Número 26 – junho/julho/agosto de 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-888

DIREITOS FUNDAMENTAIS NA EC Nº 45/04

Manoel Jorge e Silva Neto
Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procurador do Ministério Público do Trabalho (BA). Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho (cadeira nº 64).

1. Justificativa

A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, implementou mudanças no contexto do Poder Judiciário brasileiro, indicando novos regramentos à atividade jurisdicional.

Conquanto não se possa, com rigor técnico, nominá-la efetivamente de "reforma" da estrutura judiciária brasileira, sendo certo que foram tão só sedimentadas modificações pontuais no Poder Judiciário, que se não compadeceriam com a alteração de substância inerente a uma "reforma", cuida assinalar que o trabalho do legislador constituinte derivado produziu reflexos no altiplano da configuração dos direitos fundamentais.

O propósito desta investigação é apresentar as conseqüências da EC nº 45/04 para o plexo dos direitos fundamentais, não sem antes, em incursão propedêutica, analisar a dicotomia existente entre estes e os direitos humanos, passando-se, após, à circunstanciada apreciação dos direitos fundamentais tal como tratados de modo explícito pelo constituinte derivado.

2. Direitos Fundamentais e Direitos Humanos

Direitos fundamentais são todos aqueles referidos nos sistemas constitucionais de cada País. A previsão do que vêm a ser tais direitos se condiciona à opção consumada pelo legislador constituinte originário quando da criação do modelo

de Estado e do respectivo arcabouço jurídico a enformá-lo, que é a constituição. "Direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente"[1].

Igualmente é dado ao constituinte reformador, revisando ou emendando o texto constitucional, alargar o espectro dos direitos fundamentais. Já os direitos humanos habitam com freqüência os domínios dos tratados e convenções internacionais, bastando, para tal conclusão, observar-se o próprio nome atribuído às normas internacionais mais conhecidas: Declaração Universal dos *Direitos do Homem* e do Cidadão, de 1789; Declaração Universal de *Direitos Humanos*, de 1948; Convenção Interamericana de *Direitos Humanos* (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, ratificado pelo Brasil em 1992.

É induvidoso, no entanto, que os direitos humanos poderão se converter em direitos fundamentais, desde que ocorra a subscrição do tratado ou convenção internacionais, a devida ratificação pelo Congresso Nacional e, por fim, expedição do respectivo decreto de promulgação pelo Presidente da República.

Por outro lado, é preciso examinar a teoria da materialidade dos direitos fundamentais, cujo conteúdo os amplia de modo substancial, análise a ser empreendida logo após o exame do art. 5º, LXXVIII, introduzido pela EC nº 45/04.

3. O art. 5º, LXXVIII e a razoável duração do processo

Prescreve o art. 5º, LXXVIII, da Constituição, recentemente inserido no rol dos direitos e garantias individuais pela EC nº 45/04, que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Em rigor, não corresponde a autêntica inovação, porquanto a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) assentou no art. 8º, 1 que "toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo *razoável*, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza" (grifamos).

Assim, o Pacto de San José da Costa Rica não apenas protege o indivíduo contra as dilações processuais indevidas, mas também proíbe a fixação de juízo ou tribunal de exceção, o que, a propósito, já se encontra assegurado no art. 5º, XXXVII e LIII, da Constituição de 1988. Trata-se, evidentemente, de um clamor nacional a conferência de rapidez à atividade judiciária. A EC nº 45/04 incorporou a idéia de que processo justo é aquele no qual se realiza a tutela judicial dos direitos fundamentais em duração razoável – sinônimo de prestação jurisdicional com eficácia útil.

---

[1] Cf. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 393.

E tanto foi assim que o objetivo maior da EC nº 45/04 está vinculado à diminuição do tempo em que se opera a prestação jurisdicional no Brasil. O art. 5º, LXXVIII é o reflexo da preocupação do legislador constituinte derivado com o gravíssimo problema pertinente à morosidade da Justiça.

Examinadas as alterações constitucionais implementadas pela EC nº 45/04, chega-se à conclusão que o princípio da razoável duração do processo é um dado a se integrar ao conjunto dos direitos e garantias individuais que, em substância, não discrepa de diversas previsões estatuídas noutros domínios do sistema constitucional.

Com efeito, coerentemente à diretiva assinalada no art. 5º, LXXVIII, o legislador constituinte derivado promoveu mudanças nos incisos do art. 93, tudo de sorte a objetivar a *razoável duração do processo*. Consagrou, por exemplo, a idéia da ininterruptividade da função judiciária mediante inclusão do inciso XII no art. 93 (“a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente”). Impede-se, por conseguinte, a continuidade das denominadas “férias coletivas” de magistrados, que aconteciam nos meses de janeiro e julho.

A proibição alcança os juízos singulares e as instâncias recursais. Mas é certo dizer que de nada adiantará a previsão constitucional se, de fato, juízes, desembargadores ou ministros, majoritariamente, solicitarem férias regulamentares para o respectivo período, eis que, à semelhança do que se sucede com os membros do Ministério Público, os magistrados gozam de férias de sessenta dias por ano. Logo, será imprescindível que os tribunais disciplinem o número máximo de membros do Poder Judiciário que poderão gozar férias neste ou em qualquer outro período ao longo do ano, visto que se entender-se como prerrogativa adstrita ao magistrado a indicação do período de gozo, continuaremos a conviver com o mesmíssimo problema, não mais agora em face das “férias coletivas” formalmente proscritas, mas da paralisação, de fato, da atividade judiciária por força da indicação coincidente de período de férias por número expressivo de magistrados, remetendo-se ao plano da ineficácia social o quanto determinado no art. 93, XII, da Constituição.

Idêntico raciocínio deve ser extratado no tocante aos membros do Ministério Público. Se, em diversas passagens do sistema do direito positivo brasileiro, é incondicionada a intervenção do Ministério Público no processo judicial, (como menciona, por exemplo, o art. 82, do Código de Processo Civil, apenas para citar algumas hipóteses de intervenção obrigatória do *parquet*), fixando-se, inclusive, a sanção de nulidade processual se não houver a sua intimação quando a lei reputar obrigatório que intervenha no processo como *custos legis* (fiscal da lei), é mais do que evidente a absoluta necessidade de as férias dos promotores e procuradores, do Ministério Público da União ou dos Estados, serem, de modo semelhante, objeto de disciplina pelo respectivo procurador-geral. É simples : se a intervenção é imposta pela lei, não poderá seguir o processo sem que haja a manifestação ministerial, que será grandemente prejudicada se os membros do *parquet* se puserem a indicar as suas férias sem reverência ao comando do art. 93, XII.

Não por outro motivo, mas por este é que o § 4º do art. 129, da Constituição manda aplicar ao Ministério Público, no que couber, as disposições do art. 93.

Sobremais, indica ainda o preceptivo que os juízos e tribunais funcionarão nos dias em que não houver expediente forense normal, com juízes em plantão permanente.É óbvia a previsão. Se diversos direitos individuais podem restar vulnerados ou seriamente ameaçados, é lógico que a inexistência de expediente forense normal, como ocorre em feriados, não pode redundar em efetivo empecilho de acesso ao Poder Judiciário, quer aos órgãos singulares, quer aos tribunais. Deveras, pouco importa a natureza do órgão judicial; seja ele de primeira, segunda ou instância extraordinária (TST, STJ, TSE), sempre deverão ser designados juízes, desembargadores ou ministros para atender à determinação constitucional. É que a coação à liberdade física, por exemplo, pode partir de autoridade jurisdicional hierarquicamente vinculada a determinado órgão revisor, e, nesse passo, contingente ausência de plantão de magistrados com competência revisora do ato considerado ilegal determinaria resultado insidioso no campo da tutela dos direitos fundamentais.

Outrossim, propôs-se a EC nº 45/04 a diminuir a desproporção existente entre o número de juízes e a efetiva demanda, bem como no tocante à população (art. 93, XIII). Procede a preocupação. As alterações da legislação processual civil, abrindo-se a porta do Poder Judiciário às camadas mais carentes da população brasileira, somente serão concretizadas se, a par da mudança na sistemática dos recursos, houver número de magistrados apto a promover o efetivo acesso à Justiça.

Por tal motivo, no momento de ser delimitado o número de juízes por unidade jurisdicional, serão tomados por parâmetro a demanda judicial efetiva e a população abrangida pela jurisdição local.

O art. 93, XIV, da Constituição indica que “os servidores receberão delegação para prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório”. São os casos dos atos judiciais de mero impulsionamento do processo, que, a partir da EC nº 45/04, *serão* delegados aos servidores vinculados ao órgão jurisdicional.

Quando o dispositivo refere que “os servidores receberão delegação(...)”, deixa claro que o ato não estará circunscrito à conveniência do juiz ou do órgão colegiado. Trata-se de providência que se impõe objetivamente após a alteração constitucional, podendo até mesmo a omissão da autoridade jurisdicional implicar na impetração de mandado de segurança coletivo pela Ordem dos Advogados do Brasil, face à inequívoca importância do procedimento para a celeridade da tramitação dos processos.

E, por fim, previu, ainda na linha de atendimento ao princípio da razoável duração do processo, a imediata distribuição dos feitos em qualquer grau de jurisdição (art. 93, XV). Realmente, não é admissível que a demora na prestação jurisdicional decorra também da ineficiência do aparelho burocrático do Poder Judiciário. Sendo assim, tanto em nível de órgãos judiciais singulares,

quanto em nível de tribunais, se imporá, doravante, a imediata distribuição dos processos.

Aqui, renova-se a vinculação ao Ministério Público. Seja em virtude de o princípio da razoável duração do processo alcançar a atividade administrativa por expressa referência no art. 5º, LXVIII, seja porque, não raro, a indisponibilidade do interesse cuja tutela judicial é cometida ao *parquet* torna injuntiva atuação expedita do órgão, seja, por fim, em razão de explicitamente determinado no § 5º do art. 129, da Constituição que a distribuição de processos no Ministério Público será imediata, é indispensável que as representações, procedimentos investigatórios ou toda e qualquer solicitação do indivíduo quanto à adoção de providências pelo órgão sejam objeto de distribuição tão logo protocolizados no *parquet*.

Não se poderia pensar diferentemente. O art. 127, *caput*, da Constituição, assinala que "o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis". Por sua vez, preceitua o art. 129, III, da Constituição que são funções institucionais do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses *difusos* e coletivos.

A combinação dos dispositivos conduz à inelutável constatação acerca da imprescindibilidade da imediata distribuição e/ou adoção de providências após a oferta de denúncia no Ministério Público, e não apenas no que se refere a processos judiciais, como a redação do § 5º do art. 129 poderia deixar subentendido de forma equivocada.

Com evidência, as hipóteses de atuação do *parquet* estão afetas à defesa dos interesses da coletividade, que, pelo circunstância inerente à transgressão ou pela própria característica do interesse ofendido ou ameaçado (os interesses difusos, por exemplo), impor-se-á incondicionalmente a iniciativa destinada a obter provimento judicial útil à salvaguarda do interesse em questão. É claro que isso somente será possível se, no contexto das rotinas administrativas do Ministério Público, for adotada a salutar regra constitucional da imediata distribuição das representações e investigações, pena de os interesses difusos, que se caracterizam por mutabilidade no tempo e no espaço, não receberem tutela efetiva à vista da inexistência de promotor para, de modo expedito, apresentar termo de compromisso de ajustamento de conduta ou propor imediatamente ação cautelar ou inibitória com o fim de estancar a ofensa.

4. A Teoria da Materialidade dos Direitos Fundamentais e a EC nº 45/04. O § 3º do art. 5º, da Constituição

O sistema constitucional brasileiro não proscreve a existência de direitos fundamentais *fora* da constituição formal. Observe-se o comando do § 2º do art. 5º, da Constituição de 1988 : "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".

Por conseguinte, há procedimento tendente à admissibilidade de direitos fundamentais, conquanto não tenha havido previsão explícita no corpo da Constituição de 1988, ou mesmo subscrição, pelo Brasil, de normas internacionais : é o fato de os direitos fundamentais decorrerem *do regime e dos princípios adotados* pelo texto constitucional.

Não se exigiria, desse modo, que a existência dos direitos fundamentais pudesse ser condicionada à subscrição da norma alienígena, posterior ratificação pelo Congresso Nacional e expedição do decreto de promulgação pelo Presidente da República. Não. Bastaria que o direito consagrado na norma internacional estivesse em consonância com o regime e os princípios agasalhados na Constituição de 1988.

Infelizmente, padecemos, todos nós, no Brasil, de mal quase incurável: a ausência de cultura constitucional ...
Vimos, sem eludir, de modo obsessivo, articulando que a ausência de cultura constitucional tem nos conduzido – e ainda nos conduzirá por muito tempo – pelos tortuosos caminhos da inversão de valores, em que se prestigia a decantada "governabilidade" em detrimento do projeto constitucional; em que se destinam, na esmagadora maioria dos cursos jurídicos, dois parcos semestres – quando muito – para o estudo do direito constitucional, contemplando-se sete ou oito para o deleite com o direito civil ... Isso tudo é reflexo da ascendência ibérica de cariz individualista que, se tornou o povo brasileiro empreendedor por excelência, carreou, entretanto, a insidiosa contrapartida do pífio sentimento de solidariedade social. E a constituição é o texto jurídico da solidariedade, da exortação à prevalência do bem comum, da exaltação da dignidade da pessoa humana, postulados que simplesmente não conseguem subsistir em ordenamentos jurídicos remarcados pelo egocentrismo.

Esta emenda constitucional objeto de exame na obra coletiva é o perfeito retrato do que se disse aqui ...
Contemplem-se, por exemplo, os acessos francamente autoritários do legislador constituinte derivado, que, em verdade, não se externariam se, movida por laço de solidariedade e calcada em pressupostos institucionais firmes, a sociedade brasileira respondesse com um sonoro "não" à súmula vinculante (art. 103-A) e à repercussão geral das questões constitucionais (§ 3º, art. 102), apenas para citar duas mudanças de color nitidamente centralizador que foram encampadas pela "Reforma do Judiciário".

Mas dissemos que no Brasil não há cultura constitucional. E o que vem a ser, finalmente? Traduz-se em comportamentos e condutas tendentes a: i) preservar a "vontade de constituição"; ii) efetivar, no plano máximo possível, os princípios e normas constitucionais; iii) disseminar o conhecimento a respeito do texto constitucional. E a efetividade dos direitos fundamentais sofre bastante em razão da tibieza com que se trata o desrespeito à constituição no nosso País ...

E o mais intrigante de tudo isso é constatar, com grande tristeza, que preceitos havidos como "direitos fundamentais" são utilizados como meros instrumentos de retórica, indicados, aqui e ali, com grandiloqüência em seminários e congressos de direito constitucional, sem que os advogados, membros do Ministério Público e juízes se dêem conta da obrigação que se lhes é continuamente dirigida para o cumprimento dos comandos constitucionais, máxime em se tratando de direitos reservados à pessoa humana.

E o que isso tem a ver com a teoria da materialidade dos direitos fundamentais? Guarda indissociável pertinência.

Com efeito, se nos ressentimos bastante de ausência de uma tal cultura, ensejando que mesmo dispositivos constitucionais assecuratórios de direitos fundamentais sejam, aqui, ali e acolá, desrespeitados sem qualquer cerimônia, o que não dizer daqueloutros que sequer foram contemplados explicitamente pelo sistema constitucional brasileiro?

Encontra-se plasmada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a resistência à teoria da materialidade dos direitos fundamentais, conforme se vê na decisão prolatada nos autos da ADIn nº 1.480-3/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.05.2001 : "Prosseguindo no julgamento, o Tribunal , por votação majoritária, deferiu , parcialmente , sem redução de texto , o pedido de medida cautelar, para, em interpretação conforme a Constituição e até final julgamento da ação direta, afastar qualquer exegese , que , divorciando-se dos fundamento jurídicos do voto do Relator (Ministro Celso de Mello) e desconsiderando o caráter meramente programático das normas da Convenção nº 158 da OIT , venha a tê-las como auto-aplicáveis, desrespeitando, desse modo, as regras constitucionais e infraconstitucionais que especialmente disciplinam, no vigente sistema normativo brasileiro, a despedida arbitrária ou sem justa causa dos trabalhadores, vencidos os Ministros Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, que o indeferiam, nos termos dos votos que proferiram. Participou desta sessão de julgamento, com voto, o Ministro Nelson Jobim".

Logo, atualmente, no Brasil, as normas internacionais, desde que sejam objeto de *subscrição*, *ratificação* e *expedição do decreto de promulgação*, têm a mesma hierarquia das leis ordinárias e complementares.[2]

---

[2] O fato de as leis complementares solicitarem maioria absoluta para aprovação, conforme prevê o art. 69, não lhes outorga, em absoluto, qualquer superioridade hierárquica em relação às leis ordinárias, cujo *quorum* para aprovação se limita à maioria simples ou relativa (art. 47). É que o legislador constituinte originário, ao reconhecer a relevância de determinados temas para a própria organização do Estado brasileiro, resolveu discipliná-los em lei complementar. E só... Extrair de tal locução constitucional o entendimento de que remanesce hierarquia entre elas é desconhecer o que significa estar uma norma em plano hierarquicamente superior a outra. Somente pode ser admitida hierarquia entre normas jurídicas quando a inferior busca, de modo necessário e incondicionado, o seu fundamento de validade na norma superior. Todas as leis ordinárias, por exemplo, recolhem na Constituição o substrato indispensável a lhes conferir validade. Não será tolerada a existência de lei cujo conteúdo se mostre flagrantemente contrário ao que prescreve a Constituição (inconstitucionalidade material) ou cujo processo de elaboração não tenha reverenciado o disposto nas normas de processo legislativo existentes no sistema constitucional (inconstitucionalidade formal). O mesmo se afirme com relação às

Mas, segundo a decisão do STF, só e só as normas internacionais submetidas ao processo de incorporação ao direito interno, com o que rechaça a nossa Suprema Corte a teoria da materialidade dos direitos fundamentais.

Sucede que a EC nº 45/04 incluiu o § 3º no contexto do art. 5º, da Constituição, que assim dispõe : "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Consequentemente, ali onde houver reverência ao denominado procedimento legislativo especial, que é o destinado à incorporação de emendas à Constituição, desde que tendente à aprovação dos tratados sobre direitos humanos, serão guindadas as respectivas disposições ao patamar de norma constitucional.

É óbvio que não será qualquer tratado; somente poderá ser aquele que versar sobre direitos humanos, conforme define a dicção constitucional.

5. O art. 93, IX e o direito fundamental à informação

Indica o dispositivo que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, *em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação*" (grifamos).

Compreensível o acréscimo feito pela EC nº 45/04. No Brasil, reconhece-se o mau vezo da esmagadora maioria dos órgãos jurisdicionais que, diante da contraposição entre o direito à intimidade, vida privada, honra e imagem (art. 5º, X, da Constituição) e a liberdade de informação, invariavelmente optam pela preservação, de modo absoluto, dos direitos da personalidade em detrimento do interesse público à informação, decretando-se, sem parcimônia, sigilo nos processos judiciais. Tal fato, a propósito, conduziu organismos internacionais ao remate de que a justiça brasileira é, de longe, aquela que mais decreta sigilo...

---

leis complementares, cujos pressupostos de validez são identicamente retirados do Texto Constitucional. Pergunta-se, então: lei ordinária busca amparo para sua validade em lei complementar? É claro que não. Por conseguinte, sendo certo que a hierarquia indica total submissão no tocante ao fundamento de validade residente na norma superior e que deve sustentar a edição da espécie normativa inferior, não há relação hierárquica entre lei complementar e lei ordinária. De igual modo, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções devem buscar fundamento diretamente no Texto Constitucional (Ver, a respeito, nosso "Curso Básico de Direito Constitucional, Rio de Janeiro, 2005, tomo II, pp. 196/197).

Presumivelmente, decorre o procedimento da já propalada ausência de cultura constitucional e do apego excessivo a visão individualista do ordenamento jurídico.

5.1. Questão de ordem : conteúdo do direito fundamental à liberdade de informação. A liberdade de informação jornalística

O direito fundamental à informação é tripartite: *direito de informar*, *se informar* e *ser informado*. Vidal Serrano Nunes Júnior destaca que "o direito de informar consiste basicamente na faculdade de veicular informações, ou, assumindo outra face, no direito a meios para transmitir informações, como *verbi gratia*, o direito a um horário no rádio ou na televisão. O direito de se informar consiste na faculdade de o indivíduo buscar as informações desejadas sem qualquer espécie de impedimento ou obstrução. Por fim, o direito de ser informado remete à faculdade de ser mantido integral e corretamente informado".[3]

Está prevista no art. 5°, XIV, da Constituição: "É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional".

Complementa-se com o disposto no § 1° do art. 220, da Constituição, ao determinar que "nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5°, IV, V, X, XIII e XIV", e também na dicção do § 2° ao indicar que "é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística".

É a liberdade de informação jornalística, tão cara aos sistemas democráticos e por tal razão objeto de explícita referência no texto constitucional e ressaltada pela EC nº 45/04.. Em um Estado democrático não deve haver limites outros ao direito de informar que os relativos à intimidade (que não poderá sobrepujar, em nenhuma hipótese, o interesse público à informação – art. 93, IX, alterado pela EC n° 45/04), vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5°, X, da Constituição), bem assim as limitações impostas em favor da segurança da sociedade e do Estado, porquanto há previsão constitucional que faz reserva à concessão de informação por órgão público, conforme a literalidade do art. 5°, XXXII : "Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, *ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*".

Contudo, diante da garantia individual referente ao amplo acesso ao Poder Judiciário (art. 5°, XXXV), é possível discutir judicialmente o sigilo alegado para impedir o acesso à informação, desde que não há mais espaço para o denominado "*arcana imperii*", ou "questão de Estado", que possa legitimamente servir de óbice ao fornecimento da informação.

[3] *Op. cit*, p. 31.

Mas a Constituição consagra o binômio liberdaderesponsabilidade, ao ponto de expressar que o direito à informação jornalística não repugna a proteção à intimidade, à vida privada e à honra das pessoas, por exemplo.

Sendo assim, há amparo constitucional para fixar-se indenização em favor do indivíduo atingido pela veiculação de notícia que, sem amparo no interesse público à divulgação, atinja a sua intimidade, vida privada e imagem ou conspurque a sua honra, conquanto o valor arbitrado, se excessivo, possa resultar na destruição da liberdade de informação.

Portanto, o aplicador do direito deve estar atento para não incidir em excessos quando, mesmo diante da transgressão aos reputados direitos da personalidade, decidir pela sanção pecuniária.

5.2. Liberdade de informação jornalística e os direitos individuais à intimidade e à vida privada

O art. 93, IX, da Constituição consagra a publicidade dos julgamentos dos órgãos judiciários, admitindo o sigilo em reverência ao direito à intimidade, em casos nos quais a preservação da esfera íntima da pessoa não vulnere o interesse público à informação.

Por conseguinte, é tarefa indeclinável distinguir intimidade e vida privada, particularmente à vista de, na hipótese daquele direito individual, não ser admissível aludir-se à sua prevalência quando em oposição ao interesse público à informação. Outro exame inicial se impõe : o que é “interesse público à informação”?

Efetivamente, não se conceitua “interesse público”. Tratase, como se refere no sistema da ciência do direito, de um *topoi*, ou seja, termo que não admite conceituação, muito embora sirva de ponto de partida para a solução do problema normativo ocorrente. É o mesmo que se opera com o termo “dignidade da pessoa humana”. Não há a possibilidade de conceituá-los, conquanto o magistrado e o membro do Ministério Público possam afirmar, no caso concreto, se a hipótese tratada é de “interesse público” ou se houve, objetivamente, maltrato ao fundamento constitucional pertinente à dignidade da pessoa humana.

Destarte, é o magistrado, no processo judicial, quem está legitimado a proferir decisão acerca de os fatos, pela própria natureza, se ligarem ao interesse público à divulgação, à informação.

E em que situações há “interesse público à informação”? É óbvio que a ilação evidentemente reclama exame casuístico. A circunstância, todavia, não impede que apresentemos hipóteses nas quais reside, de modo claro, o interesse público à divulgação da notícia, e situações outras que evidenciam, tão-só, o interesse *do* público, mera curiosidade.

Assim, iniciando-se a distinção, tem-se que os direitos individuais relativos à intimidade e vida privada se encontram previstos em diversos dispositivos constitucionais. O art. 5°, X, integrando todos os direitos em um único articulado, assevera que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Como se observa facilmente, a Constituição se referiu, de modo expresso, aos direitos à intimidade e vida privada, o que torna indispensável o exame dos direitos individuais, notadamente porque grassa desconfortável hesitação da doutrina e da jurisprudência quanto a reconhecê-los como realidades normativas diferentes, decerto por influência do direito norte-americano que os disciplina de forma indistinta sob o signo do *right of privacy* (direito à privacidade).

Todavia, a Constituição – como, de resto, todo o ordenamento jurídico – não possui palavras inúteis, sendo equivocado admitir que haveria a escolha por duas terminologias para designar o mesmo direito individual.

Logo, se a Constituição Federal assinala serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, nos parece lógico visualizar a autonomia de cada qual, especialmente se o propósito está voltado à concepção de um catálogo de garantias fundamentais apto a cumprir a meta desenhada : a defesa da cidadania e do Estado Democrático de Direito.

Põe-se como indiscutível que a revolução tecnológica desencadeou o aumento vertiginoso e antes impensável da velocidade de informação. Além disso, aparelhos de escuta telefônica, microcâmeras e gravadores, bem como toda sorte de parafernália vêm roubando do indivíduo a garantia de sua intimidade, o direito de estar só, ou, como consagrado na expressão anglo-saxã, *the right to be left alone*.[4]

Sucede que, no domínio das relações sociais, há um campo de ação do sujeito cuja conduta é invariavelmente examinada pela comunidade, seja para enaltecê-la ou para reprová-la. Tais atitudes podem ser incluídas no âmbito da vida pública do indivíduo. Noutro campo, bem mais restrito, encontramos o indivíduo-pai, o indivíduo-filho, filha, esposa, marido, as atividades profissionais, a situação financeira de cada um e as relações de amizade. Neste contexto situaríamos o direito à vida privada.

Não há como identificar, portanto, intimidade e vida privada, quando é certo que a primeira corresponde ao conjunto de *informações*, *hábitos*, *vícios*, *segredos*, *doenças, aventuras amorosas*, até mesmo desconhecidos do tecido familiar e dos amigos. Cogitando-se de direito à intimidade, menciona-se a porção mais escondida da individualidade da pessoa. Logo, tudo que puder ser mantido na esfera do segredo pessoal é tutelado pelo direito à intimidade.

[4] "O direito de ser deixado a sós".

Subtrair ao conhecimento público o que se atém à porção secreta da pessoa é o modo encontrado para respeitar a individualidade do ser humano.[5]

A respeito do direito à intimidade, é preciso, ainda, tecer considerações sobre as controvérsias pertinentes ao direito individual de pessoas famosas, máxime em razão de o art. 93, IX, da Constituição ter optado pela liberdade de informação quando o interesse público assim o impuser.

Sim, porque é necessário investigar se o fato da notoriedade impõe a inexorável relativização da intimidade. Exposição pública voluntária ou involuntária, o fato é que os indivíduos famosos, por tal condição, têm o direito à intimidade, de fato, excessivamente restringido, devendo ser, por isso, demarcados limites à sede de informação do público sobre essas pessoas, cuja notoriedade não se traduz em porta sempre aberta para o desprezo de sua esfera íntima.

Uma reflexão se impõe, de logo : encontram-se, em tema de direito à informação jornalística, em posições diametralmente opostas o *interesse público* e o *interesse do público*. E tanto é assim que a EC nº 45/04, alterando a redação do art. 93, IX, da Constituição, fixou que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o *interesse público* à informação" (grifamos).

Supõe-se que o nível de exposição ao qual ficam submetidos os indivíduos famosos determina a legitimidade de restrição do seu espaço íntimo; supõe-se, ademais, existir o direito de a comunidade acompanhar, passo a passo, as pessoas notáveis, mediante a divulgação de detalhes de sua vida afetiva, hábitos, opção sexual ou vícios. Sucede que os órgãos de comunicação, a pretexto de viabilizar o direito fundamental de acesso à informação, não podem embaralhar o que, efetivamente, é interesse público daquilo que corresponde à mera curiosidade.

Na aparente contraposição entre o direito à intimidade de pessoas famosas e o direito à informação jornalística, estamos convictos que a suposta antinomia se resolverá mediante a aplicação do *princípio da necessidade*, que consiste no exame, caso a caso, acerca da real necessidade de divulgação da notícia. A problemática assume contornos de indiscutível importância prática quando se sabe não serem poucas as hipóteses de famosos que tiveram devassada a sua intimidade. E é precisamente com base no princípio da necessidade que se não pode dispensar o mesmo tratamento ao direito à intimidade de um cantor e ao de um político. Com relação ao cantor ou artistas de forma geral, não se

[5] Aurelia Romero esclarece, com precisão, que "a intimidade é o direito em virtude do qual excluímos a todas ou a determinadas pessoas o conhecimento de nossos pensamentos, sentimentos, sensações e emoções. É o direito de viver sozinho aquela parte de nossa vida que não desejamos compartilhar com ninguém, seja com a sociedade que nos rodeia, com o mundo que nos circunda ou com uma parte desse mundo" (Cf. *Honor, intimidad e imagen de las personas famosas*, p. 21).

presencia necessidade de divulgação de fatos alusivos à sua vida afetiva ou os seus hábitos, diferentemente do que ocorre com os detentores de mandato eletivo. E por quê ? Simplesmente em virtude de a propagação ao conhecimento público de notícia sobre o comportamento de liderança política ser indispensável para que os eleitores submetam a confronto os seus atos com a imagem[6] construída que lhe rendeu votos e mandato. Suponha-se, assim, que determinado deputado ou senador seja eleito com o apoio do eleitorado conservador. Suponha-se também que o eleito tenha utilizado entorpecente de qualquer espécie. Poderia ser objetada a divulgação da notícia com lastro no direito à intimidade? É óbvio que não. Contra a divulgação do fato não se poderia investir com base na proteção à intimidade, porquanto corresponderia a atitude em absoluto descompasso com o interesse público (e não interesse *do* público), que, no caso, se firma na necessidade de difundir dados relativos à vida íntima de político com o propósito de instalar debate legítimo entre seus eleitores sobre o ato praticado.

Igualmente não há proibição de divulgar fatos da vida íntima de político quando versam sobre enfermidades, curáveis ou não. É que o povo, ao escolher o mandatário, juntamente com o projeto de governo ou de atuação parlamentar, pressupõe o cumprimento integral do mandato, o que poderá ser obstado por doenças oportunistas, ou, pior ainda, por males latentes e incuráveis. Por isso, quer durante a campanha eleitoral (e principalmente nela), quer ao longo do exercício do mandato, tem o povo mais protegida ainda a garantia de acesso à informação sobre o estado de saúde daquele que vai dirigir os destinos da unidade política ou representálo no parlamento.

Por outro lado, o art. 5°, X, determina que, havendo violação do direito à intimidade, impõe-se a reparação do dano material e moral. É a positivação do *princípio da reparação integral*, isto é, praticado o ato ilícito que ofende os direitos individuais, impõe-se a reparação do dano material e também do dano ocasionado ao patrimônio moral da pessoa. E mais : sabendo-se que a reparabilidade do dano não se dirige exclusivamente a direito de indivíduo determinado em razão de as coletividades poderem sofrer idêntico agravo, o ofensor poderá ser condenado a título de dano moral coletivo ou mesmo difuso. Imagine-se, por exemplo, a determinação de uma empresa dirigida a *todos* os trabalhadores para que se submetam às chamadas revistas íntimas. Sem embargo da plausibilidade de condenação a título de dano sofrido por empregado em ação de cunho individual, será possível ainda a imposição de gravame a título de dano moral coletivo, tudo com suporte na idéia, inafastável, que os trabalhadores têm patrimônio moral coletivo que necessita ser protegido.

Portanto, além da cumulação de pedidos a título de dano material e moral destinados a reparar a ofensa praticada contra o indivíduo, a Constituição permite que o patrimônio moral de coletividades seja também resguardado mediante o efeito pedagógico da imposição de sanção pecuniária à vista de

[6] Trata-se de imagem-atributo, ou seja, conjunto de atributos do indivíduo que projetam a sua imagem na sociedade.

ofensa a interesse coletivo ou difuso.[7] Esta é a extensão do princípio da reparação integral. É certo que, nesses casos, não será deferida a indenização a cada membro da coletividade atingida, mas a um fundo público.

5.3. **O novo enunciado do art. 93, IX e os limites impostos à técnica da ponderação de interesses**

O art. 93, IX pretende exatamente mudar o curso da atávica tendência ao decreto de sigilo pelo Poder Judiciário brasileiro, condicionando-o às hipóteses nas quais a preservação do direito à intimidade do interessado não prejudique o interesse público à informação.

E surge a primeira conclusão : após a EC nº 45/04, *o decreto de sigilo não poderá sopesar o direito à intimidade e a liberdade de informação quando o interesse público impuser a divulgação da notícia*, devendo ser prestigiado, de modo absoluto, o direito individual à informação. Nesse passo, após a EC nº 45/04, presenciado, *in concreto*, o interesse público à informação, cederá sempre o direito à intimidade em favor da liberdade de informação.

Com isso, afasta-se a técnica da ponderação de interesses para solucionar contingente contraposição entre a intimidade e a liberdade de informação. O que é a "técnica de ponderação de interesses"?

A ponderação é técnica de decisão que se utiliza quando há colisão de princípios ou de direitos fundamentais, funcionando como uma alternativa à técnica tradicional da subsunção[8]. A técnica da ponderação de interesses assente com a restrição ao direito contraposto, desde que não venha a afastá-lo completamente. E, no caso, se aplicada a técnica, deveria o magistrado equilibrar o direito à intimidade e a liberdade à informação num ponto em que nenhum deles fosse passível de prevalência absoluta sobre o outro.

Sucede que, após a EC nº 45/04, não haverá possibilidade de restringir-se a liberdade de informação quando atrelada ao interesse público, mesmo diante de afastamento completo do direito individual à intimidade. Portanto, não há, em rigor, qualquer colisão entre os direitos indigitados, razão por que falece fundamento para utilização da técnica da ponderação de interesses, desde que a ocorrência do *pressuposto* ao uso do método – colisão entre direitos fundamentais – não subsiste no particular.

E por quê? Tão só em razão de a parte final do art. 93, IX afastar, por completo, o direito da personalidade quando residir *interesse público* na divulgação do fato. Com efeito, presente o interesse público à informação, cede totalmente a intimidade da pessoa em favor do imperativo quanto à divulgação do fato.

---

[7] A Súmula n° 3 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo conclui que "o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública visando à ontrapropaganda e a responsabilidade por danos morais difusos".

[8] Cf. Luis Roberto Barroso, petição inicial da ADPF nº 54. No caso, discutiu-se o tormentoso tema relativo ao prosseguimento de gravidez de feto anencefálico.

Desse modo, a cada vez que se instar o Poder Judiciário à solução de controvérsia cujo objeto se relacione ao direito individual à intimidade, não será admissível o sopesamento entre este direito e a liberdade de informação quando houver interesse público na divulgação da notícia. Logo – repita-se –, a *técnica da ponderação de interesses*, que pressupõe a tentativa de equilibrar os bens constitucionalmente tutelados, após a EC nº 45/04, não mais prevalece diante do espaço de tensão existente entre o direito à intimidade e a liberdade de informação jornalística. E os demais direitos individuais indicados no art. 5º, X, da Constituição? Não ficam prejudicados os direitos previstos no art. 5º, X e que se relacionam à vida privada, à imagem e à honra, principalmente porque será a intimidade o único direito individual que não poderá ser objeto da técnica de ponderação de valores.

Assim, como o art. 93, IX afastou exclusivamente o direito à intimidade quando se notar o interesse público à divulgação, continua a constitucional vinculada à técnica da ponderação de interesses no referente à vida privada, honra e imagem, mesmo que haja interesse público à informação.

Como se vê, a delimitação do que pode ser propriamente definido como "interesse público à informação" é crucial para o afastamento do direito à intimidade, bem como para utilizar a ponderação de interesses no tocante à vida privada, honra e imagem, oportunidade em que remitimo-nos às considerações sobre "interesse público".

E de sorte a aplicar-se corretamente a ponderação de valores, parece claro que a interpretação constitucional deve ser instruída pelo princípio da proporcionalidade[9], optando-se pela solução que menor gravame imponha a um direito fundamental.

---

[9] Consolidado inicialmente na jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã sob o pálio do princípio da proibição do excesso (*Übermassverbot*), o postulado da proporcionalidade assume três acepções na ciência do direito constitucional : a) necessidade de o legislador editar leis menos restritivas aos direitos e garantias fundamentais; b) obrigatoriedade de o aplicador do direito escolher a solução judicial que menor redução imponha a tais direitos ; b) os ônus relativos à norma expedida devem ser suportados proporcionalmente por todos os membros da comunidade política. Raquel Denize Stumm, com amparo em idéias de outros estudiosos do direito constitucional, apresenta outros três desdobramentos do postulado da proporcionalidade: "(...) Princípio da conformidade ou adequação de meios (*geeigntheit*) – A medida que pretende realizar o interesse público deve ser adequada aos fins subjacentes a que visa concretizar. O controle dos atos do poder público (poderes legislativo e executivo), que devem atender a 'relação de adequação medida-fim', pressupõe a investigação e prova de sua aptidão para e sua conformidade com os fins que motivaram a sua adoção (Canotilho, 1991, p. 387). (...) Princípio da necessidade – A idéia subjacente ao princípio é invadir a esfera de liberdade do indivíduo o menos possível. È o entendimento do Tribunal Constitucional Federal alemão que formulou a seguinte máxima : 'o fim não pode ser atingido de outra maneira que afete menos o indivíduo', extraindo-a 'do caráter de princípio das normas de direito fundamental' (Alexy, 1993, p. 114). A opção feita pelo legislador ou o executivo deve ser passível de prova no sentido de ter sido a melhor e única possibilidade viável para a obtenção de certos fins e de menor custo ao indivíduo. O atendimento à relação custo-benefício de toda decisão político-jurídica a fim de preservar o máximo possível do direito que possui o cidadão. Canotilho cita outros elementos integrantes ao princípio da necessidade, elaborados pela doutrina no intuito de operacionalizá-lo na prática : 'a) a necessidade material, pois o meio deve ser o mais poupado possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial aponta para a necessidade de limitar o âmbito de intervenção; c) a

No campo da jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal já utiliza o princípio da proporcionalidade.[10]

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luis Roberto. Petição inicial da ADPF nº 54.

COLOMA, Aurelia María Romero. *Honor, intimidad e imagen de las personas famosas*, Madrid : Ed. Civitas, 2001.

DAVID ARAÚJO, Luiz Alberto & NUNES JR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional, São Paulo : Ed. Saraiva, 9ª edição, 2005.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra : Livraria Almedina, 6ª edição, 2002.

MARTÍNEZ, **Miguel Ángel Alegre**. *El derecho a la propria imagen*, Madrid : Ed. Tecnos, 1997.

NUNES JR, Vidal Serrano. Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística, São Paulo : Ed. FTD, 1997.

---

exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d)a exigibilidade pessoal significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados (...) Princípio da proporcionalidade em sentido estrito – Confunde-se com a pragmática da poderação ou lei da ponderação. Decorre da análise do espaço de discricionariedade semântica (plurissignificação, vaguidade, porosidade, ambigüidade, fórmulas vazias) presentes no sistema jurídico. Constitui requisito para a ponderação de resultados a adequação entre meios e fins. A questão que se deve avaliar é como e em que grau se pode justificar uma ponderação orientada ao Direito. Justificar significa mostrar que se está em sintonia com pauta valorativa do ordenamento jurídico (...). Após a análise dos pressupostos fáticos do princípio, cabe avaliar 'se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coactiva da mesma' (Canotillho, 1991, p. 388). O juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins. Em outras palavras, 'os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa justa medida', impedindose a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos (Canotilho & Moreira, 1993, p. 152)".

[10] O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIn nº 855/PR, concluiu que "embora a doutrina constitucional brasileira não tenha logrado emprestar um tratamento mais sistemático à matéria, a questão da razoabilidade das leis restritivas tem assumido relevância na aferição da constitucionalidade de algumas leis". Outra decisão que merece registro é a pertinente à Representação nº 1.077, que trata do exame da constitucionalidade da Lei nº 383, de 04 de dezembro de 1980, do Estado do Rio de Janeiro, que elevara exorbitantemente os valores da taxa judiciária : "Sendo – como já se acentuou -, a taxa judiciária, em face do atual sistema constitucional, taxa que serve de contraprestação à atuação de órgãos da justiça cujas despesas não sejam cobertas por custas e emolumentos, tem ela – como toda taxa com caráter de contraprestação – um limite, que é o custo da atividade do Estado, dirigido àquele contribuinte. Esse limite, evidentemente, é relativo, dada a dificuldade de se saber, exatamente, o custo real dos serviços a que corresponde tal contraprestação. O que é certo, porém, é que não pode taxa dessa natureza ultrapassar uma equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar, tendo em vista a base de cálculo estabelecida pela lei e o *quantum* da alíquota por esta fixado".

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2000.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso Básico de Direito Constitucional, Rio de Janeiro : Ed. Lumen Juris, tomo II, 2005.

STUMM, Raquel Denize. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1995.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

NETO, Manoel Jorge e Silva. Direitos Fundamentais na EC nº 45/04. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 26, junho, julho, agosto, 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-26-JUNHO-2011-MANOEL-JORGE-NETO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Nenhuma informação disponível.