



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ**  
**MIRTA MARA BASTOS MANGUEIRA**

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO NO  
CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO.**

**FORTALEZA – CEARÁ**

**2007**

341.2732  
M835L  
(S437)  
(T615)

Mirta Mara Bastos Mangueira Moreira

## A Liberdade de expressão e informação no Constitucionalismo Brasileiro.

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional do Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará em convênio com a Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Processual Constitucional e Direito Processual Constitucional.

Orientadora: Profa. Ms. Maria Alessandra Brasileiro de Oliveira.

Fortaleza – Ceará

2007



Universidade Estadual do Ceará - UECE

Centro de Estudos Sociais Aplicados - CESA

Coordenação do Programa de Pós-Graduação - Lato Sensu

## COMISSÃO JULGADORA

### JULGAMENTO

A Comissão Julgadora, Instituída de acordo com os artigos 24 a 25 do Regulamento dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Ceará / UECE aprovada pela Resolução e Portarias a seguir mencionadas do Centro de Estudos Sociais Aplicados - CESA/UECE, após análise e discussão da Monografia Submetida, resolve considerá-la **SATISFATÓRIA** para todos os efeitos legais:

Aluno (a): Mirta Mara Bastos Mangureira  
Monografia: A Liberdade de Expressão e Informação no Constitucionalismo Brasileiro  
Curso: Especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional  
Resolução: 2516/2002 - CEPE, 27 de dezembro de 2002  
Portaria: 55/2007  
Data de Defesa: 28/6/2007

Fortaleza (Ce), 28 de junho de 2007

  
\_\_\_\_\_  
Maria Alessandra Brasileiro de Oliveira

Orientadora/Presidente/Mestre

  
\_\_\_\_\_  
Silvia Lúcia Correia Lima

Membro/ Mestre

  
\_\_\_\_\_  
Oscar d'Alva e Souza Filho

Membro/ Livre Docente

## AGRADECIMENTOS

A Deus fonte de inspiração de toda minha vida.

Aos meus pais Francimar e Mirtes pelo apoio incansável em todos os momentos, ensinando-me na formação e conquista dos meus próprios valores.

Ao meu marido Franzé pelo incentivo.

A amada filha Thainá, minha maior realização.

A professora Alessandra Brasileiro pela consideração em ter aceito a orientação da minha monografia.

Aos meus colegas da especialização que, de uma forma ou de outra, contribuíram com sugestões efetivas para a realização deste trabalho, em especial a Débora e a Marília que foram companheiras desde o início.

## RESUMO

Esta monografia tem como objetivo a verificação da liberdade de expressão no Constitucionalismo Brasileiro analisando-se o Direito Comparado. Para isto, estuda-se antes os princípios fundamentais, sua idéia e juridicidade, como também a divergência entre princípio e regra na visão de Robert Alexy e Canotilho. O maior dos princípios é o da dignidade da pessoa humana, positivado expressamente pela Constituição Federal Brasileira de 1988 que reconheceu a sua fundamentabilidade. A dignidade é valor máximo de nosso ordenamento jurídico, devendo informar as relações jurídicas e estando, sob seu comando, toda a legislação infraconstitucional. A dignidade da pessoa humana é um princípio de importância singular, pois reflete, no ordenamento jurídico, desta forma, por exemplo, uma transgressão ao princípio da liberdade de expressão ou de religião implicará também, em última instância, desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para se ter esta consciência os direitos fundamentais precisaram se reconhecidos, o que não aconteceu no Estado Absolutista, nem do Feudalismo. Isto só foi acontecer com a chegada do Estado de Direito e com o princípio da separação de poderes. Inglaterra fornece as primeiras declarações de direitos (*Petition of Rights* de 1628, Ata de *Hábeas Corpus* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689) e a França e os Estados Unidos colocaram em prática as idéias iluministas. Importante as Declarações de Direitos: Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, oriunda da Revolução Francesa, e a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, oriundo da Revolução Americana. Quanto à liberdade de Expressão, esta foi surgindo no Brasil de forma lenta. A primeira Constituição, de 1824, falava em liberdade, mas não deixava claro que se tratava da liberdade de expressão com as garantias, conforme se vê no texto constitucional de 1988. Na Constituição de 1891 a liberdade de manifestação do pensamento continuava vaga, no entanto a liberdade de imprensa era consolidada, no artigo 72, § 12º. Na Constituição de 1934 a cláusula de liberdade de manifestação do pensamento trouxe novo ponto de vista concernente ao regime jurídico da informação e da crítica em seu artigo 113, § 9º. Constituição de 1937 em seu artigo 122, § 15, proclama que "todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei." A Constituição de 1946 repetiu a solução técnica de 1934, para melhor, limitando a liberdade de emissão de pensamento. A Constituição de 1967 foi abusivamente intolerante em relação às liberdades em geral e quase excluindo a liberdade de expressão. A Constituição de 1988 assegura, no artigo 5º, IV, a liberdade de manifestação do pensamento vedando o anonimato.

Palavra Chave – Princípios Fundamentais. Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Fundamentais. Liberdade de Expressão e Informação.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>08</b>
<b>2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>10</b>
2.1 Idéia e Juridicidade dos princípios .....	10
2.2 Divergência entre princípio e regra .....	13
2.3 Princípios Constitucionais.....	17
2.3.1 Classificação dos princípios Constitucionais.....	18
2.3.2 Princípio da Dignidade da pessoa humana como garantia da liberdade .....	20
<b>3 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>32</b>
3.1 Considerações sobre a expressão direitos fundamentais .....	32
3.2 Evolução Histórica .....	33
3.3 Conceito .....	36
3.4 Características .....	37
3.5 Natureza e eficácia dos direitos fundamentais .....	38
3.6 A Constitucionalização .....	44
3.7 Classificação dos Direitos Fundamentais.....	46
<b>4 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E O DIREITO COMPARADO.....</b>	<b>52</b>
4.1 O Constitucionalismo brasileiro.....	52
4.1.1 A Constituição do Império (1824).....	52
4.1.2 As Constituições Republicanas.....	54
4.1.2.1 A Constituição de 1891.....	54
4.1.2.2 A Constituição social de 1934.....	57
4.1.2.3 A Constituição de 1937.....	59
4.1.2.4 A Constituição liberal de 1946.....	61

4.1.2.5 A Constituição de 1967 e a Emenda nº 1, de 1969.....	63
4.1.2.6 A Constituição de 1988.....	66
4.2 A liberdade de expressão e o direito comparado.....	70
4.2.1 A liberdade de expressão em Portugal.....	70
4.2.2 A liberdade de expressão nos Estados Unidos.....	76
4.2.3 A liberdade de expressão na Espanha.....	79
4.2.4 A liberdade de expressão na Alemanha.....	81
4.2.5 A liberdade de expressão no Chile.....	81
4.2.6 A liberdade de expressão na China.....	84
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>87</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>90</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar, sob a ótica constitucional em vigor, a proteção da liberdade de expressão, viga mestra de uma sociedade democrática.

Grandes e infindáveis discussões têm ostentado o assunto que se quer desenvolver: a liberdade de expressão. Mais ainda sob o enfoque da globalização, em que percebe-se uma maior aceleração do processo de comunicação, unindo povos e países, veiculando informações em tempo real e a uma velocidade quase súbita, cujos influxos apresentam-se de forma mais intensa através da Internet, transformando o planeta numa grande “aldeia” comum.

A medida que os direitos fundamentais aparecem vão sendo classificados. Os de primeira geração (direitos fundamentais da liberdade, direitos civis e políticos); segunda geração (direitos da igualdade); os de terceira geração (direitos de fraternidade ou solidariedade) e os de quarta geração (direito à democracia, direito à informação e direito ao pluralismo).

A proteção da pessoa humana veio consagrada nos textos fundamentais que se seguiram, como o Bill of Rights, em 1689, a Declaração de Independência das Colônias inglesas, em 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, com a Revolução Francesa, culminando na mais famosa, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

A liberdade é bem precioso consagrado nesses instrumentos. Dela ramifica-se os demais direitos fundamentais. A liberdade de expressão deve ser praticada por todos, independentemente de raça, classe social, sexo ou qualquer



outra natureza. Isso não quer dizer que seja direito absoluto, mas sim, um direito que admite limites como qualquer outro.

Seguindo esse caminho, busca fazer um estudo sobre os princípios fundamentais, dando ênfase ao princípio do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo, procura definir direitos fundamentais, percorrendo a sua evolução histórica, características, natureza e eficácia.

No capítulo seguinte, analisa-se a liberdade de expressão no constitucionalismo brasileiro e realiza-se um breve exame do direito comparado Portugal, Estados Unidos, Espanha, Alemanha, Chile e China.

## 2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

### 2.1 Idéia e Juridicidade dos Princípios

Etimologicamente, princípio, derivado do latim principium, tem o sentido de começo, origem.

Os princípios indicam o conjunto de regras ou preceitos, que se atrelam para servir de norma a qualquer forma de ação jurídica, delineando, desta forma, o procedimento a ser colocado em qualquer operação jurídica. Sendo assim, despertam maior sentido que o da própria norma ou regra. Revelam a razão fundamental de ser das coisas jurídicas, transformando-se em evidência imediata.

Na sociedade, é necessário que existam valores bem determinados que a dirijam. Esses valores nada mais são que postulados que seguem a sociedade desde a origem. Para que a sociedade exista e permaneça viva, é necessária a harmonia entre os valores. O direito, como vetor da realização da justiça, procura mediante ordenamento jurídico, operar esses valores.

Não devemos aqui confundir princípios e valores, pois aqueles são preenchidos de sentido deontológico enquanto estes revestem-se de significado teleológico

Os princípios cobram destinatários igualmente, a obedecer às expectativas gerais do comportamento humano. Os valores, ao contrário, devem ser

compreendidos como predileção intersubjetivamente compartilhada, exprimem a “preferenciabilidade”. (vorzugswürdigkeit).

Segundo a lição de BANDEIRA DE MELLO (2002: 807),

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Os princípios Gerais do Direito vão progressivamente se transformando em princípios constitucionais, percebendo, em meados do século XX, a operacionalização dos mesmos nos tempos constitucionais.

Conforme o mestre BONAVIDES (2005), deve se reconhecer, nos princípios Gerais de Direito, a base e o teor da eficácia que a doutrina atual lhes atribui, amparada em autênticas razões e ótimos indícios.

A Juridicidade dos princípios atravessa três diferentes, fases, de fundamental importância. Trataremos delas com base nos escritos do doutrinador constitucional, BONAVIDES (2005).

A primeira é a fase jusnaturalista em que os princípios se mostram em dimensão abstrata. Sua normatividade é um tanto quanto nula e ambígua, contrapondo-se com o reconhecimento de sua extensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça.

A Corrente Jusnaturalista concebe os princípios gerais de direito em forma de “axiomas jurídicos” ou normas estabelecidas pela reta razão. Trata-se de

normas universais, são os princípios da justiça que se apresentam como “um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana.” (FLÓREZ-VALDES apud BONAVIDES (2005).

A segunda fase ou fase positivista assiste a decadência do direito natural com o aparecimento da Escola Histórica do Direito e a elaboração dos Códigos. O positivismo defende a idéia que os princípios gerais do Direito tem igual valor aos princípios que informam o direito Positivo e lhe fornecem fundamento. Para o positivismo o mérito dos princípios vem de “não serem ditados pela razão ou por constituírem um direito natural ou ideal, senão por derivarem das próprias leis”. (FLÓREZ-VALDES apud BONAVIDES (2005).

A fase pós-positivista tem seu começo no final do século XX. As Constituições promulgadas, a partir de então, se preocupam em dar relevo à hegemonia axiológica dos princípios na qualidade de suporte normativo sobre o qual repousa todo o edifício jurídico. <sup>1</sup>

E nessa fase, os princípios se transformam no sangue que percorre todas as veias da Constituição, oxigenando assim o sistema. É por intermédio dos princípios que os sistemas constitucionais adquirem uniformidade de sentido.

Hodiernamente, os textos constitucionais recepcionam os princípios, com força de fazer-se respeitar, colocando distante de si o juízo de indeterminação, de simples vetor e mostrando-se com regramento pronto para utilização.

---

<sup>1</sup> São precursores do pós-positivismo Friedrich Muller, na Alemanha, rompendo com a tradição de Kelsen, Jellinek, Laband e Gerber, Ronald Dorkin, nos Estados Unidos e Inglaterra, buscando romper com a inspiração positivista de Hart. Hart citado, por Sacha Calmon Navarro Coelho, Manual de Direito Tributário, p. 22 APUD GARCIA, Guiomari Garson da Costa. Estado Democrático de Direito e Liberdade de Expressão e informação. P. 263, afirma que “(...) nos sistemas em que a lei é uma fonte formal do direito, os tribunais ao decidirem os casos estão obrigados a tomar em conta uma lei pertinente, ainda que, sem dúvida, tenham uma considerável liberdade para interpretar o significado da linguagem legislativa. Mas às vezes o juiz tem muito mais liberdade de interpretação. Quando pode fundar sua decisão, por exemplo, em um texto do Digesto ou na obra de algum jurista francês (...). O sistema jurídico não o obriga a usar estas fontes mas é perfeitamente aceitável que o faça. Elas são, portanto, mais que mera influência históricas ou eventuais, pois tais textos são considerados como de razão para as decisões judiciais. Talvez possamos chamar as tais fontes de “permissivas” para distingui-las tanto das obrigatórias ou formais como as leis, como as leis, como as históricas.”

A força impositiva designada aos princípios constitucionais lhes foi concedido por intermédio da supremacia da Constituição.<sup>2</sup> Sobre todos os outros atos normativos.

Diante dos debates que comparavam princípio e norma, consagrou-se a doutrina que apresentou a norma como gênero e o princípio e a regra como espécies.

## 2.2 Divergência entre princípio e regra

Para o ilustre doutrinador alemão ALEXY (2001: 81-82), a distinção entre regras e princípios constitui um marco da teoria normativo-material dos direitos fundamentais e ainda ponto de partida para responder a questão sobre a possibilidade e limites de racionalidade, no âmbito dos direitos fundamentais. Desta forma, a distinção entre regras e princípios é de suma importância para a teoria dos direitos fundamentais.

O princípio está associado à compensação de valores, tem a contrapartida do dever fundamentado, depende muito mais da relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a fixação da conduta exigida.

---

<sup>2</sup> A estrutura científica dessa ordem jurídica organizada segundo a hierarquia é sistematizada pelo doutrinador Hans Kelsen. Teoria Pura do direito. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 215 a 217, que fornece independência ao direito como ciência, corroborando que: "dado o caráter dinâmico do direito, o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior. Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa."

A regra por sua vez tem um comando: fazer e não fazer. Tem o caráter de tornar algo exigível ou permitido. Obedece à estrutura mais elementar. São normas que estabelecem indiretamente fins, e, com maior precisão, o comportamento adequado, exatamente devido a que não se subordina menos intensamente com outras normas e atos institucionalmente legitimados de interpretação para a fixação da conduta exigida.

Hodiernamente, generalizou-se a distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, viga mestra da moderna dogmática constitucional, fundamental para transposição do positivismo legalista, no qual as normas se limitavam a regras jurídicas. A constituição passa a ser vislumbrada como um sistema aberto de princípios e regras, que possibilita a aceitação de valores jurídicos suprapositivos, no qual a noção de justiça e de realização dos direitos fundamentais executa papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve-se às concepções do Ronald Dworkin e Robert Alexy.

A teoria chega até nós pelas mãos de CANOTILHO (2002) que, segundo Dworkin e Alexy, entende superado o conceito antes adotado pela doutrina que fazia nítida diferença entre normas e princípios. Aqui, esquece-se separação ou distinção, para acolher a idéia de que: "(1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas".

É novamente o jurista lusitano CANOTILHO (2002: 1144-1145) quem contribui para o Direito Constitucional colocando diferenciação entre regra e princípios, fundamentalmente manifestada nos critérios seguintes:

(I) *Grau de abstração*: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida;

(II) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vago e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras

(do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa;

(III) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito)

(IV) *Proximidade da ideia de direito*: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (DWORKIN) ou na “ideia de direito” (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

(V) *Natureza normogénica*: Os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.

O mestre de Coimbra continua ministrando que a distinção entre princípios e regras é especialmente complicado, principalmente pela falta de clareza em relação a dois quesitos importantes: decifrar se entre princípios e regras cabe uma diferenciação qualitativa além de quantitativa e ainda decifrar se os princípios têm uma função “retórico-argumentativa” ou são normas de conduta. CANOTILHO (2002: 1145)

Os princípios são especiais uma vez que são normas jurídicas que impõem uma “optimização”, convivendo com diferentes categorias de concretização. As regras são normas que prescrevem impositivamente a reclamação que é ou não executada. A convivência dos princípios é cheia de embates, a convivência de regras, por seu turno, é contraditória, os princípios coexistem, as regras contraditórias excluem-se.

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, os princípios são mandamentos de otimização, que estão caracterizados pelo direito de puderem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não só das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. ALEXY (2001: 86)

O conflito entre regras se resolve no campo da validade, pois se uma regra é tida como válida e pode ser usada no caso concreto, também válidas serão os efeitos jurídicos. Logo, se a aplicação de duas ou mais regras válidas encaminha a convencimentos de dever ser mutuamente contraditórios, não sendo admissível a

extinção do conflito pela cláusula de exceção, ao menos uma das regras terá que sair do sistema normativo ou, pelo menos, ser declarada inválida, no intuito de se proteger o ordenamento.

Enquanto o conflito de regras se resolve por meio da validade, o conflito entre princípios se resolve no campo do valor. Sendo assim, princípios em colisão não serão admitidos na lógica do sistema dialético. A dialética do sistema apresenta-se uma vez que existe uma imensidão de valores jurídicos esperando sua consagração, não podendo ser jogados fora do ordenamento pelo fato de entrarem em colisão diante de um caso concreto; desta forma, o conflito será solucionado por meio da técnica da ponderação de bens, que se operacionaliza mediante a teoria da proporcionalidade.

Para ALEXY (2001: 88), o conflito de regras só pode ser solucionado por cláusula de exceção ou por invalidade. Ele traz o seguinte exemplo: uma regra que proíba abandonar a sala, antes de soar a sirene de saída e uma ordem para deixá, em caso de alarme de incêndio. O conflito poderia ser solucionado com a aplicação de cláusula de exceção na primeira regra, determinando a saída do recinto, em caso de alarme de incêndio. Não sendo possível essa solução, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida, eliminando-a do ordenamento jurídico.

A colisão entre princípios deve ser solucionada de forma diferente. Quando em colisão, um dos princípios tem que ofuscar-se para fazer com que o outro brilhe, isso não quer dizer que o princípio apagado ou com pouca luz seja inválido. Não existe preferência absoluta de um princípio diante do outro e sim preferência dependente de condição.

A solução de colisão consiste melhor, tendo em conta as circunstâncias do caso, em estabelecer entre os princípios uma relação de precedência condicionada. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, tomando em conta o caso, se indicam as condições sob as quais um princípio precede ao outro. Sobre outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente. ALEXY (2001: 92)



Desta forma, a solução da colisão de princípios se opera no caso concreto através da ponderação. Uma vez que os princípios são mandamentos de otimização, devem ser aplicados para melhor verificação dos anseios da sociedade.

### **2.3 Princípios Constitucionais**

Definidos os parâmetros acima, no tocante à distinção entre princípios e regras, cumpre elencar os princípios constitucionais.

Os princípios eram meras formulações filosóficas, depois juridicizados pelo direito civil até chegarem ao mais alto grau normativo, a Constituição.

A Constituição está intrinsecamente ligada à sociedade. É um sistema de regras e princípios que nasce do consenso social sobre os valores básicos, além de estabelecer a organização política fundamental.

A Constituição Brasileira de 1988 acatou a idéia de que os princípios constitucionais consolidam as premissas essenciais de dada ordem jurídica, irrigando-se por todo o sistema. Prova disso é quando afirma que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Os princípios aparecem no sistema de forma hierarquizada, atribuindo, ao ordenamento jurídico, estrutura e coesão. A superioridade absoluta da Constituição, que coloca a atividade normativa em condição de subordinação em relação aos princípios e regras, eleva os princípios e regras, eleva os princípios constitucionais ao mais alto grau na hierarquia normativa do estado. (GARCIA: 2003: 268)

A esse respeito pontifica BONAVIDES (2005: 294), com a habitual lucidez, “são qualitativamente a viga mestra de sistema, e esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma constituição.”

O Supremo Tribunal Federal, em voto do Ministro Celso Mello, demonstra aceitação no tocante à extensão funcional dos princípios:

O respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se como dever irrevogável do Poder Público. A ofensa do Estado a esses valores – que desempenham, como categorias fundamentais que são, um papel subordinante na própria configuração dos direitos individuais ou coletivos – introduz perigoso fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, por completo, a harmonia que deve presidir as relações, sempre tão estruturalmente desiguais, entre os indivíduos e o poder. As normas que se contraponham aos núcleos de irradiação normativa assentados nos princípios constitucionais, perderão sua validade (no caso da eficácia diretiva) e/ou sua vigência (na hipótese de eficácia derogatória), em face de contraste normativo com normas de estalão constitucional.<sup>3</sup>

A primazia dos princípios se materializa com a jurisprudência dos princípios que é a mesma jurisprudência dos valores, tão usada nos tribunais Constitucionais modernos. As sentenças dos Tribunais concretizam o caminho de jurisdição dos princípios. BONAVIDES (2005: 294)

### 2.3.1 Classificação dos princípios constitucionais

Muitas são as classificações dos princípios constitucionais apontadas pela doutrina, por se revestirem de natureza ou formato diferente.

Para MIRANDA (2000: 232-233), os princípios classificam-se em:

1) *Princípios constitucionais substantivos* – princípios válidos em si mesmos e que espelham os valores básicos a que adere a Constituição material.

<sup>3</sup> Voto do Ministro Celso de Mello, proferido na PET – 458/CE (DJ 04-03-1998, julgamento 26/02/1998).

Estes são subdivididos em 1.1) Princípios axiológicos fundamentais correspondentes aos limites transcendentes do poder constituinte, ponte de passagem do Direito Natural para o Direito positivo (liberdade de religião, liberdade de expressão, inviolabilidade da vida humana, etc), e em 1.2) Princípios político- Constitucionais – correspondentes aos limites imanentes do poder constituinte, aos limites específicos da revisão constitucional, próprios e impróprios, e aos princípios conexos ou derivados de uns e de outros, os quais refletem, como o nome indica, as grandes marcas e direções caracterizadoras de cada Constituição material diante das demais, ou sejam, as grandes opções e princípios de cada regime (princípio democrático), o da separação de poderes, etc); e em Princípios constitucionais instrumentais correspondentes à estruturação de sistema constitucional, em moldes de nacionalidade e operacionalidade (princípio da publicidade das normas jurídicas, o da competência, o do paralelismo das formas, etc).

Diante de diferente densidade semântica dos princípios constitucionais, outro autor português, CANOTILHO (2002: 1157), fixa um conjunto de princípios internamente ordenados, no qual estabelece, no ponto mais alto, os princípios estruturantes “constitutivos e indicativos das idéias directivas básicas de toda a ordem constitucional. São, por assim dizer, as traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político.”

Os princípios estruturantes encontram materialização através de outros princípios (ou subprincípios) constitucionais gerais ou especiais que lhes transmitem densidade CANOTILHO (2002: 1158).

Em geral os princípios constitucionais estruturantes são parte integrante da Constituição brasileira de 1988, sob a denominação de princípios fundamentais, nos artigos 1º a 4º do título I.

SILVA (2002: 94) pontua a necessidade de diferenciar os princípios fundamentais dos demais princípios do direito constitucional e faz um exame dos princípios fundamentais no nosso direito positivo, aqui demonstrados:

a - princípios relativos à existência, forma, estrutura e tipo de Estado: República Federativa do Brasil soberania, Estado Democrático de Direito (artigo 1º);

- b – princípios relativos à forma de governo e à organização dos poderes: República e separação de poderes (artigos 1º e 2º);
- c – princípios relativos à organização da sociedade: princípio da livre organização social, princípio de convivência justa e princípio da solidariedade (artigo 3º, I);
- d – 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 (artigo 1º, parágrafo único);
- e – princípios relativos à prestação positiva do Estado: princípio da independência e do desenvolvimento nacional (artigo 3º, II), princípio da justiça social (artigo 3º, III) e princípio da não discriminação (artigo 3º, IV);
- f – 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 (artigo 4º).

Existem ainda os princípios gerais de Direito Constitucional, implícitos no interior da ordem jurídica vindo à tona pela de interpretação e aplicação das normas jurídicas. Os princípios gerais desenvolvem temas de teoria geral do Direito Constitucional.

São princípios Gerais do Direito na Constituição Brasileira de 1988 da proporcionalidade, da finalidade administrativa, da razoabilidade administrativa, da imparcialidade do juiz entre outros.

### 2.3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como garantia da liberdade.

O mundo globalizado de hoje massifica a sociedade da Informação,<sup>4</sup> caracterizada pelo avanço tecnológico e pelo dinamismo no qual os principais processos e acontecimentos históricos ocorrem e se desdobram em escala cada vez mais global, encurtando assim as distâncias.

---

<sup>4</sup> A Sociedade da informação é uma sociedade onde a componente da informação e do conhecimento cumpre um papel central em qualquer atividade humana em consequência do desenvolvimento tecnológico digital, principalmente da Internet, instigando novas formas de organização da economia e da sociedade. Os participantes da sociedade da informação (cidadãos, empresas e estado) partilham todo tipo de informação e conhecimento imediatamente, em qualquer lugar que estiverem e da melhor maneira possível.

Nessas circunstâncias, surgem discussões sobre a liberdade de expressão, colocando a liberdade como pressuposto do direito à vida com dignidade.

Analisando a posição tecnológica que as telecomunicações assumem hoje, surge nova realidade que necessita ser científica e tecnicamente dominada, estabelecendo reflexão sobre a existência de valores éticos como a liberdade e a dignidade do ser humano. (BONAVIDES, 1996: 118)

A dignidade da pessoa humana foi confessada por Deus no ato da Criação. O homem surge como fonte da criação. Ser capaz de dar sentido às coisas, com senhorio sobre elas. O homem é criado à imagem e semelhança de Deus,<sup>5</sup> mostrando com isso a superioridade diante dos outros seres, com liberdade de escolha e capacidade de discernir entre o bem e o mal. O homem é um ser que reflete e espelha Deus.

PAINE, em “Os direitos do homem”, procura uma justificação religiosa para fundamentar esses direitos. Para ele é necessário ultrapassar a história até chegar à origem, quando o homem surgiu das mãos do criador. (BOBBIO, 1992: 88)

Na antiguidade, havia a preocupação em preservar a dignidade da pessoa humana, com a criação de leis destinadas à proteção do indivíduo.

As leis eram organizadas em códigos como o de Hamurabi, da Babilônia e da Assíria. O Código de Manu, da Índia. Foram as primeiras expressões significativas de apoio da dignidade do ser humano.

---

<sup>5</sup> Gn.1: 26-28.

Nas comunidades antigas, até na China, enfatizavam-se, como norma fundamental de convencimento da igual dignidade humana, a “regra de ouro” que ordena: “não faças ao outro o que não queres que façam a ti”, em que fica clara a aspiração à dignidade do semelhante.

O pensamento greco-romano, que influenciou a cultura ocidental contemporânea, também contribuiu nessas questões filosóficas, sobre a natureza humana e suas exigências mais verdadeiras, mesmo existindo, nessas civilizações, a escravidão e tantas outras formas de discriminação, como por exemplo, com as mulheres e os estrangeiros. (ALVES; 2001: 14)

Do ponto de vista histórico, no entanto, é com o cristianismo que aparece o conceito de pessoa dotada de valores, com direito a uma liberdade impossível de ser destruída social ou politicamente. (MIRANDA, 2000: 17)

“O Senhor é espírito e onde está o Espírito do Senhor há liberdade.”  
(CORÍNTIOS, 2ª EPÍSTOLA, III,17)

A noção de pessoa como origem de todos os valores vem sendo justificada sob a regra de que o direito é a materialização da noção de justiça na pluridiversidade de seu dever ser histórico, tendo a pessoa como emanadora de todos os valores. (REALE, (1999: 210-212)

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 idéias do amor fraterno e da igualdade perante Deus. (CAMPOS, (1991: 34)

Santo Agostinho de Hipona fez a separação entre os seres humanos e as coisas. Platão e Aristóteles também elevaram o ser humano ao patamar de superioridade diante das outras criaturas.

Do idealismo alemão de Kant, talvez tenha advindo a mais completa expressão do conceito lógico-filosófico de dignidade humana. Segundo essa filosofia o homem é um ser racional, que existe como fim e não como meio, totalmente diferente dos seres vivos que não têm razão.

São Tomás de Aquino apontava para a necessidade de incluir, aos textos de direito positivo, direitos que, naturais ou divinos, davam a proteção ao homem como origem de normatividade.

As Declarações de Direitos vieram positivar os direitos do homem. No artigo 1º, a Declaração Universal dos Direitos do Homem dispõe que “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 e fraternidade.”

Dotados de razão e de consciência – “eis o denominador comum a todos homens em que consiste essa igualdade.” Dotados de razão e consciência – “eis o que, para além das diferenciações econômicas, culturais e sociais, justifica o reconhecimento, a garantia e a promoção dos direitos fundamentais.” Dotados de razão e de consciência – “eis por que os direitos fundamentais, ou os que estão no seu cerne, não podem desprender-se da consciência jurídica dos homens e dos povos.” (MIRANDA, 2003: 83)

A materialização dessa dignidade essencial do ser humano é a sua liberdade, que leva ao conhecimento e juízo, crítico e a extensão relacional, em que o homem se reconhece, inter-agindo com outros homens.

Após a Declaração, o humanismo político continuou em desenvolvimento. Vários seres anunciados passaram a integrar os textos constitucionais de diversos países.

Para o Direito Constitucional, dignidade reconhece valor absoluto, supremo, indispensável para a solidificação do respeito à pessoa, estrutura necessária de um sistema institucional justo.

Contemporaneamente, observa-se a tendência dos ordenamentos em reconhecer o ser humano como ápice de todo o Direito. Essa inclinação ganhou mais amplitude após a 2ª Guerra Mundial e encontra-se diretamente ligada à adoção de valor básico do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana.

Ao Estado de Direito Democrático e social, está imposta a promoção e garantia dos direitos fundamentais (em que a dignidade humana é a base), privando-se de prática a eles prejudiciais, como também facilitando o respeito aos mesmos, até com a retirada de obstáculos à efetivação. Precisa tomar providências para que condições mínimas de vida digna sejam concedidas às pessoas. Não é o bastante ter um ordenamento jurídico progressista, se o homem é abandonado à sua própria sorte.

O Constitucionalismo Brasileiro que, desde 1934, vem sofrendo influência do Constitucionalismo germânico, chega em 1988 incorporando a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado de Direito que instituiu, no art. 1º, III da Constituição Federal Brasileira.

A dignidade é valor máximo de nosso ordenamento jurídico, devendo informar as relações jurídicas e estando, sob seu comando, toda a legislação infraconstitucional.

Desta forma, lei que viole a dignidade da pessoa humana deve ser reputada como inconstitucional. Se o Direito não deseja ser mera força, terá que respeitar a condição do homem como pessoa, pois, se o princípio de dignidade da



pessoa humana for ofendido, o Direito deixará de obrigar a todos os cidadãos em sua consciência.

O princípio fundamental da dignidade humana foi ainda fortalecido, em algumas outras disposições constitucionais, na Carta Política Brasileira de 1988. Prova disso, o artigo 170, que repete a expressão outrora usada na Constituição de 1934, normatizando que a ordem econômica tem, além de outras finalidades, assegurar, a todos, existência digna; o artigo 226, parágrafo 7º, reza que o planejamento familiar deve fundar-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o artigo 227 impõe, à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar, à criança e ao adolescente, o direito à dignidade.

No direito brasileiro, a dignidade da pessoa humana também é protegida no âmbito infraconstitucional, como é o caso da lei 8069, de 17 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que no capítulo II – Do Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade – artigo 15, reza que “a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.” No artigo 18, fortalece que “é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.”

A dignidade da pessoa humana é garantida em muitas outras constituições.<sup>6</sup> A Constituição Portuguesa de 1976 é a primeira em que o povo viu declarada a dignidade da pessoa humana como base de todo ordenamento jurídico e da República. (MIRANDA, 2003: 81) É proclamada no artigo 1º, no conceito que faz da pessoa como base e fim da sociedade e do Estado.

---

6 Constituição da Alemanha (art. 1º), da Irlanda (preâmbulo), da Índia (preâmbulo), da Venezuela (preâmbulo), da Grécia (art. 2º), da Espanha (art. 10º, nº 1), da China (art. 38), da Hungria (art. 54º), da Colômbia (art. 1º), da Bulgária (preâmbulo), da Romênia (art. 1º), de Cabo Verde (art. 1º), da Lituânia (art. 21º), do Peru (art. 1º), da Rússia (art. 21º), da África do Sul (arts. 1º, 10º e 39º), da Polônia (art. 30º).

NEVES (1976: 207) redige, em tema geral, o que pode ser utilizado pela Constituição: “A dimensão pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o respeito incondicional da sua dignidade”. Prossegue ressaltando que a dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que é mesmo que dizer respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente insira.” Desta forma, se o homem é participante de uma determinada comunidade, de um grupo, de uma classe, de uma sociedade, o que ele é em dignidade e valor não se restringe a essas formas de vida comunitária ou social. Não terá sentido, tomando-se assim inválido, não admissível, a abnegação desse seu valor e dignidade pessoal em proveito único da comunidade, do grupo, da classe, da sociedade. Por outros termos, o indivíduo dotado de valor absoluto não é a comunidade ou a classe, mas o homem pessoal, “embora existencial e socialmente em comunidade e na classe.” A dignidade e consciência pessoais não se confundem com o valor e o desvalor, “o papel e a responsabilidade histórico-sociais da comunidade, do grupo ou classe de que se faça parte.” (NEVES apud MIRANDA, (2003: 87-88)<sup>7</sup>

Conforme preleciona o constitucionalista português, deve-se compreender o princípio da dignidade da pessoa humana “como o princípio fundamental que está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e confere sentido ao conjunto de preceitos relativos aos direitos fundamentais.” Prossegue o professor da Universidade de Coimbra afirmando que “o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais.” Ainda escreve que “pode ser diferente o grau de vinculação dos direitos aquele princípio”. Ressalta desta maneira que

Aguns direitos constituem explicitações de 1º grau da idéia de dignidade, que modela o conteúdo essencial deles: o direito à vida, a liberdade física ou de consciência, por exemplo, tal como a generalidade dos direitos

<sup>7</sup> Um pouco diversamente, Gomes Conotilho, Constituição dirigente e vinculação do legislador, 1982 p. 34-35 APUD MIRANDA, Jorge, A Constituição Portuguesa e a Dignidade da Pessoa Humana p. 88: “Quando na Constituição portuguesa se fala em respeito pela dignidade da pessoa humana não se trata de definir ou consagrar um homo clausus, nem reconhecer metafisicamente a pessoa como centro do espírito, nem impor constitucionalmente uma imagem unitária do homem e do mundo, nem ainda amarrar ou encarcerar o homem num mundo cultural específico, mas tomar claro que na dialéctica processo-homem e processo-realidade o exercício do poder e as medidas da práxis devem estar conscientes, da identidade da pessoa com os seus direitos (pessoais, políticos, sociais e económicos), a sua dimensão existencial e a sua função social.”

• pessoais, são atributos jurídicos essenciais da dignidade dos homens concretos.

• Menciona ANDRADE (2006: 102) que existem “outros direitos que decorrem do conjunto de direitos fundamentalíssimos ou então completam-nos como explicitações de 2º grau, mediadas pela particularidade das circunstâncias sociais e econômicas, políticas e ideológicas.” As explicitações de 2º grau são: “o direito de manifestação, a liberdade de empresa, o direito a férias pagas, os direitos à habitação, à saúde e à segurança social”, mas tais direitos “não decorrem necessariamente, em toda a extensão do princípio da dignidade humana. Mas assevera que “ainda é, este princípio que está na base de sua previsão constitucional e de sua consideração como direitos fundamentais.”

• Torna-se forçoso admitir que há uniformidade em relação aos direitos fundamentais no Constitucionalismo atual, tendo como parte essencial o valor primeiro da dignidade da pessoa humana, uma vez que se encaminha para delimitar e assegurar a posição que o homem ocupa na sociedade. A uniformidade não é coesa, inabalável e nem cerrada. No dizer de ANDRADE (2006: 108), “a ordem constitucional dos direitos fundamentais é, desde logo, uma ordem pluralista e aberta. A definição Constitucional do estatuto jurídico dos indivíduos através do reconhecimento ou concessão de direitos fundamentais tem como fim proteger a dignidade essencial da pessoa humana, mas realiza-se mediante a previsão e proteção de aspectos específicos ou de zonas determinadas da existência da atividade humana. Ora, esses aspectos e esferas da vida dos homens referem-se tanto à sua dimensão individual (solitária) como a sua dimensão social (solidária) e multiplicam-se na complexidade intensa da rede de relações inter-individuais, sobretudo nas sociedades fortemente diferenciadas dos nossos dias.

• A dignidade da pessoa humana simboliza um resumo, favorecido de estimado grau de generalidade e abstração, “dos principais desenvolvimentos teológicos, filosóficos, ideológicos e teórico-políticos” advindos do pensamento “multis-secular” sobre o indivíduo e da aceção que as aptidões, reclamações e finalidades “espirituais, morais, racionais, intelectuais, emocionais, físicos e sociais,

juntamente com as limitações e necessidades, devem assumir na conformação da comunidade política.” MACHADO (2002: 358-359)

A afirmação da liberdade como propósito de vida com dignidade tem como referencial o valor universal da livre expressão defendida por MILL apud FERRIGOLO (2005: 36), ao defender que a sociedade teria mais condições de chegar à verdade utilizando-se além da ciência, mas também das melhores condições de felicidade e riqueza humanas, quando tolera o livre mercado de idéias.

Pelo do conhecimento sistematizado de MILL (2000), entende-se a livre manifestação do pensamento, o exercício da liberdade de imprensa, a conexão entre o poder, a sociedade e os meios de comunicação, sob o prisma da normatização do sistema de transmissão de informações, já que o mercado apresenta a idéia de que não se consegue descortinar antecipadamente que aspectos sociais, morais ou intelectuais se apresentarão no futuro como cobiçados pelo homem.

MILL (2000) ensina que a livre expressão é fundamental para se chegar ao desenvolvimento humano, assim como para fazer parte desse desenvolvimento. O homem é autor de sua história, desta forma, sofre influências diretas da troca de comunicação na liberdade de expressão.

No livro Ensaio sobre a liberdade, o escritor liberal manifesta uma resposta ao direito à liberdade de expressão como conjectura da vida com dignidade. A liberdade de expressão, entendida genericamente como ferramenta de “autodeterminação individual,” tem a fundamentação na dignidade da pessoa humana, aludida a indivíduos livres e conscientes, revestidos de atribuições racionais e “moral-práticas insusceptíveis de instrumentalização, objectivação ou comodificação.” (MACHADO, 2002: 359)

O homem precisa das informações possíveis para chegar ao entendimento.

Mas o mal peculiar de silenciar a expressão de uma opinião é do que se está pilhando a raça humana; a posteridade assim como a geração existente; aqueles que discordam da opinião, ainda mais do que aqueles que detêm. Se a opinião está correta, eles são privados da oportunidade de se trocar o erro pela verdade se errada, eles perdem, o que é quase como um grande benefício, a percepção mais clara e a mais vivida expressão da verdade produzida por seu choque com o erro. (MILL, 2006: 36)

É necessário que haja harmonia de personalismo entre individual e social, objetivo primordial da própria natureza humana que cobra convivência e sociabilidade, na soma das liberdades individuais que buscam a liberdade social.

A liberdade de expressão não equivale à concepção egoísta e individualista, ao contrário, é intrinsecamente comum, vivenciada na busca de exata igualdade entre os privilégios individuais e as carências da vida coletiva. (MACHADO, 2002: 359-360)

A dignidade da pessoa humana é um princípio de importância singular, pois reflete, no ordenamento jurídico, desta forma, por exemplo, uma transgressão ao princípio da liberdade de expressão ou de religião implicará também, em última instância, desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana torna-se então base da liberdade de expressão, mas funciona também como limite, pois deve respeitar os direitos de personalidade do indivíduo.

Existe grande preocupação com a dignidade da pessoa humana e isso se justifica uma vez que sua proteção é exercida por meio do respeito aos direitos personalíssimos.

A dignidade humana toma sobre si “a natureza de conceito de comunicação, salientando as dimensões relacionais da existência humana e os direitos de reconhecimento, consideração e respeito do indivíduo perante a sociedade.” (MACHADO, 2002: 360)

Nesse sentido, dignidade é junção e conservação sem lesão da vida, de forma, que o direito à integridade física e psíquica, à saúde, bem como direito à liberdade socialmente estatuída, direito à honra, à privacidade, à intimidade, à imagem, ao trabalho digno, a uma boa educação, à previdência na velhice, ao lazer, refletem a dignidade humana.

Surgem, muitas vezes, valores como a integridade do indivíduo, liberdade colidindo com outros valores, oriundos da liberdade de expressão, também intagíveis que entram em colisão.

A liberdade deve funcionar como termômetro na aferição de tudo que pertence ao mundo jurídico, servindo assim como princípio interpretativo de direitos e liberdades. A liberdade de expressão esbarra então em barreiras bem determinadas, na dignidade da pessoa humana.

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana torna-se um valor unificador dos direitos fundamentais, funcionando como cláusula “aberta” significando apoio ao aparecimento de “direitos novos” não expressos na Constituição Federal de 1988, mas implícitos, seja oriunda do regime e princípios por ela escolhido, ou por causa dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, intensificando, assim, o consagrado no artigo 5º parágrafo 2º. (LARENZ apud FARIAS, 2000: 67) Vinculando-se a essa função, pode-se referir a dignidade da pessoa humana como ponderação interpretativa de toda a Constituição.

O princípio da dignidade da pessoa humana leva alusão ao sistema de direitos fundamentais que tem que observar as condições de fato e de direito, representando-se uma ordem para alcançar a máxima eficiência, cujo cumprimento é progressivo e seu emprego necessita reflexão entre valores do indivíduo e valores da coletividade, procurando sempre chegar ao equilíbrio dos dois valores.

A objectivação de um valor como o da dignidade da pessoa humana, situado no centro das mais aceras disputas mundividenciais em torno de concepções do bem, e a sua utilização para restringir a liberdade de expressão, deve ser acompanhada de um rigoroso controlo material e procedimental, já que pode facilmente assumir a natureza de uma imposição coerciva unilateral de uma dessas concepções a todos os cidadãos, acompanhada da sua subtração a qualquer discursão. (MACHADO, 2002:362)

## 3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 3.1 Considerações sobre a expressão direitos fundamentais

Na doutrina, como no direito positivo inúmeras são as designações utilizadas como sinônimos de direitos fundamentais: “direitos humanos”, “direitos individuais”, “direitos públicos subjetivos”, liberdades fundamentais”, “liberdades públicas” e “direitos fundamentais do homem”, entre outras.(SILVA, 2002: 178-179)<sup>8</sup>.

Importante a distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” na visão de SARLET (2006: 35), que não encontra dúvidas de que os direitos fundamentais, por um lado, são sempre direitos humanos, já que o titular desses direitos será sempre o homem, mesmo quando representado por entes coletivos.

A expressão que nos parece mais adequada hoje é direitos fundamentais do homem, conforme ressaltada por SERRANO (1997: 15) que destaca:

Primeiro, pela abrangência do termo “direito”, que designa tanto as prerrogativas do cidadão a uma abstenção do Estado (inviolabilidade do domicílio etc)”, sem esquecer “também aquelas que reclamam a presença do Estado de forma mais marcante nas relações particulares (direito à saúde, aposentadoria, etc).

---

<sup>8</sup> Direitos Humanos, expressão mais utilizada nos documentos internacionais; Direitos Individuais, demonstra os direitos do indivíduo isolado, essa terminologia está sendo cada vez mais esquecida; Direitos Públicos Subjetivos, forma um conceito técnico-jurídico do Estado liberal, tão individualista quanto os Direitos individuais, tornando-se diminuto para caracterizar os direitos fundamentais; liberdades fundamentais e liberdades públicas, são conceitos limitativos e insuficientes para expressar direitos fundamentais. A primeira é bem mais restrita, referindo-se somente a algumas liberdades, enquanto a segunda é utilizada pela doutrina francesa, onde tentam, de todas as maneiras, proporcionar-lhe sentido amplo dos direitos fundamentais e geral; Direitos fundamentais do homem é esta a expressão mais apropriada, uma vez que refere-se a princípios que resumem o entendimento de mundo e mostram o pensamento político de cada ordenamento jurídico, além de designar no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas que ele estabelece em abonação de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.



### 3.2 Evolução Histórica

Discorrer sobre Liberdade de Expressão é, sobretudo, olhar com atenção sua constituição e observar que esse direito se encontra inserido no rol de direitos distintos, especiais, designados direitos fundamentais.

A história dos direitos fundamentais está intimamente ligada ao surgimento do constitucionalismo, no final do século XVIII, porém antes se atravessou por um processo evolutivo desses direitos, e percebê-los divinos ou naturais não bastava, sendo importante ter o Estado como seu protetor.

É complexa e controvertida a exatidão da gênese dos direitos fundamentais. Para alguns doutrinadores a preocupação com os direitos fundamentais surgiu no pensamento humano ainda na antiguidade.(ANDRADE, 2006: 16)<sup>9</sup>, no entanto, é evidente a carência da limitação do poder do Estado nessa época, não sendo concedidos, ao indivíduo, direitos fundamentais perante o poder estatal.

No direito romano, já se deslumbram os direitos fundamentais, mas grande parte estava reduzida a classes bem restritas da sociedade.<sup>10</sup>

É com o Cristianismo que os direitos humanos incorporam maior amplitude, dando nova abordagem ao conceito de dignidade humana. (MIRANDA, 2000, 17)<sup>11</sup>

---

9 É costume na Cultura Ocidental fazer remotar aos estóicos (continuados por Cícero, em Roma) as origens dos direitos fundamentais, já que nas suas obras se manifestam as idéias de dignidade e igualdade, aparentemente referidas aos homens em si: a todos os homens, para além e independentemente da sua qualidade de cidadão.

10 Uma das conquistas nessa época foi a aplicação das prerrogativas dos cidadãos romanos para os estrangeiros através do jus gentium.

11 esclarece que é através do Cristianismo que os seres humanos, apenas por o serem, sem interpretação de condições são estimadas como pessoas dotadas de valor. Criados a imagem e semelhança de Deus, todos os homens e mulheres são chamados à salvação através de Jesus que por eles, verteu o seu sangue. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir.

Os homens da época sabiam que, além do status social e político, faziam parte da disciplina ético-natural, cujo princípios fundamentais tomavam-nos iguais entre si, pois, de acordo com os preceitos da doutrina cristã, a pessoa humana era feita à imagem e semelhança de Deus.

Esse princípio primordial possibilitou o adiantar da noção de uma situação igual para todos os homens, que permitiu os mais ilustres representantes da escolástica, não obstante a doutrina racionalista, a observação do naturalismo, desenvolvendo o direito natural que acabou levando Santo Tomás de Aquino a criar a teologia moral que ofereceu as primeiras noções para o reconhecimento dos Direitos Humanos.

Em 1215, na Inglaterra, os bispos e barões impõem, ao Rei João – Sem Terra, a Carta Magna que limita o poder do soberano. A petição de direitos de 1628 é ordenada pelo Parlamento ao monarca. O Habeas Corpus de 1669, que consagrou o amparo à liberdade pessoal, delimitava que o acusado fosse levado a julgamento público. Antes, os nobres e aristocratas prendiam e fazia sua própria justiça.

Foi principalmente o *Bill of Rights* de 1689 o mais importante documento Constitucional da Inglaterra, decorrente da abolição do rei Jaime II, outorgado pelo Príncipe de Orange, no dia 13 de fevereiro, significou grande limitação ao poder estatal.

O documento estabelecia, entre outras normas, “o fortalecimento ao princípio da legalidade, ao impedir que o rei pudesse suspender leis ou a execução das leis, sem o consentimento do Parlamento; imunidades parlamentares, vedação à aplicação de penas cruéis; convocação freqüente do Parlamento.”

Com respeito à liberdade religiosa, o *Bill of Rights* em nada avançou, ao fixar que:

Considerando que a experiência tem demonstrado que é incompatível com a segurança e bem-estar deste reino protestante ser governado por um príncipe papista ou por um rei ou rainha casada com um papista, os lordes espirituais e temporais e os comuns pedem, além disso, que fique estabelecido que quaisquer pessoas que participem ou comunguem da Sé e Igreja de Roma ou professem a religião papista ou venha a casar com um papista sejam excluídos e se tornem para sempre incapazes de herdar, possuir ou ocupar o trono deste reino, da Irlanda e seus domínios ou de qualquer parte do mesmo ou exercer qualquer poder, autoridade ou jurisdição régia; e, se tal se verificar, mais reclamam que o povo destes reinos fique desligado do dever de obediência e que o trono passe para a pessoa ou as pessoas de religião protestante que o herdariam e ocupariam em caso de morte da pessoa ou das pessoas dadas por incapazes.

Não se pode deixar de ressaltar a importância que a Reforma Protestante trouxe ao nascimento dos direitos fundamentais, que possibilitou inúmeras reivindicações e o reconhecimento da liberdade de religião em muitos países da Europa (exemplo, *Édipo de Nantes*, promulgado por Henrique IV da França, em 1598). Nesta esteira, destacam-se os documentos assinados na oportunidade da Paz de Augsburgo, em 1555, e da Paz de Westfália, (MACHADO, 2004: 63-65)<sup>12</sup>, em 1648, que caracterizou o final da Guerra dos Trinta Anos, bem como o famoso *Toleration Act* da Colônia Americana de Maryland, 1649 e semelhante da colônia de Rhode Island, 1663.

A história dos direitos fundamentais encontra o divisor de águas nas Declarações de Direitos. Para alguns doutrinadores, a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, 1776<sup>13</sup>, para outros na Declaração Francesa, 1789.

12 O Tratado de Westfália atesta a centralidade da forma do tratado internacional na conformidade das relações entre os Estados, alicerçando o princípio da igualdade soberana do Estado. Desprezando os privilégios papais e imperiais em relação ao reconhecimento dos Estados faz-se a afirmação de que, a existir, um organismo internacional supra-estatal deve ser projetado e executado democraticamente, de baixo para cima e nunca de forma arbitrária ou autoritária de cima para baixo, seja por quem for, Papa ou Imperador. A paz de Westfália preocupou-se ainda em solucionar os conflitos que sempre existiram entre facções religiosas, estruturando as bases para a secularização da política e do Direito e para a sua construção a partir de princípios de direito natural, da pessoa humana.

13 A declaração de independência elaborada por Thomas Jefferson, de natureza eminentemente política, posterior, no entanto, à Declaração de Virgínia obteve bastante respeito: "Considerando estas verdades como evidentes de per si, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis; que entre eles, estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade; que, a fim de assegurar esses direitos, instituem-se entre os homens os governos, que derivam seus justos poderes do consentimento dos governados, que, sempre que qualquer forma de Governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-lo ou aboli-lo e instituir novo Governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para lhe realizar a segurança e a felicidade." SILVA, José Afonso da Curso de direito Constitucional positivo. P. 154-155.

Ambas foram importantes, no entanto a *Virginia Bill of Rights* é a primeira a registrar a passagem dos direitos de liberdade legais inglesa para os direitos fundamentais constitucionais.<sup>14</sup>

### 3.3 Conceito

Não é nada fácil encontrar um conceito para direitos fundamentais, afinal a expressão é por demais vaga. Grande parte das definições, a cerca dos direitos do homem para BOBBIO (1992: 17), são tautológicas: “Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem”. Direitos do homem são os que pertencem ou deviam pertencer a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado.

Os direitos fundamentais do homem correspondem ao conjunto de prerrogativas e instituições que, em cada instante histórico, concretizam as intimações da liberdade, igualdade e dignidade entre os homens. Têm eficácia no contexto das relações estatais ou entre particulares sendo a essência inviolável de uma sociedade política, sem as quais está fadada a perecer.

É necessário lembrar a característica histórica dos direitos fundamentais, ainda que doutrinadores ilustres como Dworkin, ponham-se a favor dos da afirmação de que tais direitos têm a prerrogativa de nascerem com o homem. Comungamos com a idéia do filósofo BOBBIO (1992: 18-19)

Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que nem sequer as declarações do

<sup>14</sup> Neste sentido Ingo Wolfgang Sarlet, Carl Schmitt.

século XVIII mencionava, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras espécies épocas e em outras culturas.

Os direitos fundamentais albergados em dado ordenamento jurídico não são apenas os positivados na Constituição, mas também os que estão fixados na convicção íntima do povo. O conceito formal não é suficiente, pois, uma vez demonstrada a sua importância para a liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais podem encontrar-se fora do texto constitucional.

A Constituição Federal de 1988 manifesta-se nesse sentido, ao adotar a condição de abertura pondo termo à idéia de não tipicidade dos direitos fundamentais. Prova disso é o parágrafo segundo do artigo 5º, in verbis: os direitos e garantias expressos nessa constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A Constituição Portuguesa de 1976 vai mais além, ao estabelecer, que até a legislação ordinária pode ser instrumento conveniente para inserir os direitos fundamentais no ordenamento jurídico. O cuidado demonstra a permanente preocupação com o carácter material dos direitos que, uma vez exibidos como indispensáveis ao homem, passarão a obter o status de direitos constitucionais fundamentais.

### **3.4 Características**

São várias as características dos direitos fundamentais, segundo pelos doutrinadores do direito público.

MORAES (2005: 23) apresenta estas:

- *imprescritibilidade*: os direitos humanos fundamentais não se perdem pelo decurso de prazo;
- *inalienabilidade*: não há possibilidade dos direitos humanos fundamentais, seja a título gratuito, seja a título oneroso;
- *irrenunciabilidade*: Os direitos humanos fundamentais não podem ser objeto de renúncia. Dessa característica surgem discussões importantes na doutrina e posteriormente analisadas, como a renúncia ao direito à vida e a eutanásia, o suicídio e o aborto;
- *inviolabilidade*: impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal;
- *universalidade*: a abrangência desses direitos engloba todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica;
- *efetividade*: a atuação de Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, com mecanização coercitivos para tanto, uma vez que a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato;
- *Interdependência*: as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades. Assim, por exemplo, a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do *habeas corpus*, bem como previsão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente;
- *Complementariedade*: os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte.

### 3.5 Natureza e Eficácia dos direitos fundamentais

A natureza dos direitos fundamentais é caracterizada por ser norma de direito Constitucional, à medida que são introduzidos no contexto e no texto da constituição, ou mesmo, quando inseridos no texto de declaração, fixada pelo Poder Constituinte. São direitos que têm a gênese e fundamentação, portanto, no princípio da soberania popular. (SILVA, 2002: 180)

A determinação já se encontrava no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, dispondo, a este respeito, que a sua recepção seria um dos elementos primordiais do conceito de constituição. 15

Quanto à eficácia, segundo as concepções de José Afonso da Silva, é necessário fazer diferença entre a eficácia social da norma e a eficácia jurídica, que,

15 Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a repartição dos poderes determinada, não tem Constituição.

para o conceituado jurista brasileiro, “designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados”. Prossegue atestando “que nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade e não efetividade.” (SILVA, 2004: 66)

Seguindo o mesmo autor, não há como desagregar eficácia e aplicabilidade, afinal “são fenômenos anexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade. (SILVA, 2004: 60)

A norma tem que conter os requisitos para aplicação aos casos concretos, pois, do contrário, faltar-lhe-á eficácia, não terá, pois, aplicabilidade. Esta se mostra, desta forma, como oportunidade de aplicação, mas, para que isso possa acontecer, a norma há que ser apta a produzir efeitos jurídicos. (SILVA, 2004: 60)

Conclui-se que norma será eficaz (eficácia jurídica) por ser aplicável e na medida de sua aplicabilidade (SARLET, 2006: 246). Eficácia Jurídica leva intrinsecamente à questão da aplicabilidade. É esta a posição majoritária da doutrina pátria.

A eficácia do Direito agasalha a eficácia jurídica como também a social. As duas, no caso da eficácia e da aplicabilidade, estabelecem aparência diferentes do mesmo fenômeno, uma vez que se encontram em níveis diversos (o do dever ser e o do ser), mas particularmente interligadas entre si. (SARLET, 2006: 248).

A eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu anunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito Positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de

legislação a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados entre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata. (SILVA, 2002: 180)

Para José Afonso da Silva, as normas de eficácia encontram-se ao lado das normas de eficácia plena, ambas aptas a produzir, desde logo, a totalidade de efeitos, encontrando-se aquelas, porém, expostas a posterior restrição pelo legislador. (MIRANDA, 2000:215) 16

O publicista português ANDRADE (2006: 146), une-se aos que costumam ligar a medida objetiva dos direitos fundamentais à idéia de “eficácia irradiante” das normas constitucionais que os calculam, resultado do propósito disposto da ordem jurídica. Existe o efeito “extremo” dos direitos fundamentais, de que advém a força “vinculativa generalizada” dos ensinamentos próprios, principiando do postulado de que os direitos fundamentais, na perspectiva subjetiva (interna), dizem respeito unicamente às relações entre os particulares e o Estado, logo serão na perspectiva objetiva, enquanto “normas constitucionais e valores comunitários”, o que justifica e explica a própria eficácia “fora do âmbito dessas relações”, principalmente nas relações entre particulares.

Prossegue o doutrinador afirmando que não se pode limitar a propagação e a eficácia externa dos direitos fundamentais ao campo de ação do direito privado, uma vez existindo, esses fenômenos irão imperiosamente expandir-se por todo o ordenamento jurídico.

Deve-se, ainda considerar as várias funções cumpridas pelos direitos fundamentais, que têm evidência no que diz com a problemática da eficácia, e ainda

---

16 De acordo com as classificações sugeridas pelo Constitucionalista lusitano, importantes a que diferencia as normas perceptíveis das normas programáticas e a que diferencia as normas exequíveis das não exequíveis por si mesmas, ressaltando que se referem a classificações diversas, mesmo que em parte sobrepostas, uma vez que a primeira classificação parte do critério da forma de conformação (imediata ou não) da realidade, ao contrário da segunda classificação que usa como critério diferenciador a totalidade da própria norma preceptivas são de aplicação imediata, as programáticas podem ser ponderadas como aplicação diferida, mostrando, assim, uma medida prospectiva. Já as normas exequíveis por si mesmas não necessitam de aprovação legislativa para serem plenamente aplicáveis e eficazes, enquanto as normas não-exequíveis por si mesmas estão sujeitas a intervenção legislativa, precisando, pois de sua interposição para só assim chegarem a sua total aplicabilidade e eficácia. Para o doutrinador a melhor classificação das normas Constitucionais se daria em três categorias: (I) normas exequíveis por si mesmas. (II) normas preceptivas não-exequíveis por si mesmas; (III) normas programáticas.



por mostrar certa ligação com a questão dos modelos de positivação dos direitos fundamentais, na Constituição. Neste sentido, ressalta-se o caráter multifuncional dos direitos fundamentais podendo ser classificados em direitos de defesa ou proteção<sup>17</sup> e os direitos a prestações.<sup>18</sup>

A concepção de prestação por intermédio do Estado levou ao entendimento que o Estado é agora responsável pela garantia efetiva dos direitos fundamentais.

Assim o Estado deveria fazer todas as normas necessárias (penais, administrativas, laborais, civis, processuais, etc), organizar e realizar todas as actuações administrativas e velar pelo funcionamento adequado dos tribunais, de modo a assegurar, a todos os níveis e em todas as circunstâncias, uma proteção efetiva dos direitos fundamentais do cidadão. (ANDRADE, 2006: 148)

A Constituição Brasileira de 1988, Título II traz a *declaração dos direitos e garantias fundamentais*, dispondo os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos. Conforme dispõe o artigo 5º, 1º, “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O destaque por essa norma, exatamente no título dos direitos fundamentais, confere a influência do direito comparado como exemplos do artigo 18/1 da Constituição Portuguesa de 1976, do artigo 1º, inciso II da Constituição da Alemanha, dentre outras.

Resta identificar até onde a norma se inclui, ou seja, se a norma é aplicável a todos os direitos fundamentais, até os ordenados fora da relação, ou se apenas aos direitos individuais e coletivos apontados no artigo 5º da Constituição Brasileira.

---

17 SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais p. 270. Os direitos de defesa incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais – no caso, as liberdades sociais – e políticos.

18 IBIDEM. p. 270. Os direitos a prestações são integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestações com sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional.

A Constituição Portuguesa, no Título II, prevê expressamente que a norma, a qual consagra a aplicabilidade dos direitos fundamentais, compreende apenas os direitos, liberdades e garantias.

A Constituição pátria não marcou diferença entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, estando qualquer das categorias de direitos fundamentais expostas, teoricamente, ao mesmo regime jurídico. (SILVA, 2002: 165)<sup>19</sup>

A Constituição de 1988 consagrou de forma expressa os direitos fundamentais sociais e ainda atribui importância aos direitos fundamentais como normas de aplicabilidade imediata. Ainda se nota que parcela dos direitos fundamentais sociais se emoldura, por seu plano normativo e por sua função, no conjunto dos direitos de defesa, motivo por que fica mais fácil aceitá-los como normas auto-aplicáveis. Inere-se, claramente, de normas imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes, o que, de outra forma, não quer dizer que a elas não se ajuste o disposto no artigo 5º, 1º da, Constituição Federal de 1988, mas sim que esta regra assume, quanto aos direitos da defesa, acepção diversa. Existem outros direitos fundamentais entre os sociais que, por causa de sua função prestacional e do modelo de positivação, se emolduram na classe das normas que dependem de materialização legislativa, que têm a possibilidade de ser denominadas de normas dotadas de baixa densidade normativa. Mesmo que para direitos fundamentais, também se utilize o princípio da aplicabilidade imediata, não existe, certamente, como conceder que isto aconteça da mesma maneira dos direitos de defesa. (SARLET, 2006: 279-280)

O mandado de injunção<sup>20</sup> é o instrumento que, estabelecendo relação com o artigo 5º 1º da Constituição Brasileira, coloca as normas constitucionais na

---

<sup>19</sup> Ressalta que por regra, as normas que consubstanciam os direitos democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.

possibilidade de aplicação direta. O artigo 5º, LXXI prevê da seguinte forma: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta da norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Outro remédio instituído pelo Constituinte, preocupado com as omissões legisladoras, foi a Ação de Inconstitucionalidade por omissão, no artigo 103, 2º. Essa Ação é usada nos casos em que não são executados os atos legislativos ou executivos requeridos para tornar totalmente aplicáveis as normas Constitucionais que postulam lei ou providência administrativa posterior para que os direitos ou posições nelas conjecturados se efetivem na prática. (Silva, 2004: 166)

O Mandado de Injunção é um remédio heróico que se assemelha com a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. A similitude aparece, porque ambos visam ao suprimento de norma regulamentadora que tornou inviável o exercício de direitos e garantias. Como vimos, essa semelhança não é completa.

A Constituição Portuguesa de 1976 prevê, no artigo 283, a Inconstitucionalidade por Omissão, dispondo as pessoas, autoridades e entidades que podem propor dita ação.

Para SILVA (2004: 166) o exercício da iniciativa popular<sup>21</sup> é outra forma de garantir a criação de leis ordinárias ou complementares integradoras de normas constitucionais, artigo 61, § 2º:

---

20 A maior parte da doutrina e da Jurisprudência entende que o mandato de injunção é uma ação de origem Constitucional, e como tal, prescinde de regulamentação em lei complementar ou ordinária. O dispositivo que a criou é auto-suficiente e auto-aplicável, até porque seria um contra sendo exigir-se regulamentação para um mecanismo instituído para fazer obedecer normas constitucionais ainda não regulamentadas

21 A iniciativa popular é o direito que os cidadãos têm de apresentarem projetos de lei para serem votados e eventualmente aprovados pelo Congresso Nacional.

A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

A omissão perpetuada pelo Poder Legislativo não é totalmente merecedora de suprimento pela participação popular, mas a carência de iniciativa das leis não só pode como também trará maior relevo devido ser feita por vários eleitores, despertando, assim, maior interesse à atividade dos legisladores.

Por derradeiro, parte-se do pressuposto de que as normas constitucionais são revestidas do mínimo de eficácia, se tomarmos os direitos fundamentais, conforme o significado adotado no artigo 5º, § 1º, da Constituição pátria, pode concluir-se que aos poderes públicos cabe o encargo e a obrigação de retirar das normas, que consagram os direitos fundamentais, a maior eficácia realizável, concedendo-lhes, assim, efeitos intensificados em relação às outras normas constitucionais, uma vez que não há como esquecer o motivo de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia, que defende os direitos fundamentais, forma uma das escoras de fundamentalidade formal no limite da Constituição. (MIRANDA, 1960)

### **3.6 A Constitucionalização**

Os direitos fundamentais encontram-se expostos nos textos constitucionais, por motivo de processo evolutivo, em que não mais satisfaz albergá-los como divinos ou naturais, era importante e acima de tudo necessário colocá-los sob a proteção do Estado, daí será inclusão na Constituição.

Pode-se afirmar que a Constitucionalização dos direitos fundamentais, sob abordagem jurídica, apresenta-se como “certidão de nascimento de direitos fundamentais”. (SERRANO, 1997: 17) Os direitos fundamentais, somados aos

elementos constitutivos do Estado, surgem como responsáveis pela fundação da Constituição.

Segundo os ensinamentos de CANOTILHO (2002: 375), é preciso, além da positivação dos direitos fundamentais, balizar-lhes a extensão de *Fundamentos Rights* postar no crime das fontes de direito: as normas Constitucionais. Faltando a positivação jurídica, os “direitos do homem são esperanças, aspirações, ideais, impulsos ou, até por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (Grundrechtsnormen)”  
Prossegue o mestre, em paráfrase de VILALLON:

Onde não existir Constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjetivos públicos dos alemães, haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios. Os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem conseqüências jurídicas. (CANOTILHO, 2002: 375)

A Constituição brasileira de 1988, do art 5º a 17, dispõem os direitos fundamentais e garantias.

DI RUFFIA apud SERRANO (1997: 17) afirma que o fenômeno da constitucionalização dos direitos fundamentais se posiciona historicamente na Constituição belga de 1831 (Título II, artigos 4º-24), que é para o doutrinador a pioneira na transformação de dispositivos das declarações de direitos em direitos fundamentais.

O publicista, SILVA (2004: 167) observa que BISCARETTI DI RUFFIA não conhece a Constituição do Império do Brasil, de 1824, pois do contrário, saberia que o primado da subjetivação e da positivação dos direitos do homem não pertence à Constituição belga, mas à Brasileira de 1824, que os expressa, com as garantias apropriadas, no artigo 179, cujo caput é característico ao anunciar que a

“inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte” (acompanham os 35 incisos de direitos).

A Constitucionalização traz como consequência mais visível a proteção dos direitos fundamentais por meio do:

Controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores. Exatamente por esse e para esse motivo, os direitos fundamentais devem ser percebidos, interpretados e postos em prática como “normas jurídicas vinculativas” e não apenas como “trechos ostentatórios ao jeito das grandes declarações de direitos. (CANOTILHO, 2002: 376)

### **3.7 Classificação dos Direitos Fundamentais**

Mencionam-se algumas classificações sobre os direitos fundamentais, sob vários critérios.

A classificação de JELLINEK, que diz respeito de uma certa forma ao processo histórico de afirmação dos direitos da pessoa humana, baseia-se na pluralidade de relações que o indivíduo modera com o Estado, em quatro status. A primeira relação corresponde à passiva, ou status subiectionis, consubstanciado em nível dos direitos individuais. A segunda relação é fixada em função da constante afirmação do valor da pessoa humana que leva a mitigação do status passivo, da mesma forma, à limitação do Poder Estatal feita pelos cidadãos designada status negativus ou status libertatis. A terceira relação é resultado da atividade estatal que se interesse pelos cidadãos que se denomina status positivus ou status civitatis. A quarta relação advém do direito de participação ativa do cidadão na vida política do Estado e diz respeito ao status activus ou status actual civitatis.

Segundo a apresentação de Jellinck, os direitos fundamentais são classificados em direitos de defesa, em direitos à prestação e de participação.

ALEXY (2001) critica a teoria de Jellinck, defendendo que muitas vezes não são evidentes as relações e as contrastantes posições elementares, sugerindo que tal teoria seja embasada na teoria de posições jurídicas fundamentais: direitos a algo, liberdades e competências.

FARIAS (2000: 102), classifica os direitos fundamentais, baseado nas teorias de Jellinck e Alexy: (1) Direitos fundamentais de defesa que diz respeito à esfera de liberdade individual na qual o Estado é proibido intervir. Estão divididos em três grupos: (a) direitos ao não impedimento de ações (exemplo: manifestação da fé, expressão de opinião). (b) direitos à não afetação de propriedades e situações (exemplo: inviolabilidade de domicílio); (c) direitos à não-eliminação de posições jurídicas (exemplo: proibição de manifestação de determinadas opiniões); (2) Direitos fundamentais à prestação: são os direitos econômicos, sociais e culturais que exigem prestação do Estado e estão divididos em: (a) direitos fundamentais à prestação jurídica: garantias institucionais (exemplo: maternidade); (b) direitos fundamentais à prestação material: direitos do cidadão frente ao Estado, no sentido de que este lhe ofereça certas prestações materiais (exemplo: direito à educação); (3) direitos fundamentais de participação corresponde ao último status da teoria de Jellinck, o *status activus*, possuindo características compostas de direitos de defesa e direitos a prestações (exemplo: artigos 15 a 17 da Constituição Brasileira).

Os direitos e garantias fundamentais, da Constituição Brasileira, título II, subdividem-se em direitos e deveres individuais e coletivos; direitos sociais; direitos à nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

Devido à dinâmica sistêmica, os direitos fundamentais desenvolveram-se. Para melhor compreensão do desenvolvimento e transformações históricas, por que

passaram os direitos fundamentais, a doutrina atual tem apresentado sua classificação em três gerações de direitos, havendo que defenda a classificação de quarta, quinta e até sexta geração.

Muitos são os autores que preferem utilizar o termo “dimensão”, ao invés do termo geração para efeito de classificação dos direitos fundamentais.

SARLET (2006: 54), é um dos defensores do termo dimensão, afirmando que o reconhecimento evolutivo de novos direitos fundamentais tem aspecto de processo de soma e não de variação, desta forma, a expressão gerações pode dar a impressão distorcida da substituição gradativa de uma geração por outra. (BONAVIDES, 2005: 571-572)<sup>22</sup>

É mais adequada, de fato, a utilização do termo “dimensões” de direitos fundamentais, pois, uma vez que novos direitos são reconhecidos ao indivíduo, mais e mais direitos vão complementar os já reconhecidos. Os direitos fundamentais tradicionalmente conquistados não estão intimamente relacionados com os direitos fundamentais recentemente assegurados.

Para melhor clareza de cada uma das dimensões, analisam-se as suas características.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão surgiram no final do século XVII, com o alvorecer das liberdades públicas, marcado pelo individualismo e caracterizado como direitos do indivíduo frente ao Estado que, por sua vez, não

---

<sup>22</sup> Paulo Bonavides foi um dos primeiros a defender entre nós, a expressão dimensão em detrimento de geração: “Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo dimensão substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo geração, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade.” A crítica ao termo geração também é sustentada em MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV, p. 24 onde o publicista lusitano profere a seguinte lição: “Conquanto esta maneira de ver possa ajudar a apreender os diferentes momentos históricos de aparecimento dos direitos, o termo geração, geração de direitos, afigura-se enganador por sugerir uma sucessão de categorias de direitos, umas substituindo-se às outras – quando pelo contrário, o que se verifica em Estado Social de direito é um enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades.



intervém na autonomia do indivíduo. Relação exemplificativa desses direitos são Liberdades físicas, Liberdade de expressão, Liberdade de consciência, entre outros. São caracterizados com os direitos civis e políticos.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais surge após a Primeira Grande Guerra Mundial, compreende os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais estabelecem o bem-estar e a igualdade, cabendo ao Estado prestação positiva. A liberdade do indivíduo, em face do Estado, não bastava: era necessária também a liberdade do indivíduo em face dos outros indivíduos.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade. São identificados como direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Os direitos de terceira dimensão incentivam os juristas modernos a reconhecerem os valores de solidariedade e fraternidade e executarem seu ofício com fundamento em maior eficácia social das normas.

Vêm-se hodiernamente sinais nítidos de que a humanidade está construindo Estados sem limites de separação e cidadãos com característica universal, cidadão do mundo, de todas as pátrias. Cresce e se fortifica a idéia de que o verdadeiro Estado de Direito – de liberdade e de igualdade entre as pessoas – somente poderá ser reconhecido com reformas das leis e também das estruturas do poder. A reforma que pede mais pressa, mais dificuldade e menos superficialidade é a mais necessária, ou seja, a reforma do ser humano, a renovação dos espíritos, a mudança que se opera pela via do coração.

O Estado deve ser preocupado com as liberdades, com a igualdade e com a solidariedade entre os indivíduos.

Os direitos fundamentais de quarta dimensão ainda não encontraram consagração na esfera internacional e das ordens constitucionais internas. Entre nós, sua existência é defendida pelo professor BONAVIDES (2005: 571), que sustenta que a “globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social”.

Para o publicista cearense, os direitos de quarta dimensão consistem no direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

Esses direitos subordinam-se à concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de conceito universal, para a qual o mundo pende ao nível de todas as afinidades e relações de coexistência.

Como direito de quarta dimensão, a democracia positivada tem que ser uma democracia direta que cada vez mais, torna-se alcançável, em razão dos avanços tecnológicos dos meios de comunicação, amparada legitimamente pela informação correta e aberturas do sistema. Deve-se ressaltar que deve ser uma democracia independente, livre das contaminações, vícios e corrupções da doentia mídia manipuladora.

Para SARLET (2006: 61), a dimensão da Globalização dos direitos fundamentais, preconizada pelo Professor PAULO BONAVIDES, está distante de ser agraciada com o merecido reconhecimento no direito positivo interno (com exceção de poucas iniciativas de participação do povo em processo decisório, como é o caso dos Conselhos Tutelares, na esfera de proteção da infância e da juventude,

principalmente, com as ações no plano participativo) e internacional, tratando-se somente de esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade, manifestando sua dimensão (ainda) profética, embora não inevitavelmente utópica.

Enfim, o próprio BONAVIDES (2005: 526) enfatiza que os direitos de quarta dimensão “compediam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles é legítima e possível a globalização política”.

## **4 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E O DIREITO COMPARADO**

### **4.1 O constitucionalismo brasileiro**

#### **4.1.1 A Constituição do Império (1824)**

O Brasil, depois de conquistar a independência política em 1822, fica sob a influência do Estado de Direito, herança da Revolução Francesa de 1789, que traz para o País um regime liberal, passando de uma situação individual e subserviente de súditos da Coroa Portuguesa, característica do colonialismo português, para a de cidadão do império.

O Estado liberal, fruto do liberalismo e sua ideologia, trouxe consigo dogmas evidentes e pontuais, na esfera econômica e na esfera política como a livre empresa; a livre iniciativa; o *laissez faire*, *laissez passer*, a livre troca, a livre competição; o homem-cidadão, o homem-sujeito.

A primeira Constituição de nossa história e única no período imperial já protegia, embora genericamente, a liberdade, sem deixar claro que se tratava da liberdade de expressão, com as garantias, conforme se vê no texto constitucional de 1988.

A Constituição de 1824 é liberal no que tange ao reconhecimento de direito, pois, examinada a quantidade de poderes concentrados nas mãos do imperador, não deixa de ter caráter eminentemente autoritário.

A Constituição Imperial reconheceu, em princípio, os direitos individuais, como eram gerados.

Tomando como espelho a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, decretada pela Assembléia Nacional Francesa de 1789, a Constituição brasileira de 1824 afirma que a inviolabilidade dos direitos civis e políticos tinha por base a liberdade, a segurança individual e a prosperidade (art. 179 § 5º)

O período do Brasil imperial é fecundo na consolidação das liberdades constitucionais.

É garantida a liberdade de expressão do pensamento, inclusive pela imprensa, independente de censura, liberdade de convicção religiosa e de culto privado, respeitada a religião oficial do Estado.

Ainda conforme art. 179, caput, a Constituição trazia a declaração de direitos individuais e garantias que, na base, foi conservada nas Constituições que lhe sucederam. Determinava a Constituição de 1824 que “A inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, da maneira seguinte (...)”

A liberdade de imprensa era assegurada no art. 179, 4º:

Todos podem comunicar os seus pensamentos por palavras, escritos, e publicá-los pela imprensa, sem dependência de censura, contanto que hajam de responder pelos abusos que cometeram no exercício desses direitos, nos casos e pela forma que a lei determinar.

É fácil perceber que a Constituição do Império afirmava a liberdade de expressão, posto que o fizesse, na prática, à época, não se encontravam os brasileiros e estrangeiros livres da censura, sobretudo em vista das influências absolutistas.

A Constituição de 25 de março de 1824 vigorou até 15 de novembro de 1889, ou seja, por mais de 65 anos.

#### 4.1.2 As Constituições Republicanas

##### 4.1.2.1 A Constituição de 1891

A Constituição de 1891 é apontada como a que menos deu trabalho na elaboração. Comissão e plenário exerceram as funções de maneira perseverante, em que reflexão e debate, principalmente dos pontos polêmicos, não foram esquecidos.

A primeira Constituição republicana brasileira, oriunda do movimento político militar que derrubou o Império, inspirou-se na Constituição dos Estados Unidos da América.

Consagrava a separação de poderes de acordo com o modelo de Montesquieu – regra característica, aliás, a todas as constituições liberais.

Separou o Estado da Igreja, anteriormente detentora do direito de registrar mortos, nascimentos e realizar casamentos. Extinguiu o Padroado<sup>23</sup> e o Beneplicito. O cartório Civil e o Estado são os responsáveis pelo registro de mortes, nascimentos e casamentos.

Os positivistas assim como os católicos queriam influenciar os constituintes de então. O pensamento de Augusto Comte<sup>24</sup> era difundido por militares e civis, com o intuito de ver o positivismo enaltecido em todos os cantos onde houvesse cultura no país.

Foi criado o *Habeas Corpus*, instituto que se dedica a salvaguardar a liberdade do ser humano que sofre constrangimento ou que está na iminência de sofrê-lo. Na Constituição de 1824, aparecia somente de forma implícita.

Na Seção II, estava a Declaração de Direitos que, no artigo 7º “assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade.”

Desta forma, a liberdade de manifestação do pensamento continuava vaga, no entanto a liberdade de imprensa era consolidada, no artigo 72, § 12º, que rezava: “Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou tribuna.” Portanto não se vislumbrava ainda a liberdade em plenitude, desprovida de censura, sem amarras ou vigilâncias do Estado. A Constituição não abraçava a garantia específica ao direito de liberdade de expressão.

---

<sup>23</sup> Padroado é o direito, gradativamente reconhecido pelo poder eclesiástico aos fundadores de igrejas e benefícios, de apresentarem o clero para o trabalho de suas fundações.

<sup>24</sup> Augusto Comte defendia que todo saber do mundo físico advinha de fenômenos positivos (reais) da vivência, e estes seriam os exclusivos objetivos de pesquisa do conhecimento.

A primeira Constituição Republicana obedece aos mesmos parâmetros da Imperial, no que diz respeito à liberdade de informação, ressaltando apenas a proibição do anonimato.

Segundo LEITE FILHO (1925: 28), a cláusula foi assim inscrita por injunções do apostolado positivista, acrescentando ainda que o principal escopo do dispositivo era permitir a máxima liberdade de pensamento, a qual deveria corresponder à conseqüente responsabilidade pelo abuso cometido, daí a necessidade de vedação do anonimato, pois só assim se poderia apurar o autor do eventual abuso.

A Constituição de 1891 assegurava os direitos humanos de forma mais ampliada, no artigo 78, ao colocar que a declaração não omitia "outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelecia e dos princípios que consigna."

O princípio fundamental do dispositivo, como base do Estado de Direito, tem-se repetido em outras Constituições Republicanas, advindas do poder Constituinte legítimo.

A Constituição Federal agasalhou princípios liberais e democráticos, merecedora do governo de um povo livre, aos moldes do Americano, no século XX. Os serviços prestados em nome da liberdade, que se afiguravam na Constituição do Império, são deveres inesquecíveis, principalmente no que diz respeito à liberdade de pensamento, em que um regime igualitário, que tem por base o laicismo Constitucional dos Estados Unidos da América. Queira Deus jamais sejam esses serviços desmanchados pela intransigência liberticida, na glorificação da intolerância e da perseguição.



Alguns autores como SILVA (2002: 79), dizem ter faltado no nosso texto Constitucional, a verdadeira aproximação com a realidade do país. Exatamente por isso não teve eficácia social, não dirigiu os fatos que antecipara no texto, não foi cumprida.

#### 4.1.2.2 A Constituição Social de 1934

Em 1933 (três anos após a vitoriosa revolução de 1930), já se convocava a Constituinte e, no ano seguinte, promulgava-se a segunda Constituição da República, durante o primeiro governo do presidente Getúlio Vargas.

O povo pouco participou e uma das grandes culpadas pela falta de integração da população foi a censura à imprensa, presente no período da Constituinte.

A Constituição de 1934 reproduz a essência do modelo liberal anterior e observa-se sua configuração democrática apresentando, no preâmbulo, a seguinte profissão de fé:

Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, para organizar um regime democrático, que assegure a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar-social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.

A Constituição de 16 de julho de 1934 implanta juridicamente, no Brasil, a forma de Estado Social que a Alemanha fundara com Bismarck, há mais de um século, melhorara com Preuss (Weimar) e, mais tarde, iria proclamar, em dois artigos da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, marcando o Estado Social de Direito.

Trouxe franquias liberais, entre elas: determinou que a lei não prejudicaria o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; explicitou o princípio da igualdade perante a lei; admitiu a aquisição de personalidade jurídica pelas associações religiosas, e inseriu a assistência religiosa facultativa nos estabelecimentos oficiais; garantiu a assistência judiciária para os necessitados; o escritor, o jornalista e o professor ficaram dispensados de impostos e o ensino religioso tornou-se facultativo, respeitada a confissão do aluno, entre outros direitos.

Como a Constituição de 1891, que trouxe como novidade o habeas corpus, a de 1934 o ratifica e inaugura o remédio jurídico do mandado de segurança, um dos mais importantes até hoje no ordenamento brasileiro.

Conduziu, para o Brasil, a Constituição de 1934 a admirável marca social dos direitos do homem, enfatizando a proteção social do trabalhador.

A cláusula de liberdade de manifestação do pensamento trouxe novo ponto de vista concernente ao regime jurídico da informação e da crítica.

Reza o artigo 113, § 9º:

Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do poder público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política e social.

Fez-se a introdução expressa da possibilidade de censura prévia aos espetáculos e diversões públicas. O direito de resposta ganhou respaldo constitucional.

Pelo art 114, “A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios por ela adotada”.

No preâmbulo da Constituição de 1934, fala-se em “organizar um regime democrático”, e o artigo 114 acaba por evidenciar, implicitamente, o direito à liberdade de expressão, pois não se pode falar em democracia sem que haja o direito de manifestar o pensamento.<sup>25</sup> A liberdade de expressão deve ser colocada como preferencial, por ser pressuposto para o exercício crescente e esclarecido de outras liberdades.

O regime estabelecido, no Brasil, com a Constituição de 1934, não permaneceu por muito tempo. Os conflitos mundiais entre comunistas e capitalistas chegaram ao nosso país, trazendo a insegurança que repercutiu na estrutura do governo.

#### 4.1.2.3 A Constituição de 1937

A quarta Constituição da história brasileira foi outorgada pelo presidente Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, no mesmo dia em que, mediante golpe de Estado,<sup>26</sup> era implantada a ditadura do Estado Novo.

Com a queda repentina das instituições democráticas e o surgimento do Estado Novo com a Constituição de 1937, teve-se severo sistema de censura prévia à liberdade de expressão, imprensa, espetáculos e diversões públicas.

---

<sup>25</sup> O Preâmbulo de uma Constituição é o documento de intenções do diploma e consiste em uma proclamação de princípios que traça diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição. Mesmo não fazendo parte do texto expresso da Constituição tem grande valor.

<sup>26</sup> Golpe de Estado arquitetado pelo próprio Getúlio Vargas que se caracterizou pelo poder centralizado do Executivo e pelo aumento da ação intervencionista do Estado. O nome procede de parecido golpe dado por Salazar em Portugal, anos antes, que impôs para aquele país um governo semelhante.

O artigo 122, § 15, proclama que “todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei”.

Dessa forma, a liberdade de imprensa era praticada de forma a abranger os cidadãos, e, aos abusos porventura cometidos, cabia-lhes resposta.

Expressa ainda que a lei pode, visando a garantir a paz, a ordem e a segurança pública, prescrever a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo e da radiodifusão, conferindo competência à autoridade para proibir a circulação, difusão ou representação de veículos de comunicação de massa. 27

A Constituição de 1937, enfim, está na base do surgimento de uma burocracia estatal com pretensões legislativas, de um Poder Executivo centralizado e extremamente forte, de um legislativo pulverizado e convertido em conselho administrativo. Ela é um reflexo de uma corrente autoritária de pensamento que subjugou nossas melhores esperanças democráticas. E nos colocou ante o desafio de uma espantosa atualidade, agora que mais um período constituinte se encerra e que as conquistas alcançadas pelo novo texto devem ser defendidas com todos os recursos democráticos de que dispusermos. A Constituição de 1937 não respeitou nem mesmo seu próprio texto, concentrando direitos numa única pessoa (o Presidente). Ela foi o biombo de uma ditadura que sequer tinha preocupação com os disfarces. (BONAVIDES; ANDRADE, (2004: 339)

A Constituição de 1937 foi destruída com muita rapidez por quem a fez. Não aconteceu, não foi respeitada – parte do texto não existiu. O Brasil encontrava-se sem partidos políticos, sem imprensa livre.

---

27 BRASIL DEPARTAMENTO DE IMPRENSA E PROPAGANDA (DIP). Foi criado pelo Decreto-lei nº 1915, de 27 de Dezembro de 1939, em substituição ao Departamento de propaganda e Difusão cultural (DPDC) que em 1934 havia substituído ao Departamento oficial de Propaganda (DOP), cuja estrutura arcaica induziu ao governo a aumentar sua abrangência.

O DIP foi criado para controlar, orientar, coordenar, superintender e exercer a censura sobre os meios de comunicação e a produção cultural. Era um departamento de vigilância do pensamento dos brasileiros.

#### 4.1.2.4 A Constituição liberal de 1946

Após a II Guerra Mundial, com o Brasil ao lado dos aliados a lutar contra o regime nazi-fascista, incide o período de redemocratização. Em todo o mundo, renovam-se os princípios Constitucionais, constituições são reconstruídas e, no Brasil, a culminância é a promulgação da Constituição de 1946.

A Carta Política de 18 de setembro de 1946, que redemocratizou o país, regulou a igualdade de todos perante a lei; a liberdade de associação para fins lícitos; a inviolabilidade da casa como asilo do indivíduo; a prisão só em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente e a garantia ampla de defesa do acusado.

Estabelece, ainda, o equilíbrio entre os poderes. O poder executivo assiste à diminuição de atribuições, é que, devido à Constituição passada, esse poder estava inundado de prerrogativas fazendo com que houvesse interferência nos outros poderes.

Artigo 141, § 5º reza que:

É livre a manifestação de pensamento, sem que dependa da censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do poder público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

Dessa forma, a Constituição pós-Estado Novo repetiu a solução técnica de 1934, para melhor, limitando a liberdade de emissão de pensamento.

Na parte final do artigo, há autorização de leis punitivas à propaganda de guerra e de processos violentos para se revolucionar a ordem política; a propaganda de processos violentos para perturbar a ordem social, a propaganda de preconceitos de raça e de classe, não, porém, a censura dos livros, revistas, jornais. Só se admite censura de espetáculos e de diversões.

Não existe, na Constituição brasileira, regra similar à do artigo 118, 2ª alínea, da Constituição de Weimar, no qual se aceita a objeção contra a pornografia e a defesa da juventude nos cinematógrafos. Há, no entanto, a censura cinematográfica em geral, considerando-se o cinematógrafo espetáculo ou diversão pública.

Quando a Constituição de 1946 proíbe o anonimato, deve-se entender que o que alguém emite, como pensamento, deve estar ligado à sua personalidade. Refere-se ao uso de um dos direitos da personalidade. Se qualquer jornal, revista, ou livro, não indica, nos textos escritos a autoria, é necessário que o diretor da empresa tenha tomado para si a responsabilidade.

A Constituição de 1946 nos traz a certeza de que toda ditadura, por mais longa e sombria, está determinada a ter um fim. E, no caso da ditadura de Vargas, pode-se dizer que a luz que se seguia às trevas foi de especial intensidade: o liberalismo do texto de 46 deve ser motivo de orgulho para todos os brasileiros. Foi parâmetro importante para nossa recente experiência constituinte e há de ser lembrada com atenção e respeito. (BONAVIDES; ANDRADE, (2004: 415)

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil foi bastante adiantada para o tempo, claramente, um salto da democracia e das liberdades individuais do cidadão, e marcou, dessa forma, para história, o restabelecimento da liberdade e a pronta restituição dos órgãos democráticos.

#### 4.1.2.5 A Constituição de 1967 e a emenda nº 1, de 1969

Ainda sob a regência da Constituição de 1946, na década de 60, sob um clima de tensão, crises políticas e conflitos constitucionais, elege-se Jânio Quadros, para substituir Juscelino Kubischek.

Em 1961, renuncia Jânio Quadros, quando assume, a chefia do país, o presidente João Goulart, com imensa desaprovação dos militares.

Estes, investidos do apoio da burguesia, do capital estrangeiro e por parcela da Igreja Católica – que temia que o propósito comunista dos movimentos populares pudesse perturbar a estrutura do poder e do capital – tiraram proveito da crise política para por em prática o Golpe de Estado, no dia 31 de março de 1964.

A grande imprensa apóia o Golpe e declara a fuga do presidente e o retorno da democracia.

Expede-se o Ato Institucional, em 9 de abril de 1964, AI-1, 28 que conserva a ordem constitucional em vigor, cassa mandatos, suspende imunidade parlamentar e estabilidade de funcionários.

No dia 11 de abril do mesmo ano, o congresso elege o Presidente Marechal de Alencar Castello Branco, Governo que tem, no Ato Institucional (AI-1), a cartilha de desenvolvimento e em outros atos complementares.

---

28 O Ato Institucional é um conjunto de normas superiores, baixadas pelo governo, que se sobrepunha à própria Constituição Federal.

Mais três Atos Institucionais são baixados, limitando a liberdade e extinguindo os partidos políticos. Os únicos partidos autorizados foram Arena (Aliança Renovadora Nacional) e MDB (Movimento Democrático Brasileiro).

Entra em vigor, em 15 de março de 1967, a quinta Constituição da República Brasileira fazendo assim a ditadura se regular. Incorpora os Atos Institucionais, fornece mais poderes ao executivo e diminui os do Congresso. Criam-se novas leis de imprensa e a Lei de Segurança Nacional.<sup>29</sup>

As crises continuam e advém o Ato Institucional nº 5, que permite, ao Poder Executivo Federal legislar sobre todas as matérias, apresentando, à sexta Constituição do país emendas modificativas, supressivas e aditivas.

O texto do Ato Institucional nº 5 deu plenos poderes ao governo federal e, pela primeira vez, sem prazo para acabar.

A intervenção, nos Estados e Municípios, era possível sem que fosse autorizada na Constituição de 1967. Ainda sem preocupação com os limites constitucionais, os direitos políticos de qualquer cidadão eram cassados por dez anos, assim como os mandatos eletivos municipais, estaduais e federais.

A Constituição elaborada por autoridades militares restringiu as liberdades individuais embora contemplasse, no capítulo IV do título II, dedicado aos Direitos e Garantias Individuais, a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, garantindo igualdade de todos perante a lei, direitos adquiridos, liberdade de consciência, crença religiosa ou convicção filosófica ou política.

---

<sup>29</sup> Nesse período o princípio de segurança nacional ganhou importância com a formulação da doutrina de Segurança Nacional. Setores e entidades democráticas da sociedade sempre se opuseram a sua vigência denunciando-a como um instrumento limitador das garantias individuais e do regime democrático.



Morre o General Humberto de Alencar Castelo Branco e o vice, Pedro Aleixo, encontra o obstáculo dos militares para exercer o poder. As Forças Armadas tomam o poder e decretam a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1959, que, para alguns, foi uma nova carta ao país, sob a aparência de emenda constitucional.

O Supremo Tribunal Federal declarou por unanimidade que a vigência era da Carta de 1967 e não da Emenda nº 1, de 1969.

Não há, pois, falar em Constituição de 1969 e sim de 1967, que teve o texto alterado pela Emenda Constitucional nº 1.

O sistema de Governo, na vigência da Constituição de 1964, contribuiu para afastar a imprensa da população. Se conseguisse calar os órgãos de comunicação, era mais fácil ocultar, da população, os devaneios cometidos pelas Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica).

O artigo 153, § 8º, da Emenda Constitucional 1/69, fixava que a publicação de livros e periódicos não dependia da licença do poder público, não sendo tolerada, no entanto, propaganda de guerra, de processos violentos para perturbar a ordem, política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

Acontece que, embasados em termos vagos, moral e bons costumes, que justificavam a restrição ou limitação da manifestação de pensamento, o poder estatal foi abusivamente intolerante em relação às liberdades de que trata o artigo supra-citado, prejudicando e quase excluindo a liberdade de expressão.

O Brasil atual é fruto e produto da ditadura militar, que se armou de todos os poderes para conformar a realidade brasileira, segundo diretrizes opostas às até então vigentes. Para tanto, começou derrogando a Constituição,

avassalando o Poder Legislativo e o Judiciário, anulando os direitos civis e as conquistas trabalhistas e submetendo a imprensa à censura. (ZISMAN, (2003)

#### 4.1.2.6. A Constituição de 1988

O Brasil estava inundado numa das maiores crises de sua história. O modelo político-econômico reverenciado pelo regime militar estava em ruína.

Partidos políticos, estudantes, igreja, imprensa, entre outros setores da sociedade, reclamavam o fim do regime militar e a democratização do país.

O governo brasileiro não conseguia mais se manter de pé frente aos grandes problemas da inflação, dívida externa e interna que assolavam a sua economia.

O povo brasileiro exigia mudanças e o Brasil merecia uma nova constituição.

A Assembléia Nacional Constituinte foi instalada em 1º de fevereiro de 1987, formada por membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, por isso chamada também de Congresso Constituinte.

A Constituinte realizou-se com o amparo da Nação, inteiramente revoltada contra a mais brutal ausência das liberdades públicas.

Passados 20 meses de trabalho ativo, debates e discussões entre os constituintes e a sociedade, a Assembléia Nacional Constituinte promulgou, em 5 de outubro de 1988, a nova Constituição da República Federativa do Brasil.

A Constituição de 1988 apresentou-se com um texto moderadamente avançado, moderno, com importantes novidades para o constitucionalismo brasileiro e mundial. Estabelece, na atualidade, um documento de muita importância para o Constitucionalismo em geral.

Nunca tinha sido vista, no Constitucionalismo Brasileiro, tão ampla proteção aos direitos fundamentais como na nova Carta.

O preâmbulo assim se expressa:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

O Brasil confirmou, como regime político, o estado democrático de direito que significa não a faculdade, e sim a obrigação de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, assim como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais. (CANOTILHO, 2002: 255)<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> O princípio do estado de direito não é um conceito pré ou extra-constitucional mas um conceito constitucionalmente caracterizado. Ele é, desde logo, uma forma de racionalização de uma estrutura estadual-Constitucional. No princípio de estado de direito conjugam-se elementos formais e materiais, exprimindo, deste modo, a profunda imbricação entre forma e conteúdo no exercício de atividades do poder público ou de entidades dotadas de poderes públicos.

Conserva a tradição republicana brasileira do regime representativo com a federação como forma de estado, formada com entidades autônomas: União, estados, Distrito Federal e Municípios.

O racismo, a tortura e o tráfico de drogas tomam-se crimes inafiançáveis. Estabelece-se o mandado de segurança coletiva, o mandado de injução e o habeas data; devolve prerrogativas ao Congresso Nacional que o regime militar havia confiscado; cria as comissões parlamentares de inquérito (CPIs) imbuídas de poderes de investigação semelhantes aos da autoridade judiciária; garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

A Constituição de 1988 assegura, no artigo 5º, IX, a “livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.”

Trata ainda da Comunicação social, artigo 220, caput, §§ 1º e 2º, que impossibilita restrição à manifestação de pensamento, criação, expressão e informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, determinando que lei nenhuma poderá trazer dispositivo que crie embaraço à plena liberdade de informação jornalística ou qualquer veículo de informação social.

No artigo 5º, inciso IV, a Constituição estabelece a liberdade de manifestação do pensamento vedando o anonimato. No inciso VI, garante a liberdade de expressão religiosa ao estabelecer ser inviolável a liberdade de consciência e de crença, garantido o livre exercício dos cultos religiosos e assegurada, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias. No inciso VIII, vai além para afirmar o exercício dessas liberdades, garantindo que não poderá haver privação de direito por motivo de crença religiosa ou opção filosófica ou

política. Ainda no inciso XLI do mesmo artigo, veda a discriminação que vai de encontro aos direitos e liberdades fundamentais.

O artigo 60, § 4º, deve agora ser analisado. Declara ele que "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes e os *direitos e garantias individuais*".

Assim sendo, os direitos e garantias fundamentais estão no rol dos direitos que devem ser protegidos do poder Constituinte derivado, ou seja, eles jamais deixarão de pertencer ao núcleo da Constituição, tornando-se cláusulas pétreas, imodificáveis, entre as quais se abrange o direito de liberdade de expressão.

O Poder Constituinte Derivado tem a responsabilidade de alterar a Constituição sempre que preciso, no entanto, as mudanças porventura feitas deverão obedecer a certos limites, pois, de outra forma poderão ser declaradas inconstitucionais.

As matérias do artigo 60, § 4º, sofrem limites materiais, ou seja, são matérias inegociáveis, obstáculo ao poder Constituinte reformador, que devem permanecer, que têm vocação à eternidade.

A existência de limites materiais justifica-se, portanto, em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do Constituinte evitando que uma reforma ampla e ilimitada possa desembocar na destruição da ordem Constitucional, de tal sorte que por trás da previsão destes limites materiais se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração. No fundo o reconhecimento de limitações de cunho material significa que o Conteúdo da Constituição não se encontra à disposição plena do legislador constitucional e de uma maioria qualificada, sendo necessário, por um lado que se impeça uma violação inexorável e definitiva das gerações futuras às concepções do

Constituinte, ao mesmo tempo em que se garantam às Constituições as realizações de seus fins.

## 4.2 A liberdade de expressão e o direito comparado

### 4.2.1 A liberdade de expressão em Portugal.

A Constituição portuguesa de 1976 foi elaborada pela Assembléia Constituinte, observando o paradigma clássico da soberania Constituinte e da democracia dualista, eleita na seqüência das primeiras eleições gerais livres no país, em 25 de abril de 1975 (comemorando um ano da Revolução dos Cravos).<sup>31</sup> A Constituição entrou em vigor em 25 de abril de 1976.

O artigo 37º da atual Constituição portuguesa consagra a liberdade de expressão: Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o 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 e a liberdade de imprensa no artigo 38º: "É garantida a liberdade de imprensa".

A censura também é proibida de forma expressa pelo texto constitucional, independente de forma ou tipo.

Na Constituição de 1976, previu-se, pela primeira vez, o direito de antena<sup>32</sup>, possibilitando participação mais efetiva da sociedade civil na mídia. Instituições representativas da sociedade civil gozam do direito de espaço na mídia,

<sup>31</sup> Representou uma mudança essencial no que diz respeito a Comunicação Social em Portugal, consagrando-se a liberdade de expressão e de imprensa de forma subjetiva, sem dúvida uma das maiores conquistas do 25 de abril de 1974.

<sup>32</sup> No Brasil o direito de Antena é utilizado somente para fornecer espaços aos partidos políticos (artigo 17, Parágrafo 3º Constituição Brasileira de 1988) dando-lhes prerrogativas de horário, sem nenhum ônus, nas estações de rádio e televisão).

fazendo com que assim a sociedade tenha maior disponibilidade aos meios de comunicação.

O publicista lusitano ANDRADE (2006: 90-91), não concede o direito de antena, de resposta e de réplica política dos partidos da oposição parlamentar (nº 2 do artigo 40º da Constituição Portuguesa de 1976), o título de direitos fundamentais, justificando que esses direitos não se reservam a, de forma direta, afiançar bens jurídicos pessoais, nem tão pouco dizem respeito à imagem de homem e a sua dignidade: ao contrário, objetivam fixar normas da organização política democrática.

Continua o doutrinador da Universidade de Coimbra enfatizando a importância de tais direitos para a organização do poder democrático, colaborando para o pluralismo da expressão e também para preservar a separação de poderes. “A sua inserção sistemática entre os direitos fundamentais compreende-se por razões de vizinhança com as liberdades de expressão e de imprensa, mas a sua atinência material liga-os à organização do poder político: só indiretamente representa a garantia para a liberdade e a participação política dos cidadãos.

A Constituição que “restituiu, aos portugueses, os direitos e liberdade fundamentais” passou por sete revisões (1982 – 2005), algumas ordinárias e outras extraordinárias, no sentido de colaboração para adaptar o texto originário à dinâmica social.

A primeira revisão, Lei Constitucional nº 1/82, de 30 de setembro, veio enfatizar, de forma definitiva, a natureza civil e pós-revolucionária do regime democrático e elimina as fórmulas lingüísticas características das “narrativas emancipatórias”, como: “criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras” (artigo 2º, in fine, artigo 80º, na versão de 1976), “transição para o socialismo” (artigo 2º) “sociedade sem classes” (artigo 1º), “processo revolucionário” (artigo 10º), “organização econômica” (artigo 96º)

“expropriação de latifundiários e de grandes proprietários, empresários ou acionistas” (artigo 82º/2, do texto originário de 1976). Com a primeira revisão ainda se extinguiu o Conselho de Revolução e se estabeleceu a Tribunal Constitucional. (CANOTILHO, 2002: 208-209)

A revisão de 1982 continuou a negar, às entidades privadas, a prática televisiva; também fundou um Conselho de Comunicação Social, formado por pessoas eleitas pelo Parlamento, com a finalidade de “assegurar a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião”, num plano de autonomia do setor público da comunicação social diante do poder político. (MACHADO, 2004: 117)

A segunda revisão, Lei Constitucional nº 1/89, de 8 de julho, deu maior abertura ao sistema económico, prova disso deve-se à eliminação do princípio da irreversibilidade das nacionalizações, passou a consagrar o regime de mercado, aberto e concorrencial. Concede o direito à atividade de televisão à iniciativa privada.

Foi constituída, por intermédio da revisão de 1989, a Alta Autoridade para a Comunicação Social que tinha como atribuições assegurar o exercício do direito à informação e à liberdade de imprensa, o rigor e isenção da informação e a aplicação de critérios jornalísticos e de programação que respeitassem os direitos individuais e os padrões éticos exigíveis; zelo pela independência dos órgãos de comunicação social e garantia de pluralismo; assegurar a observância dos fins genéricos e específicos da atividade de rádio e televisão; garantir o exercício dos direitos de antena, de resposta e de réplica política.

A terceira revisão constitucional, Lei Constitucional nº 1/92, de 25 de novembro, surgiu da necessidade de ajustamento ao Tratado de Maastricht, em 7 de Fevereiro de 1992, que instituiu a União Europeia. Sem tocar nas regras sobre a



soberania de Portugal, a revisão validou o exercício comum de poderes (legislativo/executivo, outrora observados apenas no local), se preciso, para o progresso da União Europeia, respeitando o princípio da subsidiariedade (artigo 7º/6).

Inova-se, ainda, a respeito da capacidade eleitoral dos cidadãos dos países membros da União Europeia, com residência em Portugal, e eleições de Deputados ao Parlamento Europeu (artigo 15º) e acabou com o monopólio da emissão de moeda ao Banco de Portugal (artigo 105º).

A quarta revisão Constitucional, Lei Constitucional nº 1/97, de 20 de setembro, traz modificações substanciais em sede de direitos fundamentais, merecendo destaque: o reforço do direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional, constitucionalização do direito a decisões judiciais céleres, consagração do processo equitativo, aptos a garantir a tutela efetiva dos direitos fundamentais, reconhecimento explícito do direito ao desenvolvimento da personalidade, entre outros.

A revisão de 1997 inovou, em alguns aspectos: adiantou-se na questão da Constituição biomédica, possibilitando que o prematuro adquira o dever de proteção da identidade genética do ser humano, no que diz respeito à criação, desenvolvimento e utilização das tecnológicas e à experimentação científica (artigo 26º/3)

A revisão preocupou-se com a questão da segurança agasalhando-se do Tratado de Schengen (HENRIQUES, 1996: 49)<sup>33</sup> e dos tratados que se referiam à

---

33 Fato importante da livre circulação de pessoas na União Europeia foi a conclusão dos dois Acordos de Schengen (Acordo Schengen de 14 de junho de 1985 e Convenção de Aplicação Schengen de 19 de junho de 1990, tendo esta última entrado em vigor em 26 de março de 1995). Estes Acordos constituem mais um episódio na história das atitudes europeias face aos fluxos migratórios, sejam eles intracomunitários ou provenientes de países terceiros. Visam realizar a plena liberdade de circulação dos cidadãos comunitários, da mesma forma que beneficiam quaisquer pessoas que estejam legalmente no espaço comunitário.

batalha contra o terrorismo e o crime organizado. Desta forma, mitigando direitos, liberdades e garantias dos cidadãos portugueses e estrangeiros, nos pedidos de extradição (artigo 35º/3), tornando claro assim que o direito interno está atualmente cada vez mais subordinado ao direito internacional e comunitário.

As regiões autónomas assistiram ao fortalecimento de independência estendendo-se a competência legislativa, passaram a legislar sobre matérias de interesse específico, submetendo-se aos princípios fundamentais das leis gerais da República (artigo 227º/a e b).

A quinta revisão da Constituição, Lei Constitucional nº 1/2001, de 12 de Dezembro, surgiu da necessidade de compatibilizar alguns princípios e normas constitucionais às novas reclamações da construção europeia, no contexto do espaço de liberdade, segurança e justiça e da harmonia económica e social em condições de reciprocidade, com respeito ao princípio da subsidiariedade para estabelecer por convenção a prática em comum ou em solidariedade dos poderes imprescindíveis à construção da União Europeia (artigo 2º/1).

A revisão está intimamente ligada à criação do Tribunal Penal Internacional, a que Portugal submete a sua jurisdição, nas condições de complementariedade e todos os outros limites fixados no Estatuto de Roma, de 17 de julho de 1998, que foi seu instituidor.

Fica proibida a extradição, a entrega por qualquer motivo que seja, políticos ou por crimes a que corresponda, com base no direito do Estado requerente, pena de morte ou outra que tenha como consequência lesão irreversível à integridade física; aumenta a igualdade de direitos de cidadãos de países de língua portuguesa com residência permanente em Portugal; estende a possibilidade de limitação da inviolabilidade de domicilio durante a noite, sem o consentimento da pessoa: nos casos de flagrante delito ou mediante autorização judicial, em casos de

criminalidade violenta ou organizada, terrorismo, tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes; restringe o direito à greve de associações sindicais formadas por agentes de forças de segurança.

Derradeiramente ficou consagrado, na Constituição da República Portuguesa, que a língua oficial é o Português.

A sexta revisão Constitucional, lei Constitucional nº 1/2004, de 24 de julho traz a melhoria das condições institucionais de regulação da comunicação social. O artigo 39º estabeleceu, agora uma entidade administrativa independente de regulação na matéria, cabendo-lhe assegurar:

- a. O direito à informação e a liberdade de imprensa;
- b. A não concentração da titularidade dos meios de comunicação social;
- c. A independência perante o poder político e o poder económico;
- d. O respeito pelos direitos, liberdades e garantias pessoais;
- e. O respeito pelas normas reguladoras das actividades de comunicação social;
- f. A possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião;
- g. O exercício dos direitos de antena, de resposta e de réplica política

A alta autoridade para a Comunicação Social tem o fim previsto até a tomada de posse dos membros da entidade de regulação prevista no artigo 39 34

Importante, ainda, a integração, no espaço jurídico-constitucional, da União Européia. A Constituição Portuguesa reconhece a supremacia do direito da União sobre o direito interno.

34 A Alta Autoridade para a Comunicação Social é extinta através da Lei 53/2005 de 8 de novembro que cria a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, esta nova Entidade tem independência quanto a orientação das suas atividades, sem nenhuma submissão a diretrizes ou informações do poder público. Os bens, direitos, deveres e abonações antes intrínsecos a Alta Autoridade para a Comunicação Social pertencem hoje a Entidade Reguladora para a Comunicação Social. "Estão sujeitas à supervisão e intervenção do Conselho regulador todas as entidades que, sob jurisdição do Estado Português, prossigam atividades de comunicação social, designadamente: as agências noticiosas; as pessoas singulares ou coletivas que editem publicações periódicas independentemente do suporte de distribuição que utilizem; os operadores de rádio e de televisão, relativamente aos serviços de programas que difundam ou aos conteúdos complementares que forneçam, sob sua responsabilidade editorial, por qualquer meio, incluindo por via eletrónica; as pessoas singulares ou coletivas que disponibilizam ao público, através de redes de comunicações eletrónicas, serviços de programas de rádio ou de televisão, na medida em que lhes caiba decidir sobre a sua seleção e agregação; as pessoas singulares ou coletivas que disponibilizem regularmente ao público, através de redes de comunicações eletrónicas, conteúdos submetidos a tratamento editorial e organizados como um todo coerente (artigo 6º Lei/53/2005).

Por fim, a sétima revisão Constitucional, Lei Constitucional nº 1/2005, de 12 de agosto, destinou-se simplesmente a autorizar a oportunidade de realização de referendo sobre a aprovação de tratado que objetive a construção e aprofundamento da União Europeia.

A conclusão que mestre CANOTILHO (2002: 214), faz das revisões fornece uma análise global:

O impulso revolucionário conformou o texto de 1976, em larga medida, como um texto pós-revolucionário. No entanto, se uma constituição é a culminação natural de uma revolução bem sucedida então pode dizer-se que a revolução só foi bem sucedida depois de os momentos estabilizadores propiciados pelas diversas revisões constitucionais terem garantido a consolidação e persistência democráticas. Nesta medida, só a constituição revista revela as constâncias e mutações de uma identidade constitucional. A revolução terá de rever-se ainda no texto constitucional apesar das revisões.

#### 4.2.2 A Liberdade de expressão nos Estados Unidos

A Constituição dos Estados Unidos, de 17 de setembro de 1787, não previu, desde a origem, a proteção ao direito de liberdade de expressão.

O esquecimento, todavia, foi sanado quando em 15 de dezembro de 1791, as dez emendas à Constituição dos Estados Unidos foram ratificadas, formando o Bill of Rights ou Declaração de Direitos.<sup>35</sup>

Logo na Primeira Emenda o legislador garantiu a liberdade de expressão, de imprensa e de crítica, nos Estados Unidos. O governo fica proibido de dizer o que as pessoas podem ou não dizer; não pode ainda decidir o que será impresso nos

---

<sup>35</sup> As primeiras alterações à Constituição Norte Americana foram feitas para proteger os direitos individuais dos cidadãos e limitar o poder do governo.

jornais ou divulgado no rádio e na TV; não pode também punir ou calar as pessoas que, não concordando com ações do governo, venham a questioná-lo.<sup>36</sup>

A Primeira Emenda, em muitos pontos decisiva, é, inúmeras vezes, tida como ápice da verdade do liberalismo por que o Estado tenha os seus poderes limitados.

No entanto o Estado só pode limitar ou restringir a liberdade de discurso, liberdade de expressão, oral e escrita quando tal manifestação constitui calúnia, difamação, obscenidade, distúrbio, ou conduta criminosa, como o suborno, o perjúrio ou o incitamento à desordem. A liberdade que a Primeira Emenda apóia é primordial à sobrevivência do governo representativo. E os limites têm o objetivo de chegar ao entendimento justo e equilibrado quando o direito de liberdade de expressão estiver em choque com outros direitos fundamentais.

A Primeira Emenda tem como um dos principais objetivos, mais que inaugurar mudanças fundamentalmente com maior qualidade, no que se refere à liberdade de expressão e de imprensa, estabelecer a repartição de competência entre o Estado Federal e os Estados Federados, imputando, aos Federados, competência exclusiva em matéria de liberdade de expressão e de imprensa. Os limites da primeira emenda objetivam conseguir o equilíbrio quando houver colisão entre o direito de liberdade de expressão e outros direitos fundamentais.

Em 1789, o Congresso dos Estados Unidos da América autoriza a *Sedition Act*, que defendia o respeito aos órgãos legislativos e executivos proibindo escritos, impressos, profissões ou publicações falsas, escandalosas e maliciosas contra aqueles órgãos.

---

<sup>36</sup> Artigo I – Constituição dos Estados Unidos da América. “É vedado ao Congresso estabelecer qualquer religião de Estado ou proibir o livre exercício de qualquer culto e restringir a liberdade de palavra ou de imprensa, os direitos dos cidadãos de se reunirem pacificamente e o de apresentarem petições ao governo para reparação de injustiças.”

Existe teoria que defende que a autorização da *Sedition Act* tem a possibilidade de ser ponderada como impulso de convergência ao sistema monolítico de partido único, seguido de imprensa espontaneamente sem vida.

O avanço dos meios de comunicação trouxe infundáveis problemas que, aos poucos foram sendo desvendados e resolvidos pela doutrina e jurisprudência do país. Inúmeras foram as contribuições para se chegar a uma razoável harmonização entre a constituição e a realidade.

Algumas formulações teóricas merecem ligeiro tratamento:

- (I) Teoria libertária vê o autor da mensagem como centro do debate, seja ele artista, escritor, jornalista ou qualquer pessoa que efetue o exercício expressivo de idéias; fala que as garantias da Primeira Emenda têm o de assegurar a autonomia privada assim como o direito à expressão do pensamento sem intervenções externas.
- (II) Teoria Democrática, patrocinada por ALEXANDER MEIKLEJOHN, via, na Primeira Emenda, um instrumento de autogoverno, onde as pessoas seriam informadas livremente sobre todos os assuntos que fossem de interesse geral, assim sendo, o receptor ou destinatário das mensagens, estavam habilitados a formar livremente a sua convicção. A sociedade estaria até disponibilizando para si o direito de criticar o legislativo enquanto condutor da coisa pública.  
De acordo com essa teoria, a finalidade última da liberdade de expressão e de imprensa é de desenvolver “robusto, aberto e livre debate público.”
- (III) Mercado livre das idéias, a Primeira Emenda para essa teoria era uma protetora da verdade advinda do debate público e da confluência de idéias.

O mercado livre das ideias, a despeito das suas imperfeições, traduz os valores fundamentais da descentralização da produção e difusão das ideias e da autonomia individual, na adesão ou no abandono das mesmas, bem como da estruturação dos procedimentos comunicativos, de acordo com o *princípio da persuasão*, nos termos do qual o Estado não pode suprimir um

discurso com base no fato de que o mesmo tem capacidade para persuadir as pessoas. Ou seja, o mercado das ideias chama a atenção para o fato de que a iniciativa, nos processos de criação, discussão e divulgação das ideias (produção e colocação das ideias no mercado) deve caber, em primeira linha, aos indivíduos e aos grupos, que aos poderes públicos. A oferta e a procura de ideais, por parte dos cidadãos e grupos de cidadãos, deve ser livres. A alternativa ao mercado, nesta acepção, seria sempre a existência de um indivíduo, grupo ou entidade que se arroga controlar, de forma autoritária, centralizada e coerciva, a circulação das ideias que outros podem exprimir ou a que podem ter acesso, fato que esbarraria com problemas intransponíveis de legitimação. Para além disso, o mercado das ideias chama a atenção para o carácter tipicamente competitivo do debate de ideias. (MACHADO, 2002: 254)

#### 4.2.3 A liberdade de expressão na Espanha

O direito à informação e a livre expressão do pensamento também são dignificados pela Constituição espanhola de 28 de dezembro de 1978, na seção (I capítulo), dedicada aos direitos fundamentais e liberdades públicas, reconhecendo e protegendo, artigo 20º1, os direitos:

- a. De expressar e difundir livremente o pensamento e as ideias e opiniões pela palavra, por escrito ou por qualquer outro meio de reprodução;
  - b. De produção e criação literária, artística, científica e técnica;
  - c. De liberdade de cátedra;
  - d. De comunicar ou receber livremente informação verídica por qualquer meio de difusão. A lei regulará o direito à cláusula de consciência e de segredo profissional.
2. O exercício destes direitos não pode ser restringido mediante qualquer tipo de censura prévia.
  3. A lei regulará a organização e o controle parlamentar dos meios de comunicação social dependentes do Estado ou de qualquer entidade pública e garantirá o acesso a esses meios por parte de grupos sociais e políticos significativos, respeitando o pluralismo da sociedade e das diversas línguas de Espanha.
  4. As liberdades enunciadas no presente artigo têm como limite o respeito dos direitos reconhecidos nesse título, os preceitos das leis que o desenvolvem e, especialmente o direito à honra, à intimidade, à imagem e à proteção da juventude e da infância.
  5. A apreensão de publicações, gravações e outros meios de informação só poderá dar-se por decisão judicial.

O direito de crítica está implícito no direito de informação e em outros mecanismos relacionados, não se encontrando expresso no texto constitucional espanhol.

À luz dos ensinamentos de SERRANO (1997: 42-43), observam-se algumas especialidades em relação ao regime constitucional brasileiro e espanhol:

- Cláusula de consciência que é o direito de um profissional recusar a cobertura de uma matéria sem retaliações patronais, estabelecida de forma tácita nos contratos de trabalho dos profissionais da área de informação, proporcionando-lhes o direito de rescisão por justa causa, se a empresa de comunicação o obrigar a escrever ou falar sobre algo que vai contra a sua consciência, denotando, ainda, mudança no posicionamento ou orientação da imprensa. A cláusula de consciência mantém particular ligação com o direito de crítica, já que, garantindo o direito à opinião do profissional da comunicação, abriga seu o direito de continuar a declarar suas idéias.
- Direito de acesso aos meios para informar: A Constituição espanhola é mais ampla que a brasileira, no que se refere ao direito de informar, uma vez que, garante a liberdade de informação, como o faz a constituição brasileira, e ainda afirma, aos grupos sociais e políticos significativos, o direito aos meios de informar, especialmente no que diz respeito aos meios de comunicação subordinados ao Estado ou a outra entidade pública. Desta forma, há uma maneira concreta que possibilita a propagação do direito de crítica, uma vez que o mesmo advém do direito de informar.
- Limitabilidade de direitos fundamentais: ambos os ordenamentos jurídicos amparam limites aos direitos fundamentais, é que podem encontrar-se em rota de colisão. Na visão moderna de democracia, os direitos fundamentais estão indissociavelmente ligados à noção de limitações do poder. A peculiaridade entre a Constituição espanhola e a Brasileira se manifesta quando aquela traz a limitação de forma expressa, enquanto esta se vincula à interpretação exegética para que se tenham as mesmas conclusões.



#### 4.2.4 A liberdade de expressão na Alemanha

A Constituição da Alemanha, Lei Fundamental, de 23 de maio de 1949, consagra a liberdade de expressão e de imprensa entre os direitos fundamentais. É oportuna a transcrição *in verbis* do artigo 5º:

1. Todos terão o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento, pela palavra, por escrito e pela imagem, e o direito de se informar, sem impedimento, em fontes abertas a todos. São garantidas a liberdade de imprensa e a liberdade de informação pelo rádio e pelo cinema. Não é admitida a censura.
2. Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, as leis de defesa da juventude e as garantias do direito à honra.

Na Alemanha, os direitos fundamentais são definidos como supraconstitucionais, têm preferência sobre a Constituição. Desta forma, revestem-se de condições para conquistar a proteção à liberdade de expressão no próprio texto da lei, sem que este, de forma alguma, possa servir de impasse à tomada de decisões que visem proteger as liberdades, entre elas, a de expressão, tal qual a Constituição espanhola.

#### 4.2.5 A liberdade de expressão no Chile

A Constituição chilena, aprovada por plebiscito em 11 de setembro de 1980, vigorando em 11 de março de 1981, consigna, no artigo 19, Parágrafo 5º, a inviolabilidade do lar e de toda forma de comunicação privada. No Parágrafo 6º, garante a liberdade de consciência, a manifestação de todas as crenças e o exercício livre de qualquer culto, colocando limite, ao restringir aos que não se opõem à moral, aos bons costumes e à ordem pública.

Desta maneira, a Constituição chilena garante o direito de liberdade de expressão, como em outros países hodiernamente, assegurando inclusive penalidades para quem desrespeitar esse direito. Não se pode em nome da

liberdade de expressão causar dano moral, aos bons costumes e a ordem pública sob pena de ser responsabilizado por prejuízo que gerar.

Difícil é definir com exatidão o que vem a ser moral, bons costumes e ordem pública. É perigoso que o Estado, utilizando-se do conceito genérico de tais vocábulos, possa restringir o direito de liberdade de expressão individual. Quem define o que é moral, bons costumes e ordem pública é a sociedade, a ocasião, o momento histórico e as raízes culturais. O Estado deve ser impedido de atuar “sem o equilíbrio e o bom senso ditado por características e regras sociais.” (ZISMAN, 2003: 74)

Na 61ª Assembléia Geral, em Indianópolis, de 7 a 11 de outubro de 2005, importantes avanços normativos, no aspecto das comunicações, foram alcançados, dentre elas, algumas reformas da Constituição Política de 1980. Para este estudo, as mais importantes são as seguintes:

Reforma do artigo 19, nº4 que passou a estabelecer “o respeito e proteção da vida privada e a honra da pessoa e de sua família.”<sup>37</sup>

Assim sendo, fica fora da legislação e crime de difamação e a responsabilidade solidária de donos de empresas de comunicação e editores.

O artigo 19, Parágrafo 7º, fixa o direito à liberdade pessoal e à segurança individual, garantindo, assim, conforme a própria carta política, o direito de ir e vir (alínea a) e a não possibilidade de limitação da liberdade pessoal (alínea b).

---

<sup>37</sup> A versão anterior continha o seguinte teor: “Artigo 19. A constituição assegura a todas as pessoas: 4º o respeito e proteção da vida privada e pública e da honra da pessoa e de sua família. A violação a este preceito, perpetrado por um meio de comunicação social, e que consista na caracterização de um fato ou ato falso, ou que cause injustificadamente dano ou descrédito a uma pessoa ou sua família, constituirá um delito e sofrerá a sanção determinada pela lei. O meio de comunicação social, contudo, poderá alegar exceção em juízo, provando perante o tribunal correspondente a verdade da imputação, a menos que ela constitua por si mesma o delito de injúria a particulares. Além disso, os proprietários, editores, diretores e administradores do meio de comunicação social respectivo serão solidariamente responsáveis pelas indenizações precedentes.”

Ainda por oportunidade da 7ª revisão, pela Lei 20050 de 2005, foi aprovado o novo artigo 8º: “o exercício das funções públicas obriga os titulares ao estrito cumprimento do princípio de probidade em todas as ações”.

São públicos os atos e resoluções dos órgãos do Estado, assim como os fundamentos e procedimentos utilizados. Não obstante, somente uma lei com quorum qualificado pode estabelecer a reserva ou confidencialidade daqueles ou do, quando a publicidade afetar o devido cumprimento das funções deste órgão, os direitos das pessoas, a segurança da Nação ou o interesse nacional.”

Esse artigo é de suma importância, pois anula os artigos 13 e 14 da Lei Orgânica Constitucional de Bases Gerais da Administração do Estado, DFL (19.653) 2000, do decreto nº 26, de 28 de janeiro de 2001, de Janeiro de 2001, e de qualquer outra resolução expedida pelos órgãos estatais de confidencialidade e reserva. Com exceção dos atos e resoluções anunciados como secretos ou preservados por lei, com quorum qualificado, estão todos os outros, após 2005, ao dispor das pessoas que podem, se houver obstáculo da administração pública, recorrer juridicamente.

No § 12º do artigo 19 da Constituição Política Chilena, está consagrado o direito das pessoas de emitirem opiniões e informações, sem censura prévia, de qualquer maneira ou por qualquer meio, podendo, no entanto, responder pelo excesso que cometer no exercício das liberdades, de acordo com a lei, que deve ser de quorum qualificado. A lei não poderá fixar monopólio estatal sobre os meios de comunicação.

Continua o § 12.

Toda pessoa natural ou jurídica ofendida injustamente aludida por algum meio de comunicação social tem direito a que sua declaração ou retificação seja gratuitamente difundida, nas condições que a lei determine, pelo meio de comunicação social que houver sido emitida. E toda pessoa natural ou jurídica tem o direito de fundar, editar e manter diários, revistas e periódicos,

nas condições que a lei assinale. O Estado, as universidades e demais pessoas ou entidades que a lei determine, poderão estabelecer, operar e manter estações de televisão (...) A lei regulará um sistema de censura para a exibição da produção cinematográfica.

#### 4.2.6 A Liberdade de expressão na China

A Constituição Popular da China, promulgada em 4 de Dezembro de 1982, Capítulo II, que trata dos direitos e deveres fundamentais dos cidadãos, abrange os direitos que se referem à informação, à expressão, à opinião e, em especial, à crítica, ainda que impondo-lhes reservas. A seguir os dispositivos que consagram esses direitos:

Artigo 35º - Os cidadãos da República Popular da China gozam de liberdade de expressão, de imprensa, de reunião, de desfile e da manifestação.

Artigo 41º - Os cidadãos da República Popular da China têm o direito de criticar e de apresentar sugestões a qualquer órgão ou funcionário do Estado. Os cidadãos têm o direito de apresentar aos competentes órgãos de Estado queixas e acusações ou denúncia contra qualquer órgão e funcionário de Estado, por violação da lei ou negligência no cumprimento dos seus deveres, mas a invenção ou distorção de fatos com o objetivo de caluniar ou difamar são proibidas. O competente órgão do Estado deve apreciar as queixas, acusações ou denúncias apresentadas pelos cidadãos de modo responsável e depois de se certificar dos fatos. Não é permitido a ninguém ocultar tais queixas, acusações e denúncias ou exercer retaliação contra cidadãos que a apresenta.

Os cidadãos da República Popular da China que sofrerem algum dano, em decorrência de transgressão de direitos por intermédio de órgão ou funcionário do Estado, pode ingressar em juízo para requerer indenização.

A Constituição de 1982 preocupou-se, ainda, com a questão científica, tecnológica e de criação.

Artigo 47 – Os cidadãos da República Popular da China são livres para se dedicar à investigação científica, à criação literária e artística e a outras atividades culturais. O Estado incentiva e apóia as atividades criadoras, de interesse do povo, levada a cabo por cidadãos, empenhados no trabalho educativo, científico, tecnológico, literário e artístico e cultural em geral.

A Constituição chinesa agasalhou, de modo geral, os direitos da comunicação, no entanto não albergou a proibição da censura, 38 ao contrário disso, a previu de forma implícita, “colocada como caudatária de um regime de restrições que impede qualquer formulação crítica às opções ideológicas do Estado.” (SERRANO, 1997: 50)

“Artigo 51 – No exercício das suas liberdades e dos seus direitos os cidadãos da República Popular da China não podem atentar contra os interesses do Estado, da sociedade e da coletividade ou contra as legítimas liberdades e direitos dos outros cidadãos.”

Analisando o artigo transcrito, a Constituição chinesa agasalha, ainda que de forma implícita, o exercício da censura, colocando a liberdade de expressão aquém dos interesses do Estado.

O direito de crítica, de forma abrangente, foi previsto de forma expressa no artigo 41, sem conteúdo jornalístico, mas “sim o de exteriorização genérica da opinião, com relação aos serviços estatais.” (SERRANO, 1997: 51)

Atualmente o governo chinês está a buscar o controle da Internet pelos cidadãos. Desta forma, invade a privacidade dos indivíduos da forma mais violenta: lê e-mails, inspecione *chatrooms*, bloqueia o acesso a determinados *sites*,<sup>39</sup> invade os SMS (*Short Message Service*, comumente chamados “torpedos”).

---

38 HUI, Wang. Democracia à chinesa. Revista veja. Edição 1988. ano 39. 27 de Dezembro de 2006. São Paulo: Abril, 2006. p.9. Afirma eu a censura em seu país não repousa em todos os setores, afinal publica o que quer em sua revista Dushu, além de ter a liberdade de discorrer sobre vários assuntos, inclusive na Universidade onde leciona. A censura para o professor chinês encontra-se de maneira mais abrangente nos meios de comunicação de maior tiragem e na Internet.

39 Exemplos de sites bloqueados são: Wikipédia e Blogspot do Google.

Deputados do Parlamento Europeu defendem a liberdade na Internet, em resolução tomada na sessão de julho, referindo que “a luta pela liberdade de expressão transferiu-se para o espaço on-line”. Preocupados com as formas cada vez mais eficientes de controle da Internet e do aumento de cyber-dissidentes, o Parlamento conclamou que se fixe um código de conduta, apto a conter as empresas ocidentais que participam da censura na Internet, em países repressivos.

O governo chinês convenceu empresas com a *yahoo*, a *Google* e a *Microsoft* a facilitar a censura dos trabalhos, no mundo virtual da China. Segundo a Organização de direitos humanos, a maior parte dos cyber-dissidentes presos estão na China, considerada inimiga principal da liberdade de expressão *on line*, além da Bielorrússia, da Birmânia, Cuba, Irão, Líbia, Maldivas, Nepal, Coreia do Norte, Uzbequistão, Arábia Saudita, Síria, Tunísia, Turquemenistão e o Vietnã.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os princípios fundamentais de uma constituição escrita revelam-se como elementos metajurídicos e normatizadores do direito positivo, no entanto não necessitam aparecer de modo explícito, para demonstrarem sua importância.

A atual Constituição apresenta, desde o preâmbulo, os princípios norteadores do sistema constitucional. Lê-se que o objetivo é instituir um Estado Democrático, com a função de:

Assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

A doutrina e a jurisprudência defendem que as normas jurídicas mais importantes do ordenamento jurídico são os princípios. Diferenciam-se das regras, não só com base no grau de abstração e generalidade, como na distinção qualitativa. Os princípios são normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, uma vez que fixam fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito.

A distinção entre regras e princípios é apresentada de forma mais brilhante por ALEXY (2001), ao afirmar que os princípios são normas que ordenam, mandam, por isso são estabelecidos deveres de otimização, podendo ser assim cumpridos em diferentes graus, dependendo das possibilidades reais e jurídicas para sua satisfação. O campo de ação jurídica é estabelecido pelos princípios e regras opostos.

São vários princípios consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil, que simbolizam a materialização, no sistema jurídico, dos valores e interesses dos cidadãos que, apresentando suas opiniões, designam um Estado que ampare o desejo de toda a sociedade.

O princípio da dignidade humana possibilita a alusão ao sistema de direitos fundamentais, proporcionando sua interpretação e aplicação.

Os direitos fundamentais são identificados como princípios objetivos, estando o Estado obrigado a observar os direitos de todos os indivíduos, como também em garantir os direitos fundamentais contra a agressão de terceiros, ou seja, o Estado passa de adversário guardião.

A Constituição Federal de 1988 apresenta o rol dos direitos fundamentais, do artigo 5º ao 17, e ainda recepciona outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

A liberdade de expressão é um direito fundamental, conquistado na história das sociedades brasileira, ainda em busca de consolidação. A Constituição Pátria protege esse direito.

Ao verificar-se o interesse público na divulgação da informação, a liberdade de expressão tem preferência. Na sociedade aberta e pluralista, a liberdade de expressão é prerrogativa para o respeito, proteção e exercício de todos os outros direitos fundamentais. A importância ou não de uma informação é concebida pelo mercado livre de idéias, em que a veiculação, em regra, não deve ser impossibilitada.



A constituição brasileira proíbe expressamente a edição de lei que venha impossibilitar a liberdade de expressão. A censura não é um castigo a quem exorbitou no exercício da liberdade de expressão e informação: é o cerceamento ao direito. O indivíduo deve ter liberdade até para dar opinião inverídica, muito embora possa ser punido pela ação.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALVES, Cléber Francisco. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 807.

BEDÊ, Fayga Silveira. O Estado e seus (des)caminhos econômicos. Revista Opinião Jurídica. Ano II. Nº 3. Faculdade Christus, 2004.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 14ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

\_\_\_\_\_. Do Estado Liberal ao Estado Social. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História Constitucional do Brasil. Brasília: OAB, 2004.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de Direitos da Personalidade. Coimbra: Boletim da Faculdade de Coimbra V.LXVII, 1991.

CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e teoria da Constituição. 5ª ed. Coimbra Livraria Almedina, 2002.

COTRIM, Gilberto. História do Brasil: Um olhar crítico. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FERRIGOLD, Noemi Mendes Siqueira. Liberdade de Expressão: Direito na sociedade da informação – Mídia, Globalização. São Paulo: Editora Pillares, 2005.

FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução e prefácio Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GARCIA, Guiomari Garson da Costa. Estado Democrático de Direito e Liberdade de Expressão e Informação. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Nº 42. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

HENRIQUES, Miguel Gorjão. Aspectos Gerais dos Acordos de Schengen na perspectiva da livre circulação de pessoas na União Européia, in Temas de Integração. 1º volume. 2º semestre, 1996.

HUI, Wang. Democracia à chinesa. Revista Veja. Edição 1988. Ano 39. 27 de Dezembro de 2006. São Paulo: Abril, 2006. p. 9.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LEITE FILHO, Solidônio. Comentários à Lei Imprensa. Rio de Janeiro: J. Leite, 1925.

MACHADO, Jónatas E.M. Direito Internacional: Do paradigma Clássico ao pós-11 de setembro 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MILL, John Stuart. Ensaio sobre a liberdade. Tradução Rita de Cássia Gondim Neiva, São Paulo: Editora Escala, 2006.

MIRANDA, Jorge. A Constituição Portuguesa e a Dignidade da Pessoa humana. Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 45. Ano 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. Manual de Direito Constitucional. Tomo II. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

\_\_\_\_\_. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1946. Tomo I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1960.

\_\_\_\_\_. Comentários à Constituição de 1946. Tomo IV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1960.

MORAIS, Alexandre. Direitos humanos fundamentais. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.  
REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 1999.

NEVES, Castanheira apud MIRANDA, Jorge. A Constituição Portuguesa e a Dignidade da Pessoa humana. Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 45. Ano 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 87-88 cf;

RIBEIRO, Darcy. O desastre da ditadura. Jornal Folha de São Paulo, 26/03/1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SERRANO, Vidal. A Proteção Constitucional da informação e o direito à crítica jornalística. São Paulo: FTD, 1997.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ZISMAN, Célia Rosenthal. A Liberdade de Expressão na Constituição Federal e suas limitações: os limites dos limites. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

Textos Extraídos da Internet:

[http://www.spiapa.org/portugues/publications/informe - Chile 20050.cfm](http://www.spiapa.org/portugues/publications/informe%20-%20Chile%2020050.cfm) acessado em 11/12/2006.

<http://www.europa.eu/sides/get.doc.do?pubref=-//EP//TEXT+TA+PG-TA>. Acessado em 12/12/2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos Fundamentais de Terceira Geração. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/121> acessado em 23/10/2006.