por ela é que a Nação acompanha o que lhe passa ao perto e ao longe, enxerga o que lhe malfazem, devassa o que lhe ocultam e tramam, colhe o que lhe sonegam, ou roubam, percebe onde lhe alvejam, ou nodoam, mede o que lhe cerceiam, ou destroem, vela pelo que lhe interessa, e se acautela do que a ameaça"; John Paul Stevens, *associate Justice, Supreme Court of the United States*, citando o precedente *Bose Corp. v. Consumers Union fo U.S.*, (The Freedom of Speech. In: the Yale Law Journal, p. 1312), assevera: *"the First Amendment presupposes that the freedom to speak one's mind is not only an aspect of individual liberty - and thus a good unto itself - but also is essential to the common quest for truth and the vitality of society as a whole"*.

389 - HERRERO-TEJEDOR, Fernando - op. cit., p. 110; o Tribunal Constitucional Espanhol, na sentença 105/1990, de 6 de junho (apud José Martínez de Pisón Caverro, op.cit., p. 144), assinala que *"la protección constitucional de los derechos de que se trata alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado (...). Los cauces por los que se difunde la información aparecen así como relevantes para determinar su protección constitucional"*. Nesse sentido, cabe mencionar que a Constituição Federal de 1988 parece oferecer proteção especial à atuação dos profissionais dos meios de comunicação de massas quando prescreve que "nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social..." (art. 220, § 1º). Outrossim a Constituição Portuguesa de 1976, além de dispor no art. 37 sobre a liberdade de expressão e informação, no art. 38 prescreve acerca da liberdade de imprensa e meios de comunicação, estabelecendo essencialmente: "1. É garantida a liberdade de imprensa. 2. A liberdade de imprensa implica: a) A liberdade de expressão e criação dos jornalistas e colaboradores literários, bem como a intervenção dos primeiros na orientação editorial dos respectivos órgãos de comunicação social, salvo quando pertencerem ao Estado ou tiverem natureza doutrinária ou confessional; b) O direito dos jornalistas, nos termos da lei, ao acesso às fontes de informação e à proteção da independência e do sigilo profissionais, bem como o direito de elegerem conselhos de redação; c) O direito de fundação de jornais e de quaisquer outras publicações, independentemente de autorização administrativa, caução ou habilitação prévias".

liberdade de expressão e informação deve compatibilizar-se com os direitos fundamentais dos cidadãos afetados pelas opiniões e informações, bem como ainda com outros bens constitucionalmente protegidos, tais como a moralidade pública, saúde pública, segurança pública, integridade territorial, etc.³⁹⁰ Contudo, pelo fato de a liberdade de expressão e informação desfrutar do *status* de direito fundamental, o Poder Público, ao pretender restringir o âmbito de proteção constitucional dessa liberdade para atender os limites supracitados, terá que justificar a necessidade da intervenção e só poderá efetivar a restrição por meio de lei (reserva de lei explícita ou implícita, autorizada pela constituição). Esta deverá ainda satisfazer a máxima da proporcionalidade, a fim de que resulte intacto o núcleo essencial da liberdade de expressão e informação (ver itens 6.4 e 6.5 do capítulo 2).³⁹¹

Assim, os direitos da personalidade à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem constituem limites externos da liberdade de expressão e informa-

390 - Segundo Eduardo A. Zannoni e Beatriz R. Biscaro (op. cit., p. 20), "*la libertad que impera en el foro de las ideas no implica libertad - como decía Rivarola - de calumniar o injuriar, no es libertad de publicar secretos personales o secretos de Estado, no es libertad de ofender sentimientos individuales o sociales de pudor*". Para Carlo Federico Grosso (op. cit., pp. 293-294), "*il diritto soggettivo costituzionale di manifestare liberamente i propri pensieri a mezzo stampa trova, secondo il parere pacifico della dottrina e della giurisprudenza, limiti nella tutela costituzionale di beni contrapposti: l'onore della persona (divieto della diffamazione), il prestigio e la saldezza delle istituzioni pubbliche (divieto del vilipendio delle istituzioni), il segreto di stato (divieto di rivelazione di notizie che devono rimanere segrete), ecc*". De acordo com Candido Conde-Pumpido Ferreiro (op. cit., p. 246), a liberdade de expressão e informação "*tropieza con limites que surgen de una triple naturaleza de biens o derechos también protegidos constitucionalmente: los derechos individuales (en especial la intimidad y el honor), los valores sociales (ofensas a la moralidad y salud públicas) y los propios valores estatales y constitucionales (ataques a la Constitución o desórdenes internos y agresión externa)*". O Justice John Paul Stevens (op. cit., p. 1294 e 1296, n. 24), revela que mesmo nos Estados Unidos da América, onde "*has permitted restrictions on the content of speech in a few limited areas*", entretanto, "*the [First] Amendment has never been understood to protect all oral communication, no matter how unlawful, threatening, or vulgar it may be*". Ademais, transcreve esse último autor, "*as the Court wrote in one opinion: At the outset we reject the view that freedom of speech and association, as protected by the First and Fourteenth Amendments, are 'absolutes', not only in the undoubted sense that where the constitutional protection exists it must prevail, but also in the sense that the scope of that protection must be gathered solely from a literal reading of the First Amendment. Throughout its history this Court has consistently recognized at least two ways in which constitutionally protected freedom of speech is narrower than an unlimited license to talk. *Konigsberg v. State Bar of Cal.*, "*

391 - Conforme observação de Fernando Herrero-Tejedor (op. cit., p. 331), o Convênio de Roma de 1950 e o Pacto de Nova York de 1966 exigem que "*toda restricción a las libertades de expresión o información debe cumplir un doble requisito: la legalidad y la necesidad*".

ção.³⁹² Entretanto, como esses direitos não estão apenas consagrados pela Constituição Federal como limites daquela liberdade (art. 220, §1º), mas estão tutelados também como direitos fundamentais em si mesmo (art. 5º, X), quando esses direitos entram em fricção com a liberdade de expressão e informação, estamos perante a colisão entre próprios direitos fundamentais, cuja solução do confronto, se revela um dos problemas nucleares a desafiar a hodierna dogmática sobre os direitos fundamentais.³⁹³

6 - A colisão entre os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem e a liberdade de expressão e informação

A colisão dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem com a liberdade de expressão e informação significa que as opiniões e fatos relacionados com o âmbito de proteção constitucional desses direitos não podem ser divulgados ao público indiscriminadamente.³⁹⁴ Por outro lado, conforme exposto, a liberdade de expressão e informação, estimada como um direito fundamental que transcende a dimensão de garantia individual por contribuir para a formação da opinião pública pluralista, instituição considerada essencial para o funcionamento da sociedade democrática, não deve ser restringida por direitos ou bens constitucionais, de modo que resulte totalmente desnaturalizada. Assim, o grande dilema é *“to achieve control of invasions of privacy without either the unlikely support of public opinion or suppression of the press”*.³⁹⁵

A referida colisão será abordada de acordo com o *background* teórico dos capítulos precedentes. Isto é, como uma colisão de princípios válidos que deve ser resolvida, levando-se em conta o peso ou a importância de cada um dos princípios concorrentes, a fim de se escolher no caso concreto qual dele prevalecerá ou cederá ao outro, conforme a lei de colisão (ver itens 2 e 3 do

392 - Ao contrário do texto, Gilmar Ferreira Mendes (Colisão de Direitos Fundamentais: Liberdade de Expressão e de Comunicação e Direito à Honra e à Imagem. In: Informativo Consulex, p. 1149), informa que o Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) decidiu “que o direito de liberdade artística encontra limite imanente (*imannente Begrenzung*) no direito de personalidade assegurado constitucionalmente”.

393 - TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de la - op. cit., p. 53.

394 - ZANNONI, Eduardo A e BÍSCARO, Beatriz R - op. cit., p. 27.

395 - HIXSON, Richard F - op. cit., p. 31.

capítulo 1). Ademais, examinaremos a solução da colisão realizada pelo legislador, através de reserva de lei autorizada pela Norma Superior, bem como a resolução da colisão efetuada pelos juízes ou tribunais, por intermédio da ponderação dos bens envolvidos, com o sacrifício mínimo dos direitos em jogo (ver item 8 do capítulo 2).

6.1 - Resolução da colisão pelo legislador

A Constituição Federal de 1988 admite restrição à liberdade de expressão e informação, desde que observado o disposto no articulado constitucional (art. 220). Mais enfático, o §1º do art. 220 estabelece: “nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, X, XIII e XIV” (Grifado).

Na opinião de Gilmar Ferreira Mendes, o enunciado constitucional transcrito constitui uma reserva de lei qualificada para o legislador disciplinar o exercício da liberdade de expressão e informação, devendo-se levar em conta, principalmente, a vedação “do anonimato, a outorga do direito de resposta e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas”.³⁹⁶

Assim, embora autorizado pelo texto constitucional para densificar os limites da liberdade de expressão e informação, a fim de prevenir eventuais confronto com outros direitos fundamentais, o legislador pátrio não se preocupou em elaborar lei sobre a matéria, quer na esfera civil, quer na área penal, após a promulgação da Constituição Federal em vigor.

A norma infraconstitucional que disciplina a liberdade de expressão e informação, entre nós, é a Lei n. 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a citada lei “estabelece responsabilidade civil nos casos de calúnia e difamação se o fato imputado, ainda que verdadeiro, disser ‘respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público’”.³⁹⁷ Ainda de acordo com o aludido autor, a “Lei n.

396 - MENDES, Gilmar Ferreira - op.cit., p. 1150.

397 - FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio - op. cit., p. 440. Nesse sentido, aduz Darcy Arruda Miranda (op. cit., pp. 272-273) que a lei n. 5.250/67 permite a exceção da verdade quando o fato disser respeito à função pública, excluindo-se, assim, a intimidade do servidor público. E acrescenta: “nos crimes de calúnia, a lei atual não proíbe a prova da verdade quanto ao funcionário no exercício ou não de suas funções. Mas, no de difamação (art. 21, §1º) essa prova só é admitida quando o funcionário estiver no exercício de suas funções.”

7.232/84 - Lei de Informática - protege o sigilo dos dados armazenados, processados e vinculados, que sejam do interesse da privacidade das pessoas (art. 2º, VIII)³⁹⁸.

Na Espanha, foi elaborada, no âmbito do direito privado, a Lei Orgânica 1/1982, com o escopo de amparar os direitos à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem em face dos choques oriundos de publicações de opiniões, fatos ou imagens que afetem esses direitos da personalidade. Segundo Candido Conde-Pumpido Ferreiro, a referida lei parte dos seguintes princípios:

1. Que en los casos en que existe protección penal de aquellos derechos, tal protección tendrá carácter preferente, por ser sin duda más enérgica y de mayor efectividad (art. 12).

2. Que tales derechos son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles, por lo que la renuncia a la protección prevista en la Ley será nula. Pero ello se entiende con carácter genérico y no excluye que exista un consentimiento legitimador, previo y expreso, para concretas intromisiones en el ámbito de aquellos derechos (art. 2.2), consentimiento que será revocable en todo momento, aunque en tal caso se habrán de indemnizar los daños y perjuicios causados por la revocación (art. 2.3).

3. Que no se apreciará la existencia de intromisiones ilegítimas en el ámbito protegido cuando la autorice la ley (art. 2.2) o cuando se refieran a aquellos aspectos de la intimidad y la imagen que no aparezcan reservados por los usos sociales o la persona para sí o su familia (art. 2.1, a contrario sensu).

Este último principio afecta muy especialmente a la vida e imagem de los personajes históricos o públicos, cuya difusión constituya un interés general. Consecuencia de ello es que no se reputarán con carácter general intromisiones ilegítimas y por ello quedan sometidas a la libre información:

a) Las autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley (art. 8.1).

b) Cuando exista un interés histórico, científico o cultural relevante que predomine sobre la intromisión (art. 8.1.).

c) La reproducción o publicación de imágenes que se capten durante un acto público o en lugares abiertos al público (art. 8.2, a).

398 - FERRAZ JÚNIOR, Tério Sampaio - Idem, ibidem.

d) La captación, reproducción o publicación por cualquier medio de la imagen de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (art. 8.2, a).

e) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social (art. 8.2, b).

f) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público, cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria (art. 8.2, c).

Se consideran, en cambio, intromisiones ilegítimas en la intimidad o imagen de una persona, sin que estén amparadas por la libertad de expresión o información:

a) La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación del contenido de cartas, memorias u otros escritos de carácter íntimo (art. 7.3).

b) La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2, antes citado (art. 7.5).

c) La utilización del nombre, la voz o la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga (art. 7.6.).

d) La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o haga desmerecer en la consideración ajena (art. 7.7).³⁹⁹

6.2 - A resolução da colisão pela jurisprudência

Para solucionar a colisão entre os direitos da personalidade em discussão e a liberdade de expressão e informação, com o sacrifício mínimo dos direitos contrapostos, a jurisprudência realiza uma necessária e casuística ponderação dos bens envolvidos no caso particular. Nessa tarefa, uma vez que não existe um critério dogmático *a priori*, a jurisprudência guia-se, principalmente, pelos princípios da unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade, articulados pela doutrina (ver item 8.3 do capítulo 2).⁴⁰⁰

399 - FERREIRO, Candido Conde-Pumpido - op.cit., pp. 253-254.

400 - José Martínez de Pisón Caverro (op. cit., pp. 135-136), além da colisão entre a intimidade e a liberdade de expressão e informação, menciona a especial colisão entre a intimidade e a informática, oriunda dos "problemas que se derivan de una universalización de la informática en la Administración pública y en la empresa privada".

Na verdade, em geral, os tribunais constitucionais têm adotado o critério formulado pela *Supreme Court* dos Estados Unidos da América do Norte da *preferred position* em abstrato da liberdade de expressão e informação, quando em pugna com os aludidos direitos da personalidade, em razão da valoração dessa liberdade como condição indispensável para funcionamento de uma sociedade aberta.⁴⁰¹ Todavia, antes de proceder no caso concreto ao *balancing of interest*, a *Supreme Court* Americana verifica se o exercício da liberdade de expressão e informação está dentro do marco traçado para a sua forma lícita de ação. Nesse passo, estabelece os seguintes critérios: (1) o público (assuntos ou sujeitos públicos) deve ser separado do privado (assuntos ou sujeitos privados), essencialmente em razão da função social que a liberdade de expressão e informação desempenha na sociedade democrática: a serviço da opinião pública livre e pluralista, do controle do Poder Público, do debate público.⁴⁰²

401 - Informa Eduardo García de Enterría (La Constitución como Norma y el tribunal Constitucional, pp. 143-145) que essa tendência da *preferred position* dos direitos fundamentais, adotada pela *Supreme Court* Americana, teve início com a famosa sentença *U. S. V. Carolene Products* e acaba por constituir-se a base da ação jurisprudencial que culmina no Tribunal Warren. Sobre a atuação deste último, ver Jeffrey Greenbaum (Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti - I giudici Warren e Burger).

402 - Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (op. cit., p. 121) oferece como exemplos de matérias que interessam à opinião pública, as referentes a política, a cultura, a arte e a ciência. Estreme de dúvida que essa lista pode ser acrescida com as notícias relacionadas com a segurança pública, especialmente com informações policiais e judiciais, uma vez que é corrente o entendimento, conforme salienta Luis Gustavo G. C. de Carvalho (op. cit., p. 36), de que "os crimes podem e devem ser divulgados para maior resguardo da sociedade". Todavia, como anotam Eduardo A. Zannoni e Beatriz R. Bísaro (op. cit., p. 168), "*el medio de difusión tiene el deber de saber que una persona detenida, a raíz de una investigación policial, no es, por eso, culpable del delito investigado. Mientras el juez competente no pronuncie la condena y pase ésta en autoridad de cosa juzgada, debe, por tanto, investigar y ser prudente al transmitir la información de la detención de quien, a la postre, puede resultar inocente; no sólo indicando la fuente de la información, sino además procurando que el conocimiento del público responda a un fin ejemplificador y no el escándalo ni la recreación grotesca*". É necessário, outrossim, preservar-se a independência e imparcialidade do Poder Judicial. Nessa linha, observa Candido Conde-Pumpido Ferreiro (op. cit., p. 256) que "*el interés fundamental a una Justicia independiente y sin presiones, puede verse perturbado por un exceso de información que dé lugar a 'un proceso paralelo' en la prensa, o la 'condena previa del acusado' presentado ante el público como culpable antes de ser declarado tal. Queda así desvirtuada la imparcialidad de los órganos judiciales en quienes descansa la decisión (Jurado o Tribunal), lesionándose uno de los valores en que se asientan los Estados de Derecho, que es la independencia del Juez, esto es, su facultad-deber de formular los juicios sin recibir presiones y con la sola sujeción al imperio de la Ley*". Por último, informa Jean Pradel (Developpements recents de l'information de presse en matiere penale. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 281) que "*la position traditionnelle du droit français était celle de l'interdiction sous sanction pénale 'dés l'ouverture de l'audience (de) l'emploi de tout appareil d'enregistrement ou de diffusion' (art. 308 C. proc. pén. pour la cour*

Assim, não há razão para a valoração preferente da liberdade de expressão e informação, quando essa liberdade se referir ao âmbito *inter privato* dos assuntos ou sujeitos. (2) Examina o referido limite interno da veracidade que conforma a liberdade de expressão e informação, ou seja, a atitude diligente do comunicador no sentido de produzir uma notícia correta e honesta. Assim, a informação que revela manifesto desprezo pela verdade ou falsidade não tem preferência, uma vez que não cumpre a relevante função social confiada à liberdade de expressão e informação.⁴⁰³

Foi com a famosa sentença *New York Times v. Sullivan* de 1964 que a *Supreme Court* iniciou o assentamento de critérios que provocaram uma significativa mudança na forma de dirimir a colisão da liberdade de expressão, de uma parte, e os direitos da personalidade, de outra. A partir dessa sentença, estabeleceu-se a doutrina de que as pessoas públicas ou personalidades vinculadas a fatos de interesse geral, quando demandarem por difamação contra os meios de comunicação social, terão que comprovar que estes agiram com *actual malice*, isto é, com manifesto desprezo pela verdade ou consciência da falsidade da notícia veiculada. Ao revés, os particulares terão apenas o ônus de provar o dano sofrido, quando afetados por notícias falsas que não têm relevância pública ou interesse geral.⁴⁰⁴ Noutras palavras: a liberdade de

d'assises; art. 403 C. proc. pén. pour le tribunal correctionnel). Pourtant, quelques assouplissements à cette prohibition allaient être réalisés par une loi du 2 février 1981 (dite 'Sécurité et Liberté'), et notamment la possibilité, pour le président de la juridiction de jugement d'autoriser, sur demande présentée avant l'audience, des prises de vue quand les débats ne sont pas commencés et à la condition que toutes les parties y consentent (art. 38 ter de la loi du 239 juillet 1881, modifiée par la loi du 2 février 1981). En pratique, les journalistes de la presse télévisée, en s'appuyant sur ce texte, n'ont pas manqué, lorsque le procès qu'ils suivaient était important, de solliciter du président l'autorisation de filmer l'entrée de la cour et l'arrivée de l'accusé dans le box. Mais une fois les débats commencés, ils devaient cesser leur activité".

403 - HERRERO-TEJEDOR, Fernando - op.cit., p. 108.

404 - Nesse sentido, escreve Kennett S (op. cit., p. 261): "the Supreme Court actively entered the debate over right of privacy with a decision involving a \$30,000 judgment against Time, Inc. In the decision the Court held that the First Amendment shields the press from invasion of privacy suits involving the public lives of newsworthy persons unless there is proof of malice, deliberate falsehood, or 'reckless disregard of the truth'. This philosophy had been applied earlier to libel actions by the Court in the 1964 New York Times case. In the present suit, James J. Hill had instituted legal action after Life had published a feature article based upon the play 'The Desperate Hours,' which, in turn, was based upon Hill's experience as a 1952 kidnap victim. He charged serious falsehood and commercial use of his name and story. The Supreme Court decision places the burden of proof upon the citizen if he is a newsworthy figure and sues on the basis of misstatement of fact".

expressão e informação “*es preponderante sobre la protección de los derechos de la personalidad en las personalidades de la vida pública, pero la relación se invierte cuando estamos ante una persona privada*”.⁴⁰⁵

O *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Alemão), especialmente a partir da sentença do caso Lüth, também estabelece uma preferência pela liberdade de expressão e informação ao considerá-la como direito individual indispensável para o regime democrático.⁴⁰⁶ Contudo, entende o referido Tribunal que a presunção a favor da liberdade de expressão e informação pode ser anulada em razão das circunstâncias do caso particular. Assim, condiciona a mencionada presunção ao atendimento dos seguintes critérios: (1) o primeiro diz respeito à referida exigência da verdade na comunicação de fatos, objeto do direito à informação, que se concretiza no dever de comprovação da notícia. Para a jurisprudência tedesca, esse dever de comprovação da veracidade depende: “*del carácter de la noticia, la valoración de la misma y la forma en que se presenta. Todo ello presidido siempre por el principio de que la comprobación sea posible y el error haya sido evitable*”.⁴⁰⁷ (2) A liberdade de expressão e informação deverá estar a serviço da formação da opinião pública, o que vai depender do caráter do assunto objeto da comunicação no caso concreto. Porém, é o Tribunal quem resolve, em cada caso, quando se está perante um tema de interesse da opinião pública. “*La mera inclusión de una noticia en un medio de información no es suficiente para afirmar su interés para la opinión pública, sino que son los tribunales los que apreciarán tal carácter en la noticia en cuestión*”.⁴⁰⁸ (3) Por último, o Tribunal Constitucional Alemão condiciona a preponderância da liberdade de expressão e informação ao controvertido critério da finalidade perseguida pelo sujeito. Ou seja, “*para poder apreciar el interés público requiere que la actividad se dirija a incidir en la formación de la opinión pública y no a interés de tipo privado*”.⁴⁰⁹

Por seu turno, a jurisprudência da Corte Constitucional Italiana (*Cassazione*) considera relevante a liberdade de expressão e informação na

405 - TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de la - op. cit., p. 109. Também Eduardo A. Zannoni e Beatriz R. Biscaro - op. cit., p. 67 e ss; Fernando Herrero-Tejedor (Los delitos contra el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen en el Proyecto de Código Penal de 1992. In: Poder Judicial, p. 137 e ss) e Jeffrey Greenbaum (op. cit., pp. 81-103) que transcreve, na íntegra, o texto da sentença *New York Times Company v. Sullivan* - 376 U.S. 254 (1964).

406 - LARENZ, Karl - Metodologia da Ciência do Direito, p. 494.

407 - TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de la - op. cit., p. 112.

408 - TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de la - Idem, pp. 112-113.

409 - TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de la - Idem, ibidem.

medida em que apresente os requisitos: *“dell’interesse pubblico, della verità oggettiva della notizia (da non confondere con la mera ‘verosimiglianza’ o ‘veridicità’ della stessa) e della correttezza dell’esposizione”*.⁴¹⁰

A evolução da jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol atinente a colisão em questão apresenta, pelo menos, três fases distintas, não necessariamente cronológicas.⁴¹¹ A primeira, denominada “regime de exclusão”, parte da interpretação excessivamente literal do art. 20.4 da Constituição espanhola, que determina os direitos à honra, à intimidade e à imagem como limites da liberdade de expressão e informação. Assim, com base nesse dispositivo, observa-se uma certa prevalência dos direitos da personalidade quando afetados pela liberdade de expressão e informação. Por exemplo, constatando-se a existência de crime contra honra e havendo a concorrência do *animus iniuriandi*, o autor fatalmente seria condenado. Portanto, nessa fase, que é imediatamente posterior à promulgação do texto constitucional de 1978, aplicam-se ainda as mesmas técnicas do período pré-constitucional, oriundas da esfera penal.⁴¹² A segunda, é a fase da “necessária ponderação”. É por meio da sentença 104/86 que o Tribunal Constitucional desfaz o equívoco gramatical aludido ao consignar que o direito à honra não é apenas um limite a liberdade de expressão e informação (art. 20.4), mas também um direito fundamental autônomo, conforme o art. 18.1 da Constituição. Por conseguinte, na hipótese da liberdade de expressão e informação afetar o direito à honra de um cidadão, estamos perante uma colisão de direitos, ambos de estatura fundamental, *“lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco siempre hayan de ser éstas consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre una y otra”*. Aduz o Tribunal que o fato de o direito à honra constituir um limite à liberdade de expressão e informação, e não o

410 - GROSSO, Carlo Federico - op. cit., p. 295.

411 - HERRERO-TEJEDOR, Fernando - op. cit., p. 101.

412 - HERRERO-TEJEDOR, Fernando - Idem, pp. 101-105. Segundo Eduardo A. Zannoni e Beatriz R. Biscaro (op. cit., p. 145 e 128), para a jurisprudência e a doutrina argentina, a publicação que agride a honra só está sujeita à responsabilidade ulterior; quando a atingida é a intimidade, o juiz pode suspender a difusão daquela. Textualmente: *“cuando se pretende impedir la publicación o difusión de hechos o situaciones que afectan la intimidad de la vida privada, no se está censurando una publicación que puede, eventualmente, constituir un libelo difamatorio. Se presupone una intromisión ya consumada, una injerencia arbitraria en la privacidad a la que se pretende dar estado público, lo cual es muy distinto”*.

inverso, poderia conduzir a uma interpretação favorável ao mesmo. Entretanto, evoca que a liberdade de expressão e informação é tida não apenas como um direito fundamental; mas outrossim estimada como instituição indispensável ao funcionamento da democracia por influir na orientação da opinião pública.⁴¹³ Portanto, nessa fase, o Tribunal Constitucional Espanhol recepciona o sistema do *balancing* entre os direitos em choque da jurisprudência norte-americana.⁴¹⁴ Na terceira da fase, denominada “regime de concorrência normativa”, o Tribunal Espanhol conclui a importação da doutrina da *Supreme Court* dos Estados Unidos, ao adotar os mencionados critérios utilizados pela Corte americana para definir o marco em que o exercício da liberdade de expressão é efetivada de forma lícita antes de proceder ao *balancing of interest* na espécie. Assim, “*se produce, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal forma que tanto las normas reguladoras de la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente*”.⁴¹⁵ Na verdade, nessa fase, verifica-se uma inversão do “regime de exclusão”: se a liberdade de expressão e informação é considerada como exercida dentro do âmbito de proteção constitucional, tem geralmente preferência quando em pugna com os direitos à honra, à intimidade e à imagem.⁴¹⁶

Com arrimo na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, Fernando Herrero-Tejedor propõe o seguinte método de trabalho para abordar a colisão entre a liberdade de expressão e informação e os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem:

1 - El primer dato a elucidar es si nos encontramos ante un supuesto de libertad de expresión (opiniones) o de información (hechos) (Sentencia 6/88).

El Tribunal Constitucional propone una solución para los casos en que ambas aparezcan imbricadas: tener en cuenta el factor que predomina en la publicación (Sentencia 6/88). Personalmente, tal solución nos parece insuficiente. En muchos supuestos - los más - se mezclarán las opiniones

413 - Sentença 104/86 do Tribunal Constitucional (apud Fernando Herrero-Tejedor - Idem, pp. 105-107).

414 - Muñoz Machado (apud Fernando Herrero-Tejedor - Idem, p. 107).

415 - Sentença 159/86 do Tribunal Constitucional (apud Fernando Herrero-Tejedor, p. 109).

416 - HERRERO-TEJEDOR, Fernando - Idem, p. 110.

con los hechos, pero la existencia de aquellas no puede enmascarar la presencia de éstos, como ocurre en la jurisprudencia norteamericana...

1.a) - En los casos de manifestación de ideas, opiniones o creencias, el único límite expreso y taxativo viene constituido por las afirmaciones formalmente injuriosas o carentes de interés para la opinión que se difunde (Sentencia 6/88 y 107/88).

1.b) - Si se imputan hechos, habrá que comprobar en primer término su veracidad, atendiendo también para ello a la diligencia del informador (Sentencia 6/88).

Si la información no es "veraz", no puede beneficiarse de la protección constitucional, mientras que en caso contrario posee un valor prevalente (Sentencia 104/86).

2 - En segundo término, habrá que establecer el carácter público o privado de la persona afectada, como uno de los factores para determinar el interés de la información cara a la formación de la opinión pública (Sentencia 165/87).

3 - Habrá que tener en cuenta el vehículo a través del cual la información ha sido transmitida: merecen más protección los medios de comunicación social y la profesión periodística del autor que la otorgada a otros medios irregulares o anómalos de difusión (Sentencia 165/87).

4 - Teniendo en cuenta los anteriores factores, los órganos judiciales deberán efectuar una casuística ponderación entre los derechos en pugna (Sentencia 104/86). Ello obliga no sólo a valorar tanto la protección al honor, intimidad o imagen como la libertad de expresión o información, sino también efectuar un balance entre la lesión del contenido esencial de los mismos que haya podido causarse (Sentencia 11/81).

5 - Si se estima que los derechos del artículo 18.1 deben prevalecer, habrá que evaluar los daños y perjuicios, tanto materiales como morales, aunque en éstos se presume su existencia, atendiendo para ello a los criterios señalados por el artículo 9 de la ley orgánica 1/82.

6 - Sobre el resultado de la ponderación efectuada por los órganos jurisdiccionales, deberá el Tribunal Constitucional - en su caso - efectuar su revisión, para comprobar su atemperación a los principios constitucionales, de acuerdo con los criterios antes señalados (Sentencia 107/88).⁴¹⁷

417 - HERRERO-TEJEDOR, Fernando - Idem, pp. 118-119.

Cumprindo evocar que, à objeção de que a “ponderação de bens” é um método mais apropriado ao sistema *common law*, em que o magistrado dispõe de um maior poder de discricionariedade do que no nosso sistema (*civil law*), no qual o juiz está mais vinculado à lei (o juiz é a voz da lei, conforme declarava o Código napoleônico),⁴¹⁸ fato que poderia conduzir a uma insegurança jurídica; Robert Alexy aduz que a ponderação é um processo racional, podendo ser fundamentados os enunciados que estabelecem as condições de preferência referidas na ponderação. Essa fundamentação consiste na mencionada lei da ponderação: “*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*”.⁴¹⁹

418 - CAVERO, José Martínez de Pisón - op. cit., pp. 195-160.

419 - ALEXY, Robert - op. cit., p. 160 e ss. Conforme exposto (ver nota 18 do capítulo 1), sobre as circunstâncias que levam um princípio a ter prioridade sobre outro, esse autor elabora a “lei da colisão” nos seguintes termos: “*las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente*”.

CONCLUSÕES

1 - Os princípios jurídicos, tema que se encontra no centro das discussões da filosofia do direito contemporânea, passam a ter uma importância destacada no campo do direito constitucional, que os considera instrumentos valiosos para a realização de uma adequada hermenêutica da constituição.

2 - As *normas jurídicas* (gênero) são de duas espécies: *princípios* e *regras*. Com relação a essa distinção, há pelo menos duas concepções: a que propugna que ela ocorre a nível de *grau*, isto é, que não existe uma distinção clara entre princípios e regras; e a outra, que defende que a diferença é *qualitativa* entre princípios e regras, ou seja, que as normas jurídicas apresentam entre si clara e radical distinção estrutural. Esta pode ser denominada concepção forte; e a outra, concepção débil dos princípios.

3 - A concepção forte dos princípios, tendência para a qual se inclina hoje a maioria da doutrina, para justificar a distinção substancial entre princípios e regras, aduz os argumentos:

(a) os princípios possuem uma dimensão *do peso ou importância* ausentes nas regras, revelada claramente quando dois ou mais princípios entram em confronto, hipótese em que a solução deve levar em conta o peso ou importância de cada princípio, a fim de se escolher quais deles, no caso particular, prevalecerão ou sofrerão menos constrição do que os outros. As regras jurídicas não possuiriam essa dimensão. No caso de conflito de duas regras, apenas uma delas poderá ser válida.

(b) Os princípios são *mandados de otimização* que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos proporcionalmente às condições reais e jurí-

dicas existentes. Ao revés, as regras são normas que se acham submetidas à lógica do “tudo ou nada”, isto é, devem ser cumpridas ou não.

(c) Uma regra é uma norma cuja aplicação possui como fase central de sua argumentação a subsunção de uma situação de fato a uma previsão normativa. Os princípios não se conformariam com esse silogismo prático, porquanto não são jamais entre si incompatíveis, mas sempre concorrentes, e aplicar um princípio implica também aplicar outros princípios com ele concorrentes no sentido de se alcançar o mínimo de restrição dos mesmos.

4 - Os princípios têm sua origem no ordenamento jurídico positivo. Tal fenômeno pode suceder de duas maneiras: em primeiro lugar, os princípios são expressamente previstos pelo direito positivo (na constituição, na lei), gerando os *princípios explícitos ou positivos*; em segundo lugar, os princípios não estão expressamente plasmados em nenhuma disposição de norma, eles são extraídos do ordenamento pelos operadores jurídicos através do processo de interpretação-aplicação do direito, gerando os *princípios implícitos ou os princípios gerais do Direito*. A concepção de *princípios extra-sistêmicos*, que reivindica a origem dos princípios fora e acima do direito positivo (oriundos do “Direito Natural”, “Direito Justo”, “natureza da coisas”, etc.), vem sendo recusada pela doutrina jurídica contemporânea, uma vez que é responsabilizada em grande parte pelas críticas e mesmo desprestígio que sofreu a teoria dos princípios.

5 - Da classe dos princípios explícitos ou positivos, merecem atenção especial aqueles que fazem parte da arquitetura constitucional: os chamados *princípios constitucionais*, que tanto têm empolgado o constitucionalismo contemporâneo, ao estimular maneiras novas de compreender e interpretar a constituição. Uma maneira de compreender a *constitutio scripta* expandida por essa tendência “principlista” é aquela que vislumbra a *constituição como uma norma jurídica*. Isto é, quer sejam princípios, quer se trate de regras, as normas constitucionais, independentemente de sua estrutura, são obrigatórias e vinculantes para seus destinatários, sejam estes agentes estatais e/ou privados. Com isso, elide-se a vetusta dicotomia entre normas preceptivas e normas programáticas que tanto contribuiu para o enfraquecimento da “força normativa da constituição”.

6 - Os princípios cumprem as funções normativas de instrumentos de interpretação e de normas de condutas. É dizer: os princípios são *norma primária* diretamente aplicável a um pressuposto de fato (função regulativa) ou *norma secundária* que orienta a aplicação de outra disposição normativa (função hermenêutica).

7 - Existem diferenças entre *princípio* e *valor*. Partindo-se da tripartição dos conceitos práticos em deontológicos (*x é devido*), axiológicos (*x é bom*) e antropológicos (vontade, interesse, ação, necessidade, decisão), os princípios, como mandados de otimização, pertencem ao nível deontológico, enquanto os valores devem ser incluídos no nível axiológico. Ademais, o princípio encontra-se num grau de concretização mais elevado do que o valor, pois, ao contrário deste, já contém as características básicas da norma jurídica: a previsão e a consequência jurídica.

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

9 - O valor da pessoa humana é traduzido juridicamente pelo eminente *princípio fundamental da dignidade da pessoa humana*. Este assegura um *minimum* de respeito ao homem só pelo fato de ser homem, uma vez que todos homens são dotados de igual dignidade, e o respeito à pessoa humana realiza-se independentemente da comunidade, grupo ou classe social a que a mesma pertença.

10 - No nosso ordenamento jurídico-positivo, o princípio da dignidade da pessoa humana é um *princípio constitucional explícito*, consagrado no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, primeiro texto constitucional brasileiro a reconhecer expressamente o princípio em tela.

11 - O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana constitui a fonte jurídico-positiva e propicia unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. Dessarte, o extenso rol de *direitos e garantias fundamentais*, prescrito pelo título II da Constituição Federal vigente, traduz uma especificação e densificação do *princípio fundamental da dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III). Vale dizer: consoante expressa o nosso texto constitucional, os direitos fundamentais são uma primeira e importante concretização desse último princípio, quer se trate *dos direitos e deveres individuais e coletivos* (art. 5º), *dos direitos sociais* (arts. 6º a 11 e art. 193 e ss) ou *dos direitos políticos* (arts. 14 a 17).

12 - O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana funciona ainda como cláusula “aberta”, no sentido de respaldar o surgimento de “novos direitos” não expressos na Constituição de 1988, mas nela implícitos em

decorrência do regime e princípios por ela adotados, ou em virtude de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, reforçando, assim, o disposto no art. 5º, § 2º.

13 - O princípio da dignidade da pessoa humana permite ainda a referência a um *sistema de direitos fundamentais*. Com isso, facilita-se a interpretação e aplicação desses direitos, pois o pensamento sistêmico ilumina ou reforça o entendimento de direitos em particular, bem como favorece a articulação destes com outros. Em consequência, consolida-se a força normativa dos direitos fundamentais e a sua magna proteção da pessoa humana.

14 - Os direitos humanos, que historicamente surgiram nos séculos XVII e XVIII por meio do jusnaturalismo racionalista, constituem "*un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*".

15 - A constitucionalização dos direitos humanos é uma das espécies representativas de positivação dos mesmos. Deixam eles de ser apenas reivindicações políticas para se transformarem em normas jurídicas. Para destacar essa mudança, a doutrina vem dando preferência ao uso da locução *direitos fundamentais*, quando deseja fazer alusão àqueles direitos positivados numa constituição de um determinado Estado. A expressão *direitos humanos* tem sido geralmente reservada para ser empregada em documentos internacionais.

16 - Na atual Constituição brasileira, os direitos fundamentais estão relacionados do art. 5º ao 17 e título VIII.

17 - Com base nas teorias de Habermas (verdade obtida pelo consenso) e Agnes Heller (necessidades radicais ou qualitativas), os direitos humanos podem ser concebidos como valores consensuais assentados nas necessidades humanas. Essa fundamentação desses direitos, denominada intersubjetiva, "*parte de la posibilidad de llegar a establecer las condiciones de las que la actividad discursiva de la razón práctica permite llegar a un cierto consenso, abierto y revisable, sobre el fundamento de los derechos humanos. Un consenso que, de otro lado, lejos de traducirse en fórmulas abstractas y vacías recibe su contenido material del sistema de necesidades básicas o radicales, que constituye su soporte antropológico*".

18 - Mesmo aqueles que negam a possibilidade de uma fundamentação filosófica dos direitos humanos não deixarão de confrontar-se, a nível de di-

reito positivo, com a questão da unidade dos direitos fundamentais. Estes não são apenas um amálgama de direitos aleatoriamente dispostos no texto constitucional, mas um sistema que se reconduz a um princípio racional, representado pelo *princípio fundamental da dignidade da pessoa humana*. Entretanto, a afirmação desse princípio pela Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III), como fundamento do Estado democrático de direito, não possui justificação em nenhuma ordem extra-social ou metafísica, senão na vontade do povo brasileiro, expressa no consenso alcançado na Assembléia Constituinte de 1988 que ensejou a consagração daquele magno princípio.

19 - Os direitos fundamentais realizam em torno de si um certo consenso de sua necessidade como elementos essenciais para a democracia, a despeito das diferenças políticas e ideológicas existentes no mundo contemporâneo. Tal fato possibilitou, v.g., que a Organização das Nações Unidas - ONU, promulgasse a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, sem nenhum voto contrário de qualquer país. Assim, deixam os direitos fundamentais de ser tema exclusivamente identificado com as correntes ideológicas de matizes liberais e passam a ser reivindicados pelas mais diversas correntes políticas e filosóficas existentes nas pluralistas sociedades contemporâneas.

20 - Com arrimo em subsídios fornecidos pela hermenêutica ou ciências ocupadas com a estrutura da linguagem, a ciência do direito vem revelando importantes aspectos da estrutura das normas jurídicas. Inicialmente, cabe mencionar a distinção entre *texto* e *norma*, que muitas vezes são utilizados como sinônimos, quando na realidade não são idênticos: a *norma* é o resultado duma interpretação, ou seja, é o *significado* de um texto ou disposição de norma.

21 - O conceito de *norma de direito fundamental* é mais amplo do que o conceito de *direito fundamental*. Conquanto a outorga de qualquer direito fundamental tenha que necessariamente ser realizada por uma norma de direito fundamental, a recíproca não é correta. Existem normas de direitos fundamentais que não outorgam direitos subjetivos fundamentais (normas de direitos fundamentais objetivas). Por exemplo, as normas que estabelecem o regime jurídico dos direitos fundamentais são normas objetivas, porque não consagram posições jurídicas subjetivas.

22 - A intervenção legislativa no âmbito dos direitos fundamentais é uma realidade que se justifica por duas razões: em primeiro lugar, para introduzi-los na vida pública (garantias institucionais) ou para complementar, densificar ou concretizar o conteúdo de direitos fundamentais formulados

em termos vagos; em segundo lugar, a intervenção do legislador ordinário torna-se indispensável para prevenir colisão de direitos fundamentais ou o confronto destes com outros bens de estatura constitucional. Daí a distinção entre *normas configurativas* ou *conformadoras* e *normas restritivas* de direitos fundamentais.

23 - As normas restritivas de direito fundamental - que dizem respeito àquelas que atingem ou afetam o conteúdo de direito fundamental - exigem uma abordagem sobre os distintos tipos de restrições: (a) as estabelecidas diretamente pela constituição, (b) as estabelecidas por lei autorizada pela constituição (reserva de lei) e (c) as estabelecidas indiretamente pela constituição (implícitas).

24 - As normas restritivas devem satisfazer determinados requisitos para proceder à restrição de direito fundamental (restrições às restrições ou limites dos limites): nenhuma restrição pode deixar de se fundar na constituição, explícita ou implicitamente; as restrições devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos; as leis restritivas têm de revestir-se de um caráter geral e abstrato, não são admissíveis leis restritivas individuais bem como leis restritivas gerais e concretas; as leis restritivas não podem ter efeito retroativo; as leis restritivas não podem diminuir a extensão e o alcance do *núcleo essencial* dos direitos fundamentais.

25 - O conceito de *núcleo essencial* (que tem por fim evitar que os direitos fundamentais fiquem à mercê do legislador), na acepção de valor absoluto, estabelece "*que cualesquiera que fueren las circunstancias invocadas para la limitación del derecho, éste ha de conservar siempre sus rasgos esenciales*", na acepção de valor relativo, "*es aquello que queda después de una ponderación*".

26 - Os direitos fundamentais, além de complexos em sua estrutura interna, denotam uma pluralidade de tipos. Com base na teoria dos *status* de Jellinek, os direitos fundamentais são classificados em *direitos de defesa*, *direitos a prestações* e *direitos de participação*.

27 - Os direitos de defesa referem-se principalmente às liberdades individuais tais como a liberdade pessoal de pensamento, de religião, de reunião e liberdade econômica. A nossa atual Constituição Federal prescreve-os sob a epígrafe: "Dos direitos e deveres individuais e coletivos" (art. 5º). Os direitos a prestações, introduzidos nas constituições principalmente após as duas grandes guerras mundiais, constituem os direitos relativos a "*alla salute, la famiglia, le comunità sociali, la scuola, la cultura, le associazioni...il lavoro*" ou, nos termos da nossa Constituição, a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segu-

rança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (art. 6º). Os direitos de participação - possuindo as características mistas de direitos de defesa e direitos a prestações - visam a garantir a participação dos cidadãos na formação da vontade política da nação. Consistem, essencialmente, na liberdade de associação nos partidos políticos e direitos eleitorais. Na Constituição Federal em vigor, constam dos arts. 14 a 17, sob a epígrafe de "direitos políticos".

28 - No exercício dos direitos fundamentais, é freqüente o choque entre os mesmos ou confronto desses direitos com outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente. Tal fenômeno é o que a doutrina tecnicamente designa de *colisão de direitos fundamentais*.

29 - Haverá colisão entre os próprios direitos fundamentais (colisão entre os direitos fundamentais em sentido estrito) "quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular". Sucede a colisão entre os direitos fundamentais e outros valores constitucionais, quando interesses individuais (tutelados por direitos fundamentais) se contrapõem a interesses da comunidade, reconhecidos também pela constituição, tais como: saúde pública, integridade territorial, família, patrimônio cultural, segurança pública e outros.

30 - Verificada a existência de *reserva de lei* na constituição para pelo menos um dos direitos colidentes, o legislador poderá resolver a colisão de direitos fundamentais comprimindo o direito ou direitos restringíveis (sujeitos à reserva de lei), respeitando, é claro, os limites das restrições.

31 - Tratando-se de colisão entre direitos fundamentais não sujeitos à reserva de lei, a solução fica por conta da jurisprudência, que realiza a *ponderação dos bens envolvidos*, visando a resolver a colisão através do sacrifício mínimo dos direitos em jogo. Nessa tarefa, pode guiar-se pelos princípios da *unidade da constituição*, da *concordância prática* e da *proporcionalidade*, dentre outros, fornecidos pela doutrina.

32 - A constituição Federal de 1988 prescreve, no seu inciso X, do art. 5º, que são invioláveis a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas. À exceção do direito à honra, tutelado no âmbito penal e pela lei de imprensa, não havia uma proteção expressa desses direitos no nosso ordenamento jurídico antes do atual texto constitucional.

33 - Os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem foram paulatinamente sendo perfilados como *direitos subjetivos da personalidade* ("*esenciales a la persona, inherentes a la misma y en principio extrapatrimoniales*"),

com eficácia prevalente no âmbito *inter privato*, para só mais tarde alcançar a estatura constitucional.

34 - A honra, “a dignidade pessoal reflectida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa”, fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, constitui atributo inerente a qualquer pessoa, independentemente de consideração de raça, religião, classe social. Com a sua constitucionalização, expande sua força normativa, tornando-se, definitivamente, incompatível com as “concepções aristocráticas ou meritocráticas” sobre a honra.

35 - A intimidade, um dos novos direitos surgidos com o advento das sociedades industriais, constitui uma exigência moral da personalidade para que, em determinadas situações, seja o indivíduo deixado em paz, constituindo um direito de controlar a indiscrição alheia nos assuntos privados que só a ele interessa.

36 - A intimidade, na acepção atual do termo, teve sua origem doutrinária do direito anglo-americano, através do famoso artigo intitulado “*The right to privacy*”, publicado na *Harvard Law Review*, em 15 de dezembro de 1890, firmado pelos advogados Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis.

37 - O direito à intimidade oferece maior proteção aos cidadãos comuns do que aos homens públicos ou pessoas célebres, porquanto estes voluntariamente se expõem ao público, tendo que abdicar em parte de sua intimidade como preço da fama ou prestígio granjeados.

38 - Entre nós, não existe uma proteção expressa da intimidade dispensada pela legislação penal, embora no Código Penal vigente se possa vislumbrar, de forma indireta, o amparo da intimidade em alguns delitos: violação de domicílio (art. 150); violação de correspondência (art. 151); sonegação ou destruição de correspondência (§1º); violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica (inciso II); violação de correspondência comercial (art. 152); e os crimes contra a inviolabilidade dos segredos (arts. 153 e 154). Contudo, o anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal sugeriu diretamente a proteção da intimidade no art. 157: “Violação da intimidade - Violar, mediante processo técnico ou qualquer outro meio, o resguardo sobre fato, imagem, escrito ou palavra que alguém queira manter na esfera da vida privada”. Na esfera civil, também, não dispomos de uma adequada garantia da intimidade.

39 - A Constituição Federal de 1988 resolveu tutelar de forma autônoma o bem *vida privada* (art. 5º, X), distinguindo-o da figura *intimidade*. Assim,

ao albergar no texto constitucional a vida privada ao lado da intimidade, presume-se que o constituinte utilizou a expressão vida privada em sentido restrito, ou seja, para significar uma das esferas da intimidade (em sentido amplo).

40 - O direito à própria imagem, assegurado no art. 5º, inciso X da Constituição Federal em vigor, "*comprende la facultad que toda persona tiene para disponer de su apariencia, autorizando o ño la captación y difusión de ella*".

41 - O direito à própria imagem distingue-se do direito à intimidade apesar de que, em certas ocasiões, ambos apareçam conectados. Por exemplo, na hipótese de republicação de retrato, o objeto do direito é apenas a imagem e não a intimidade, vez que esta já fora invadida quando da primeira publicação.

42 - O direito à própria imagem, outrossim, não se confunde com o direito à honra, conquanto seja reconhecida a grande importância histórica deste para a afirmação daquele. Por exemplo, constitui violação do direito à própria imagem, sem atingir o direito à honra, a publicação da fotografia de uma pessoa para fins comerciais sem a sua anuência, "mesmo que a publicação em si mesma só pudesse vir a lisonjear-lhe a vaidade".

43 - Constituem limites ao direito à própria imagem: *notoriedade* (as pessoas célebres, em face do interesse que despertam na sociedade, sofrem restrição no seu direito à imagem); *acontecimentos de interesse público ou realizados em público* (não se exige o consentimento do sujeito quando a divulgação de sua imagem estiver ligada a fatos, acontecimentos ou cerimônias de interesse público ou realizadas em público); *interesse científico, didático ou cultural* (justifica-se a publicação da imagem de uma pessoa quando se visa a alcançar fins científicos, didáticos ou culturais); *interesse da ordem pública* (diz respeito à necessidade de divulgar a imagem da pessoa para atender "interesses da administração da justiça e da segurança pública").

44 - Não havia, no nosso direito positivo, proteção expressa à imagem antes do atual texto constitucional. Entretanto, os tribunais brasileiros entendiam que esse direito tinha amparo no art. 666, X, do Código Civil, posteriormente derogado pela Lei, n. 6.988-73, que no seu art. 49, I, "f", tratou sobre o mesmo tema.

45 - A Lei n. 8.069, de 13-07-1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), no seu art. 143, protege a imagem da criança e do adolescente a que se atribua autoria de ato infracional.

46 - Além da proteção positiva, enquanto direitos em si mesmos (art. 5º, X), os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem estão consa-

grados também como limites à liberdade de expressão e informação pela Constituição Federal vigente (art. 220, §1º).

47 - A liberdade de expressão e informação, consagrada em textos constitucionais sem nenhuma forma de censura prévia, constitui uma das características das atuais sociedades democráticas. Ela está regulada nos arts. 5º e 220 da nossa vigente Lei Fundamental.

48 - A liberdade de expressão e informação hodiernamente é entendida como um direito subjetivo fundamental assegurado a todo cidadão, consistindo na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, idéias e opiniões através da palavra, escrito, imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como no direito de comunicar ou receber informação verdadeira, sem impedimentos nem discriminações.

49 - É relevante a distinção entre liberdade de *expressão e informação*. O objeto daquela é *“la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y juicios de valor”*. Esta abarca o direito *“de comunicar y recibir libremente información sobre hechos, o tal vez más restringidamente sobre hechos que puedan considerarse noticiables”*.

50 - O limite interno da veracidade, aplicado ao direito à informação, refere-se à *verdade subjetiva* e não à *verdade objetiva*. Vale dizer: no Estado Democrático de Direito, o que se exige do sujeito é um dever de diligência ou apreço pela verdade, no sentido de que seja contactada a fonte dos fatos noticiáveis e verificada a idoneidade da notícia antes de qualquer divulgação.

51 - O direito fundamental à informação abrange tanto os atos de comunicar quanto os de receber livremente informações pluralistas e corretas. Com isso, visa-se a proteger não só o emissor, mas também o receptor da comunicação.

52 - A liberdade de expressão e informação, uma vez que contribui para a orientação da opinião pública na sociedade democrática, é estimada como um elemento condicionador da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais. Em conseqüência, no caso de pugna com outros direitos fundamentais ou bens de estatura constitucional, os tribunais constitucionais têm decidido que, *prima facie*, a liberdade de expressão e informação goza de *preferred position*.

53 - Considerando que a Constituição Federal de 1988 consagra os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem não apenas como limites externos à liberdade de expressão e informação (art. 220, §1º), mas também os tutela como direitos fundamentais em si mesmos (art. 5º, X), quando esses

direitos entram em fricção com a liberdade de expressão e informação, estamos perante a colisão entre os próprios direitos fundamentais, cuja solução se revela um dos problemas nucleares a desafiar a hodierna dogmática sobre os direitos fundamentais.

54 - A Constituição brasileira em vigor, no seu art. 220, §1º, estabelece uma *reserva de lei qualificada* para o legislador ordinário disciplinar o exercício da liberdade de expressão e informação, devendo-se levar em conta, dentre outros, a inviolabilidade dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem.

55 - Na solução da colisão entre os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, de um lado, e a liberdade de expressão e informação, de outro, os tribunais constitucionais têm partido da *preferred position* em abstrato dessa liberdade em razão de sua valoração como condição indispensável para o funcionamento de uma sociedade aberta.

56 - Na aplicação em concreto do critério da *preferred position* em abstrato da liberdade de expressão e informação, estabelecem-se certos requisitos: (a) o público (assuntos ou sujeitos públicos) deve ser separado do privado (assuntos ou sujeitos privados), pois não se justifica a valoração preferente da liberdade de expressão e informação quando essa liberdade se referir ao âmbito *inter privato* dos assuntos ou sujeitos; (b) o cumprimento do limite interno da veracidade (atitude diligente do comunicador no sentido de produzir uma notícia correta e honesta), pois a informação que revele manifesto desprezo pela verdade ou seja falsa perde a presunção de preferência que tem a seu favor.

57 - A *ponderação de bens* utilizada pela jurisprudência para resolver a colisão de direitos fundamentais é um método racional, uma vez que podem ser fundamentados os enunciados que estabelecem as condições de preferência referidas na ponderação, de acordo com as leis de colisão e ponderação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- A. ZANNONI, Eduardo; R. BÍSCARO, Beatriz. *Responsabilidad de los medios de prensa*. Buenos Aires : Astrea, 1993.
- AGESTA, Sanchez. O Estado de Direito na Constituição espanhola de 1978. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LVI, p. 25-36, 1980.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- _____. *Teoria de la argumentación jurídica*. Madrid : Centro de Estudios constitucionales, 1989.
- AMIRANTE, Carlo. *Diritti fondamentali e sistema costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*. Roma : Lerici, 1980.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra : Almedina, 1987.
- BAGOLINI, Luigi. Il fondamento dei diritti umani. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV serie - LXIV, p. 3-16, gen./mar. 1987.
- _____. La persona nell'esperienza morale e giuridica. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV serie - v. LXVI, p. 240-249, apr./giug. 1989.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. do livro "Elementos de Direito Administrativo". São Paulo : Malheiros, 1993.
- BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo : Saraiva, 1989.

- BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*. São Paulo : Com-Arte, 1990.
- BARILE, Paolo. Nuovi diritti e libertà fondamentali. In: RICCOBONO, Francesco. *Nuovi diritti dell'età tecnologica: atti del convegno tenuto a Roma presso la libera università internazionale degli studi sociali*, 5 e 6 maggio 1989. Milano : Giuffrè, 1991, p. 1-11.
- BARRETO, Tobias. Idéias de um novo direito que é preciso ser reconhecido. In: MERCADANTE, Paulo; PAIM, Antonio; BARRETO, Luiz Antonio. *Estudos de Direito I*. ed. comemorativa. Rio de Janeiro : Record, 1991.
- BASSI, Antonino Pensovecchio Li. *L'interpretazione delle norme costituzionali: natura metodo, difficoltà e limiti*. Milano : Giuffrè, 1972.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. v. I e II. São Paulo : Saraiva, 1988-1989.
- BERTI, Silma Mendes. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte : Del Rey, 1993.
- BETTI, Emilio. La interpretación de las leyes y actos jurídicos. Madrid : *Revista de derecho privado*.
- _____. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica*. Milano : Giuffrè, 1949.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1989.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 4. ed. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1994.
- _____. *Dicionário de política*. 2. ed. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1986.
- _____. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro : Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.
- CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXVII, p. 129-223, 1991.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito na ciência do direito*. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOSA USERA, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid : Centro de Estudios constitucionales, 1988.

- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra : Ed. Coimbra, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Externalização ou internalização da "Justiça" Constitucional : introversão ou extroversão da legitimidade processual. *Conferência proferida no Brasil*. Porto Alegre, maio de 1994.
- _____. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra : Almedina, 1992.
- _____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra : Ed. Coimbra, 1994.
- _____. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. III, n. especial, p. 461-500, 1991.
- _____. Rever a ou romper com a constituição dirigente? : defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Conferência realizada no Instituto Pimenta Bueno de São Paulo*, em 22 de setembro de 1994.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1992.
- _____. *Juízes legisladores?* Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1993.
- CARNELUTTI, Francesco. Diritto alla vita privata : contributo alla teoria della libertà di stampa. In: *Scritti giuridici in memoria de Piero Calamandrei*. v.I. Padova : Cedam, 1958, pp. 139-152.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro : Renovar, 1994.
- CASTAN TOBEÑAS, Jose. *Los derechos del hombre*. 4. ed. Madrid : Reus, 1992.
- _____. *Los derechos de la personalidad*. Madrid : Reus, 1952.
- CATAUDELLA, Antonino. *La tutela civile della vita privata*. Milano : Giuffrè, 1972.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR, Paulo José da. *Direito penal na constituição*. 2. ed. rev. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1991.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 1992.
- COELHO, Inocêncio Mártires. O perfil constitucional do Estado contemporâneo: o Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 30, n. 118, p. 5-18, abr./jun. 1993.

- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido. La libertad de informacion y libre circulacion de noticias en España : proclamacion y limites. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXV, p. 243-262. 1989.
- CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. v. I, Padova : Cedam, 1962.
- CUPIS, Adriano de. *Teoria e pratica del diritto civile*. 2. ed. Milano : Giuffrè, 1967.
- _____. *Os direitos da personalidade*. Lisboa : Morais, 1961.
- DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. São Paulo : Freitas Bastos, 1986.
- DEVOL, Kenneth S. *Mass media and the Supreme Court: the legacy of the Warren Years*. New York : Hastings House.
- DIAZ, Elias. *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Madrid : Civitas, 1978.
- DOTTI, René Ariel Dotti. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1980.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Massachusetts : Harvard University Press Cambridge, 1980.
- _____. *I diritti presi sul serio*. Bologna : il Mulino, 1982.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1988.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Teoria jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 31 n. 121, p. 69-102. jan./mar. 1994.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 88, p. 439-458, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La constitution como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid : Civitas, 1985.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1990.
- GENTILE, Francesco. I diritti dell'uomo nella critica marxiana dell'emancipazione politica. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV serie - LVIII, p. 571-586, ott./dic. 1981.
- GIANFORMAGGIO, Letizia. L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi. *Rivista*

- internazionale di filosofia del diritto*, IV serie - LXII, n. 1, p. 65-103, gen./mar. 1985.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. *Honor y libertad de expresión*. Madrid : Tecnos, 1987.
- _____. La solución del conflicto entre libertad de expresión y honor en el derecho penal español. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXV, p. 263-275, 1989.
- GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid : Colex, 1990.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1991.
- GREENBAUM, Jeffrey. *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti: I giudici Warren e Burger*. Milano : Giuffrè, 1992.
- GROSSI, Pierfrancesco. *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*. Padova : Cedam, 1972.
- GROSSO, Carlo Federico. Sviluppi recenti del diritto penale della informazione a mezzo stampa. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXV, p. 291-304, 1989.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria da constitucional*. Fortaleza : Ed. Universidade Federal do Ceará, 1989.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1986.
- HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, intimidad y propia imagem*. Madrid : Colex, 1990.
- _____. Los delitos contra el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagem en el Proyecto de Código Penal de 1992. *Poder Judicial*, Madrid, 2º época, n. 28, p. 133-146, dic. 1992.
- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. 5. ed. Coimbra : Arménio Amado, 1980.
- HIXSON, Richard. *Privacy in a public society*. New York : Oxford University Press, 1987.
- JELLINEK, Giorgio. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*. Milano : società editrice libraria, 1912.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo : Martins Fontes, 1992.

- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo : Companhia das Letras, 1988.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1989.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona : Ariel, 1976.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais : o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo : Malheiros, 1994. 113-143.
- MACEDO, Silvio de. *Introdução à filosofia do direito: uma nova metodologia*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1993.
- MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra : Almedina, 1991.
- MARITAIN, Jacques. *Os direitos do homem e a lei natural*. 3. ed. Rio de Janeiro : José Olympio, 1967.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Sigilo Bancário, direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 24/92, p. 436-438, 2º quinzena, dez. 1992.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Informativo Consulex*, Brasília, a. VII, n. 43, p. 1150-1148, out.1993.
- MESSNER, Johannes. *Ética social*. São Paulo : Quadrante.
- MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à lei de imprensa*. v. I e II. 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1994.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomos II e IV. 3. ed. rev. e atual. Coimbra : Ed. coimbra, 1991.
- MORAIS, Walter. Direito à própria imagem (I). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 443, p.64-81. set. 1972.
- _____. Direito à própria imagem (II). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 444, p. 11-28, out. 1972.
- NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo : Saraiva, 1988.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 1991.
- PALAZZANI, Laura. Essere umano o persona? Persona potenziale o persona possibile? : Qualche nota su un recente libro di Pietro Prini e uno sguardo

- al dibattito in bioetica. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV serie - LXIX, p. 446-471, lugl./set. 1992.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 3. ed. Madrid : Tecnos, 1990.
- _____. *Le generazioni dei diritti umani*. In: Nuovi diritti dell'età tecnologica. Atti del convegno tenuto a Roma presso la Università Internazionale degli studi sociali, 5 e 6 maggio 1989, p. 140.
- PISÓN CAVERO, José Martínez de. *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Madrid : Civitas, 1993.
- PONTES DE MIRANDA. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. Rio de Janeiro : José Olympio, 1945.
- PRADEL, Jean. Developpements recents de l'information de presse en matière pénale. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXV, p. 277-289, 1989.
- PRIETO SANCHIS, Luis. *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- _____. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.
- PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.
 Parecer n. 9467. Representação dos Estados na câmaras dos deputados. Consultor: Mario Bernardo Sesta. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 20, n. 49, p. 107-136, 1993.
- RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. Madrid : Fondo de Cultura Económica España, 1978.
- REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963.
- _____. *Teoria tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- _____. *Filosofia do Direito*. 6. ed. v. I, São Paulo: Saraiva, 1972.
- _____. Linha evolutiva da teoria tridimensional do Direito. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 88, p. 301-312, 1993.
- ROMANO, Santi. *Principi di diritto costituzionale generale*. 2. ed. Milano : Giuffrè, 1947.
- SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. *La libertad de expresión en el Estado de Derecho: entre la utopia y la realidad*. Barcelona : Ariel, 1987.
- SCALISI, Antonino. *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1990.
- SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitución*. Madrid, Alianza.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. rev. e

- ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.
- STEVENS, John Paul. The freedom of speech. *The Yale Law Journal*, v. 102, n. 6, 1293-1313, Apr. 1993.
- TARDE, Gabriel. *A opinião e as massas*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- TRINDADE, António Augusto Cançado. Democracia y Derechos Humanos: El regimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del Estado de Derecho. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, a. 47, n. 183, p. 5-24, jan./jun. 1994.pp.
- WALDRON, Jeremy. *Nonsense upon Stilts: Benthan, Burke and Marx on the rights of man*. London and New York : Methuen, 1987.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Tutela jurisdiccional das liberdades públicas*. Curitiba: Juruá, 1991.
- WARREN, Samuel D; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvad Law Review*. Cambridge, v. IV, p. 193-220, dec. 15, 1890.

OUTROS LIVROS DE NOSSA EDIÇÃO

Fritz Baur (Prof. da Univers. de Tübingen, Alemanha)

Tutela Jurídica Mediante Medidas Cautelares

Evaldo Brito (Prof. da Universidade da Bahia)

Limites da Revisão Constitucional

Mauro Cappelletti (Prof. da Universidade de Florença, Itália)

Acesso à Justiça

Oscar Correas (Prof. da UNAM-México)

Crítica da Ideologia Jurídica

José Eduardo Faria (Prof. da Univers. de SP)

A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade

Sérgio Ferraz (Prof. Titular na Univers. Federal do Rio de Janeiro)

Manipulação Biológica e Princípios Constitucionais

H. L. A. Hart (Prof. da Univers. de Oxford)

Direito, Liberdade, Moralidade Trad. do Prof. Gérson Pereira dos Saltos

L. A. Heck (Prof. da UNISINOS)

O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais

K. Hesse (Prof. da Univers. de Freiburg, i. br., Alemanha)

A Força Normativa da Constituição.

Hans Kelsen

Teoria Geral das Normas

L. Luisi (Prof. Livre Docente de Direito Penal da UFRGS)

Os Princípios Constitucionais Penais

Oswaldo F. de Melo (Prof. da Univers. da UFSC)

Fundamentos da Política Jurídica

Fr. Müller (Prof. da Univers. de Heidelberg)

Direito, Linguagem, Violência

E. Novoa Monreal (Ex-Prof. da Univers. de Santiago, Chile)

O Direito Como Obstáculo à Transformação Social

A. J. Lamartine Oliveira & F. Ferreira Muniz (Profs. da Univers. Federal do PR)

Direito de Família (Direito Matrimonial)

S. Pimentel (Prof. da Univers. Católica de São Paulo)

A Figura/Personagem Mulher em Processos de Família

A. A. Caçado Trindade (Prof. Titular da Univers. de Brasília)

Direitos Humanos e Meio-Ambiente/Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional

Luis A. Warat (Prof. da Univers. de Buenos Aires e do Mestrado em Direito da UFSC)

O Direito e Sua Linguagem