

EDILSOM PEREIRA DE FARIAS

***LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO:
TEORIA E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL***

Tese apresentada ao Programa de Pós
Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina como requisito
parcial à obtenção do grau de Doutor.

Orientador: Prof. Dr. Silvio Dobrowolski

Florianópolis (SC), novembro de 2001

EDILSOM PEREIRA DE FARIAS

***LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO:
TEORIA E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL***

Tese apresentada ao Programa de Pós
Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina como requisito
parcial à obtenção do grau de Doutor.

Orientador: Prof. Dr. Silvio Dobrowolski

Florianópolis (SC), novembro de 2001

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A Tese LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO: TEORIA E
PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

elaborada por EDILSOM PEREIRA DE FARIAS

e aprovada com distinção por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada com o conceito "A" para obtenção do título de Doutor, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR: Prof. Dr. Silvio Dobrowolski



Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Prof. Dr. José Rubens Morato Leite



Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer

Prof. Dr. Sergio Cademartori



Florianópolis, 18 de dezembro de 2001.

Prof^ª. Dr^ª. Olga M^ª. B. A. de Oliveira
Coordenadora CPGD/CCJ/UFSC

NOTA DE ESCLARECIMENTO

A aprovação do presente trabalho acadêmico não significa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e do Curso de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

O estilo pode ser muito claro e muito alto;
tão claro que o entendam os que não
sabem e tão alto que tenham muito que
entender os que sabem.

Pe. Antônio Vieira

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
-----------------	---

PARTE I ESTATUTO TEÓRICO

CAPÍTULO I CONCEITOS OPERACIONAIS E EMBASAMENTO TEÓRICO

1 - Explicação inicial.....	17
2 - Direitos fundamentais e direitos humanos.....	17
3 - Duplo caráter dos direitos fundamentais.....	21
4 - Garantias institucionais.....	23
5 - Âmbito de proteção de direito fundamental.....	25
6 - Restrição de direitos fundamentais.....	27
7 - Configuração de direitos fundamentais.....	30
8 - Limites ao poder de restrição do legislador ordinário.....	31
9 - Cláusulas pétreas.....	36
10 - Concorrência e colisão de direitos fundamentais.....	37
11 - Resolução da colisão de direitos fundamentais.....	39
12 - A constituição como norma jurídica obrigatória.....	41

CAPÍTULO II COMPREENSÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO

1 - Conceito de liberdade de expressão e comunicação.....	43
2 - Escorço histórico da liberdade de expressão e comunicação.....	48
3 - Concepção dual da liberdade de expressão e comunicação.....	54
3.1 - Concepção subjetiva da liberdade de expressão e comunicação.....	55
3.2 - Concepção objetiva da liberdade de expressão e comunicação.....	58
4 - Princípios da liberdade de expressão e comunicação.....	65
4.1 - Princípio forte.....	65
4.2 - Princípio da incensurabilidade.....	66
4.3 - Princípio do pluralismo.....	69
5 - Âmbito de proteção da liberdade de expressão.....	70
6 - Âmbito de proteção da liberdade de comunicação.....	73
6.1 - Direito fundamental de informar.....	75
6.2 - Direito fundamental de se informar.....	78
6.3 - Direito fundamental de ser informado.....	79
7 - A verdade como limite interno da liberdade de comunicação.....	80
8 - Direito da comunicação.....	82

CAPÍTULO III
COMPREENSÃO DA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

1 - Comunicação intersubjetiva e comunicação de massa	88
2 - Conceito de liberdade de comunicação social	90
3 - Relevância dos meios de comunicação social	93
4 - Duas visões sobre o poder dos meios de comunicação social	96
5 - Funções dos meios de comunicação social	99
5.1 - Função política ampla	100
5.2 - Função cultural	106
5.3 - Função de quadro de avisos	108
6 - Meios de comunicação social e opinião pública	108
7 - Meios de comunicação social em particular	118
7.1 - A imprensa	119
7.2 - O rádio	122
7.3 - A televisão	123
8 - Agências de notícias	128
9 - Liberdade interna da comunicação social: direitos específicos dos profissionais da comunicação	130

PARTE II
ESTATUTO CONSTITUCIONAL POSITIVO

CAPÍTULO IV
**CONFIGURAÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E
COMUNICAÇÃO**

1 - Eixo argumentativo	135
2 - Configuração constitucional da liberdade de expressão	137
2.1 - Liberdade genérica de expressão do pensamento	137
2.2 - Liberdade de expressão de consciência e de crença religiosa	140
2.3 - Liberdade de expressão filosófica e política	142
2.4 - Liberdade de expressão artística e científica	144
3 - Configuração constitucional da liberdade de comunicação	145
3.1 - Direito fundamental de informar	148
3.2 - Direito fundamental de acesso à informação	149
3.3 - Direito fundamental de ser informado	152
3.3.1 - Direito a receber informações dos órgãos públicos, direito ao <i>open files</i> e princípio da administração aberta	155
3.3.2 - Direito a receber informações dos meios de comunicação de massa	159
3.3.3 - Direito a receber informação publicitária adequada	162
3.4 - Liberdade de comunicação e direitos fundamentais concorrentes	164
4 - Princípios constitucionais da liberdade de expressão e comunicação	165
4.1 - Princípio da vedação do anonimato	165
4.2 - Princípio da proscrição de censura e licença	168
4.3 - Princípio das cláusulas pétreas	172

CAPÍTULO V
CONFIGURAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA INSTITUCIONAL DA
COMUNICAÇÃO SOCIAL

1 - A comunicação social na perspectiva dos princípios fundamentais.....	175
2 - Garantia institucional da comunicação social e reserva de lei.....	179
3 - Princípios constitucionais relativos aos meios de comunicação social em geral.....	180
3.1 - Princípio da vedação de censura de natureza política, ideológica e artística.....	180
3.1.1 - Vedação de censura artística e classificação de diversões e espetáculos públicos	183
3.1.2 - Vedação de censura e controle jurisdicional da comunicação social	185
3.2 - Princípio da proibição de monopólio e oligopólio	190
4 - Os veículos impressos de comunicação social.....	194
5 - Os órgãos de radiodifusão sonora e de sons e imagens.....	197
5.1 - A mídia eletrônica como espécie de serviço público	198
5.2 - Princípios constitucionais relativos à programação das emissoras de rádio e televisão.....	204
6 - Conselho de Comunicação Social	206
7 - Direitos fundamentais de acesso aos meios de comunicação social	207
7.1 - Direito de resposta.....	211
7.2 - Direito de antena dos partidos políticos.....	216
8 - Direitos fundamentais dos comunicadores sociais	217
8.1 - Direito de acesso às fontes.....	218
8.2 - Direito ao sigilo da fonte.....	219

CAPÍTULO VI
RESTRICÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO E À GARANTIA
INSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL

1 - A ordenação jurídica democrática não reconhece valor absoluto a qualquer direito ou liberdade.....	221
2 - Fundamento constitucional das restrições expressas à liberdade de expressão e comunicação e à garantia institucional da comunicação social	227
2.1 - Restrições diretamente constitucionais.....	228
2.2 - Restrições indiretamente constitucionais.....	239
3 - Fundamento constitucional das restrições tácitas à liberdade de expressão e comunicação e à garantia institucional da comunicação social	248
3.1 - Restrições tácitas estabelecidas pelo legislador	250
3.2 - Restrições tácitas formuladas pelo judiciário.....	253
CONCLUSÕES.....	258
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	272

RESUMO

A presente tese versa sobre a *liberdade* reconhecida pelos ordenamentos jurídicos democráticos aos cidadãos para expressarem seus pensamentos ou para difundirem fatos de transcendência pública, bem como sobre a *garantia* conferida a certas *instituições* para exercerem essa liberdade no âmbito da comunicação de massa. Assim, na óptica deste trabalho, a locução *liberdade de expressão e comunicação* denota um direito fundamental que ampara a livre manifestação de pensamentos, idéias e opiniões, por meio da palavra oral ou escrita, da imagem ou de qualquer outro meio de difusão (liberdade de expressão), como também assegura a liberdade de comunicar ou receber informações verdadeiras, sem impedimentos nem discriminações (liberdade de comunicação); a frase *liberdade de comunicação social* é aqui empregada para traduzir o exercício da liberdade de expressão e comunicação por intermédio dos órgãos de comunicação de massa (jornal, revista, rádio, televisão, etc.). No entanto, as democracias constitucionais contemporâneas enfrentam um dilema comum: assegurar o mais amplo fluxo de pensamentos, idéias, opiniões e fatos, na vida social e, ao mesmo tempo, resguardar os cidadãos de abusos cometidos no exercício da liberdade de expressão e comunicação, *maxime* quando provocados pelos veículos de comunicação social. Entre nós, a Constituição Federal de 1988 tutela a livre expressão do pensamento e a ampla comunicação de informações, porém com restrições expressas e tácitas: se, por um lado, o texto constitucional assegura imunidade à liberdade de expressão e comunicação contra censura de qualquer natureza e proclama que nenhuma lei poderá embaraçar a comunicação social, por outro, além de prescrever restrições expressas à liberdade de expressão e comunicação, autoriza tanto o legislador como o judiciário a estabelecerem restrições à liberdade de expressão e comunicação quando necessárias para proteger direitos fundamentais ou para resguardar outros valores constitucionais. Portanto, este trabalho persegue essencialmente dois objetivos: (i) mostrar como a Constituição Federal em vigor configura a liberdade de expressão e comunicação; (ii) apresentar como o desenho constitucional compatibiliza a mais ampla possível liberdade de expressão e comunicação com a proteção do cidadão e da coletividade contra os prejuízos advindos da liberdade em questão. Embora no seu desenvolvimento faça-se uso da especulação filosófica, a tese não deve ser entendida como uma investigação situada na área da filosofia jurídica, e, sim, como um trabalho essencialmente dedicado à doutrina constitucional, dirigido prioritariamente à elaboração de uma teoria da liberdade de expressão e comunicação compatível com a ordem constitucional vigente.

RESUMEN

La tesis presente habla acerca de la *libertad* reconocida por los ordenamientos jurídicos democráticos a los ciudadanos para que expresen sus pensamientos o para que difundan hechos de trascendencia pública, bien como la garantía conferida a ciertas *instituciones* para ejercer esa libertad en el ámbito de la comunicación de masa. Así, en la óptica de este trabajo, la locución *libertad de expresión y comunicación* denota un derecho fundamental que ampara la libre manifestación de pensamientos, ideas y opiniones, por medio de la palabra oral o escrita, de la imagen o de cualquier otro medio de difusión (libertad de expresión), como también asegura la libertad de comunicar o recibir informaciones verdaderas, sin impedimentos ni discriminaciones (libertad de comunicación); la frase *libertad de comunicación social* es aquí empleada para traducir el ejercicio de la libertad de expresión y comunicación por intermedio de los órganos de comunicación de masa (periódico, revista, radio, televisión, etc.), sin embargo, las democracias constitucionales contemporáneas enfrentan un dilema común: asegurar lo más amplio flujo de pensamientos, ideas, opiniones y hechos, en la vida social y al mismo tiempo resguardar a los ciudadanos de abusos cometidos en el ejercicio de la libertad de expresión y comunicación, *maxime* cuando provocados por los medios de comunicación social. Entre nosotros, la Constitución Federal de 1988 tutela la libre expresión de pensamiento y la amplia comunicación de informaciones, pero con restricciones expresas y tácitas: si por un lado, el texto constitucional asegura inmunidad a la libertad de expresión y comunicación contra censura de cualquier naturaleza y proclama que ninguna ley podrá estorbar la comunicación social, por otro, además de prescribir restricciones expresas a la libertad de expresión y comunicación, autoriza al legislador como el judiciario que establezca restricciones a la libertad de expresión y comunicación cuando necesarias para proteger derechos fundamentales o para resguardar otros valores constitucionales. Por lo tanto, este trabajo persigue esencialmente dos objetivos: (i) mostrar como la Constitución Federal en vigor configura la libertad de expresión y comunicación; (ii) presentar como el diseño constitucional compatibiliza la más amplia posible libertad de expresión y comunicación con la colectividad contra los prejuicios advenidos de la libertad en cuestión. Aunque en su desarrollo hagase el uso de la especulación filosófica, la tesis no debe ser entendida como una investigación situada en el área de la filosofía jurídica, y sí como un trabajo esencialmente dedicado a la doctrina constitucional, dirigido prioritariamente para la elaboración de una teoría de libertad de expresión y comunicación compatible con la orden constitucional vigente.

ABSTRACT

This thesis focuses on *freedom* as assured by the juridical-democratic system to the citizens to express their thoughts or to diffuse facts of public transcendence, as well as on the *warranty* awarded to certain *institutions* to make use of this freedom in terms of mass communication. Thus, according to this work, the expression *freedom of expression and communication* denotes a fundamental right which assures the free diffusion of thoughts, ideas and opinions, by means of the written or oral word, or by any other means of diffusion (freedom of expression), as well as assures the freedom to communicate or receive true information, with neither obstacles nor discrimination whatsoever (freedom of communication); the phrase *freedom of social communication* is used here to express the exercise of freedom of expression and communication through the media of mass communication (newspapers, magazines, radio, television, etc.). However, the contemporary constitutional democracies have been facing a common dilemma: to assure a wider flow of thoughts, ideas, opinions and facts in social life and, at the same time, to protect the citizens from the abuses committed in the exercise of freedom of expression and communication, particularly when caused by means of social communication. The Federal Constitution of 1988 awards us free expression of thought and a wide diffusion of information, but with tacit and express restrictions: if, in one hand, the constitutional text assures immunity to the freedom of expression and communication against any type of censorship as well as guarantees that any law will be able to embarrass the social communication, on the other hand, besides prescribing express restrictions to the freedom of expression of communication, it also authorizes both the legislator and the judiciary power to establish restrictions to the freedom of expression and communication when necessary to protect fundamental rights as well as other constitutional rights. Therefore, this work seeks, essentially, two objectives: (i) show how the current Federal Constitution defines freedom of expression and communication; (ii) show how the constitutional system makes the widest possible freedom of expression and communication compatible with the protection of the citizens and of the collectivity against the damages arising from freedom. Although philosophical speculation is used in its development, the thesis must not be understood as an investigation situated in the area of juridical philosophy, but as a work essentially dedicated to the constitutional doctrine, concerned especially with the elaboration of a theory of freedom of expression and communication compatible with the current constitutional system.

INTRODUÇÃO

A presente tese versa sobre a *liberdade* reconhecida pelos ordenamentos jurídicos democráticos aos cidadãos para expressarem seus pensamentos ou para difundir fatos de transcendência pública, bem como sobre a *garantia* conferida a certas *instituições* para exercerem essa liberdade no âmbito da comunicação de massa.

Com efeito, a liberdade de expressão e comunicação, consagrada em textos constitucionais com a proscrição de censura, constitui selo distintivo das atuais sociedades democráticas. É estimada tanto como meio de autonomia e auto-realização da personalidade humana quanto como termômetro do regime democrático.

A liberdade de expressão e comunicação também integra o *International Human Rights Law*, incluída na *International Bill of Rights*, composta pelos documentos: Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, aprovada pela ONU (art. 19); Convênio Europeu para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais de 1950, aprovado em Roma (art. 10); Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em Bogotá em 1948 (art. 4º); Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado em 1966 (art. 19); Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, adotado em 1969 (art. 13).

Cumprе lembrar que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992) incluem-se, entre nós, no elenco dos

direitos constitucionalmente garantidos, por força do art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988.

Na óptica deste trabalho, a locução *liberdade de expressão e comunicação* denota um direito fundamental de dimensões subjetiva (garante a auto-realização da dignidade pessoa humana) e institucional (assegura a formação da opinião pública independente, o pluralismo político e o bom funcionamento do regime democrático) que ampara a livre manifestação de pensamentos, idéias e opiniões, por meio da palavra oral ou escrita, da imagem ou de qualquer outro meio de difusão (liberdade de expressão), como também garante a liberdade de comunicar ou receber informações verdadeiras, sem impedimentos nem discriminações (liberdade de comunicação).

A expressão *liberdade de comunicação social* (comumente designada de liberdade de imprensa e mais recentemente de *informação jornalística*) é aqui empregada para traduzir o exercício da liberdade de expressão e comunicação por intermédio dos órgãos de comunicação de massa (jornal, revista, periódico, rádio, televisão, etc.), notadamente para indicar o exercício da liberdade de expressão e comunicação (mas não de forma exclusiva) pelos profissionais da comunicação.

No entanto, as democracias constitucionais contemporâneas enfrentam um dilema comum: assegurar o mais amplo fluxo de pensamentos, idéias, opiniões e fatos, na vida social e, ao mesmo tempo, resguardar os cidadãos de abusos cometidos no exercício da liberdade de expressão e comunicação, *maxime* quando provocados pelos veículos de comunicação social.

Uma explicação para esse fenômeno é que, conquanto a liberdade de expressão e comunicação continue a desfrutar do *high-value* proclamado pelo liberalismo clássico, as mudanças sociais - mormente o extraordinário poder auferido pelos meios de comunicação de massa, transformados em novas formas de controle social - influenciaram a maneira hodierna

de tratar o assunto: contemplar a dialética entre a proteção da comunicação livre e aberta e a restrição a ela.

Sendo o Direito *ordem de equilíbrio entre as liberdades coexistentes*, cumpre então a ele ordenar, de forma equilibrada, a tutela da liberdade de expressão e comunicação e a proteção dos cidadãos contra violações de seus direitos fundamentais causadas por essa liberdade, principalmente contra as violações levadas a cabo pelos veículos de comunicação de massa, agora convertidos em poderosas corporações empresariais.

A disciplina básica da liberdade de expressão e comunicação nos regimes democráticos encontra-se na Lei fundamental da sociedade e do Estado, ou seja, na Constituição.

Entre nós, o fim da ditadura militar e a necessidade de institucionalizar um regime democrático constitucional propiciaram o aparecimento do precitado dilema.

Conquanto pudesse existir repulsa a todo tipo de censura e restrição à liberdade de expressão e comunicação, em consequência do grave cerceamento imposto a essa liberdade durante o regime militar de 64, o constituinte de 1988 regulou o supramencionado equilíbrio acompanhando, em linhas gerais, a disposição do assunto na legislação dos Estados democráticos contemporâneos.

Eis, portanto, uma das teses centrais deste trabalho: a Constituição Federal de 1988 garante a livre expressão do pensamento e a ampla comunicação de informações, porém com restrições expressas e tácitas: se, por um lado, o texto constitucional assegura imunidade à liberdade de expressão e comunicação contra censura de qualquer natureza e proclama que nenhuma lei poderá embaraçar a comunicação social, por outro, além de prescrever restrições expressas à liberdade de expressão e comunicação, autoriza tanto o legislador como o judiciário a estabelecerem restrições à liberdade de expressão e comunicação quando

necessárias para proteger direitos fundamentais ou para resguardar outros valores constitucionais.

Assim, este trabalho persegue essencialmente dois objetivos: (i) mostrar como a Constituição Federal, em vigor, garante a liberdade de expressão e comunicação; (ii) apresentar como o desenho constitucional compatibiliza a mais ampla possível liberdade de expressão e comunicação com a proteção do cidadão e da coletividade contra os prejuízos advindos da liberdade em questão. O primeiro aspecto trata da configuração ou do âmbito de proteção constitucional da liberdade de expressão e comunicação. O segundo versa sobre as restrições constitucionais endereçadas à liberdade de expressão e comunicação.

A análise da configuração e da restrição constitucionais à liberdade de expressão e comunicação será realizada sob o *background* da seguinte proposta de interpretação-aplicação da *Constituição da comunicação*: tal liberdade deve ser fruída de modo a não violar os direitos fundamentais dos cidadãos, os valores éticos e sociais da família, a dignidade e o respeito devidos à criança e ao adolescente, nem os interesses coletivos tutelados constitucionalmente, v.g., a segurança pública, a saúde pública, a integridade territorial, o patrimônio cultural, a família e outros.

O próprio texto constitucional ressaltou expressamente a inviolabilidade dos direitos personalíssimos atinentes à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem (art. 5º, X) e os estipulou como restrições ao exercício da liberdade de expressão e comunicação (art.220, § 1º).

Outrossim, a normativa constitucional autorizou o legislador ordinário a estabelecer os meios legais que garantam à família a possibilidade de se defender das programações de rádio e televisão que contrariem os valores éticos e sociais da família, como ainda previu reserva de lei para regular as diversões e espetáculos públicos com o objetivo de amparar a infância e a juventude (art. 220, § 3º, I e II).

A proposta de interpretação-aplicação da Lei Maior, em tela, poderá resultar num entendimento mais seguro do âmbito de proteção constitucional da liberdade de expressão e comunicação e numa melhor sistematização das restrições constitucionais a esta liberdade, porquanto a doutrina e a jurisprudência pátrias ainda não lograram tal desiderato com rigor científico desejado.

Embora no seu desenvolvimento faça-se uso da especulação filosófica, a tese não deve ser entendida como uma pesquisa situada na área da filosofia jurídica, e sim como um trabalho essencialmente dedicado à doutrina constitucional, dirigido prioritariamente para a elaboração de uma teoria da liberdade de expressão e comunicação compatível com a ordem constitucional em vigor.

O exame do sistema constitucional será efetuado à luz de estudos produzidos no âmbito da teoria dos princípios constitucionais, dos conflitos de normas constitucionais, dos direitos fundamentais, da força normativa da constituição e da hermenêutica constitucional, dentre outros.

Serão utilizados como conceitos operacionais várias categorias jurídicas desenvolvidas pela ciência do direito constitucional, tais como: direitos fundamentais e direitos humanos; reserva de lei simples e qualificada; configuração e restrição de direito fundamental; âmbito de proteção de direito fundamental; núcleo essencial de direito fundamental; garantia institucional; direitos fundamentais de defesa, de prestação e de participação; cláusulas pétreas.

Na literatura jurídica nacional são relativamente escassas obras exclusivas sobre o tema da liberdade de expressão e comunicação à luz das regras e princípios constitucionais, apesar de nos últimos anos, mormente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, terem vindo a lume monografias dedicadas ao assunto. Contudo a doutrina ainda não alcançou uma interpretação adequada do esquema constitucional vigente que pudesse escoimar as

dúvidas e ambigüidades persistentes. A título de ilustração, formulam-se aqui algumas das questões a serem desenvolvidas na presente pesquisa:

- o ditado constitucional veda o controle jurisdicional preventivo de publicações de notícias em periódicos ou na mídia eletrônica? Ou a potestade do Judiciário somente é admissível *post factum* para suspender ou reparar a publicação de matéria transgressora de direitos fundamentais ou de interesses sociais inscritos na Lei superior?

- o princípio constitucional que garante ao acusado o direito de não ser considerado culpado, até que uma sentença judicial o reconheça (art. 5º, LVII), combinado com os direitos fundamentais à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem (art. 5º, X), restringe a divulgação de fatos envolvendo pessoas que se encontram sob investigação policial ou respondendo a processo judicial? Os veículos de comunicação de massa têm o *right of publicity* numa investigação criminal desde os seus primeiros passos ou o art. 20 do Código de Processo Penal faculta à autoridade policial restringir a divulgação da investigação em razão do sigilo necessário à elucidação do fato? De que forma os meios de comunicação social poderão contribuir para a profilaxia da delinqüência (especialmente da corrupção na Administração Pública) ao invés de incentivá-la?

- os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade da Administração Pública (art. 37) e o princípio constitucional da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX) garantem a transmissão ao vivo pela TV de audiências e julgamentos realizados em processo judiciais?

- vez que o texto vigente não ressalvou expressamente a censura às diversões e aos espetáculos públicos, ao contrário das Constituições anteriores, tal espécie de censura está vedada ou permitida pela Constituição da República?

- é suficiente a auto-regulação pelos meios de comunicação social?

- quais os meios legais existentes para a proteção dos cidadãos contra os abusos cometidos pelos meios de comunicação social? A Constituição consagra direito subjetivo de acesso aos veículos de comunicação de massa? Está prevista a tutela individual e/ou coletiva do direito à informação verdadeira? O art. 221 da Constituição Federal confere à sociedade o direito difuso à programação das emissoras de rádio e televisão?

- há instrumentos de defesa da liberdade intelectual dos profissionais da comunicação (liberdade interna da comunicação)?

- o projeto da nova lei de imprensa, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, ao determinar que a colisão entre a liberdade informação e os direitos personalíssimos (dentre eles os relativos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem) será resolvida em favor do interesse público visado pela informação (art. 26), encontra-se conforme a simetria fixada pela couraça constitucional aos mencionados valores colidentes?

Vale notar que a doutrina nacional não alcançou a formulação de cânones hermenêuticos seguros para guiar a interpretação e aplicação do sistema constitucional da liberdade de expressão e comunicação. Tal fato pode ser explicado historicamente pelo aviltamento perpetrado pelos regimes autoritários contra a livre comunicação entre nós. A despeito disso, cumpre não olvidar a estima que a liberdade de expressão e comunicação sempre granjeou de boa parte da doutrina pátria. *Ad exemplum*, são as manifestações de Rui Barbosa, João Barbalho, Pimenta Bueno, Pontes de Miranda, Nelson Hungria, Carlos Maximiliano, Darcy Arruda Miranda, Barbosa Lima Sobrinho e outros.

Obviamente os manuais de direito constitucional e os comentadores da Carta constitucional sempre fizeram referência à liberdade de expressão e comunicação, porém, de um modo em geral, limitada a repisar aspectos difundidos do constitucionalismo liberal clássico e, às vezes, sem a acuidade exigida, especialmente após a nova ordem constitucional.

Ao revés do que sucede em outros quadrantes - em que Tribunais e Cortes constitucionais, por meio de suas decisões, formulam e aplicam *standards* operacionais, concretizando na realidade social as regras e princípios constitucionais respeitantes à liberdade de expressão e comunicação - observa-se, entre nós, uma escassez de precedentes judiciais que sirvam de parâmetros para guiar a solução dos agudos conflitos envolvendo a liberdade de expressão e comunicação no contexto histórico atual. Ausência muito notada na jurisprudência da Corte máxima encarregada de velar pelo cumprimento das normas constitucionais - o Supremo Tribunal Federal.

A tese está ordenada em duas partes: uma dedicada à análise dos fundamentos teóricos da liberdade de expressão e comunicação (estatuto teórico), outra centrada no exame da tutela desta liberdade pela ordem constitucional brasileira (estatuto constitucional positivo).

A primeira parte está dividida em três capítulos. O primeiro constitui uma *pré-compreensão* para toda a tese - nele se apresentam os conceitos operacionais utilizados no decorrer do trabalho e são feitas alusões a alguns aspectos básicos desses conceitos. No segundo capítulo, formula-se o conceito de liberdade de expressão e comunicação, oferece-se uma concepção dual dessa liberdade como um direito individual subjetivo e como uma garantia institucional indispensável para o funcionamento do regime democrático e delinea-se o seu âmbito de proteção como direito de informar, direito de se informar e direito de ser informado. No terceiro, introduz-se o conceito de liberdade de comunicação social como atividade típica dos meios de comunicação de massa, discutem-se as suas funções, mormente aquelas relacionadas à formação da opinião pública, e examina-se a liberdade interna da comunicação social como garantia do reconhecimento de direitos específicos dos profissionais da comunicação.

A segunda parte compõe-se dos três capítulos subsequentes. No quarto capítulo analisa-se a configuração da liberdade de expressão e comunicação na Constituição Federal

de 1988 e os princípios constitucionais da vedação do anonimato, da proscrição da censura e licença e das cláusulas pétreas. No quinto, examina-se a configuração da garantia institucional da comunicação social na Lei máxima em vigor, especialmente os princípios constitucionais relativos à vedação de censura de natureza política, ideológica e artística, à proibição de monopólio e oligopólio, à programação das emissoras de rádio e televisão e ao controle jurisdicional da comunicação social, bem como se investigam os direitos fundamentais de acesso aos meios de comunicação social, os direitos fundamentais dos comunicadores sociais e o Conselho de Comunicação Social. No sexto e último capítulo, abordam-se os fundamentos constitucionais das restrições aplicadas tanto à liberdade de expressão e comunicação quanto à garantia institucional da comunicação social, sistematizando-as em *restrições explícitas*, direta e indiretamente previstas no corpo da Constituição, e *restrições tácitas*, determinadas pelo legislador ou pelo judiciário.

Parte I

ESTATUTO TEÓRICO

CAPÍTULO I

CONCEITOS OPERACIONAIS E EMBASAMENTO TEÓRICO

1 - Explicação inicial

O presente capítulo constitui *pré-conhecimento*¹ para os capítulos subseqüentes. É a chave para a *compreensão* de toda a pesquisa.

À partida perfilam-se os principais conceitos operacionais utilizados na tese. O interesse cognitivo é decodificar para efeito deste trabalho o sentido dos operadores técnico-jurídicos adotados no decorrer do estudo.

Nesta apresentação vestibular faz-se ainda resumida alusão ao *background* teórico dos conceitos operacionais. O escopo é vislumbrar o embasamento teórico do trabalho.

2 - Direitos fundamentais e direitos humanos

A categoria jurídico-constitucional dos *direitos fundamentais* refere-se aos direitos subjetivos básicos reconhecidos aos cidadãos e protegidos na constituição de um Estado.

¹ A hermenêutica contemporânea tem destacado a importância da pré-compreensão, do pré-conhecimento ou do "preconceito" para a compreensão de um objeto, ou seja, para o processo cognitivo. Inocêncio Mártires Coelho (Elementos de teoria da constituição e de interpretação constitucional, p. 15) chega a destacar essa eminente referência como uma das mais relevantes contribuições da hermenêutica filosófica contemporânea para o processo de interpretação. Jürgen Habermas (Direito e democracia : entre facticidade e validade, v. I, pp. 247-248) ressalta a pré-compreensão como ponto de partida para o modelo processual de interpretação proposto pela hermenêutica. Também J. Baptista Machado (Introdução ao direito e ao discurso legitimador, pp. 205-206) expõe: "condição da própria possibilidade da compreensão de um texto é uma 'pré-compreensão' do *quid* chamado 'referente', que está fora desse texto (e para que este aponta). Daí que se afirme existir sempre um 'subentendido' em todo o 'entendido'. Gadamer fala a este propósito da pré-estrutura do compreender e da sua fundamental referência à coisa (compreender o texto é compreender a 'coisa' para que ele remete)... sem esta *pré-compreensão*, o texto não pode fazer para nós sentido".

Noutras palavras: significa a positivação em nível constitucional de *direitos humanos* proclamados em documentos internacionais.

O conceito apresentado de direitos fundamentais pressupõe o conceito prévio de direitos humanos. Assim, sob pena de incorrer-se em conceituação tautológica e ressaltando-se a dificuldade de eliminar a polissemia característica do conceito em tela, cumpre declinar que os direitos humanos podem ser aproximadamente entendidos como constituídos pelas posições subjetivas e pelas instituições jurídicas que, em cada momento histórico, procuram garantir os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da fraternidade ou da solidariedade.²

Portanto, as expressões direitos fundamentais e direitos humanos referem-se ao mesmo objeto: os *status* ou posições fundamentais garantidas juridicamente. Porém, a despeito dessa similitude, é importante assinalar que ultimamente vem-se dando preferência ao uso da locução *direitos fundamentais* para aludir-se à dimensão constitucional desses direitos (os direitos subjetivos assegurados numa constituição) e reservando-se o emprego da expressão *direitos humanos* para referir-se à dimensão internacional desses direitos (os direitos subjetivos proclamados em declarações e tratados internacionais).³

a) Dimensão constitucional dos direitos fundamentais

A prioridade nesta pesquisa será dada à dimensão constitucional dos direitos fundamentais. O motivo é evidente: o objeto da tese é investigar os direitos fundamentais estipulados nas seguintes disposições normativas da Constituição Federal de 1988 - art. 5º, IV, V, VI, VIII, IX, X, XIII, XIV, XXXIII, XXXIV, LX e arts. 220 a 224.

² O conceito de direitos humanos apresentado no texto acima corresponde em parte ao conceito formulado por Antonio Enrique Pérez Luño (*Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, p. 48), embora este autor não faça menção ao valor da fraternidade ou da solidariedade que fundamenta os direitos fundamentais contemporâneos de terceira geração. Eis o texto integral do conceito de direitos humanos do autor em questão: "*un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*".

³ FARIAS, Edilson Pereira de - Colisão de direitos : a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação, p. 72; SARLET, Ingo Wolfgang - A eficácia dos direitos fundamentais, p. 33.

Na Constituição Federal em vigor os direitos fundamentais estão reunidos principalmente no título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Entretanto, no título VIII (Da Ordem Social) encontram-se também dispersos direitos fundamentais.

Convém frisar que a ordenação constitucional vigente dos direitos fundamentais compara-se, em grande parte, à classificação dos direitos fundamentais baseada na difundida teoria dos *status* de Georg Jellinek. Nesse sentido, (i) Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º) remete essencialmente aos direitos fundamentais de defesa (*status negativus ou libertatis*); (ii) Dos Direitos Sociais (arts. 6º a 11 e arts. 194 a 232) trata, em sua maior parte, dos direitos fundamentais a prestações (*status positivus*); (iii) Dos Direitos Políticos (arts. 14 a 17) corresponde notadamente aos direitos fundamentais de participação (*status activus*).⁴

b) Dimensão internacional dos direitos fundamentais

A dimensão internacional dos direitos fundamentais encontra-se em franca expansão na atualidade. A multiplicação de declarações e convenções internacionais sobre direitos humanos bem como o aperfeiçoamento dos instrumentos de proteção desses direitos - quer em âmbito global ou regional (vg., sistema interamericano) - têm propiciado até mesmo o surgimento de um novo ramo do direito: o direito internacional dos direitos humanos, *international human rights law*.⁵

⁴ JELLINEK, Georg - Sistema dei diritti pubblici subbiettivi, pp. 96-98. Análises da teoria dos *status* em questão são formuladas, dentre outros, por ALEXY, Robert - Teoria de los derechos fundamentales, pp. 247-266; FARIAS, Edilsom Pereira de - op. cit., pp. 101-104; SARLET, Ingo Wolfgang - op. cit., pp. 156-160.

⁵ Segundo Patrícia Jerônimo (Os direitos do homem à escala das civilizações : proposta de análise a partir do confronto dos modelos ocidental e islâmico, pp. 09-17), com a queda do muro de Berlim e o fim da guerra fria, o debate sobre os direitos humanos deslocou-se da oposição entre direitos civis e políticos (destacados pelo Ocidente liberal) e os direitos econômicos, sociais e culturais (privilegiados pelo bloco soviético) para a "articulação da afirmada universalidade dos Direitos Humanos com o pluralismo cultural tornado evidente pelo impacto dos 'regressos às origens', iniciados no 'resto do mundo' como forma de contestação da hegemonia do Ocidente". Noutras palavras, o debate passou para a oposição entre universalismo *versus* relativismo. A autora (Idem, p. 260 e 312) opta pela tese relativista sob o argumento de que "Os Direitos Humanos - pelo seu sustento jusfilosófico como pelas suas traduções normativas - só têm verdadeiro sentido para o Ocidente. Fora dos domínios ocidentais a dignidade insita na natureza humana ganha formas diferentes de expressão - não significa necessariamente o reconhecimento aos indivíduos de direitos subjectivos oponíveis ao poder e aos outros; passa, muitas vezes, por coisas como a honra e o sentimento de pertença à comunidade, traduz-se muitas vezes, em gestos de generosidade e em deveres perante o grupo... No Ocidente e no Islão

A Carta Internacional dos Direitos Humanos, *International Bill of Rights*, hodiernamente é composta pelos documentos: Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, aprovada pela ONU (art. 19); Convênio Europeu para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, de 1950, aprovado em Roma (art. 10); Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em Bogotá, em 1948 (art. 4º); Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado em 1966 (art. 19); Convenção Americana sobre Direito Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, adotado em 1969 (art. 13).

Convém destacar que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992) incluem-se no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, por força do art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988.⁶

c) Dimensão filosófica dos direitos fundamentais

Vale registrar também a dimensão filosófica dos direitos fundamentais constituída pela busca das raízes e dos fundamentos racionais dos direitos humanos. Neste contexto a tradição filosófica procura esquadriñar a natureza destes direitos: são eles anteriores, ou superiores, à sociedade e ao Estado? (Tese jusnaturalista); são criados e conformados pelo Estado? (Tese positivista); ou são frutos de consenso sobre valores intrinsecamente comunicáveis baseados em necessidades sociais e historicamente compartilhadas? (Tese intersubjetiva).⁷

Sob a ótica deste trabalho, a gênese lógica dos direitos fundamentais radica na auto-organização dos cidadãos que autolegislam iguais direitos. É dizer: os direitos fundamentais

encontramos duas formas de conceber o Direito e duas formas de enquadrar e proteger o Homem. Uma como outra incompleta, susceptíveis de uma evolução que lhes permita responder aos sempre novos problemas postos aos homens, e às sempre novas imagens que este vai tendo de si mesmo".

⁶ Para um itinerário sobre essa dimensão internacional dos direitos humanos ver, entre nós, Antônio Augusto Cançado Trindade - Tratado de direito internacional dos direitos humanos e Flávia Piovesan - Direitos humanos e o direito constitucional internacional.

⁷ FARIAS, Edilsom Pereira de - op. cit., pp. 73-80.

"são co-originários com o direito objetivo; pois este resulta dos direitos que os sujeitos se atribuem reciprocamente".⁸

Adota-se, assim, a tese intersubjetiva supracitada. Esta nada mais é do que a teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas complementada pela teoria das necessidades radicais ou qualitativas de Agnes Heller.⁹

3 - Duplo caráter dos direitos fundamentais

O caráter dual dos direitos fundamentais diz respeito à dupla natureza ou função dos mesmos. Quer isso significar que, além da função subjetiva de proteger a pessoa humana nas relações representadas por posições ou *status* jurídicos, os direitos fundamentais possuem uma função objetiva: constituem um valor objetivo para a comunidade independentemente de sua função subjetiva. Essa mais-valia objetiva, celebrada como um dos significativos argumentos formulados no âmbito da dogmática contemporânea dos direitos fundamentais,¹⁰ resulta na consideração dos direitos fundamentais como componentes estruturantes de uma democracia constitucional razoavelmente justa e bem ordenada.¹¹

A dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais não está prevista expressamente na Lei fundamental da República Federal da Alemanha. Ela foi reconhecida primeiramente pelo Tribunal Constitucional tedesco ao julgar o caso Lüth (1958), um dos mais renomados precedentes do direito constitucional germânico. Nessa decisão, além da

⁸ HABERMAS, Jürgen - op. cit., v. I, p. 121. A referida reciprocidade corresponde a um critério constituinte de uma autêntica cultura política pública e foi formulado nos seguintes termos por John Rawls (Political liberalism, p. xlvi): "*our exercise of political power is proper only when we sincerely believe that the reasons we offer for our political action may reasonably be accepted by other citizens as a justification of those actions*".

⁹ A fundamentação dos direitos fundamentais apresenta-se como uma alternativa à vetusta antinomia entre jusnaturalismo e positivismo jurídico. O primeiro, ao tratar os direitos fundamentais como "fatos morais já prontos", retira a possibilidade dos cidadãos de serem co-autores e protagonistas na configuração dos direitos fundamentais (HABERMAS, Jürgen - op. cit., v. II, p. 315). O segundo, ao subordinar abstratamente os direitos subjetivos ao direito objetivo, acaba por reduzir a legitimidade à legalidade (HABERMAS, Jürgen - op. cit., p. 122).

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang - op. cit., p. 141.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Sobre o tom e o dom, p. 36.

pioneira afirmação da doutrina de uma ordem objetiva de valores, fez-se referência ainda ao efeito irradiante dos direitos fundamentais sobre o direito privado.¹²

A previsão expressa da ordem objetiva dos direitos fundamentais constitui uma das originalidades da Constituição espanhola, de 1978, ao prescrever como valores superiores do ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político (art. 1.1), bem como ao designar como fundamentos da ordem política e da paz social a dignidade da pessoa e os seus direitos invioláveis que lhes são inerentes (art. 10.1).

Algumas conseqüências de tal caráter objetivo dos direitos fundamentais podem ser assim resumidas: (i) os direitos fundamentais não devem mais ser entendidos unicamente sob a ótica individual, pois figuram como um sistema de valores objetivos perseguidos pela sociedade democrática; (ii) os direitos fundamentais exigem também a solidariedade e a responsabilidade dos cidadãos na medida em que as formas legítimas de exercício dos direitos fundamentais não se encontram exclusivamente ao arbítrio de seus titulares, pois dependem de sua compatibilidade social. Por conseguinte, se ao Estado cumpre o dever de respeitar os direitos fundamentais, cumpre-lhe igualmente a obrigação de restringi-los, quando necessário, para a salvaguarda de bens coletivos constitucionalmente garantidos; (iii) as garantias institucionais constituem uma conseqüência autônoma da função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais. Elas são consideradas uma importante projeção objetiva das normas constitucionais que não configuram quaisquer posições jurídicas subjetivas fundamentais. Os traços gerais dessa categoria jurídica serão vistos a seguir;¹³ (iv) cumpre ao Estado e à sociedade o dever de promover as condições necessárias para que os direitos fundamentais sejam reais e efetivos para todos; (v) como conseqüência do item anterior, corresponde ao

¹² KOMMERS, Donald P - The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany, p. 361.

¹³ Nesses três primeiros itens seguem-se aproximadamente os argumentos de José Carlos Vieira de Andrade, op. cit., pp. 146-166.

Estado a obrigação de "remover os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude e facilite a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social".¹⁴

4 - Garantias institucionais

As garantias institucionais ou instituições garantidas constitucionalmente, saudadas como uma das grandes descobertas do constitucionalismo do século XX,¹⁵ provêm do período da República de Weimar. Na sua construção tiveram participação destacados juristas germânicos daquela época como Martin Wolff, L. Waldecker, R. Thoma, G. Anschuetz, E. R. Huber, F. Klein e Carl Schmitt. A este último é geralmente atribuído o mérito de haver conformado o perfil e os contornos básicos dessa categoria jurídica e de ter-lhe cunhado o *nomen iuris* garantias institucionais.¹⁶

De acordo com Carl Schmitt, a constituição protege instituições jurídico-privadas ou jurídico-públicas, notadamente com o escopo de resguardá-las da supressão ou intervenção arbitrária do legislador infraconstitucional.¹⁷ Portanto, as garantias institucionais, em sentido amplo, possuem duas espécies. A primeira, oriunda do direito privado e denominada de garantias de institutos, refere-se à propriedade, ao matrimônio, à herança, etc. A segunda, denominada de garantias institucionais *tout court*, diz respeito à autonomia universitária, ao

¹⁴ Esse último item corresponde ao art. 9.2 da Constituição espanhola e a importância deste dispositivo é ressaltada por Alfredo Gallego Anabitarte (*Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial: derecho a la educación; autonomía local; opinión pública*, p. 104).

¹⁵ Essa a opinião entusiástica de Paulo Bonavides - Curso de direito constitucional, p.492.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo - *Idem*, pp. 494-495. Ma. Cruz Llamazares Calzadilla (*Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, pp. 33-34) observa que a elaboração doutrinária e jurisprudencial das garantias institucionais surgem a partir da análise do art. 127 da Constituição de Weimar de 1919: "*Los Municipios y las asociaciones de Municipios tienen derecho a la autoadministración dentro de los límites de las leyes*".

¹⁷ FARIAS, Edilson Pereira de - *op. cit.*, p. 109; SARLET, Ingo Wolfgang - *op. cit.*, 149. Nesse sentido também é a eloqüente manifestação de Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1946*, pp. 247-248): "São distintas dos direitos fundamentais, absolutos e relativos, as *garantias institucionais*. Com elas, o que se tem por fito é a proteção a certas instituições estatais ou, até, supraestatais. Confundi-los é grave erro. Nenhuma delas pode ser concebida, sem grave deturpação conceptual, como direito de liberdade. Por isso mesmo, são limitadas: o que se garante não é alguma coisa que preexiste ao Estado, mas alguma coisa como o Estado mesmo a concebe. A propriedade, por exemplo, que o art. 141, §16, garante, é o direito de propriedade tal como a lei brasileira o organiza, e não o direito de propriedade como o direito francês, o italiano ou o russo o concebeu. O Brasil mesmo pode mudar de concepção, de modo que será isso o que se garante - a permanência institucional, a despeito da mudança de regras jurídicas".

tribunal do júri, à independência dos juizes, à autonomia local, aos partidos políticos, à comunicação social, etc.

Neste estudo interessa sobretudo a garantia institucional da comunicação social, que será analisada detalhadamente no capítulo V.

Como amiúde acontece com formulações dogmáticas realizadas no âmbito dos direitos fundamentais, várias das controvérsias que as garantias institucionais suscitaram constituem ainda matéria não totalmente pacificada. *Ad exemplum*: as garantias institucionais enfraquecem ou reforçam a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais? As garantias institucionais conduzem a uma funcionalização dos direitos fundamentais? A só referência à dimensão objetiva dos direitos fundamentais torna supérflua as garantias institucionais como categoria autónoma? Contudo, para além desses dissídios teóricos, que não serão examinados aqui, há algumas características das garantias institucionais, tidas como líquidas e certas, e, por serem úteis para os argumentos desenvolvidos nesta tese, vale a pena mencioná-las: (i) as garantias institucionais não podem ser reconduzidas a pessoas físicas concretas, elas têm um sujeito e um objeto diferentes dos direitos fundamentais;¹⁸ (ii) às vezes o conteúdo das garantias institucionais é configurado em grande parte pelo legislador, isto é, sua introdução na vida social depende da aprovação de um complexo normativo. Por exemplo, as garantias da propriedade (CF, art. 5º, XXII), da proteção judiciária (CF, art. 5º, XXXV), do juízo natural (CF, art. 5º, XXXVII) e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV) sem regulação infraconstitucional tornam-se de difícil manejo prático;¹⁹ (iii) as garantias institucionais, ao serem reconhecidas para a realização de determinadas tarefas e fins, são por natureza limitadas;²⁰ (iv) as garantias institucionais podem fundamentar a intervenção positiva do

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes - Direito constitucional e teoria da constituição, p. 391.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira - Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade : estudos de direito constitucional, p. 41.

²⁰ BONAVIDES, Paulo - op. cit., p. 519. Na verdade, essa é uma idéia originária de Carl Schmitt (Teoría de la constitución, p. 175), ao asseverar que a garantia institucional "*és siempre una cosa circunscrita y*

legislador e da Administração Pública; (v) as garantias institucionais podem justificar restrições a direitos fundamentais, assim a garantia da ampla e livre comunicação social poderá exigir a restrição da propriedade privada dos meios de comunicação de massa.²¹

5 - Âmbito de proteção de direito fundamental

O âmbito de proteção ou pressuposto de fato de um direito fundamental refere-se aos bens ou realidades (vida, liberdade, religião, etc.) assegurados pela disposição normativa que prevê o direito fundamental. A delimitação do âmbito de proteção indica quais os bens protegidos e a extensão da proteção efetuada pela norma consagradora do direito fundamental.²²

O âmbito de proteção não oferece desde já uma garantia jurídica definitiva ao direito fundamental: diz respeito àquilo que é concedido *prima facie* pelas normas *iusfundamentais*, ou seja, sem levar em conta as restrições impostas aos direitos fundamentais.²³

A concepção de âmbito de proteção, que abarca todas as formas de exercício de um direito fundamental, previstas no texto ou programa da norma *iusfundamental* (norma de direito fundamental), pode ser denominada de conceito amplo de âmbito de proteção. Contrapõe-se ao conceito estreito, que propõe a exclusão *a priori* de determinadas hipóteses práticas de exercício do direito fundamental do âmbito de proteção. Por exemplo, a distinção entre os dois conceitos revela-se mais clara quando se analisa o caso de um artista que deseja pintar um quadro no cruzamento de ruas de tráfego urbano de grande movimento. A ação do pintor estaria *prima facie* tutelada pelo âmbito de proteção da liberdade de expressão artística

delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines, aun cuando las tareas no estén especializadas en particular, y sea admisible una cierta 'universalidad del círculo de actuación'.

²¹ Os dois últimos itens seguem as formulações de Alfredo Gallego Anabitarte (op. cit., p. 88), com a ressalva de que o caso citado de restrição da propriedade dos meios de comunicação social não fora mencionado pelo autor em questão.

²² CANOTILHO, J. J. Gomes - op. cit., pp. 1223 e 1233. O âmbito de proteção ou pressuposto de fato são ainda conhecidos pelas expressões como domínio normativo, âmbito normativo, suporte fático hipotético, objeto de proteção, *tatbestand*, *facti especies* e situação de fato. Essas duas últimas são comumente encontradas em autores do campo do direito privado, tais como J. Baptista Machado (op. cit., p. 80) e Karl Larenz (Metodologia da ciência do direito, p. 299).

²³ ALEXY, R - op. cit., p. 292.

conforme o conceito amplo supramencionado; porém, tal ação estaria previamente excluída do âmbito de proteção da liberdade de expressão artística consoante o conceito estreito aludido. Obviamente que, pela ótica do conceito amplo, pode-se negar também a ação do pintor dizendo que, para se tornar definitiva a liberdade de expressão artística garantida, cumpre verificar se não existem cláusulas restritivas à liberdade em questão. No exemplo citado, o interesse da coletividade no livre fluxo e segurança do tráfego urbano justificaria impor restrição à pretendida intenção do pintor. Embora em alguns casos práticos as duas concepções possam apresentar resultados iguais, a vantagem do conceito amplo de âmbito de proteção é oferecer uma fundamentação mais clara e racional das restrições dos direitos fundamentais²⁴ (ver *infra*, item 6 deste capítulo).

Das considerações expendidas nota-se já uma conexão entre o assunto em discussão com a temática da hermenêutica constitucional: o conhecimento do âmbito de proteção de um direito fundamental envolve uma tarefa metódica de interpretação-aplicação da norma *iusfundamental*. É dizer, a concretização e realização do direito fundamental, além da delimitação da realidade social prevista hipoteticamente na norma, pressupõe o cotejo da situação fática com o programa da norma, do contexto social com o texto da norma, para que o processo interpretativo chegue a termo.²⁵

²⁴ Este trabalho inclina-se pelo conceito amplo de âmbito de proteção em razão dessa sua valiosa colaboração para a fundamentação mais clara de restrição a direito fundamental. Nesse sentido também é a opção de Ricardo Leite Pinto (Liberdade de imprensa e vida privada, p. 117) quando assevera: "como resulta das páginas anteriores, aderimos, embora de forma implícita, a uma concepção, que inclui no âmbito normativo de ambos os direitos, todas as dimensões que de algum modo se possam conduzir aos seus pressupostos. Nesse sentido, pode dizer-se, que o âmbito normativo de ambos os direitos estudados se refere *prima facie* às dimensões protectoras dos mesmos, independentemente de eventuais restrições ou limites". Sobre os conceitos de âmbito de proteção amplo e restrito vale a pena conferir a exposição de Robert Alexy (op. cit., pp. 298-321) na parte em que trata sobre a teoria estreita e ampla do pressuposto de fato.

²⁵ Cf. Konrad Hesse - Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha, pp. 50-51. O círculo hermenêutico, representado pelo movimento do contexto social ao texto normativo, é chamado de teoria interpretativa ou evolutiva por José de Albuquerque Rocha (Estudos sobre o Poder Judiciário, pp. 118-119). Textualmente: "o intérprete [deve] mover-se entre o texto normativo e o contexto social, possibilitando, assim, uma jurisprudência aberta aos fatos e à influência de outras ciências que os têm como objeto de estudo, com o fim de aproximar, tanto quanto possível, a decisão dos valores do ordenamento jurídico".

6 - Restrição de direitos fundamentais

A restrição de um direito fundamental é uma limitação do *âmbito de proteção* ou *pressuposto de fato* desse direito fundamental. Por exemplo: o pressuposto de fato estabelecido pelo art. 5º, IV da Constituição Federal em vigor (é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato) alcança todas as hipóteses práticas de se manifestar o pensamento. A proibição do anonimato, na referida disposição de direito fundamental, constitui uma *restrição* porque limita a proteção constitucional da manifestação do pensamento àquelas hipóteses em que o titular do direito não omite a sua identidade.

Portanto, na aludida norma constitucional pode-se vislumbrar duas coisas: (i) o direito fundamental em si (a liberdade de manifestação do pensamento) e (ii) a sua restrição (a proibição do anonimato).²⁶

Uma sistematização das restrições aos direitos fundamentais, consoante a Constituição Federal vigente, comporta a seguinte classificação: restrições diretamente constitucionais, restrições indiretamente constitucionais (reserva de lei restritiva simples e qualificada) e restrições tácitas constitucionais.²⁷

As restrições diretamente constitucionais são aquelas estabelecidas pelo próprio texto constitucional. Além do art. 5º, IV da Constituição Federal, já aludido, são exemplos:

²⁶ Na verdade, sobre a temática das restrições dos direitos fundamentais existem pelo menos duas teorias. Na primeira, chamada de teoria externa, "*El concepto de restricción de un derecho sugiere la suposición de que existen dos cosas – el derecho y sus restricciones*". Na segunda, denominada de teoria interna, "*no existen dos cosas, el derecho y sus restricciones, sino sólo una: el derecho con un determinado contenido. El concepto de restricción es sustituido por el de límite. Las dudas acerca de los límites del derecho no son dudas acerca de si el derecho debe o no ser limitado sino acerca de cuál es su contenido. Cuando se habla de 'límites' en lugar de 'restricciones', se habla de 'restricciones inmanentes'*" (Robert Alexy, op. cit., pp. 268-269). Como se infere do conceito de restrição formulado no texto acima, optou-se pela teoria externa. A justificação dessa escolha deve-se, ainda, conforme Robert Alexy (idem, pp. 271 e 315), além da teoria externa mostrar-se mais apropriada ao modelo dos princípios, também ao fato de que "*un ciudadano considerará más honesto y convincente ... que un no otorgamiento de la protección iusfundamental sea fundamentado aduciendo que a ello se oponen derechos fundamentales de terceros o intereses de la comunidad que deben ser tomados en cuenta en virtud de la Constitución, que cuando se le dice que su comportamiento no está abarcado por leyes objetivamente específicas o generales o que está excluido de la protección iusfundamental, desde el comienzo, por no pertenecer al ámbito protegido*".

²⁷ Algo semelhante à classificação em tela: restrições diretamente constitucionais (explícitas e implícitas) e restrições indiretamente constitucionais (Robert Alexy - op. cit., pp. 276-286); (i) limites ou restrições constitucionais imediatos; (ii) limites ou restrições estabelecidos por lei e (iii) limites imanes ou limites constitucionais não escritos (J. J. Gomes Canotilho - op. cit., pp. 1142-1143).

a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, *salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial* (Sem destaque na fonte – CF, art. 5º, XI);

é plena a liberdade de associação para fins lícitos, *vedada a de caráter paramilitar* (Sem destaque na fonte - CF, art. 5º, XVII).

Como se observa nos exemplos, no texto constitucional que consagra o direito fundamental encontra-se também estatuída a restrição do direito fundamental garantido. Em suma: a Constituição assegura e restringe diretamente o direito fundamental.

As restrições indiretamente constitucionais são aquelas que não se encontram definidas no texto constitucional que confere o direito fundamental, uma vez que a Constituição limita-se a autorizar o legislador a estabelecê-las por meio de leis infraconstitucionais. Exemplos:

é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer* (Sem destaque na fonte - CF, art. 5º, XIII);

a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (Sem destaque na fonte – CF, art. 5º LX).

Como se verifica nos incisos acima transcritos, no texto constitucional que assegura o direito fundamental não se encontra a descrição da restrição do direito fundamental garantido, mas somente a previsão de que a lei poderá estabelecer a restrição. Em suma: a Constituição garante e restringe indiretamente o direito fundamental.

A autorização constitucional (competência destinada ao legislador ordinário) para a lei estabelecer restrições aos direitos fundamentais (tecnicamente denominada de *reserva de lei restritiva*) pode ocorrer de duas formas: como reserva de lei restritiva simples e como reserva de lei restritiva qualificada.

Tem-se a reserva de lei restritiva simples quando a Constituição não determina requisitos ou qualificações para a lei. A norma constitucional simplesmente autoriza a restrição *tout court*. Exemplos:

é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, *nos termos da lei*, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens (Sem destaque na fonte – CF, art. 5º, XV);

o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses prevista *em lei* (Sem destaque na fonte – CF, art. 5º, LVIII).

Sucedem a reserva de lei restritiva qualificada quando a Constituição fixa requisitos ou objetivos para a lei restritiva, e, dessa forma, limita a discricionariedade do legislador ordinário para impor a restrição ao direito fundamental. Exemplos:

é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a *lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal* (Sem destaque na fonte – CF, art. 5º, XII);

a lei estabelecerá procedimento para desapropriação por *necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social*, mediante *justa e prévia indenização em dinheiro*, ressalvados os casos previstos nesta Constituição (Sem destaque na fonte – CF, art. 5º, XXIV).

As restrições tácitas constitucionais pressupõem que a Constituição autoriza implicitamente tanto o legislador como o judiciário a impor restrições aos direitos fundamentais com o objetivo de resolver ou evitar os casos de colisão entre os próprios direitos fundamentais ou o conflito destes com valores comunitários constitucionalmente protegidos (segurança pública, saúde pública, etc.).²⁸

²⁸ Apesar da relevância prática das restrições tácitas constitucionais, parece exagerada a assertiva de Suzana de Toledo Barros (*O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 155) de “que ao legislador foi confiado um poder geral de conformação, sendo despendida a autorização constitucional para tanto”. A existência de um tal poder elástico poderia ter como consequência deixar os direitos fundamentais à disposição do legislador. Daí se afigura indispensável a autorização constitucional para impor a restrição, embora a autorização constitucional possa ser pressuposta, desde que a restrição seja justificada para atender os requisitos mencionados da colisão de direitos ou do

Assim, sucede com freqüência, na vida social, a colisão da liberdade de expressão e comunicação (CF, art. 5º, IX) com o direito à privacidade (CF, art. 5º, X). Para solucionar tal colisão, valendo-se da harmonização ou da acomodação dos direitos colidentes, bem como para prevenir futuros choques entre eles, a Constituição não obsta que o Congresso Nacional elabore lei que acabe por restringir os direitos colidentes, em determinadas circunstâncias. Tampouco o Judiciário, quando invocado para dirimir a referida colisão, estará impedido constitucionalmente de restringir quaisquer dos direitos colidentes, segundo as das técnicas da concordância prática ou da ponderação de valores no exame do caso *sub judice*.²⁹

7 - Configuração de direitos fundamentais

Nem toda reserva de lei, ou seja, autorização constitucional para elaboração de lei atinente aos direitos fundamentais significa uma restrição. Em vários casos, em vez de limitar o âmbito de proteção de um direito fundamental (restrição), o que a lei faz é determinar ou regulamentar, com mais precisão, o âmbito de proteção desse direito fundamental. A lei configura, então, o conteúdo do direito fundamental em questão.

Para nomear essa modalidade de intervenção do legislador na área dos direitos fundamentais, a doutrina constitucional utiliza-se de vários termos: configuração, conformação, concretização, densificação, dentre outros.

São exemplos de *reserva de lei configurativa* de direito fundamental na Constituição Federal em vigor:

o Estado promoverá, *na forma da lei*, a defesa do consumidor (Grifado - art. 5º, XXXII);

é garantido o direito de propriedade (art. 5º, XXII).

conflito destes com bens e interesses coletivos protegidos pela Constituição. Portanto, seria ilegítima a restrição imposta somente com base em um suposto “poder geral de conformação” do legislador.

²⁹ Parte da doutrina refere-se à modalidade de restrições tácitas constitucionais como sendo “limites imanentes”, enveredando, assim, na direção da teoria interna das restrições, com as conseqüências já apontadas na nota 26 deste capítulo; v.g., José Carlos Vieira de Andrade – *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pp. 215-219; Suzana de Toledo Barros – *op. cit.*, pp. 168-170.

No primeiro caso citado, sabe-se, a lei elaborada (a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Proteção e Defesa do Consumidor) dispõe sobre a proteção do consumidor, configurando os seus direitos ao invés de limitá-los.

No segundo caso invocado, conquanto o enunciado constitucional não contemple expressamente a intervenção legislativa no âmbito do direito fundamental de propriedade, a necessidade dessa intervenção para configurar o conteúdo do direito em questão constitui mesmo pressuposto para o exercício do direito de propriedade. Basta lembrar que é a lei infraconstitucional (o Código Civil em vigor, nos arts. 524 a 673) que estabelece, v.g., os poderes do titular do direito de propriedade, seus deveres e como se adquire, se transfere ou se perde a propriedade.

Em síntese: denomina-se configuração todas as formas de intervenção legislativa que não diminuem ou restringem o âmbito de proteção de direitos fundamentais, isto é, as espécies de regulamentação que fortalecem, esclarecem, concretizam ou densifiquem o conteúdo dos direitos fundamentais.

8 - Limites ao poder de restrição do legislador ordinário

Os direitos fundamentais não são intangíveis. Encontram-se susceptíveis de restrição. No entanto, poderão ocorrer abusos no processo de estabelecimento da restrição aos direitos fundamentais. Notadamente, poderá suceder que, às vezes, a lei restritiva, em vez de limitar o âmbito de proteção do direito fundamental, acabe descharacterizando ou até mesmo aniquilando o direito fundamental, inviabilizando o seu exercício na vida social. Tal seria o caso de lei que, a pretexto de regulamentar o direito fundamental de greve (CF, art. 9º), determinasse rigorosas exigências que impedissem, na prática, a fruição desse direito fundamental pelos trabalhadores.

Portanto, para evitar possíveis arbitrariedades das leis restritivas de direitos fundamentais, a doutrina constitucional tem se empenhado em desenvolver critérios racionais

seja reduzida de forma tal que perca toda a importância para todos os indivíduos ou para a maior parte deles ou, em geral, para a vida social".³²

Segundo a teoria subjetiva, o objeto do núcleo essencial refere-se à proteção do direito fundamental do particular de tal modo que, "em caso algum, pode ser sacrificado o direito subjetivo de um homem, a ponto de, para ele, esse direito deixar de ter qualquer significado".³³

A tendência doutrinária é no sentido de considerar compatíveis entre si as teorias objetiva e subjetiva.

Segundo Alexy, os direitos fundamentais, por serem posições primariamente do indivíduo, por seu caráter individual, implicam que a teoria subjetiva deve aparecer, pelo menos, ao lado da teoria objetiva.³⁴

De acordo com Canotilho, a escolha entre as teorias objetiva e subjetiva não pode conduzir a alternativas radicais porque: (i) a comunidade é confrontada diariamente com a necessidade de limitar os direitos fundamentais, sendo, pois, irrealista uma teoria subjetiva desconhedora disso "(ex.: penas de prisão longas para crimes graves, independentemente de se saber se depois do seu cumprimento restará algum tempo de liberdade ao criminoso)"; (ii) a garantia do núcleo essencial, por sua vez, não pode descurar da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e, em consequência, deve-se evitar restrições que eliminem totalmente um direito subjetivo fundamental "(ex.: proibição de prisão perpétua ou pena de morte que violariam o núcleo essencial do direito à liberdade ou do direito à vida)".³⁵

2 - Valor do núcleo essencial:

Aqui também terçam armas duas estratégias opostas: a teoria absoluta e a teoria relativa.

³² ALEXY, Roberty – op. cit., p. 286 e ss.

³³ CANOTILHO, J.J. Gomes – op. cit., p. 449.

³⁴ ALEXY, Roberty – op. cit., p. 288.

³⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes – op. cit., p. 449.

Segundo Vieira de Andrade, o núcleo essencial, para a teoria absoluta, consistiria em um núcleo próprio de cada direito intangível e determinável em abstrato. Por sua vez, a teoria relativa reconduziria o núcleo essencial ao atendimento da máxima da proporcionalidade. Isto é, a restrição só seria legítima quando fosse exigida para realização de outro direito ou bem constitucionalmente protegido e só na proporção que essa exigência imponha ao direito fundamental.

O aludido autor considera que o núcleo essencial constitui um mínimo de valor inatacável, uma proibição absoluta. O núcleo essencial não poderia ser afetado, mesmo que um bem considerado superior o exigisse “não tanto porque consideremos pensável uma situação desse tipo, mas porque sempre é possível que o legislador invoque uma aparência com esse fim”.³⁶

Para Vieira de Andrade, esse limite absoluto que constitui o núcleo essencial é representado pela “dignidade do homem concreto como ser livre”. Ou seja: se outros princípios ou valores constitucionais exigirem a restrição de direito fundamental, “a ideia do homem como ser digno e livre” revela-se como um limite intransponível para o poder de restrição.³⁷

Robert Alexy é adepto da teoria relativa. No seu entender, o núcleo essencial “é aquilo que fica depois de uma ponderação”. A garantia do núcleo essencial equivale ao respeito da máxima da proporcionalidade. Se, do ponto de vista do direito constitucional, os interesses da sociedade têm um peso maior que a proteção da vida privada, necessariamente precedem a esta. Quando a teoria absoluta assevera, por seu turno, que existem posições em relação às quais não há nenhuma razão superior que as despreze, em certa medida baseia-se na teoria

³⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de – op. cit., p. 233 e ss.

³⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de – idem, p. 236.

relativa: há situações nas quais se pode afirmar com muita segurança que inexistente precedência de qualquer outro princípio oposto.³⁸

Na verdade, as diferenças dessas duas leituras do núcleo essencial – teoria absoluta e relativa – terminam por conduzir, na prática, a resultados semelhantes.³⁹ O que importa, para além das discussões teóricas, é "ir fixando o percurso dos direitos, através do conhecimento da sua formação histórica, do cotejo comparativo, da experiência jurisprudencial, da protecção penal, e depois subir até a um sentido rigoroso na arquitectura da Constituição".⁴⁰

b) Máxima da proporcionalidade

A máxima da proporcionalidade,⁴¹ como limite às leis restritivas de direitos fundamentais, traduz-se numa vedação de excesso de modo que a autorização constitucional conferida ao legislador ordinário, para impor restrição ao âmbito do direito fundamental, não desborde em intervenção desarrazoada ou desproporcional. Vale dizer, a máxima da proporcionalidade exige que a lei restritiva utilize os meios adequados e necessários aos fins colimados, bem como pondere os bens jurídicos constitucionalmente protegidos em jogo.⁴²

Conforme já esboçado acima, a máxima da proporcionalidade, agindo como barreira às leis restritivas de direitos fundamentais, na sua configuração atual, não constitui um

³⁸ ALEXY, Robert – op. cit., p. 286 e ss.

³⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de – op. cit., p. 234.

⁴⁰ MIRANDA, Jorge – op. cit., p. 309.

⁴¹ As oscilações semânticas sobre o assunto em exame são significativas. A doutrina constitucional utiliza várias expressões, tais como: "princípio da proporcionalidade" ou "mandamento da proibição de excesso" (mais utilizadas na Europa continental); princípio da razoabilidade (preferida pelo sistema jurídico da *common law*). Entre nós, a expressão "princípio da proporcionalidade" vem sendo a mais empregada na doutrina. Contudo, Robert Alexy prefere a locução "máxima da proporcionalidade" à expressão "princípio da proporcionalidade" uma vez que os princípios exigem sempre a ponderação para a sua aplicação. E como a "máxima da proporcionalidade" não se presta à ponderação, no sentido de que algumas vezes tem precedência e outras não – pois o que se questiona é se a "máxima da proporcionalidade" está ou não satisfeita, sendo o seu descumprimento equivalente a ilegalidade – a "máxima da proporcionalidade" estaria mais apropriadamente catalogada como regra (op. cit., p. 112, n. 84). Vale dizer, no modelo do sistema jurídico composto de regras e princípios (modelo que vem sendo defendido pela doutrina contemporânea) "o mandamento da proporcionalidade" possui as características mais de regra do que de princípio, conforme mostrado por Robert Alexy.

⁴² Cumpre observar que embora a regra da proporcionalidade tenha no controle da restrição um momento privilegiado de sua aplicação, ela não se limita a esse mister. É aplicada também no caso de *reserva de lei configurativa* para aferir se a concretização do conteúdo do direito fundamental operou com justa medida e razoabilidade. Além disso, conforme J. J. Gomes Canotilho (op. cit., p. 270) a regra da proporcionalidade estende-se "a todas as espécies de actos dos poderes públicos. Vincula o legislador, a administração e a jurisdição" e, em consequência, acrescenta-se, espraia-se pelos diversos ramos do direito.

standard difuso, mas um conceito operacional cujo conteúdo encontra-se em grande parte delineado nas exigências de *adequação, necessidade e ponderação* da medida restritiva. É o que a doutrina denomina de requisitos intrínsecos ou máximas parciais da máxima da proporcionalidade.

A máxima da adequação ou da idoneidade, como mandamento parcial da máxima da proporcionalidade em sentido amplo, impõe que a medida restritiva de direito fundamental deva ser idônea e adequada ao fim proposto baseado no interesse público.

A máxima parcial da necessidade ou da exigibilidade, como mandamento parcial da máxima da proporcionalidade em sentido amplo, exige que a medida restritiva de direito fundamental utilize, tendo em vista o esquema *meio-fim*, o meio menos gravoso ou mais suave para a consecução do fim baseado no interesse público.

A máxima da ponderação ou da proporcionalidade em sentido estrito, como máxima parcial da proporcionalidade em sentido amplo, significa que, sendo a medida restritiva de direito fundamental adequada e necessária, cumpre ainda sopesar os bens de acordo com as circunstâncias concretas do caso, com o escopo de minimizar o sacrifício dos bens em jogo. Resultando indispensável, contudo, a prevalência de um bem sobre outro, deve aquela ser muito bem fundamentada.

9 - Cláusulas pétreas

As cláusulas pétreas constituem uma categoria jurídico-constitucional já bastante difundida no direito constitucional brasileiro. Consistem em um núcleo duro da constituição insuscetível de reforma por meio de emendas constitucionais, razão pela qual são cognominadas também de cláusulas de eternidade.

As cláusulas pétreas estão previstas no art.60, § 4º, I a IV da Constituição Federal de 1988. O último inciso inclui os direitos fundamentais dentre as matérias arroladas como cláusulas pétreas.⁴³

Discussão que suscita a temática das cláusulas pétreas é até que ponto uma geração tem direito de impor o seu consenso constitucional para proibir que determinadas matérias possam ser alteradas por gerações futuras.⁴⁴

10 - Concorrência e colisão de direitos fundamentais

A concorrência de direitos fundamentais verifica-se quando um comportamento do titular do direito abrange o âmbito de proteção de vários direitos fundamentais. Assim, a concorrência de direitos pode englobar o exercício acumulativo de vários direitos fundamentais conexos entre si. Dessa forma, a liberdade de expressão e comunicação (CF, art. 5º, IX) "está em contacto" com a garantia institucional da comunicação social (CF, art. 220), com o direito de reunião (CF, art. 5º, XVI) e com o direito de antena (CF, art. 5º, XXVIII, a).⁴⁵

A colisão de direitos fundamentais pode ocorrer de duas maneiras: (i) o exercício de um direito fundamental colide com o exercício de outro direito fundamental (colisão de direitos fundamentais em sentido estrito); (ii) o exercício de um direito fundamental colide com a necessidade de preservação de bens coletivos protegidos constitucionalmente (colisão de direitos fundamentais em sentido amplo).

⁴³Há divergência se o mencionado inciso IV abrange apenas os direitos fundamentais de defesa (art. 5º) ou estende-se aos direitos fundamentais a prestação (art. 6º a 11) e aos direitos fundamentais de participação (12 a 17).

⁴⁴ Uma defesa da racionalidade das cláusulas pétreas é feita por Oscar Vilhena Vieira (A Constituição e a sua reserva de justiça : um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma), na qual apresenta uma panorâmica sobre o estágio da discussão sobre o assunto. John Rawls (op. cit., p. xlii) parece justificar as cláusulas pétreas quando argumenta que "*the laws of nature and human psychology would lead citizens who grow up as members of that well-ordered society to acquire a sense of justice sufficiently strong to uphold their political and social institutions over generations*".

⁴⁵ O conceito acima foi formulado com base em J.J. Gomes Canotilho (op. cit., p. 1227) que, dentro da categoria de concorrência de direitos, distingue ainda cruzamento de direitos de acumulação de direitos.

Tem-se a colisão de direitos fundamentais em sentido estrito, ou colisão entre os próprios direitos fundamentais, quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular tem repercussões negativas sobre direitos fundamentais de outro titular.⁴⁶ Noutros termos: quando o pressuposto de fato ou âmbito de proteção de um direito interceptar o pressuposto de fato de outro direito fundamental.

Assim, por exemplo, o exercício da liberdade de expressão e comunicação (CF, art. 5º, IX) pode entrar em colisão com os direitos personalíssimos (CF, art. 5º, X); ou o exercício da liberdade de comunicação social (CF, art. 220) poderá colidir com o direito fundamental à presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII).

Verifica-se a colisão em sentido amplo, ou a colisão entre os direitos fundamentais e outros valores constitucionais, quando os direitos fundamentais contrapõem-se a interesses da comunidade, reconhecidos também pela constituição, tais como: saúde pública, família, segurança pública, patrimônio cultural, dentre outros.

Cumprе frisar ainda que os interesses coletivos relevantes não são todos e quaisquer bens jurídicos, mas exclusivamente aqueles bens coletivos assegurados pelas normas constitucionais. Somente a necessidade de salvaguardar estes últimos justifica a restrição de direitos fundamentais, quando colidentes com valores comunitários. Assim, o bem jurídico comunitário *saúde pública* (CF, art. 6º) pode colidir com o direito de livre locomoção (CF, art. 5º, XV); o bem jurídico *patrimônio cultural* (CF, art. 216, §1º) pode colidir com o direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII).⁴⁷

⁴⁶ ALEXY, Robert - Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático, p. 269.

⁴⁷ FARIAS, Edilson Pereira de - op. cit., p. 118; CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital - Fundamentos da Constituição, p. 136.

11 - Resolução da colisão de direitos fundamentais

Ab initio, a resolução do fenômeno da colisão dos direitos fundamentais cabe ao legislador quando o texto constitucional remete à lei infraconstitucional a possibilidade de restringir direitos fundamentais. Assim, verificada a existência de reserva de lei e fundamentada tacitamente na constituição a intervenção legislativa, o legislador poderá resolver a colisão comprimindo os direitos em jogo, respeitando, é claro, os requisitos do núcleo essencial dos direitos envolvidos e a regra da proporcionalidade. Por exemplo, a colisão entre o direito fundamental à greve, sujeito à reserva de lei, e as necessidades inadiáveis da coletividade, é ponderada pelo legislador ao definir os serviços essenciais (CF, art. 9º, § 1º).

A solução da colisão de direitos fundamentais não arrostada pelo legislador é confiada aos juízes. E essa constitui uma das tarefas centrais da hermenêutica constitucional contemporânea.

O primeiro passo metodológico é reconhecer que os direitos fundamentais são outorgados por normas jurídicas que possuem essencialmente o caráter de princípios. Aqui cobra importância a distinção estrutural entre princípios e regras.

A distinção entre princípios e regras reside mormente no fato de que os princípios "não expressam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando se dão as condições previstas". Ao revés, as regras são aplicadas à feição de "de tudo ou nada", isto é, "se ocorrerem os fatos estabelecidos por uma regra, então: ou a regra é válida, e, em tal caso, deve-se aceitar a resposta que ela oferece; ou a regra é inválida, e, em tal caso, não influi na decisão".⁴⁸ Noutras palavras, em sendo válidas, as regras são normas jurídicas que devem ser cumpridas de forma peremptória, sem admitir graduação; por sua vez, os princípios são normas jurídicas que prescrevem algo para ser efetivado da melhor forma possível, tendo em

⁴⁸ DWORKIN, Ronald - Taking rights seriously, p. 27.

conta as possibilidades fáticas e jurídicas. Em suma, os princípios são mandados de otimização que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos proporcionalmente às condições reais e jurídicas existentes.⁴⁹

A diferença lógica entre princípios e regras implica uma outra muito importante. Os princípios possuem uma dimensão do peso ou da importância ausentes nas regras. Essa característica revela-se claramente quando dois ou mais princípios entram em conflito entre si. Nessa hipótese, a colisão será solucionada levando-se em conta o peso ou a importância relativa de cada princípio, a fim de escolher quais deles no caso concreto prevalecerão ou sofrerão menos restrição do que os outros. Contudo, os princípios preteridos na colisão não deverão ser declarados inválidos, senão que, sob determinadas condições, um princípio tem mais peso ou importância do que outro e em outras circunstâncias poderá ocorrer o inverso. No caso de conflito de regras apenas uma delas poderá ser válida, cumprindo ao intérprete identificar qual a válida. Para essa decisão o operador do direito será orientado por critérios tais como *lex superior derogat inferiori*, *lex posteriori derogat priori* e *lex specialis derogat generali*.⁵⁰

Corolário natural do anteriormente assinalado é que os parâmetros utilizados para resolver a colisão de princípios poderão ser aplicados na colisão de direitos fundamentais. Esses cânones hermenêuticos são, dentre outros, o princípio da unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade.

O princípio da unidade da constituição exige a contemplação desta não em tiras separadas, como normas isoladas, mas como um sistema de regras e princípios, imaginado como obra de um único autor, a fim de sanar as eventuais contradições do texto constitucional. Além disso, é importante compreender a constituição como uma unidade *hierárquico-normativa*, o que significa que todas as normas contidas no corpo da constituição

⁴⁹ ALEXY, Robert - op. cit., pp. 86-87.

⁵⁰ FARIAS, Edilson Pereira de - op. cit., pp. 26-32; BOBBIO, Norberto - Teoria do ordenamento jurídico, pp. 92-97.

têm igual dignidade (não há hierarquia entre as normas pertencentes à constituição, quanto à validade, prevalência, etc).

O princípio da concordância prática ou da harmonização seria consectário lógico do princípio da unidade da constituição. De acordo com o princípio da concordância prática, os direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados, no caso *sub examine*, por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionalmente protegidos. Isto é, impõe-se a coordenação e combinação dos bens em conflito assegurados nas normas constitucionais de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros. Como não há hierarquia entre os bens ou valores protegidos pela constituição, a solução no caso de colisão será o condicionamento recíproco de modo a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre os bens colidentes.

Por seu turno, a regra da proporcionalidade é a realização do princípio da concordância prática no caso concreto. Neste, examina-se a *adequação* dos meios aos fins colimados, a *exigibilidade* ou *necessidade* do meio mais suave e, por fim, se o meio empregado é o mais vantajoso para salvaguardar direitos fundamentais e/ou valores constitucionais colidentes.

12 - A constituição como norma jurídica obrigatória

A constituição como uma norma jurídica obrigatória significa que as normas constitucionais devem ser interpretadas e aplicadas como leis. Isto é, princípios ou regras, as normas constitucionais, independentemente de sua estrutura, são obrigatórias para seus destinatários, sejam estes estatais ou privados. Com isso, elide-se a vetusta dicotomia entre normas preceptivas e normas programáticas que tanto contribuiu para o enfraquecimento da

força normativa da constituição, ao reconhecer-se às normas programáticas força vinculativa igual às demais normas da constituição.⁵¹

A concepção da constituição como uma norma jurídica obrigatória - que toma a sério o texto constitucional e rejeita a constituição de fachada como uma mera folha de papel ou como regimento interno de governo - exprime uma tendência do constitucionalismo que se desenvolve logo após a Segunda Guerra Mundial. Vezio Crisafulli⁵² anuncia essa concepção nestes termos:

Uma constituição, como qualquer outra lei, é antes de tudo e sempre um ato normativo e por isso as suas disposições devem ser entendidas, em regra (salvo raríssimas exceções eventuais, nos casos que não sejam honestamente possível agir de outro modo), como disposições normativas: enunciando, portanto, verdadeiras e próprias normas jurídicas; sejam estas enumeradas entre as normas organizativas ou entre as normas de escopo ou entre aquelas disciplinadoras das relações entre sujeitos externos à pessoa estatal, etc. Em outras palavras, uma constituição deve ser entendida e interpretada, em todas as suas partes, *magis ut valeat*, porque, assim, exigem a sua natureza e a sua função, que são, e não poderia deixar de ser, repetimos, de ato normativo dirigido a disciplinar obrigatoriamente comportamentos públicos e privados.

⁵¹ Sobre a força jurídica das normas programáticas constitucionais, Robert Alexy (Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais, p. 279) assevera que a teoria dos princípios oferece uma solução intermediária entre vinculação e flexibilidade. Em suas palavras: "Em uma constituição como a brasileira, que conhece numerosos direitos fundamentais sociais generosamente formulados, nasce sobre esta base uma forte pressão de declarar todas as normas que não se deixam cumprir completamente simplesmente como não-vinculativas, portanto, como meros princípios programáticos. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, são dependentes de uma 'reserva do possível no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade'".

⁵² Apud, FARIAS, Edilson Pereira de - op. cit. p. 38. Convém evocar a dedicação de Rui Barbosa (Rui Barbosa : escritos e discursos seletos, p. 698) para fazer executar a constituição que existia sobre o papel, quando pregava: "a execução das normas constitucionais, observância das garantias constitucionais e respeito às liberdades constitucionais, contra a vontade arbitrária dos ministros da Corte e do príncipe consorte que, em nome do imperador, alheado pela doença, das suas funções efetivas, exerciam, de fato, o governo do país".

CAPÍTULO II

COMPREENSÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO

1 - Conceito de liberdade de expressão e comunicação

A difusão de pensamentos, idéias, opiniões, crenças, juízos de valor, fatos ou notícias na sociedade tem tido, e tem, várias denominações na doutrina, na jurisprudência e na legislação: liberdade de pensamento, liberdade de palavra, liberdade de opinião, liberdade de consciência, liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade de expressão e informação, direito à informação, liberdade de informação jornalística, direito de comunicação, liberdade de manifestação do pensamento e da informação, dentre muitas outras.⁵³ Tal profusão de nomes só faz majorar as imprecisões e a insegurança jurídica sobre assunto, já em si, tendencialmente polêmico.

Pontes de Miranda⁵⁴ reclamava a necessidade da fixação de conceito científico para a matéria. Decerto ele compreendia que o Direito - como de resto os demais campos do conhecimento humano - radica-se no consenso sobre o significado das palavras.⁵⁵

Assim, conquanto se reconheçam as dificuldades para se lograr uma nomenclatura definitiva sobre conceitos em constante evolução e expansão, sugere-se aqui a adotar a frase

⁵³ Uma olhada nos títulos das obras constantes das referências bibliográficas deste trabalho é suficiente para constatar a babel conceitual em questão.

⁵⁴ Liberdade de imprensa, p. 185.

⁵⁵ ZAFFORE, Jorge - La comunicación massiva, p. 1.

liberdade de expressão e comunicação para representar o conjunto dos direitos, liberdades e garantias relacionadas à difusão das idéias e das notícias.

A opção pelos termos *liberdade de expressão e comunicação* justifica-se, em primeiro lugar, pelo fato de os termos *liberdade de expressão* (gênero) substituir os conceitos liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de manifestação da opinião, liberdade de manifestação da consciência (espécies). Pode-se, pois, empregar a frase *liberdade de expressão* para abranger as expressões de pensamento, de opinião, de consciência, de idéia, de crença ou de juízo de valor.

A utilização de *liberdade de expressão e comunicação* justifica-se, em segundo lugar, em razão de os termos *liberdade de comunicação* representarem melhor do que as expressões *liberdade de imprensa* e *liberdade de informação* o atual e complexo processo de comunicação de fatos ou notícias existente na vida social.

Com efeito, como notara Nelson Hungria,⁵⁶ a vetusta expressão liberdade de imprensa já havia sido abandonada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas - ONU em 10 de dezembro de 1948. Em conseqüência, propugnou Nelson Hungria, pela adoção da expressão *liberdade de informação*. Esta, na sua opinião, representaria melhor novos aspectos ausentes na antiga expressão, tais como o direito da coletividade à informação⁵⁷ e a própria realidade representada pelos novos meios de comunicação social, que há muito extrapolaram os veículos da imprensa escrita.

Contudo, a frase *liberdade de informação*, de uso corrente em documentos internacionais e característica de instituição de origem francesa, é imprópria para denominar o processo da comunicação. Pois o termo comunicação, e não o termo informação, é o "que

⁵⁶ A nova lei de imprensa, p. 9.

⁵⁷ SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto - La libertad de expresión en el Estado de derecho : entre la utopía y la realidad, p. 19; CARMONA SALGADO, Concepcion - Libertad de expresion e informacion y sus limites, p. 12;

etimologicamente expressa a idéia de transmitir algo a alguém, ou seja, compartilhar com outrem algo de que se dispõe". O vocábulo informação é adequado para designar um conteúdo possível do processo comunicativo.⁵⁸ Em suma, a informação é objeto da comunicação.

O emprego de *liberdade de expressão e comunicação* é justificado ainda pelo fato desta locução captar melhor a evolução jurídica da comunicação humana desde os seus primórdios, como liberdade negativa de não ser coarctada a expressão do pensamento, até a atualidade, com o acréscimo da liberdade positiva de comunicar fatos por meios institucionalizados, do direito de acesso às fontes da informação, do direito de acesso aos meios de comunicação de massa e do direito de ser informado.

Assim, com a locução *liberdade de expressão e comunicação* pretende-se aqui aludir a um direito fundamental de dimensão subjetiva (garantia da autonomia pessoal) e institucional (garantia da formação da opinião pública, da participação ativa de todos no debate público, do pluralismo político e do bom funcionamento da democracia) assegurado a todo cidadão, consistindo na faculdade de manifestar livremente os próprios pensamentos, idéias, opiniões, crenças, juízos de valor, por meio da palavra oral e escrita, da imagem ou de qualquer outro meio de difusão (liberdade de expressão), bem como na faculdade de comunicar ou receber informações verdadeiras, sem impedimentos nem discriminações (liberdade de comunicação).

⁵⁸ FERREIRA, Aluizio - Direito à informação. Direito à comunicação : direitos fundamentais na Constituição brasileira, p. 71, 73. Nesse sentido também Maria Eduarda Gonçalves (Direito da informação, p. 17) ao asseverar que a "informação repousa sobre a comunicação de uma mensagem entre dois entes. Mas a informação desliza para tornar-se substância comunicada".

a) Distinção entre liberdade de expressão e liberdade de comunicação

Como se observa, o conceito apresentado de direito fundamental, atinente à livre e pública divulgação de pensamentos e de notícias, é composto de duas liberdades: a liberdade de expressão e a liberdade de comunicação.

A *liberdade de expressão* tem como objeto a manifestação de pensamentos, idéias, opiniões, crenças e juízos de valor.⁵⁹ A *liberdade de comunicação* tem como objeto a difusão de fatos ou notícias. Tal divisão corresponde ao que comumente é designado por liberdade de opinar e liberdade de informar.⁶⁰

A importância prática dessa dicotomia reside (como será adiante detalhado) na delimitação das responsabilidades decorrentes do exercício da liberdade de expressão e comunicação. A título de exemplo: a liberdade de expressão, por ter conteúdo subjetivo e abstrato, não se encontra submetida ao limite interno da verdade; a liberdade de comunicação, constituída por conteúdo objetivo, encontra-se suscetível de comprovação da verdade.⁶¹

b) Concorrência entre liberdade de expressão e liberdade de comunicação

A distinção entre a liberdade de expressão, por um lado, e a liberdade de comunicação, por outro, é *communis opinio* tanto da doutrina⁶² quanto da jurisprudência e é de inestimável

⁵⁹ O conceito de liberdade de expressão anunciado difere do conceito de liberdade de expressão em sentido amplo. Este corresponde, nos termos formulados por Modesto Saavedra López (op. cit., p. 18), ao "*derecho a difundir públicamente, por cualquier medio y ante cualquier auditorio, cualquier contenido simbólico*". Esse conceito amplo de liberdade de expressão equivale ao conceito de *free speech* usado pela doutrina norte-americana.

⁶⁰ SODRÉ, Nelson Werneck - História da imprensa no Brasil, p. 2.

⁶¹ Conforme ressalta Concepcion Carmona Salgado (op. cit., p. 27) essa divisão revela o "*protagonismo de hechos (información) y el protagonismo de la subjetividad (opiniones-ideas)*". Também Giuseppe Corasaniti (Direito dell'informazione : linee generali della legislazione e della giurisprudenza costituzionale per l'impresa di informazione e la professione giornalistica, p. 269) assim se manifesta: "*in tema di libertà di esprimere la propria opinione e farla conoscere, occorre distinguere tra propalazione di fatti e valutazione di fatti già accertati. Poiché la reale sussistenza dei primi è suscettibile di essere provata, è pur possibile che non provandosi la loro corrispondenza a verità, l'autore dell'informazione possa essere condannato per diffamazione. La valutazione di fatti accertati e non contestati invece non può andar soggetta a prova di verità ed una condanna per mancata prova al riguardo costituirebbe perciò di per sé violazione della libertà di opinione*".

⁶² Por exemplo, REBOLLO VARGAS, R - Aproximación a la jurisprudencial constitucional : libertad de expresión e información e límites penales, p. 30; CARMONA SALGADO, Concepcion - Libertad de

valor para aquilatar-se o correto e diligente exercício das aludidas liberdades dentro dos marcos ético-jurídicos estabelecidos.⁶³

As raras manifestações contrárias à distinção em questão fulcram-se no argumento de que é difícil proceder à separação entre opinião e fato.

Com efeito, é verdade que tais elementos são conexos e que, na prática, podem apresentar-se interligados ou misturados. E, como visto no primeiro capítulo deste trabalho, do ponto de vista da teoria dos direitos fundamentais, havendo tal interligação tem-se o fenômeno da concorrência de direitos, ou seja, de que um titular de direito fundamental, numa ação de comunicar fatos, emite também juízos de valor, opiniões ou críticas sobre os fatos comunicados. Todavia, bem vistas as coisas, a experiência jurídica tem demonstrado que, na hipótese em que fatos e opiniões apresentam-se unidos, é perfeitamente possível determinar num caso concreto qual dos aspectos prepondera: a subjetividade (as idéias e opiniões tornadas públicas) ou a objetividade (os relevantes acontecimentos de interesse público). A subida importância do procedimento que atenta para a natureza do conteúdo do que é difundido amplamente na sociedade é, sem reboço de dúvida, a conversão daquele procedimento numa técnica jurídica que, se, por um lado, facilita o controle jurídico dos desvios malévolos da expressão e comunicação na vida social, por outro, garante o livre fluxo das opiniões e notícias divulgadas com diligência, honestidade e continência.

expresión e información y sus límites, p. 14; LLAMAZARES CALZADILLA, Ma. Cruz - Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático, pp. 41-42; ÁNGEL EKMEKDJIAN, Miguel - Derecho a la información : reforma constitucional y libertad de expresión. Nuevos aspectos, p. 33; ZANNONI, Eduardo A.; BÍSCARO, Beatriz R. - Responsabilidad de los medios de prensa, p. 26; BARROSO ASENJO, Porfirio; LÓPEZ TALAVERA, María del - La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales, p. 47; NOVOA MONREAL, Eduardo - Derecho a la vida privada y libertad de información : un conflicto de derechos, p. 154; PINTO, Ricardo Leite - Liberdade de imprensa e vida privada, p. 41; SERRANO, Vidal - A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística, p. 28, 31; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de - Direito de informação e liberdade de expressão, p. 26. Este último autor, embora utilizando o inadequado termo informação no lugar de comunicação, conforme assinalado no item 1 deste trabalho, expõe de forma resumida interessantes argumentos para explicar a dicotomia entre expressão e comunicação.

⁶³ Nestes termos, Modesto Saavedra López (La libertad de expresión en el Estado de Derecho : entre la utopía y la realidad, p. 21), quando afirma que a distinção entre informação propriamente dita e opiniões é "*de gran importancia, en la regulación concreta de la actividad, para determinar límites o responsabilidades específicas*".

2 - Escorço histórico da liberdade de expressão e comunicação

A busca por reconhecimento e proteção da liberdade de expressão e comunicação, inseparável da infinda luta pelo desenvolvimento humano, remonta à cultura grega. Em Atenas, um dos direitos mais apreciados pelos cidadãos era a faculdade reconhecida a todos de igualmente usar a palavra nas assembléias públicas. Os atenienses orgulhavam-se dessa ampla liberdade de expressão e comunicação que lhes era garantida pela *politéia*, como ilustra o seguinte trecho de discurso pronunciado por Péricles : "Nós (atenienses) somos os únicos, de fato, a considerar que um homem que se desinteressa da coisa pública não é um cidadão tranqüilo, mas antes um cidadão inútil; pois a palavra não é, para nós, um obstáculo à ação; ao contrário, consideramos perigoso passar à ação antes de nos termos suficientemente esclarecido pelo debate".⁶⁴ Portanto, o traço marcante da democracia na Grécia antiga foi mais a *isegoria*, isto é, o igual direito de qualquer cidadão manifestar-se publicamente nas reuniões do que a isonomia.⁶⁵

Noutra perspectiva, porém, a faina pela liberdade de expressão e comunicação conecta-se à cultura helênica por meio da própria morte de Sócrates. O filósofo grego teria sido condenado à pena capital, segundo seus acusadores, porque, a pretexto de procurar educar os jovens e torná-los melhores, na verdade, ele corrompia a juventude. Isto é, Sócrates foi condenado pelo delito de pensar.⁶⁶ Aliás, "Carlos Maximiliano lembra que Sócrates achava preferível ficar sem o sol o universo do que privada da liberdade de palavra a República".⁶⁷

⁶⁴ Apud COMPARATO, Fábio Konder - A democratização dos meios de comunicação de massa, pp. 156-157.

⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder - É possível democratizar a televisão?, p. 308.

⁶⁶ ZANNONI, Eduardo A.; BÍSCARO, Beatriz R. - Responsabilidad de los medios de prensa, p. 3.

⁶⁷ Apud MARANHÃO, Jarbas - Caracterização político-jurídica da liberdade de pensamento : censura e significação da imprensa, p. 67.

A rigor, a afirmação da liberdade de expressão e comunicação como direito fundamental é de período histórico relativamente recente. A sua proclamação como direito subjetivo foi parte da estratégia de consolidação do Estado liberal contra o *ancien régime*.⁶⁸

A Inglaterra foi país pioneiro em prol da liberdade de expressão e comunicação, especialmente quando o Parlamento britânico, em 1695, resolveu não reiterar o *Licensing Act*, que estabelecia a censura prévia.⁶⁹ Porém, antes dessa decisão histórica do Parlamento de proibir a censura prévia, a Inglaterra foi palco da luta renhida pela conquista da liberdade de expressão e comunicação. Tal fato é testemunhado por uma das mais eloqüentes defesas até hoje esgrimidas em favor da liberdade de expressão: Areopagítica - discurso pela liberdade de imprensa ao parlamento da Inglaterra, publicada por John Milton, em novembro de 1644. O texto é um apelo do autor ao Parlamento inglês para que revogasse a censura prévia instituída por meio de uma *Parliamentary Ordinance for Printing*. John Milton considerava a liberdade de expressão e comunicação como "*the best treasure of a good old age*".⁷⁰ O pedido de John Milton foi ignorado pelo Parlamento, mas o argumento que utilizou, v.g., de que a livre manifestação do pensamento conduz ao avanço do conhecimento e à descoberta da verdade, constitui clássico fundamento ainda hodiernamente invocado para a preservação da liberdade de expressão e comunicação.

No entanto, como mencionado, a liberdade de expressão e comunicação constitui um momento genético do constitucionalismo e do Estado liberal.⁷¹ Por conseguinte, serão as

⁶⁸ Aludindo ao relativo pouco tempo de existência da liberdade de expressão e comunicação como direito fundamental, escreveu Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1946, p. 428): "Se consultarmos a história, sabemos quanto é recente a liberdade de pensamento. Bastaria isso para mostrar quanto ainda somos primitivos. Mesmo porque essa liberdade ainda não se adquiriu em toda a sua amplitude; nem a vemos assegurada e garantida na maioria dos povos. Muito há de caminho por se percorrer, e muita luta por travar-se, para se conservar o que se conseguiu e se obter o que deve ser obtido".

⁶⁹ FARIAS, Edilson Pereira de - op. cit., p. 160.

⁷⁰ FORTUNA, Felipe - John Milton e a liberdade de imprensa, p. 14.

⁷¹ PINTO, Ricardo Leite - Liberdade de imprensa e vida privada, p. 36.

revoluções americana e francesa que proclamarão a liberdade de expressão e comunicação como um direito fundamental na forma atualmente entendida.⁷²

Nos Estados Unidos, já o *Virginia Bill of Rights* de 1776 proclamava no seu art. 12: "Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e jamais pode ser restringida, senão por um governo despótico". E a Primeira Emenda ao texto original da Constituição norte-americana e aprovada em 1791, consagra: "O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos".⁷³

Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, no seu art. 11, estabelecia que "a livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade pelo qual deverá responder nos casos determinados por lei". E a Constituição de 1793 assegurava no seu art. 7º: "O direito de manifestar seu pensamento e suas opiniões, pela imprensa ou por qualquer outra via, o direito de se reunir pacificamente e o livre exercício dos cultos não podem ser proibidos".

Atualmente, a liberdade de expressão e comunicação integra o *International Human of Rights Law*, incluída na *International Bill of Rights* (ver *supra*, cap. I, item 2).

A Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas - ONU, durante o seu primeiro período de sessões, ocupou-se do tema da liberdade de expressão e comunicação.

⁷² Na opinião Francisco Zuñiga Urbina (*Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena*, p. 169), "a liberdade de expressão tem suas raízes na reforma protestante que quebra o monopólio ideológico religioso e logra uma concreção maravilhosa com a criação da imprensa".

⁷³ Conforme revela Edward G. Hudon (*Imprensa e liberdade*, p. 22), a proposta original de James Madison para a Primeira Emenda, estimada por este último como a mais valiosa da lista de emendas à Constituição dos Estados Unidos, prescrevia não apenas que "o povo não será privado ou cerceado em seu direito de falar, escrever ou publicar seus sentimentos; e a liberdade de imprensa, como um dos grandes baluartes da liberdade, será inviolável", porém acrescentava que "nenhum Estado violará os direitos comuns de consciência, ou a liberdade imprensa ou o julgamento pelo júri em processos criminais... A Comissão especial da Câmara dos Deputados encarregada de estudar a matéria acrescentou a liberdade de palavra".

Recomendou ao Conselho Econômico e Social a convocação de uma conferência sobre o assunto e aprovou a Resolução n. 59, de 14 de dezembro de 1946, que estabelecia que "a liberdade de informação é um direito humano fundamental e pedra de toque de todas às liberdades as quais estão consagradas as Nações Unidas".

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em abril de 1948, na cidade de Bogotá, estabelece no seu art. 4º: "Toda pessoa tem o direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio".

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em dezembro de 1948, pela Organização das Nações Unidas - ONU proclama no seu art. 19: "Todo homem tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser incomodado por suas opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias, por quaisquer meios de expressão, independentemente de fronteiras".

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em dezembro de 1966, prescreve no seu art. 19:

1. Ninguém poderá ser molestado pelas suas opiniões.

2. Toda e qualquer pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de toda espécie, sem consideração de fronteiras, sob forma escrita ou oral, impressa ou artística, ou por qualquer outro meio a sua escolha.

3. O exercício das liberdades previstas no parágrafo 2 do presente artigo comporta deveres e responsabilidades especiais. Pode, em consequência, ser submetido a certas restrições, as quais, todavia, devem ser expressamente previstas em lei e serem necessárias para:

a) garantir o respeito dos direitos ou da reputação de outros;

b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, ocorrida em novembro de 1969, na cidade de San José de Costa Rica, estipula no seu art.13:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.⁷⁴

⁷⁴ Dentre os documentos internacionais que protegem a liberdade de expressão e comunicação cabe menção ainda ao Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, aprovado em Roma, no ano de 1950, que consagra no seu art. 10: "1. Toda pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de comunicar informações ou idéias sem que possa haver ingerência de autoridades públicas e sem consideração de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, cinematográfica ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício destas liberdades, que contêm deveres e responsabilidades, poderá ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções previstas pela lei, que constituem medidas

Por seu turno, preocupada com as novas facetas da liberdade de expressão e comunicação e suas conseqüências nas sociedades de massa contemporâneas, a UNESCO, reunida em Conferência Geral realizada na cidade de Paris, em 1979, "propugnou uma nova ordem mundial da informação e da comunicação, mais justa e equilibrada".⁷⁵ Ademais, a UNESCO, que gradativamente passou a realizar a atividade da ONU no âmbito das comunicações, criou uma Comissão Internacional de Estudos de Problemas da Comunicação, que ficou conhecida como Comissão Macbride, em razão de seu presidente, o irlandês Sean Macbride.

A referida Comissão configurou a liberdade de expressão e comunicação com base nos seguintes princípios:

- a) o direito a saber, isto é, a ser informado e a procurar livremente qualquer informação que deseja obter, principalmente quando se refere à vida, ao trabalho e às decisões que é preciso adotar tanto individualmente quanto como membro da comunidade. A negativa de comunicar uma informação ou a divulgação de uma informação falsa ou deformada constituem uma infração desse direito;
- b) o direito do indivíduo de transmitir aos outros a verdade, tal como a concebe, sobre as suas condições de vida, as suas aspirações, as suas necessidades e as suas queixas. Infringe-se esse direito quando se reduz o indivíduo ao silêncio mediante intimidação ou sanção, ou quando se nega a ele o acesso a um meio de comunicação;
- c) o direito a discutir: a comunicação deve ser um processo aberto de resposta, reflexão e debate. Esse direito garante a livre aceitação das ações coletivas e permite ao indivíduo influir nas decisões que tomam os responsáveis.⁷⁶

necessárias em uma sociedade democrática para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do delito, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da reputação ou dos direitos alheios, para impedir a divulgação de informações confidenciais ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judiciário".

⁷⁵ ÁNGEL EKMEKDJIAN, Miguel - Derecho a la información : reforma constitucional y libertad de expresión. Nuevos aspectos, p. 27.

⁷⁶ Apud LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo - O direito à informação e as concessões de rádio e televisão, pp. 188-189.

Contudo, a grande inovação do Relatório da Comissão Macbride, e que não consta expressamente em sua conclusão, é a exigência de democratização do processo de comunicação, evidenciada pela garantia efetiva a todos dos meios necessários para expressão de pensamentos e comunicação de informações, ou seja, a liberdade de expressão e comunicação como *status positivus* ou como direito fundamental à prestação.⁷⁷

3 - Concepção dual da liberdade de expressão e comunicação

Múltiplas são as razões arroladas para justificar o enorme prestígio conferido à liberdade de expressão e comunicação. Boa parte dos cultores do Direito (e de outras ciências humanas afins) considera a liberdade em questão como uma das estrelas mais reluzentes da constelação dos direitos fundamentais amparados na constituição do Estado democrático de Direito.⁷⁸ Por outro lado, da mais variada natureza e complexidade são as diversas funções atribuídas à liberdade de expressão e comunicação. Porém, nesse caleidoscópio de fundamentos racionais, o que se observa é uma tendência doutrinária de rechaçar qualquer concepção monista da liberdade de expressão e comunicação, seja baseada na proteção da personalidade humana, seja relacionada com a proteção da coletividade.⁷⁹

⁷⁷ Cf. FERREIRA, Aluizio - op. cit., p. 147.

⁷⁸ Na verdade, embora a liberdade de expressão e comunicação seja considerada por grande parte da doutrina como um dos mais preciosos valores garantidos juridicamente, na prática, essa liberdade não desfruta de tão elevada consideração. Os cidadãos estão mais preocupados com outros valores do que com o exercício da liberdade de expressão e comunicação. Nesse sentido é a exposição de Joseph Raz (Free expression and personal identification, p. 1), textualmente: "*Freedom of expression is a liberal puzzle. Liberals are all convinced of its vital importance, yet why it deserves this importance is a mystery. The source of the problem is simple. While a person's right to freedom of expression is given high priority, and is protected (or, in political morality, is held to deserve protection) to a far greater degree than a person's interest in having employment, or in not running a risk of an accident when driving along public roads, it is evident that most people value these interests, and many others which do not enjoy special legal protection, much more than they value their right to free expression. Worse still, there can be little doubt that most people are right not to value their right to free expression highly. With few exceptions people's interest in their right to free expression is rather small*".

⁷⁹ Assim também é a opinião de Laurence H. Tribe (American constitutional law, p. 785), autor de um dos mais influentes manuais de direito constitucional existentes nos Estados Unidos, na atualidade: "*To speak of the 'purposes' of the first amendment's protections of speech, press, assembly, petition, and (by implication) association, is to risk begging the central question posed by the Constitution's most majestic guarantee: is the freedom of speech to be regarded only as a means to some further end - like successful self-government, or social stability, or (somewhat less instrumentally) the discovery and dissemination of truth - or is freedom of speech in part also an end in itself, an expression of the sort of society we wish to become and the sort of persons we wish to be? No adequate conception of so basic an element of our fundamental law, it will be argued here, can be developed in purely instrumental or 'purposive' terms*".

A concepção dual da liberdade de expressão e comunicação, aqui exposta, sistematiza os argumentos esgrimidos em duas perspectivas: (i) na perspectiva subjetiva -apresentam-se as teorias que consideram a liberdade de expressão valor indispensável para a proteção da dignidade da pessoa humana e livre desenvolvimento da personalidade; (ii) na perspectiva objetiva - reúnem-se as teorias que julgam a liberdade de expressão e comunicação valor essencial para a proteção do regime democrático, na medida em que propicia a participação dos cidadãos no debate público e na vida política.

3. 1 - Concepção subjetiva da liberdade de expressão e comunicação

A perspectiva subjetiva ou individual sobre a liberdade de expressão e comunicação corresponde, inicialmente, às concepções do liberalismo clássico sobre o tema.

Como já referido, John Milton, autor de um dos mais importantes documentos da história da liberdade de expressão e comunicação, defende a mais ampla liberdade de expressão do pensamento como meio para a obtenção da verdade. A sua confiança na força da verdade é tanta que, na sua opinião, não há necessidade de estratégias e políticas para defendê-la, suficiente apenas será a existência de um ambiente de liberdade para que naturalmente a verdade se imponha e refute as imposturas e os erros. Esse será um dos mais persuasivos argumentos utilizados pelo autor para demonstrar a inutilidade da proposta do Parlamento inglês que instituiu a censura prévia com o objetivo de coibir a publicação de livros difamatórios à religião e ao governo. Daí as suas renomadas palavras: "Dai-me a liberdade para saber, para falar e para discutir livremente, de acordo com a consciência, acima de todas as liberdades".⁸⁰

No século XIX, será a vez de John Stuart Mill propugnar que a liberdade de pensamento e discussão é indispensável para a descoberta da verdade. O precitado autor vai argumentar que o método racional para alcançar-se a verdade é a livre discussão e o contraste

⁸⁰ MILTON, John - op. cit., p. 169.

das opiniões. E em nenhuma hipótese justifica-se a supressão de uma idéia, pois mesmo as opiniões que, no decorrer do debate, revelam-se errôneas são importantes porque ajudam a esclarecer a verdade.⁸¹

Uma posição cética com relação ao conceito de verdade objetiva, anteriormente formulado, é representada pelo juiz Oliver Wendell Holmes, da Suprema Corte dos Estados Unidos, em meados do século XX. Para Holmes, a verdade é algo relativo e circunstancial, que emerge do livre tráfego das idéias, ou seja, do mercado das idéias. O referido magistrado expôs pela primeira vez a aludida tese no seu voto dissidente do caso *Abrams v. United States* (250 U.S. 616-630, 1919). Eis as conhecidas palavras de Holmes: "*que el mejor test de la verdad es el poder de la opinión en llegar a ser aceptada en la competición del mercado; y esa verdad es el único terreno sobre el que sus deseos pueden ser conseguidos con seguridad*".⁸²

A metáfora do mercado das idéias como instrumento para atingir-se a verdade está sujeita a inúmeras críticas. Holmes nos seus escritos não descreve as condições sob as quais o livre mercado conduzirá à verdade. Por exemplo, a irrestrita competição de mercado no campo da propaganda comercial pode muito bem produzir a falsidade.⁸³

⁸¹ MILL, John Stuart - *On liberty*, pp. 59-60: "*But the peculiar evil of silencing the expression of an opinion is, that it is robbing the human race; posterity as well as the existing generation; those who dissent from the opinion, still more than those who hold it. If the opinion is right, they are deprived of the opportunity of exchanging error for truth: if wrong, they lose, what is almost as great a benefit, the clearer perception and livelier impression of truth, produced by its collision with error*".

⁸² Apud FAYOS GARDÓ, Antonio - *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, p. 114. Uma transcrição mais completa da referida opinião dissidente de Holmes é feita por Cass R. Sunstein (*Democracy and the problem of free speech*, pp. 24-25) nos seguintes termos: "*Persecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power and want a certain result with all your heart you naturally express your wishes in law and sweep away all opposition... But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas - that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth, is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment. Every year if not every day we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect knowledge. While that experiment is part of our system I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country*".

⁸³ SUNSTEIN, Cass R. - *op. cit.*, p. 25.

A autonomia e auto-expressão são razões invocadas para estimar a liberdade de expressão e comunicação. A autonomia significa a autodeterminação individual da pessoa humana para pensar por si mesma e não ser submetida à dominação intelectual ou psicológica por outrem. E a auto-expressão pressupõe a liberdade de expressão e comunicação porque pensamento e linguagem estão intimamente ligados: não se pode pensar livremente sem a possibilidade de expressão, bem como sem a oportunidade de ouvir outros. Assim, a autonomia e a auto-expressão são valores importantes da liberdade de expressão e comunicação: "*autonomy, the ability to think for oneself, and self-expression, the communicating of one's thoughts to others*".⁸⁴

Nessa linha de argumentação, é a teoria da auto-realização que ressalta a importância para a realização pessoal da faculdade reconhecida à pessoa humana de manifestar as próprias idéias, bem como a possibilidade de contestar a dos outros. Um representante dessa corrente teórica é Thomas Scanlon que, ao defender a livre manifestação das opiniões como um bem de promoção pessoal, posiciona-se contra qualquer interceptação estatal na liberdade dos cidadãos de manifestar suas idéias, salvo em casos extremos.⁸⁵

Na perspectiva subjetiva individual também é a teoria formulada por Ronald Dworkin (um influente filósofo do Direito no mundo anglo-saxão na atualidade) de que todos os direitos fundamentais devem ser levados a sério porquanto são essenciais para a proteção da

⁸⁴ LICHTENBERG, Judith - Foundations and limits of freedom of the press, pp. 108-109. A exposição acima sobre os valores da autonomia e da auto-expressão é baseada essencialmente nos argumentos dessa autora. Ademais, cumpre esclarecer que, quanto à temática das raízes e funções da liberdade de expressão e comunicação, segue-se aqui mormente a discussão suscitada sobre o assunto nos Estados Unidos, país onde tanto a doutrina quanto a jurisprudência, objetivando interpretar e aplicar a Primeira Emenda à Constituição norte-americana, têm produzido diversas teorias sobre a liberdade de expressão e comunicação.

⁸⁵ Apud FAYOS GARDÓ, Antonio - op. cit., p. 114. Nesse sentido também é a opinião de Cass R. Sunstein (op. cit., p. XX): "*We should of course recognize the plurality and diversity of values served by a system of free expression. The First Amendment is not concerned only with politics; it has to do with autonomy and self-development as well*".

dignidade da pessoa humana. Assim, a coletividade deve abster-se de intervir na liberdade de expressão e comunicação para que não haja agressão à dignidade da pessoa humana.⁸⁶

3.2 - Concepção objetiva da liberdade de expressão e comunicação

A perspectiva objetiva sobre a liberdade de expressão e comunicação pode ser referida ao período inicial da própria consagração legal dessa liberdade, conquanto o individualismo exacerbado de correntes do liberalismo tenha buscado ofuscar o papel supra-individual desempenhado pela liberdade de expressão e comunicação na sociedade. Assim, cumpre evocar que James Madison - mentor da Primeira Emenda, que inscreveu a liberdade de expressão e comunicação como direito fundamental no texto da Constituição norte-americana - entendia que o principal escopo da liberdade de expressão e comunicação era servir de instrumento para a soberania popular construir e manter um autogoverno democrático, por exemplo, ao contribuir para informar os eleitores e garantir um racional debate-público.⁸⁷

De acordo com a concepção madisoniana da liberdade de expressão e comunicação, dois são os critérios básicos para avaliar a idoneidade de um sistema de liberdade de expressão e comunicação: o grau de diversidade de pontos de vista expressos e a pertinência com assuntos de interesse público.⁸⁸ Embora o ideal madisoniano da liberdade de expressão e comunicação não seja incompatível com outros objetivos, o propósito maior, e que tem primazia sobre os demais, é a proteção da liberdade de expressão e comunicação como ferramenta privilegiada para a realização da democracia deliberativa.⁸⁹ Nesse veio, o autor da Primeira Emenda chama a atenção para o seguinte: "*If we advert to the nature of Republican*

⁸⁶ Assim Antonio Fayos Gardó - op. cit., pp. 114-115. Ronald Dworkin apresenta suas teses sobre a liberdade de expressão e comunicação em trabalhos como: *Taking rights seriously* e *A matter of principle*.

⁸⁷ SUNSTEIN, Cass R. - op. cit., pp. xvi-xvii, HOLMES, Stephen - *Liberal constraints on private power? : reflections on the origins and rationale of access regulation*, p. 32, 35.

⁸⁸ SUNSTEIN, Cass R. - *Idem*, p. 59.

⁸⁹ SUNSTEIN, Cass R. - *Idem*, p. 122, 130.

Government, we shall find that the censorial power is in the people over the Government, and not in the Government over the people".⁹⁰

A concepção objetiva da liberdade de expressão e comunicação é vinculada também ao juiz Louis Brandeis, membro renomado da Corte Suprema dos Estados Unidos, contemporâneo do juiz Oliver Wendell Holmes e, como este, autor de célebres votos dissentes em casos julgados perante aquela Corte.

As opiniões de Brandeis sobre a liberdade de expressão e comunicação convergem para o que pode ser designado de "concepção cívica da liberdade de expressão e comunicação". Suas idéias estão assentadas no pensamento republicano clássico que exalta a virtude política e o governo democrático fulcrado na deliberação pública. Assim, a visão de Brandeis associa-se à concepção de Madison: ambos entendem a liberdade de expressão e comunicação como algo essencial para a consecução do autogoverno popular. No caso *Whitney v. California* (274 U.S. 357- 372, 1927), no seu voto em separado, quando fazia alusão aos proeminentes realizadores da independência norte-americana, o juiz Brandeis escreveu o seguinte: *"They believed that freedom to think as you will and to speak as you think are means indispensable to the discovery and spread of political truth".⁹¹*

Todavia, o mais conhecido defensor da concepção objetiva da liberdade de expressão e comunicação, e considerado um dos mais importantes filósofos da liberdade de expressão e

⁹⁰ Apud COX, Archibald - Freedom of expression, p. 3.

⁹¹ Apud SUNSTEIN, Cass R. - op. cit., pp. 26-27. Esta é citação integral feita por Cass R. Sunstein do voto de Brandeis: *"Those who won our independence believed that the final end of the state was to make men free to develop their faculties; and that in its government the deliberative forces should prevail over the arbitrary. They valued liberty both as an end as a means. They believed liberty to be the secret of happiness and courage to be the secret of liberty. They believed that freedom to think as you will and to speak as you think are means indispensable to the discovery and spread of political truth; that with them, discussion affords ordinarily adequate protection against the dissemination of noxious doctrine; that the greatest menace to freedom is an inert people; that public discussion is a political duty; and that this should be a fundamental principle of the American government... Those who won our independence by revolution were not cowards. They did not exalt order at the cost of liberty. They did not fear political change. To courageous, self-reliant men, with confidence in the power of free and fearless reasoning applied through the process of popular government, no danger flowing from speech can be deemed clear and present, unless the incidence of the evil apprehended is so imminent that it may befall before there is opportunity for full discussion. If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the process of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence. Only an emergency can justify repression".*

comunicação, talvez seja Alexander Meiklejohn.⁹² Segundo este autor, a liberdade de expressão e comunicação cumpre duas funções na democracia: (i) uma função informativa pela qual o livre fluxo das informações possibilita o melhor conhecimento e a melhor avaliação dos assuntos de relevância pública e, dessa forma, estarão os cidadãos mais preparados para levarem a cabo decisões inteligentes, uma vez que compete à soberania popular efetivar as decisões fundamentais no regime democrático; (ii) uma função crítica pela qual a liberdade de expressão e comunicação assegura aos cidadãos a faculdade de criticar o poder político, as instituições estabelecidas e os agentes públicos, o que pode resultar na mudança dos governantes.⁹³

Os fundamentos políticos da liberdade de expressão e comunicação são outrossim enfatizados por Owen M. Fiss em seus trabalhos.⁹⁴ Este autor, que apelida de "concepção libertária ou privada" as teorias subjetivas da liberdade de expressão e comunicação e "concepção democrática ou social" as teorias objetivas da liberdade de expressão e comunicação, sustenta que o propósito da proteção constitucional da liberdade de expressão e comunicação é garantir o pleno exercício da soberania popular, pois a comunicação livre enriquece e amplia o debate público e assegura que as pessoas fiquem conscientes dos temas em discussão e dos argumentos apresentados por todas as partes envolvidas: a democracia exige a participação ativa de cidadãos conscientes para dirigir seus próprios assuntos.⁹⁵

⁹² COX, Archibald - op. cit., p. 2. Assim também Santiago Sanchez Gonzalez (La libertad de expresion, p. 25) ao afirmar que corresponde a Alexander Meiklejohn o protagonismo na consideração da liberdade de expressão como elemento essencial do sistema democrático.

⁹³ LICHTENBERG, Judith - op. cit., p. 110; COX, Archibald - op. cit., p. 3. Alexander Meiklejohn (apud Antonio Fayos Gardó - Derecho a la intimidad y medios de comunicación, p. 113), expõe assim a sua tese: *"La discusión pública de asuntos públicos, junto con la difusión de la información y de la opinión sobre éstos, debe tener una libertad no limitada por nuestros agentes. Aunque nos gobiernan, nosotros, en un sentido más profundo, los gobierno tenemos un poder soberano ... En mi opinión la gente necesita la libre expresión porque han decidido, al adoptar, mantener e interpretar su Constitución, gobernar-se a sí mismos en lugar de ser gobernados por otros. Y para hacer que este auto-gobierno sea una realidad en lugar de una ilusión, para conseguir que sea tan inteligente y eficiente como requieren sus responsabilidades la toma de decisiones de la gente debe estar auto-educada en las vías de la libertad"*.

⁹⁴ Por exemplo, Libertad de expresión y estructura social e La ironía de la libertad de expresión.

⁹⁵ FISS, Owen M. - Libertad de expresión y estructura social, p. 172.

A concepção democrática da liberdade de expressão e comunicação de Owen M. Fiss, inspirada principalmente em Alexander Meiklejohn, é, na opinião daquele autor, a visão dominante hoje nos Estados Unidos, ou seja, aquela que interpreta a Primeira Emenda como instrumento de "preservação da democracia e do direito de um povo enquanto povo a decidir que tipo de vida quer viver".⁹⁶ Contudo, uma idéia original de Fiss, e em parte adotada neste trabalho, é a de que a estrutura social pode ser tão nefasta para a liberdade de expressão e comunicação como seria a arbitrariedade estatal.⁹⁷ Por exemplo, como será analisado oportunamente nesta tese, a concentração ou o monopólio da comunicação social nas mãos do poder econômico poderá significar uma grande ameaça ao livre fluxo da comunicação na sociedade. Na verdade, o aprofundamento deste problema, como reconhece Fiss, conduzirá à crítica da estrutura do próprio poder no sistema capitalista. O autor afirma que a Primeira Emenda não exige tal revolução, mas apenas a compreensão de uma verdade cheia de ironia e contradição: a de que o Estado pode ser não só um inimigo, mas também um amigo da liberdade de expressão e comunicação.⁹⁸ Evidentemente Fiss está se dirigindo contra algumas correntes teóricas existentes nos Estados Unidos que, com base num individualismo exacerbado, interpretam a Primeira Emenda à Constituição norte-americana como uma garantia jurídica que proíbe toda e qualquer forma de intervenção do Estado no âmbito da liberdade de expressão e comunicação, não importando que a regulação estatal vise a ampliar e não a restringir a efetiva comunicação entre todos os cidadãos. Em suma, a tese do perigo que a estrutura social pode representar para a liberdade de expressão e comunicação encerra uma verdade que não deve ser olvidada, a de que *"la experiencia de una sociedad llamada liberal y de mercado, regida por el control privado de los medios económicos, enseña que la*

⁹⁶ FISS, Owen M. - Idem, p. 23.

⁹⁷ FISS, Owen M. - Idem, 31. Textualmente: *"En el núcleo de mi enfoque está la creencia de que la estructura social contemporánea es tan enemiga de la libertad de expresión como lo es el policía"*.

⁹⁸ FISS, Owen M - Idem, íbidem e *La ironía de la libertad de expresión*, pp. 109-110.

libertad pluralista y las facultades individuales están casi totalmente sojuzgadas por el peso de los medios materiales, cuya disposición condiciona la comunicación".⁹⁹

A *Supreme Court* dos Estados Unidos tem freqüentemente reafirmado que a Primeira Emenda à Constituição norte-americana contém um fundamento político-democrático. No caso *Garrison v. Louisiana* (379 U.S. 64, 1964), o juiz Brennan expressou: "*Speech concerning public affairs is more than self-expression; it is the essence of self-government*".¹⁰⁰ No caso *Cohen v. Califórnia* (403 U.S. 15, 1971), o juiz Harlan asseverou de forma eloqüente: "*The constitutional right of free expression ... is designed and intended to remove government restraints from the arena of public discussion, putting the decision as to what views shall be voiced largely into the hand of each of us, in the hope that use such freedom will ultimately produce a more capable citizenry and more perfect polity and in the belief that no other approach would comport with the premise of individual dignity and choice upon which our political system rests*".¹⁰¹

No continente europeu, no paradigmático caso *Lüth-Urteil* (15-01-1958), um dos mais festejados *leading cases* da experiência constitucional tedesca, o Tribunal Constitucional alemão, além da dimensão individual, ressaltou a importância da liberdade de expressão e comunicação para a democracia política. Proclamou o sobredito Tribunal Constitucional: "Ela é pura e simplesmente constitutiva para uma ordenação estadual livre e democrática, pois só ela torna possível o permanente debate cultural, o confronto de opiniões que é seu elemento vital. Ela é, em certo sentido, o fundamento de toda a liberdade, '*the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom*'" (Cardoso)".¹⁰² No mesmo diapasão foi a

⁹⁹ BATURIN, Y; FEDETOV, M; ENTINE, V. - URSS : un proyecto de ley sobre la libertad de prensa, p. 68.

¹⁰⁰ Apud COX, Archibald - op. cit., p. 3.

¹⁰¹ Apud COX, Archibald, Idem, pp. 3-4.

¹⁰² Apud ANDRADE, Manuel da Costa - Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal : uma perspectiva jurídico-criminal, p. 44.

opinião do Tribunal Constitucional germânico, no julgamento do caso Spiegel-Urteil, quando enfatizou a natureza jurídico-objetiva da liberdade de expressão e comunicação.¹⁰³

Fazendo eco às manifestações jurisprudenciais do Tribunal Constitucional Federal germânico a doutrina alemã tem frisado que, se, por um lado, a liberdade de expressão e comunicação constitui direito subjetivo de defesa e direito subjetivo de cooperação política, por outro ângulo, ela é elemento constitutivo da ordem objetiva jurídico-democrática instituída pela Lei fundamental.¹⁰⁴ Vale dizer, sob o aspecto objetivo aquela liberdade é indispensável para a formação da vontade política e para a transparência da vida pública, revelando-se, assim, um dos pressupostos mais importantes da democracia constitucional.¹⁰⁵

O Tribunal Constitucional espanhol, por seu turno, em diversas ocasiões tem reiterado a relevância da liberdade de expressão e comunicação para a formação do pluralismo político num Estado democrático de direito. Por exemplo, a sentença n. 159, de 12 de dezembro de 1986, assinala, como um dos pilares de uma sociedade democrática, aquela liberdade; a sentença n. 104, de 17 de julho de 1986, aduz que a livre comunicação é absolutamente necessária para a legitimidade democrática.¹⁰⁶

A doutrina espanhola acompanha as opiniões do Tribunal Constitucional espanhol ao asseverar que os direitos da comunicação são manifestações imediatas da dignidade da pessoa humana e do princípio democrático.¹⁰⁷ E neste último aspecto, isto é, como valor objetivo, aqueles direitos vêm a ser condição necessária para o normal funcionamento do regime democrático constitucional.¹⁰⁸

¹⁰³ ANDRADE, Manuel da Costa - Idem, *ibidem*.

¹⁰⁴ HESSE, Konrad - Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha, p. 303.

¹⁰⁵ LARENZ, Karl - Metodologia da ciência do direito, p. 496.

¹⁰⁶ Apud CARMONA SALGADO, Concepcion - *op. cit.*, p. 19.

¹⁰⁷ LLAMAZARES CALZADILLA, Ma. Cruz - *op. cit.*, p. 44.

¹⁰⁸ VEGA RUIZ, José Augusto de - Libertad de expresión, información veraz, juicios paralelos, medios de comunicación, p. 24.

A jurisprudência da Corte Constitucional italiana segue a tendência de qualificar a liberdade de expressão e comunicação como "pedra angular" da ordem jurídica democrática. Assim, a sentença n. 126, de 2 de maio de 1985, proclamou que o concreto exercício da liberdade de expressão do pensamento é fundamental para o ordenamento constitucional; a sentença n. 105, de 15 de junho de 1972, declarou que "no ordenamento democrático o papel da imprensa e da informação responde à exigência do primário interesse geral da formação de uma opinião pública atenta e esclarecida".¹⁰⁹

Outrossim, a doutrina portuguesa articula a liberdade de expressão e comunicação com o princípio democrático ao constatar uma "dimensão comunitária"¹¹⁰ dessa liberdade no Estado democrático, i.e., que a ampla liberdade de expressão e comunicação torna-se força vital para a formação da opinião e para a livre discussão pública.¹¹¹

A doutrina jurídica nacional está a par do valor da liberdade de expressão e comunicação para a consecução de objetivos coletivos. Por exemplo, Rui Barbosa já apregoava o benefício da transparência luminosa que aquela liberdade poderia propiciar à higiene dos costumes públicos e à profilaxia dos abusos que estão passando na esfera pública.¹¹² Mais recentemente, Aluísio Ferreira alude à dramática necessidade do acesso de todos ao conhecimento (idéias e informações) para o estabelecimento de uma autêntica convivência democrática na atual "sociedade da comunicação".¹¹³

¹⁰⁹ CORASANITI, Giuseppe - *Diritto dell'informazione*, pp. 11-12.

¹¹⁰ ANDRADE, Manuel da Costa - *op. cit.*, p. 40.

¹¹¹ SOUSA, Nuno e - *A liberdade de imprensa*, p. 33; PINTO, Ricardo Leite - *Liberdade de imprensa e vida privada*, pp. 54-55.

¹¹² BARBOSA, Rui - *Liberdade de expressão*, pp. 397-398. Nesse sentido também são as palavras de Rui Barbosa (*Escritos e discursos seletos*, p. 704), quando sentencia, referindo-se ao caráter do jornalismo, "a origem do seu valor, do seu poderio, da sua resistência indestrutível está na transparência luminosa da sua ação sobre a sociedade, na sua correspondência com os sofrimentos populares, na sua solidariedade com as reivindicações do direito, na irreconciliabilidade da sua existência com a da ignorância, a da mentira, a da torpeza".

¹¹³ FERREIRA, Aluísio - *op. cit.*, p. 82, *expressis verbis*: "À medida que se vai tornando universal a convicção de que os processos democráticos são os que mais efetivamente podem contribuir para a realização humana nos âmbitos familiar, comunitário e político; que democratização passa crescentemente a significar cada vez mais participação; e à medida que a humanidade a cada dia passa a ser 'a sociedade da informação', deter conhecimento - sobretudo conhecimento específico - erige-se em condição *sine qua non* à concretização das

4 - Princípios da liberdade de expressão e comunicação

Do exposto anteriormente, observa-se que uma vantagem da concepção dual apresentada é, *grosso modo*, sua compatibilidade com a maioria dos argumentos esgrimidos para explicar a natureza da liberdade de expressão e comunicação. A única exceção talvez seja a teoria da metáfora do mercado das idéias, que geralmente desborda para uma interpretação absolutista e extrema de negar qualquer intervenção estatal no âmbito da liberdade de expressão e comunicação, chocando-se, com isso, frontalmente com a concepção democrática que estima como positiva a atuação do Estado, quando necessária para promover e ampliar o livre exercício da comunicação na sociedade.

Assim, as teorias apresentadas complementam-se como fundamentos da liberdade de expressão e comunicação e formam um sistema de valores. Deste pode-se extrair vários princípios:

4.1 - Princípio forte

A união da liberdade espiritual (dimensão pessoal) com a liberdade política e democrática (dimensão comunitária),¹¹⁴ somando as justificações para as duas dimensões, resulta no fortalecimento da liberdade de expressão e comunicação como princípio jurídico-constitucional. Assim, as raízes da liberdade de expressão e comunicação não devem ser vistas isoladamente, senão como um sistema integrado, cada uma delas necessária porém insuficiente de *per si*.¹¹⁵

idéias e ao engajamento humano. De outra forma, participação autêntica não haverá e a correspondente democracia declarada não está sendo mais que um simulacro, uma democracia meramente formal, democracia de alguns privilegiados e multidões de manipulados e excluídos. Pois sem conhecimento adequado e suficiente ou se manifesta interesse algum por participação, ou se participa só por participar, sem nenhuma possibilidade de escolha nem de engajamento, sem capacidade de argumentação ou contra-argumentação consistente e convincente e, portanto, sem qualquer 'chance' de fazer valer pretensões diante de interlocutores ou concorrentes mais qualificados e superiormente informados, não raros dotados de conhecimentos privilegiadamente obtidos".

¹¹⁴ COX, Archibald - Freedom of expression, p. 2.

¹¹⁵ SANCHEZ GONZALEZ, Santiago - op. cit., p. 31. Este autor (*idem*, *ibidem*) considera que os valores que sustentam a liberdade de expressão e comunicação dentro de um Estado democrático promovem em

A compreensão das razões invocadas para defender a importância da liberdade de expressão como valores não excludentes entre si conduzirá o enquadramento da referida liberdade no marco de uma *cultura aberta* na qual a imaginação humana nos campos artístico, científico, religioso, filosófico e político poderá fluir livremente.¹¹⁶

4.2 - Princípio da incensurabilidade

Dentre os vários motivos colimados para a proteção jurídico-constitucional da liberdade de expressão e comunicação dois são essenciais: (i) que os cidadãos possam expressar seus pensamentos e comunicar fatos ou notícias livres de impedimentos ou interferências; (ii) que efetivamente possam existir muitos cidadãos comunicando-se para que haja uma ampla divulgação da variedade de idéias e de pontos de vista existentes na sociedade. Esses propósitos podem ser descritos na forma de dois princípios: o primeiro, como princípio da incensurabilidade, e o segundo, como princípio do pluralismo.¹¹⁷

O princípio da incensurabilidade,¹¹⁸ estreme de dúvida, é um dos mais distintivos princípios da liberdade de expressão e comunicação. Esta fica descaracterizada sob a inquisição da manifestação do pensamento, da comunicação de fatos ou do acesso às informações. Aliás, os próceres do liberalismo clássico entendiam a própria liberdade de expressão e comunicação como uma posição jurídica determinada pela ausência de censura,

expresarse es una afrenta a la dignidad del hombre, una negación de su naturaleza'; (2) Sirve para incrementar el conocimiento y descubrir la verdad a través de la exposición y discusión de las ideas; (3) Es un requisito esencial para el normal desenvolvimiento del proceso democrático. Sin libertad de expresión no puede haber participación genuina de los miembros de la sociedad en la toma de decisiones políticas; (4) Por último, hace de las comunidades humanas agregados más flexibles y 'adaptables' y por ende 'más estables', y facilita el mantenimiento de un 'equilibrio precario entre las divisiones sociales saludables y el necesario consenso'".

¹¹⁶ SMOLLA, Rodney, citado por SANCHEZ GONZALEZ, Santiago - op. cit., p. 33, afirma: "*Una nación comprometida con una cultura abierta... defenderá la conciencia y la expresión humanas en toda su maravillosa variedad, protegiendo la libertad de expresión, de prensa, de religión, de asociación, de reunión y la de protesta en masa de manera pacífica. Estas libertades ... no cubrirán tan sólo el discurso político, sino el infinito abanico de interrogantes artísticos, científicos, religiosos y filosóficos que atraen y capturan la imaginación humana*". Nesse sentido é a opinião de Pontes de Miranda (Liberdade de imprensa, p. 187) quando afirma que a liberdade de expressão e comunicação tem a função primordial de "informar o público quanto ao que se passa na política, na ciência, na arte, na economia e no Direito".

¹¹⁷ Assim Judith Lichtenberg (op. cit., p. 107), que denomina os referidos princípios de "*noninterference or no censorship principle*" e "*multiplicity of voices principle*", respectivamente.

¹¹⁸ Cf. PONTES DE MIRANDA - Comentário à Constituição de 1946, p. 435.

isto é, como *status negativo* que assegurava aos cidadãos um direito fundamental de não ser impedido de exprimir-se.

Uma escavação arqueológica do princípio da incensurabilidade revela que a busca pela proteção jurídica da liberdade de expressão e comunicação sempre esteve associada à preocupação de preservar a incolumidade da comunicação humana contra proibições arbitrárias. Essa peleja recua à censura prévia infligida às manifestações artísticas e religiosas nas cidades-Estado gregas.¹¹⁹ Na Roma antiga os censores procuravam controlar os costumes dos cidadãos.¹²⁰ Na Idade Média, a igreja católica institucionalizou a censura, mormente por meio da inquisição, que podia resultar na aplicação de pena capital contra o herege.¹²¹ Contudo, a partir desse último período histórico, a repulsa à irracionalidade da censura propiciou o início da configuração do princípio em discussão.

Hodiernamente, o princípio da incensurabilidade aponta para o sentido de que a liberdade de expressão e comunicação não seja subjugada a nenhuma forma arbitrária de restrição, sendo inadmissível a censura estatal ou privada, bem como censura prévia ou posterior.¹²²

Pelo menos do ponto vista teórico, o princípio da incensurabilidade tem aprovação quase unânime, é proclamado nas declarações e convenções internacionais sobre direitos humanos e geralmente está plasmado nas constituições dos Estados contemporâneos. Por exemplo, como será examinado detidamente na segunda parte deste trabalho, a Constituição

¹¹⁹ PELLET LASTRA, Arturo - La libertad de expresión, 19.

¹²⁰ PEIXE, José Manuel Valentim; FERNANDES, Paulo Silva - A lei de imprensa comentada e anotada, p. 17.

¹²¹ Conforme lembra João Féder (Crimes da comunicação social, p. 33), talvez o exemplo mais tocante de "irracionalidade da censura" à liberdade de expressão seja o caso de Galileu Galilei. "Já velho e doente, Galileu foi chamado a Roma e, na prisão, obrigado a assinar um documento renegando sua própria doutrina."

¹²² Algo que não deve ser esquecido, como anota Felipe Fortuna (op. cit., pp. 23-24), é que "John Milton se opunha à censura prévia, mas nada tinha contra a censura posterior de qualquer publicação. Na conclusão de *Areopagítica*, sua posição é inconfundível, pois os livros podem ser queimados e destruídos posteriormente caso *be found mischievous and libellous*".

Federal brasileira de 1988 veda toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (art. 5º, IX e art. 220, §1º).

Como se nota, o princípio da incensurabilidade encontra-se conectado à perspectiva alardeada nos séculos XVIII e XIX que essencialmente contemplava a liberdade de expressão e comunicação como uma liberdade negativa, ou seja, um direito fundamental de defesa dirigido contra o Estado, exigindo unicamente a abstenção deste para a ocorrência da ampla difusão das idéias e notícias. É evidente que tal perspectiva não perdeu o seu vigor e continua atual. Hoje, porém, adscrive-se à visão liberal clássica o aspecto que compreende a liberdade de expressão e comunicação como uma liberdade positiva, ou seja, um direito fundamental à prestação que exige também uma ação positiva do Estado, quando indispensável para promover a livre comunicação. É dizer, o princípio da incensurabilidade não obsta a atuação do Poder Público para concretizar a liberdade de expressão e comunicação na vida social. Ademais, não há contradição entre o princípio em questão e a restrição do âmbito de proteção da liberdade de expressão e comunicação, quando necessário para resguardar os cidadãos ou a coletividade de eventuais abusos cometidos por essa liberdade. A proibição de censura não se confunde com imunidade absoluta da liberdade de expressão e comunicação.¹²³

¹²³ Nesse sentido é a clássica doutrina de William Blackstone (apud Edward G. Hudon - Imprensa e liberdade, p. 30): "A liberdade de imprensa é, sem dúvida, essencial à natureza de um Estado livre; mas ela consiste em não impor restrições prévias às publicações e não na imunidade à censura por matérias criminosas quando publicadas. Todo cidadão tem o indubitável direito de expor os seus sentimentos que entender perante o público; proibir isto é destruir a liberdade de imprensa: mas se ele publicar o que é impróprio, nocivo ou ilegal, deve arrostar as conseqüências de sua própria temeridade".

4.3 - Princípio do pluralismo

A multiplicidade de vozes na esfera pública é um dos objetivos colimados com a configuração jurídica da liberdade de expressão e comunicação: a escassez de diversidade quanto à difusão de idéias e notícias na realidade social fatalmente redundará no empobrecimento da cultura cívica.¹²⁴

O pluralismo na comunicação pode propiciar às pessoas conhecer as inúmeras concepções políticas, ideológicas e filosóficas existentes na sociedade democrática e com elas travar contacto. Dessa forma os cidadãos poderão tornar-se: (i) mais gabaritados para avaliar os assuntos em discussão na arena pública; (ii) mais instruídos para assumir as responsabilidades destinadas à soberania popular num regime constitucional; (iii) até mesmo mais preparados para fruírem adequadamente os seus direitos fundamentais.¹²⁵

Ademais, o pluralismo das fontes de informações poderá resultar numa melhor qualidade do conteúdo da comunicação. Como será visto neste trabalho, por ocasião da análise dos meios de comunicação de massa, um sério desafio para a constituição de uma comunicação social democrática é a tendência atual de concentração da propriedade dos *mass media* em poucas empresas comerciais e o conseqüente risco da homogeneização das idéias, das notícias, das reportagens e dos programas divulgados.¹²⁶

¹²⁴ Cass R. Sunstein (op. cit., pp. 246-247) opina: "*A principal function of a democratic system is to ensure that through representative processes, new or submerged voices, or novel depictions of where interests lie and what they in fact are, can be heard and understood. It should hardly be surprising, if preferences, values, and perceptions of both individual and collective welfare are changed as a result of that process.*"

¹²⁵ Assim parece ser a proposta de valorização do pluralismo nas sociedades contemporâneas de John Rawls (Political liberalism, p. xviii): "*Political liberalism assumes that, for political purposes, a plurality of reasonable yet incompatible comprehensive doctrines is the normal result of the exercise of human reason within the framework of the free institutions of a constitutional democratic regime.*"

¹²⁶ Consoante o exposto escreve Cass R. Sunstein (op. cit., p. 41): "*a government effort to require quality and diversity would be simply another regulatory system, with different requirements and exclusions. The current conception of government 'regulation' turns out to misstate certain issues and sometimes disserves the goal of free expression itself. The present system is pervasively regulated. The notion of 'laissez-faire' is no less a myth - a conceptual error - for speech than it is for property.*"

A relevância do princípio em epígrafe para a liberdade de expressão e comunicação pode ser constatada ainda pela congruência do cânone do pluralismo com o reconhecimento de um multiculturalismo, que sinaliza para um mundo marcado pela diversidade, pela tolerância e pelo espírito de abertura.¹²⁷

Cumprido arrematar, em síntese: se existe liberdade de expressão e comunicação, existe também um direito fundamental à expressão e comunicação pluralistas.¹²⁸

5 - Âmbito de proteção da liberdade de expressão

O âmbito de proteção da *liberdade de expressão* (ver *supra*, item 1, deste capítulo) compreende a manifestação pública de pensamentos, idéias, opiniões, juízos de valor, críticas, crenças (religiosas ou não) e *tutti quanti*. Assim, o objeto da liberdade de expressão abrange sempre elementos subjetivos.

Uma consequência prática desse plano subjetivo, que caracteriza a liberdade de expressão, é a revelação de que tal liberdade não pode ser submetida ao requisito interno da comprovação da verdade. A natureza abstrata do conteúdo subjetivo não se presta ao exame de sua correção. As crenças e idéias somente podem ser objeto de discussão, confrontação ou críticas à luz de outras opiniões ou juízos de valor.¹²⁹ A aferição da verdade ou falsidade guarda pertinência apenas com objetos mais concretos tais como fatos ou notícias. Daí a afirmação de que a liberdade de expressão é mais ampla do que a liberdade de comunicação.

¹²⁷ Nessa ordem de idéias é a manifestação de Boaventura de Sousa Santos (Para um novo senso comum : a ciência, o direito e a política na transição paradigmática, p. 27): "O nosso lugar é hoje um lugar multicultural, um lugar que exerce uma constante hermenêutica de suspeição contra supostos universalismos ou totalidades". Assim também Giuseppe Corasaniti (Diritto dell'informazione, p. 269) "*La libertà di informazione va riferita, perciò, non soltanto alle informazioni o alle tesi accolte con favore o considerate inoffensive od indifferenti, ma anche quelle che fanno impressione o creano inquietudine. Così vuole il pluralismo, la tolleranza e lo spirito di apertura, elementi questi indispensabili in una società democratica*" (Destaque no original).

¹²⁸ Cf. Carlo Federico Grosso (Sviluppi recenti del diritto penale della informazione a mezzo stampa, pp. 292-293), que diz: "*se esiste un diritto alla informazione esiste anche un diritto alla informazione pluralista. Di qui i grossi nodi politico/legislativi dei limiti alla concentrazione delle testate e delle sovvenzioni alla stampa (pubblicità) in modo che sia garantita la pluralità delle voci, e del divieto di commistioni di imprese non editoriali con l'editoria al fine di evitare il controllo diretto della stampa da parte dei potentati economici*".

¹²⁹ ZANNONI, Eduardo A.; BÍSCARO, Beatriz R. - op. cit., p. 26.

Apesar de não se encontrar subsumida ao controle interno da verdade, isso não significa que a liberdade de expressão esteja livre de qualquer parâmetro para o seu exercício. O marco da liberdade de expressão diz respeito às exigências de continência e pertinência na apresentação das idéias a fim de que as opiniões não desbordem para a agressão gratuita aos direitos personalíssimos, tais como a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem. Assim, ocorre exercício abusivo da liberdade em epígrafe quando se constata desrespeito à regra da proporcionalidade: esta exige a exclusão de frases formalmente injuriosas, ou seja, as manifestações subjetivas, contendo epítetos pejorativos contra pessoas e desnecessários para a essência do pensamento de quem os formulou, não se encontram tuteladas pelo âmbito de proteção da liberdade de expressão.¹³⁰

Aspecto que merece atenção é o que diz respeito às críticas dirigidas às figuras públicas e atinentes aos assuntos públicos. Nessa hipótese, a liberdade de expressão tem ainda mais elasticidade do que quando alude a cidadãos comuns e assuntos privados. A razão disso é que os homens públicos ou pessoas célebres, como preço da fama granjeada, encontram-se mais expostos aos juízos de valor da opinião pública. Mormente os titulares de cargos políticos, graças à própria natureza das funções exercidas, confrontam-se regularmente com as idéias e opiniões dos cidadãos.

A liberdade de expressão política na democracia tem conotação especial por dois motivos: (i) os políticos representam os cidadãos e dependem da soberania popular para legitimação de suas ações; (ii) os políticos são responsáveis pela gestão e decisão de aspectos essenciais da vida social.¹³¹ Vale dizer, é da essência da vida democrática a discussão e a

¹³⁰ Assim Concepcion Carmona Salgado (op.cit., pp. 191-192), ao informar que a Sentença n. 51 de 22 de fevereiro de 1989 do Tribunal Constitucional espanhol declarava "*que no se incluirán en el ámbito de la libertad de expresión, ni tendrán valor de causa justificativa, consideraciones desprovistas de relación con la esencia del pensamiento que se formula y que, careciendo de interés público, resulten formalmente injuriosas de las personas a las se dirijan*".

¹³¹ PINTO, Ricardo Leite - op. cit., p.139.

crítica dos atos governamentais.¹³² Ressalte-se, contudo, a necessidade da pertinência e adequação das manifestações das opiniões relacionadas com as personalidades públicas, pois estas sofrem uma restrição e não uma supressão de sua honra ou privacidade.¹³³

Por outro lado, as críticas estimulam a busca do bem comum quando tratam de assuntos de interesse público e não quando versam sobre assuntos privados. Com efeito, uma crítica franca e vigilante sobre aspectos relevantes da vida coletiva pode muito bem contribuir para a existência de um debate público vigoroso e pluralista, indispensável para a formação da opinião pública livre e independente, base para a consolidação de um autêntico regime democrático.

A expressão política pode sofrer maior inibição quando dirigida a cidadãos comuns do que quando endereçada a figuras públicas. Ao contrário daqueles, a estas incumbe provar que houve evidente malévola intenção na manifestação subjetiva para chegarem a promover alguma medida de responsabilização por difamação.¹³⁴ Essa é a doutrina estabelecida pela famosa sentença da Corte Suprema dos Estados Unidos, proferida no julgamento do caso *New York Times v. Sullivan* (1964). Além disso, considera-se grave violação do basilar princípio da isonomia vigente entre os cidadãos numa democracia, oferecer proteção especial jurídico-penal a certos agentes públicos em virtude do cargo que ocupam na estrutura do Estado.¹³⁵ Aliás, nessa mesma ordem de idéias, chega-se até a defender que um regime democrático

¹³² Nestes termos, Miguel Reale Júnior (Direito de informação e interesse público, p. 298), afirma: "É, portanto, da essência da vida política criticar e ser criticado. O *habitat* do político é a disputa, o confronto de posições, sendo de relevo para o povo, ao qual se dirige a ação política, que a crítica seja ampla aos atos legislativos e da Administração, pois constitui meio indispensável à melhoria do atendimento dos interesses gerais".

¹³³ Observa Lauro Limborço (O direito de crítica e a lei de imprensa, p. 453) que "o direito de crítica constitui o ponto de equilíbrio entre dois extremos reprováveis: de um lado, a bajulação, e, de outro, a injúria".

¹³⁴ Assim Archibald Cox (op. cit., p. 86): "*The only significant direct inhibition upon publication in the area of political reporting or debate is the limited liability for defamation of one who is not a public figure*".

¹³⁵ CARMONA SALGADO, Concepcion - op. cit., pp. xi-xii, textualmente: "*Que se discrepe, profunda y absolutamente, de la especial protección jurídico-penal que se le dispensa por razón de su cargo, ministerio o función, a un cúmulo inusitado de personas (desde el simple funcionario público el Jefe del Estado) en flagrante contradicción con el principio de igualdad de las personas*".

efetivo sequer deveria permitir a tipificação de determinados crimes contra o Estado, v.g., o crime de *seditious libel*.¹³⁶

6 - Âmbito de proteção da liberdade de comunicação

O conteúdo da liberdade de comunicação (conforme já anunciado no item 1, deste capítulo) compreende a divulgação pública de fatos ou notícias ocorridos na sociedade. Portanto, o âmbito de proteção da liberdade de comunicação refere-se a elementos objetivos.

Conseqüência importante, e reiteradamente enfatizada quanto ao conteúdo objetivo da liberdade de comunicação, é a oportuna aplicação do critério da comprovação da verdade ao pressuposto de fato dessa liberdade. Noutras palavras, os acontecimentos de interesse geral verificados na vida social, em razão de sua natureza mais concreta e objetiva, ao contrário do que sucede com as apreciações pessoais tuteladas pela liberdade de expressão, são susceptíveis de prova de sua autenticidade ou contrafação da realidade.

Na sociedade democrática, a presunção é de que todos os fatos da atualidade ligados aos problemas relevantes com que se defrontam os cidadãos na vida social podem ser objeto de divulgação. Entretanto, essa regra apresenta exceções. Em primeiro lugar, nem todos os acontecimentos ocorridos na realidade social são "fatos noticiáveis". O âmbito de proteção da liberdade de comunicação tutela preferencialmente a difusão de notícias¹³⁷ que têm transcendência pública, ou seja, que digam respeito a fatos culturais, econômicos, políticos,

¹³⁶ Tal é a opinião de Kalven, citado por John Rawls (*Political liberalism*, p. 342): "*The absence of seditious libel as a crime is the true pragmatic test of freedom of speech. This I would argue is what free speech is about. Any society in which seditious libel is a crime is, no matter what its other features, not a free society. A society can, for example, either treat obscenity as a crime or not a crime without thereby altering its basic nature as a society. It seems to me it cannot do so with seditious libel. Here the response to his crime defines the society*".

¹³⁷ Conforme Eduardo Novoa Monreal (op. cit. p. 155), não é fácil definir o que seja "notícia". Entretanto, o referido autor opina que a "*noticia que interesa al que recibe información es aquella que permite a su receptor llegar a su más plena realización como ser humano, que contribuye a su mejor desarrollo físico, intelectual y moral y que le significa un aporte positivo para su enriquecimiento cultural y espiritual. Será esa noticia que interesa y aprovecha al receptor, la que éste tiene el derecho de esperar. Por eso es que no puede tenerse como noticia tan sólo la información política, social o económica, sino también aquellos hechos que expresen lo que sucede en el campo de la educación, la ciencia y la cultura*" (Idem, *ibidem*). Sucintamente Duane Bradley (apud MIRANDA, Darcy Arruda - *Comentários à lei de imprensa*, tomo 1, p. 134) define o que é notícia nestes termos: "é o relato honesto, imparcial e completo de fatos que interessam e afetam ao público".

científicos, educacionais, ecológicos, dentre outros, e que são relevantes para a participação dos cidadãos na vida social, bem como para a formação da opinião pública pluralista.¹³⁸ As informações que não afetam o bem comum e que estão relacionadas com a vida privada, a intimidade e a honra das pessoas amiúde estão excluídas do âmbito de proteção da liberdade de comunicação.¹³⁹ Ademais, a lei poderá restringir a comunicação de informações referentes a algumas espécies de assuntos, por exemplo, à segurança pública, a segredo de Estado ou à presunção de inocência (ver *infra*, cap. VI).

No entanto, cumpre frisar que o âmbito de proteção da liberdade de comunicação tutela os três elementos constitutivos do processo comunicacional: o emissor, a mensagem e o receptor.¹⁴⁰ Até o momento, tem-se focalizado a liberdade de comunicação sob o ângulo da mensagem (fatos ou notícias). Cabe agora tratá-la do ponto de vista do emissor e do receptor da comunicação,¹⁴¹ ou seja, como liberdade de comunicação ativa e passiva.¹⁴² Nesse sentido, a liberdade de comunicação é atualmente concebida como uma liberdade que reúne em torno de si vários direitos fundamentais, dentre os quais destacam-se o direito fundamental de informar, o direito fundamental de se informar e o direito fundamental de ser informado.

¹³⁸ A exposição de Eduardo Novoa Monreal (op. cit., p. 157) sobre os fatos que são noticiáveis é um tanto filosófica: "*Son hechos de interés para el público todos aquellos que permiten a éste un ejercicio más efectivo de sus derechos y el cumplimiento mejor de sus obligaciones: para con la sociedad y con los demás individuos, un conocimiento más apropiado de sus valores nacionales y culturales, la formación de un sentido crítico para la apreciación de los hechos, el desenvolvimiento de sentimientos de amistad y de respeto mutuo con otros hombres, grupos o pueblos y una compenetración más perfecta con las aspiraciones y necesidades de su propio pueblo y las de otros, esto último como medio de acrecentar la cooperación y comprensión mutua y de reducir tensiones y conflictos. En suma, la información debe tener como objetivo un enriquecimiento espiritual del informado y versar sobre materias que constituyen un interés de la sociedad en su conjunto o de grupo más reducido a que el receptor pertenece*".

¹³⁹ ORDÓÑEZ, Jaime - Periodismo, derechos humanos y control del poder político, p. 620.

¹⁴⁰ FRANCO, Benedito Luiz - Proteção constitucional do sigilo da fonte na comunicação jornalística, p. 51.

¹⁴¹ Assim Jaime Ordóñez (op. cit., p. 611) ao se referir sobre a necessidade de proteção dos dois momentos do processo de comunicação: "*Para Albertos, por ejemplo, para que exista verdadera información es necesario una doble libertad: la libertad de los promotores de la opinión y la libertad de los receptores*".

¹⁴² Em termos aproximados, Porfirio Barroso Asenjo e María del Mar López Talavera (La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales, pp. 44-45) asseveram que "*la libertad de información entraña una doble faceta: la libertad de información activa, es decir, el derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y la libertad de información pasiva o derecho a recibir aquélla*".

A concepção contemporânea da liberdade de comunicação, acima referida, tem provavelmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos a sua principal fonte de inspiração quando essa carta internacional proclama, no seu art. 19, que todo homem tem o direito de procurar, receber e transmitir informações. Por conseguinte, afirma-se que aquela liberdade compreende a faculdade de investigar, o direito de informar e a faculdade de receber ou não informação.¹⁴³

Apesar de poderem refletir os direitos fundamentais de se informar, de ser informado e de informar, não se deve perder de vista que as faculdades estabelecidas para os propósitos de investigar, receber e difundir notícias de interesse público fazem parte do conteúdo de uma única liberdade: a liberdade de comunicação. A conseqüência dessa íntima conexão entre elas é que um atentado contra uma acaba, quase sempre, atingindo as outras, debilitando-as igualmente.¹⁴⁴

6.1 - Direito fundamental de informar

O direito fundamental de informar, como pólo ativo do processo da comunicação, consiste, pois, na mencionada faculdade de transmissão de informações prescrita pelo art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Vale dizer, o direito fundamental de informar assegura ao seu titular a posição jurídica de poder divulgar fatos ou notícias que sejam de interesse coletivo.

Na verdade, já é possível intuir do exposto que não constitui novidade alguma a preocupação em proteger especificamente o ato de comunicar notícias, pois este foi um objetivo clássico que sempre acompanhou a liberdade de comunicação desde os seus primórdios. Cumpre lembrar que as reivindicações iniciais, formuladas em favor do reconhecimento do direito de informar, visavam a assegurar que os cidadãos pudessem

¹⁴³ ORDÓÑEZ, Jaime - op. cit., p. 618; BARROSO ASENJO, Porfirio; LÓPEZ TALAVERA, María del Mar - op. cit., p. 42; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de - op. cit., p. 150.

¹⁴⁴ ORDÓÑEZ, Jaime - op. cit., p. 618.

comunicar livremente aos outros os acontecimentos relevantes da vida social os quais tinham conhecimento.

No fio dessas considerações, o direito fundamental de informar é entendido como uma liberdade negativa ou como um direito de defesa dirigido principalmente contra o Poder Público (embora no contexto atual a informação necessite também de proteção contra o poder econômico). Ou seja, nessa perspectiva de liberdade negativa, o exercício do direito de informar exige simplesmente uma ação negativa traduzida no dever de terceiros de abster-se de impedir a comunicação realizada pelos titulares daquele direito fundamental. E aqui chama a atenção o liame entre o dever de abster-se de oferecer obstáculos ao livre fluxo da comunicação e o princípio da incensurabilidade (ver *supra*, item 4.2 neste capítulo). Portanto, a informação, como um direito fundamental de defesa, realiza-se essencialmente pela ausência de censura.

Por outro lado, a novidade existente na matéria aqui abordada pode ser o entendimento do direito fundamental de informar também como uma liberdade positiva ou como um direito fundamental à prestação. A explicação para esse *plus* é a constatação de que a simples imobilidade do Poder Público, acompanhada de ausência de imposição de censura, tem-se revelado insuficiente para garantir o pleno exercício do direito de informar, sobretudo nos dias atuais, apesar da subida importância da informação como um direito fundamental de defesa conforme acima ressaltado. É cada vez mais freqüente a ocorrência de situações em que não basta a ação negativa do Estado para a concretização do direito fundamental em tela, ao revés, torna-se imprescindível a ação positiva. Por exemplo, a pronta intervenção estatal, por meio do órgão policial, pode ser necessária para evitar que terceiros impeçam o exercício da informação por parte de um cidadão ou de um grupo social e, dessa forma, o Poder Público contribui efetivamente para a eficácia social do direito de informação.

A ação positiva estatal pode consistir em prestações normativas (aprovação de leis sobre o direito de informar) ou prestações materiais (meios ou instrumentos para o exercício da liberdade de informar). Os meios necessários para a divulgação da informação, por seu turno, podem configurar vários direitos fundamentais tais como o direito de antena, o direito de resposta e o amplo direito de acesso aos meios de comunicação social (ver *infra*, cap. III). Em suma, é obrigação do Estado agir para prevenir, fazer cessar ou afastar definitivamente todos os óbices ao livre exercício da informação, bem como fornecer ainda as estruturas necessárias para que o direito fundamental de informar seja realmente desfrutado por todos os cidadãos, e assim não fique reduzido a um mero enfeite jurídico ou a um alçapão verbal judicialmente formulado.

Aspecto relacionado com o nomeado critério da verdade (aplicado à liberdade de comunicação e como corolário lógico do anteriormente expresso também aplicável ao direito de informar) é o dever de cautela que se exige do informador.¹⁴⁵ Dever que consiste na diligente prudência de checar a idoneidade das notícias antes de sua divulgação, especialmente averiguando e comparando as fontes das informações, a fim de que o informador possa lograr uma comunicação honesta e correta dos fatos.

Com relação à titularidade do direito fundamental de informar, cumpre frisar que ele pode ser exercido por qualquer cidadão, conquanto não se possa olvidar que a complexidade da informação na sociedade contemporânea tem feito com que esse direito fundamental venha sendo realizado cada vez mais por *experts*, ou seja, por profissionais da comunicação. Este é o caso da informação levada a efeito por instituições organizadas para promover a comunicação social, isto é, pelos meios de comunicação de massa (ver *infra*, cap. V).¹⁴⁶

¹⁴⁵ JABUR, Gilberto Haddad - Liberdade de pensamento e direito à vida privada : conflitos entre direitos da personalidade, p. 173.

¹⁴⁶ Nesse sentido, Ma. Cruz LLamazares Calzadilla (op. cit., p. 67): "*Así pues, debemos terminar afirmando que la titularidad del derecho fundamental a informar, como no podía ser de otro modo, corresponde a todos los ciudadanos, pero la especial protección de que este derecho es objeto desde su aspecto institucional*

A importância do direito fundamental de se informar é ressaltada, outrossim, pelo estabelecimento da posição normativa fundamental que assegura a manutenção do sigilo da fonte. Assim, o resguardo da fonte das notícias, direito fundamental concorrente com o direito fundamental de se informar, é mais um instrumento jurídico para reforçar a divulgação ampla de notícias. Basta lembrar que vários fatos relevantes poderiam ser omitidos caso não existisse a garantia do anonimato para as fontes (não confundir com a vedação constitucional do anonimato para o responsável pela informação - ver *infra*, cap. IV), pois, não querendo ou temendo a publicidade de sua identidade, aquelas simplesmente poderiam sonegar informações valiosas, ocasionando os prejuízos supramencionados para a comunidade.

6.3 - Direito fundamental de ser informado

O direito fundamental de ser informado corresponde à aludida faculdade de receber informação, conforme disposto no art. 19, da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Configurando juridicamente o pólo passivo da comunicação, o direito fundamental de ser informado constitui hoje um dos aspectos mais enfatizados de todo o processo comunicacional. Há mesmo quem considere a comunicação, do ponto de vista do receptor da informação, a dimensão preponderante.¹⁴⁹ Portanto, o cidadão tem o direito fundamental de ser informado sobre tudo o que sucede na sociedade, notadamente sobre os acontecimentos que tenham uma transcendência pública e sejam de interesse geral.¹⁵⁰

A importância desse direito fundamental pode ser aquilatada pelo fato de a informação ter-se constituído num alimento espiritual imprescindível para os cidadãos. Por um lado, ela contribui para o próprio desenvolvimento da personalidade e de talentos da pessoa humana. Por outro, a informação qualifica os cidadãos para participarem ativamente da vida coletiva e

¹⁴⁹ Assim José Afonso da Silva (Curso de direito constitucional positivo, p. 240), *in verbis*: "A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, a de obtê-la".

¹⁵⁰ Destacando a idéia-força da recepção das informações como dimensão proeminente da liberdade de comunicação é a exposição de Archibald Cox (op.cit., p. 1): "*Liberty of expression benefits more than the speaker. The hearer and reader suffer a violation of their spiritual liberty if they are denied access to the ideas of others*".

política e, dessa forma, pode evitar a marginalização social provocada pela falta de informação sobre os problemas e desafios enfrentados pela sociedade.¹⁵¹

É possível deduzir, das considerações já alinhavadas, que o cidadão tem direito fundamental a uma informação de qualidade e não a qualquer informação, ou seja, uma informação que seja correta e verdadeira, produzida com cautela e honestidade, bem como pluralista, porquanto proveniente do livre acesso às diversas fontes. E como será visto *oportuno tempore*, quando realizada pelos *mass media*, as exigências acima formuladas para a informação poderão ser asseguradas, por exemplo, pelo direito de retificação de notícias errôneas (direito fundamental de resposta ou direito difuso à informação verdadeira) ou pelo direito de exigir dos meios de comunicação as informações (direito fundamental de ser informado pelos meios de comunicação de massa).

7 - A verdade como limite interno da liberdade de comunicação

Tem-se enfatizado, neste trabalho, a aplicação do critério interno da verdade à liberdade de comunicação. Tal fato foi justificado em face do conteúdo objetivo dessa liberdade, constituído por acontecimentos de transcendência pública e susceptíveis de constatação da veracidade. Assinalou-se, em consequência, que as idéias, os pensamentos, as opiniões e os juízos de valor, conteúdo da liberdade de expressão, são impróprios para o exame de sua correção fática, em razão da natureza abstrata e subjetiva que ostentam. Por sua vez, fez-se referência, quando da análise do direito de informar, ao dever de cautela e prudência do comunicador a fim de que este se esforce para divulgar uma informação correta e honesta. No entanto, resta esclarecer melhor em que consiste esse limite interno da verdade. Por exemplo, de que verdade afinal se trata, subjetiva ou objetiva? Pode-se qualificar uma

¹⁵¹ Em sentido análogo é a exposição de Aluizio Ferreira (op. cit., p. 78, 80): "Da mesma forma que sente apetite e deseja comida, o ser humano sente necessidade também fome de saber, do conhecimento e informação... Deter informação é questão de sobrevivência tanto individual (física, emocional e psíquica) quanto social e política, esta especialmente, já que política é poder".

informação em si como verdadeira? Como se concretiza na prática a verdade como parâmetro que baliza o exercício da liberdade comunicação?

Ab initio, a primeira idéia a reter aqui é que o parâmetro em questão refere-se à verdade subjetiva e não à verdade objetiva. É dizer, no Estado democrático de direito o que se espera do sujeito emissor de uma notícia, como postura que denota apreço pela verdade, é o diligente contacto com as fontes das informações, examinando-as e confrontando-as, bem como o uso de todos os meios disponíveis ao seu alcance, como medidas profiláticas, para certificar-se da idoneidade do fato antes de sua veiculação. A verdade subjetiva resume-se, como se vê, no *munus* ou dever de cautela exigido do comunicador.¹⁵²

A opinião predominante na doutrina é avaliar como algo arriscado condicionar o exercício da liberdade de comunicação à constatação da verdade objetiva ou absoluta. Dois são os motivos invocados: em primeiro lugar, porque tal condicionamento exigiria a suposição de que existe uma verdade e que essa verdade é aquela definida por órgãos estatais, em segundo lugar, porque a verdade objetiva em si mesma não existe ou pelo menos é desconhecida dos mortais, ou seja, "a objetividade não está nas coisas; está unicamente na atitude espiritual do observador".¹⁵³ Assim, mesmo na hipótese em que venha a ser revelado depois que a notícia divulgada rigorosamente não condiz com a realidade dos fatos, não se considera que houve desobediência ao critério da verdade, se demonstrado que o comunicador fez uso de todos os meios que estavam ao seu alcance para difundir uma informação correta.

¹⁵² Sobre o dever de cautela exigido do comunicador, de comprovar a idoneidade da notícia antes de divulgá-la escreve Concepcion Carmona Salgado (op. cit., p. 165), com base na sentença n. 6, de 21 de janeiro de 1988, do Tribunal Constitucional espanhol: "*La comunicación que la Constitución protege - dice esta resolución - es la que transmite información 'veraz', pero de ello no se sigue que quede extramuros del ámbito garantizado la información cuya plena adecuación a los hechos no se ha evidenciado en el proceso. 'Cuando la Constitución requiere que sea 'veraz', no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas - o sencillamente no probadas en juicio - cuando estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como 'hecho' haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien defraudando el derecho de todos a la información, actúa con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado'*" (Destaque na fonte).

¹⁵³ ZANNONI, Eduardo A.; R. BÍSCARO, Beatriz R. - op. cit., p. 30.

Portanto, quando se diz que a verdade é componente essencial da liberdade de comunicação, na realidade é da verdade subjetiva que se está cogitando e não de uma verdade objetiva de difícil delimitação e constatação. Desse modo, não é exata a concepção que designa a verdade como elemento qualitativo da informação, pois a verdade em questão não se refere à notícia em si, mas, diz respeito, sobretudo, à atitude subjetiva dos sujeitos do processo da comunicação, *maxime* ao sujeito emissor.¹⁵⁴

8 - Direito da comunicação

Do exposto até aqui, neste capítulo, não é difícil concluir sobre a relevância da livre expressão dos pensamentos ou da ampla comunicação das informações para a preservação da dignidade da pessoa e a concretização de uma sociedade democrática autêntica.

Atrás se deixou evidente que os primeiros teóricos da liberdade de expressão e comunicação de alguma forma reivindicavam que o livre fluxo da expressão e da comunicação humana, em seus mais variados campos de manifestação, poderiam constituir direitos fundamentais que muito contribuiriam para a realização pessoal e social dos cidadãos. Demais disso, sem aderir ao "utopismo automático da tecnologia moderna",¹⁵⁵ deve-se reconhecer que obstinado empenho na busca de novas tecnologias na área da informação

¹⁵⁴ Nessa ordem de idéias são as opiniões de Eduardo A. Zannoni e Beatriz R. Bísaro (Idem, p. 33): "*Por ende, se concluye por admitir que la objetividad de la información no es una cualidad de la información misma, exigible con referencia al objeto, sino una actitud de probidad exigible directamente al sujeto*". (Destaque na fonte). Nesse sentido também a manifestação de Jorge Zaffore (op. cit., p. 16): "*Tampoco se debe confundir veracidad con absoluta verdad objetiva, tanto como que aquélla tiende a expresar la recta actitud informativa, al margen de su contenido de verdad; no puede soslayarse el hecho, a título de ejemplo, de que dos testigos veraces pueden dar dos versiones distintas de un mismo hecho*". Por conseguinte, não se afigura rigorosamente correta a afirmação de Luis Gustavo Grandinetti Castanho (op. cit., p.143) de que a verdade constitui uma qualidade intrínseca da notícia transmitida: "Mas as noções antes oferecidas à apreciação revelam uma outra variante que perpassou todo o trabalho e que precisa desde logo ser demarcada: o conflito entre a sociedade e o informador quanto à *qualidade* da informação, o que transmuda a sociedade de mera receptora de informações para sujeito de direito de receber uma informação de determinada *qualidade*".

¹⁵⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa - op. cit., p. 104.

denota o valor extraordinário que adquiriu a comunicação entre os homens no contexto atual.¹⁵⁶

Conseqüência jurídica natural que se extrai da importância da comunicação para a realização humana é a conformação de um ramo autônomo na ciência do Direito dedicado ao estudo científico das várias espécies de comunicação entre os cidadãos, conforme se vem delineando neste trabalho.

Essa nova disciplina jurídica, que tem como *leitmotiv* o ingente desenvolvimento da comunicação entre os homens, começou o seu delineamento doutrinário principalmente a partir da metade do século XX, período que coincide com o início da sofisticação das formas de comunicação existentes na sociedade e com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, no seu art. 19, reconheceu de forma peremptória a liberdade de expressão e comunicação como direito fundamental de buscar, receber e difundir informações.¹⁵⁷

A nova disciplina surgida pode ser denominada de Direito da Comunicação,¹⁵⁸ conquanto se lhe atribuam, outrossim, o nome de Direito da Informação,¹⁵⁹ atribuição

¹⁵⁶ De acordo com Fábio Konder Comparato (É possível democratizar a televisão, p. 301), "a comunicação entre os homens tornou-se o problema central da reflexão filosófica contemporânea, a partir das correntes existencialistas". Sobre a importância da comunicação entre os homens são impressivas as palavras de Eduardo Novoa Monreal (op. cit., p. 138): "*El intercambio de ideas, opiniones e informaciones permite que cada ser humano pueda aprovechar para sí lo que aportan la inteligencia la experiencia y el conocimiento de los demás. La comunicación entre los hombres crea, en consecuencia, el ambiente que permite que cada uno crezca en la riqueza, de sus pensamientos y conocimientos mediante el intercambio de ellos con otros hombres. Por ello el acceso, la participación humana, son decisivos para el progreso de la humanidad en su conjunto, de los diversos grupos humanos que la componen y de cada uno de los hombres en particular. La comunicación entre los hombres condiciona, pues, el desarrollo integral del hombre e de las sociedades que éste forma y nutre la vida intelectual, la creatividad, la ciencia y la cultura en todos los niveles de la vida humana, individual y social. Además, esa comunicación es lo que puede mejorar las relaciones entre los hombres y entre los pueblos, haciendo que todos éstos se comprendan mejor entre sí y adquieran un conocimiento más preciso y verdadero de sus respectivas vidas*".

¹⁵⁷ Em tal sentido, Porfirio Barroso Asenjo e María Del Mar López Talavera (op. cit., p. 37): "*El derecho de la información es una rama del Derecho que aparece en la llamada sociedad de la Información. El desarrollo de las ciencias jurídicas y de las ciencias de la información han llevado a la necesidad de crear, en los años cincuenta, una nueva disciplina académica: el Derecho de la Información... A esta creación contribuyó, sin duda, la aprobación del art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por Resolución 217 de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948*"(Destaque na fonte).

¹⁵⁸ Jean D'arcy, (apud Aluizio Ferreira - op. cit., p. 145), no ano de 1969, utilizou a expressão "direito à comunicação" na seguinte passagem: "A Declaração Universal dos Direitos do Homem que, há vinte e um anos,

rejeitada neste trabalho consoante as razões já expostas pelo fato de o termo informação mostrar-se mais apropriado para designar o objeto (fatos, notícias ou informações) do processo da comunicação (ver *supra*, item 1 deste capítulo).

O Direito da Comunicação, portanto, é o ramo da ciência do Direito que tem como objeto o estudo das normas jurídicas que visam a disciplinar a atividade humana de buscar, difundir e receber informações ou opiniões, levada a cabo quer por meio dos cidadãos individualmente considerados (liberdade de expressão e comunicação), quer por meio dos cidadãos reunidos em organizações sociais (liberdade de comunicação social).¹⁶⁰

O Direito da Comunicação é uma disciplina jurídica que não se enquadra exclusivamente num campo específico do Direito. Compreende matérias que são pertinentes tanto ao Direito Público quanto ao Direito Privado. Por exemplo, a temática dos direitos fundamentais de expressão do pensamento e de comunicação da informação obviamente é tratada sob o pálio do Direito Constitucional; a problemática da outorga e renovação de concessão, de permissão e de autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens é analisada principalmente à luz dos institutos do Direito Administrativo; a responsabilidade civil por danos materiais ou morais causados por notícias ou opiniões aos

no seu artigo 19 estabeleceu, pela primeira vez, o direito do homem à informação, um dia terá que reconhecer um direito mais amplo: o direito do homem à comunicação". No entanto, conforme explica Aluizio Ferreira (Idem, *ibidem*), é mais apropriado o uso da locução "Direito da comunicação" do que outras afins: "Direito de comunicação" ou "Direito à comunicação". Com relação à denominação "Direito de comunicação" ele expõe o seguinte: "O autor citado, como se nota, vale-se da expressão 'Direito de Comunicação', o que põe em destaque o processo ou atividade de comunicação, ou seja, as 'trocas individuais ou coletivas'. Cuidando-se, todavia, de regulação de condutas mediante normas de direito positivo, a designação 'Direito da Comunicação', afigurando-se mais adequada, por imprimir maior ênfase aos conteúdos, vale dizer, à natureza, à elaboração, à propagação e ao papel das mensagens' que são objeto das próprias disposições reguladoras" (Destaque na fonte).

¹⁵⁹ COSASANITI, Giuseppe - op. cit., p. IX; BARROSO ASENJO, Porfirio; LÓPEZ TALAVERA, María Del Mar - idem, p. 36.

¹⁶⁰ Nestes termos é o conceito de Direito da comunicação formulado por Fernández Areal, citado por Porfirio Barroso Asenjo e María del Mar López Talavera (idem, p. 38): "*como aquel conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto la tutela, reglamentación y delimitación del derecho a obtener y difundir ideas, opiniones y hechos noticiables, y ello por fuentes propias o, especialmente, a través de los ya conocidos medios de comunicación social y otros que pudiera el hombre inventar*". Neste sentido também é a definição proposta por Orlando Soares, citada por Aluizio Ferreira (op. cit., p. 150): "Pode-se assim definir o Direito de Comunicação como o conjunto de normas jurídicas que regulam a exteriorização do pensamento, através dos diferentes meios de comunicação, ou seja, verbal ou por intermédios de veículos, tais como escritos em geral, jornais, periódicos, livros, radiodifusão, cinematografia, comunicações através de satélites, etc."

direitos à honra, à intimidade, à vida privada ou à imagem é matéria afeita ao arco do Direito Civil; a responsabilidade penal por comissão de crimes de injúria, calúnia ou difamação, perpetrados no exercício da liberdade de expressão e comunicação, constitui assunto da seara do Direito Penal.¹⁶¹

Além disso, ao se encontrar na confluência dos limites entre a ciência jurídica e a ciência da comunicação, por conter aspectos jurídicos e aspectos *jusinformativos*, o Direito da Comunicação propicia um conhecimento interdisciplinar, ensejando o diálogo entre juristas e acadêmicos ou profissionais da comunicação.

Por meio do colóquio estabelecido entre juristas e comunicadores podem emergir alguns princípios básicos do Direito da Comunicação, tais como: (i) a interdependência entre comunicação livre e Estado democrático de direito, na medida em que a liberdade de expressão e comunicação se constitui em pedra angular do sistema constitucional justo e bem ordenado; (ii) o pluralismo político e cultural, essencial para uma democracia aberta fundada na diversidade das fontes de informações - pluralismo das fontes das notícias, em que a comunicação é confiada à iniciativa privada, e pluralismo nas fontes, em que a comunicação é reservada ao Poder Público, como manifestação de serviço público; (iii) a disciplina *antitrust* para evitar o monopólio ou o oligopólio no seio da comunicação social e a conseqüente necessidade de instituir uma autoridade administrativa imparcial para garantir o efetivo respeito das disposições normativas *antitrust*; (iv) a liberdade ativa e passiva da comunicação, objetivando resguardar tanto os direitos fundamentais dos operadores da comunicação quanto

¹⁶¹ Num sentido bem lato é a concepção de Orlando Soares (apud Aluizio Ferreira - op. cit., p. 151) sobre o Direito da comunicação: "Dada sua natureza universalista, o Direito de Comunicação se desdobra em diferentes manifestações ramificações, tais como o direito de imprensa, direito editorial, direito autoral, direito de propaganda, direito de publicidade, direito de fotografia, direito de radiodifusão (telecomunicações) e direito de cinematografia, envolvendo aspectos, quer de direito público, interno e internacional, quer de direito privado". Em todo caso, parece inadequado querer limitar o Direito da Comunicação ao arco do Direito Constitucional, como pretende Enzo Cheli (Introdução. In: CORASANITI, Giuseppe - op. cit., p. ix): "*Esiste un 'diritto dell'informazione' come parte del diritto pubblico (più precisamente del diritto costituzionale) dotata di autonomia scientifica? Le pagine di questo manuale di Giuseppe Corasaniti - il primo, a quanto si è dato conoscere, che per finalità didattiche, ha inteso ordinare la materia in termini sistematici - consentono di dare alla domanda una risposta positiva*".

os direitos fundamentais dos cidadãos utentes da comunicação; (v) a transparência dos meios de financiamentos dos órgãos responsáveis pela comunicação social.¹⁶²

A despeito da sua proeminência na atualidade, conforme enfatizado, o Direito da Comunicação encontra-se ausente da maioria dos currículos das faculdades de Direito do país. Tal lacuna é prejudicial porque o estabelecimento do Direito da Comunicação como matéria a ser ministrada por meio de disciplina académica autónoma, nos cursos jurídicos, tem a vantagem metodológica de reunir num subsistema da ciência do Direito inúmeras normas espalhadas pelos diversos ramos do ordenamento jurídico, facilitando-se, assim, a tarefa de interpretação e aplicação racional do Direito da Comunicação.

Ademais, para continuar a desempenhar com eficiência e presteza as suas funções de análise e sistematização do Direito positivo, com o escopo primordial de auxiliar os operadores jurídicos na sua lida diuturna de concretizar o ordenamento jurídico na realidade social, a ciência do Direito deverá estar a *tonus* com os novos "paradigmas", os novos "saberes", os novos "direitos" e, sobretudo, não ignorar que a nossa volta tudo está mudando velozmente.¹⁶³ Há algumas décadas um autor lusitano já se angustiava com a probabilidade de defasagem do *instrumentarium* teórico dos juristas:

Fazendo a *mise au point* da situação do Direito Público no fim da década de 60, escreveu ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, 1969: 'se fosse possível a um jurista particularmente interessado pelas coisas do direito público entrar no sono da princesa da fábula, não precisaria de deixar correr os cem anos para descobrir atónito que à sua volta tudo mudou. Bastava-lhe ter esperado pelo

¹⁶² Os quatro primeiros princípios supramencionados do Direito da comunicação foram inspirados na exposição de Enzo Cheli (Introduzione. In: CORASANITI, Giuseppe - op. cit., p. x e xi); o último princípio foi formulado com base em Giuseppe Corasaniti (Idem, p. 9).

¹⁶³ Nesse sentido, vem a ponto a observação de Maria Eduarda Gonçalves (*Direito da informação*, p. 8) de que "é a dimensão global deste fenómeno [a comunicação] que permite falar na emergência de um novo paradigma social, a emergência da informação". Convém deixar claro que neste trabalho seguem-se as teses de Boaventura de Sousa Santos (op. cit., p. 16, 17, 150), referentes a um novo senso comum emancipatório, plausível de ser construído a partir da atual transição paradigmática entre a modernidade e a pós-modernidade, e que no plano epistemológico assenta-se num "conhecimento prudente para uma vida decente" e no âmbito do Direito rejeita a "utopia automática da engenharia jurídica".

desencanto dos últimos vinte anos e verificaria que o seu castelo de construções e os seus servidores estavam irremediavelmente submersos no silvado de uma nova realidade perante a qual se encontram indefesos. E o dramático, quase trágico, é que não há forças benfazejas que rasguem novas clareiras e tracem novas sendas para um regresso ao velho mundo, como numa readmissão do paraíso e, apesar de tudo, de muitos lados se nota um esforço para mergulhar na realidade com um arsenal obsoleto, e, pior ainda, com um *pathos* dissonante com os tempos'.¹⁶⁴

¹⁶⁴ Apud CANOTILHO, J. J. Gomes - Direito constitucional, p. 11.

CAPÍTULO III

COMPREENSÃO DA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

1 - Comunicação intersubjetiva e comunicação de massa

No capítulo precedente, delineou-se a liberdade de expressão e comunicação como um direito subjetivo fundamental garantido a todo cidadão e consistente na dualidade de amparar, por um lado, a expressão livre dos pensamentos, das idéias, das opiniões, das crenças ou dos juízos de valor mediante palavra, oral ou escrita ou qualquer outro meio de reprodução e, por outro, de tutelar a comunicação, o recebimento e o ingresso, sem impedimentos, aos fatos, às notícias ou às informações, mediante qualquer instrumento de difusão. Todavia, característica marcante de toda a exposição foi a abordagem da liberdade de expressão e comunicação sempre num contexto comunicativo pessoal: circunscrita ao contexto da comunicação interpessoal (face a face) ou restringida ao contexto da comunicação em pequeno grupo.

Neste capítulo, o interesse cognitivo é, sobretudo, pela compreensão da liberdade de expressão e comunicação no contexto da comunicação de massa.¹⁶⁵ Assim, não há que confundir os dois níveis ou contextos comunicativos: o da comunicação intersubjetiva e o da comunicação massiva.

A relevância da sobredita distinção entre os dois contextos comunicativos está no fato singular de a comunicação massiva ser realizada por intermédio de organizações institucionais

¹⁶⁵ V. LITTLEJONH, Stephen apud FERREIRA, Aluizio - op. cit., p. 170.

bastante típicas das sociedades contemporâneas, comumente designadas por meios de comunicação de massa, veículos ou órgãos de comunicação social, bem como pelo neologismo anglo-latino *mass media* ou simplesmente pelo termo aportuguesado *mídia*,¹⁶⁶ dentre outros nomes.

Jornais, revistas, rádio, televisão e cinema são alguns exemplos dos referidos órgãos de comunicação.

O exercício da liberdade de expressão e comunicação pelo cidadão tem coexistido com a concretização dessa liberdade pelos veículos de comunicação de massa, conquanto venha se acentuando a hegemonia destes últimos nas relações da comunicação.¹⁶⁷ Porém, não se pode olvidar que esses dois níveis de comunicação estão geralmente submetidos à regulação jurídica inteiramente diversa. Basta evocar, ilustrando o que se acaba de afirmar, que a liberdade de expressão e comunicação está configurada nos vários direitos subjetivos fundamentais (art. 5º, IV, V, VI, VIII, IX, XIV) e como garantia institucional objetiva da comunicação social (arts. 220 a 224) na Constituição Federal de 1988 (ver *infra*, capítulos IV e V).¹⁶⁸

A eventual confusão entre a tutela intersubjetiva da comunicação e a tutela massiva da comunicação é atribuída a uma concepção liberal anacrônica, que desconhece as dificuldades atuais enfrentadas pelas pessoas para manifestarem as suas próprias opiniões ou fatos de que

¹⁶⁶ Como esclarece Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes (op. cit. p. 29) "nos últimos tempos, incorporou-se a expressão *mídia* ao vocabulário cotidiano, que - de fato - é a forma aportuguesada de escrever a palavra latina *media*, a qual é o plural do vocabulário *medium* que significa 'meio', aliás, adotada na língua inglesa. Designa, pois, os meios de comunicação" (Destaque na fonte).

¹⁶⁷ Nesse sentido Claudio Chiola (L'informazione nella Costituzione, p. 3) quando afirma: "*possono infatti coesistere, purché si distingua la libertà riconosciuta a tutti di narrare i fatti comunque appresi, dal diritto d'informare attribuito a quei mezzi che, attuando la circolazione delle notizie, favoriscono la conoscenza della collettività*".

¹⁶⁸ Nessa ordem de idéias Nuno e Sousa (op. cit. p. 50): "A liberdade de todos narrarem os factos obtidos por qualquer forma distingue-se do direito de informar a colectividade através de meios especializados. A actividade de difusão autonomiza-se, tendo em conta o uso de determinados meios e devido ao interesse da colectividade. O direito individual da livre comunicação aos outros dos próprios pensamentos e das notícias é diferente do interesse da sociedade à informação de certos factos. A liberdade do indivíduo de reproduzir notícias não impede que juridicamente haja uma diferente qualificação quando a mesma actividade seja executada por meios de difusão específicos".

tenham conhecimento, sem a mediação dos veículos de comunicação de massa, uma vez que estes dispõem dos meios técnicos indispensáveis para lograr-se com eficiência a comunicação humana.¹⁶⁹

2 - Conceito de liberdade de comunicação social

A conveniência em demarcar (para uma clareza analítico-conceitual) o uso da liberdade de expressão e comunicação, pelos órgãos de comunicação de massa, do exercício, por parte do cidadão, dessa liberdade no contexto da comunicação pessoal ou de pequeno grupo, aponta para a entrada em cena de um novo conceito jurídico: o de liberdade de comunicação social.¹⁷⁰

A despeito da objeção de que a frase *liberdade de comunicação social* constitui um pleonismo porquanto toda comunicação é, em si mesma, essencialmente social, na verdade, constata-se que ela se mostra muito adequada para expressar a idéia de diálogo *social*, bem como para diferenciá-la do diálogo interpessoal.¹⁷¹

Assim, a comunicação social, expressão cunhada pelo Vaticano,¹⁷² na ótica do presente trabalho, é objeto de uma garantia institucional conferida aos meios de comunicação

¹⁶⁹ Em sentido análogo é a exposição de Daniel Cornu (*Ética da informação*, pp. 122-123), referindo-se ao jornalismo: "A dificuldade deve-se, fundamentalmente, à confusão entre a liberdade de expressão compreendida como direito de cada pessoa individualmente e liberdade de imprensa entendida como o exercício de uma função pública. Esta confusão é resultado de uma concepção ultrapassada de jornalismo, quando o mesmo indivíduo podia acumular, como no século XVIII e mesmo depois, as funções de editor, impressor e jornalista. A industrialização do jornalismo e o desenvolvimento dos meios de comunicação inviabilizaram tal acúmulo de funções. A liberdade de criar e divulgar num órgão de imprensa não coincide mais com a liberdade de expressão dos jornalistas. O discurso liberal desconsidera tal dissociação. Em sua forma clássica, ele considera somente a consciência individual dos jornalistas".

¹⁷⁰ Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (op. cit., p. 62) usa os termos *direito da comunicação social* para designar o ramo do Direito composto pelo direito de informação e liberdade de expressão.

¹⁷¹ ZAFFORE, Jorge - op. cit., pp. 25-26. A doutrina italiana utiliza-se das expressões *libertà di informare* e *diritto di cronaca* para diferenciar a comunicação social da comunicação interpessoal. Por exemplo, Roberto Zaccaria - *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, pp. 63-69; Claudio Chiola (*L'informazione nella Costituzione*, p. 28) assim define as referidas expressões: "*Si è intenzionalmente definita l'attività individuale di comunicazione di notizie 'cronaca' per sottolineare, anche formalmente, la differenza con l'attività di circolazione delle notizie attuata dai c.d. mezzi di comunicazione di massa, alla quale riserviamo il termine di 'informazione'...* Inoltre, con la diversa qualifica di 'libertà' di cronaca e 'diritto' d'informazione, si vuole sottolineare il riferimento a diversi interessi, individuale nella prima e 'sociale' nel secondo".

¹⁷² LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo - op. cit., p. 31.

de massa para fazerem circular, por toda a coletividade, os pensamentos, as idéias, as opiniões, as crenças, os juízos de valor, os fatos, as informações e as notícias de transcendência pública. Noutras palavras, a liberdade de comunicação social resume-se no exercício da liberdade de expressão e comunicação por meio dos órgãos de comunicação de massa.¹⁷³

Na linguagem corrente é comum designar-se como liberdade de imprensa o conceito de liberdade de comunicação social aqui plasmado. Estreme de dúvida que a utilização daquela vetusta expressão remonta à origem da comunicação social, quando a palavra imprensa, nascida com a máquina de imprimir - *prensa*, passou a significar o produto desta, isto é, todos os impressos destinados à divulgação, como livros, brochuras, panfletos, cartazes, jornais, revistas, etc.¹⁷⁴ Por vezes, para se manter essa nomenclatura do liberalismo da era tipográfica, utiliza-se *liberdade de imprensa* em sentidos restrito e lato. A aceção *stricto sensu* refere-se somente à imprensa escrita, como jornais e revistas. A aceção *lato sensu* abarca, além da imprensa escrita, o rádio, a televisão e o cinema.¹⁷⁵ Entretanto, não se justifica continuar-se fiel a uma expressão que, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁷⁶ vem sendo abolida dos textos das convenções e tratados internacionais,

¹⁷³ Em termos aproximados, porém usando a nomenclatura antiquada de liberdade de imprensa, é o conceito formulado por Ricardo Leite Pinto (op. cit., p. 34): "Assim, e por liberdade de imprensa, para o propósito do presente trabalho, entender-se-á o exercício da liberdade de expressão e do direito de informação (na sua tríplice perspectiva de direito a informar, de se informar e de ser informado), 'através dos órgãos de comunicação de massa independente da sua forma'".

¹⁷⁴ MIRANDA, Darcy Arruda - Dos abusos da liberdade de imprensa, pp. 16-17; SOUSA, Nuno e - op. cit., p. 3. Nesse sentido é a clássica manifestação de Thomas Cooley (Princípios gerais de direito constitucional, p. 325) sobre o significado da palavra imprensa: "A liberdade de imprensa não se limita a uma forma particular ou a um methodo de publicação, mas é extensiva a todos os modos de comunicar ao publico factos, idéias e opiniões. Livros, pamphletos, circulares, etc. estão por conseguinte compreendidos n'este significado, bem como todas as publicações periódicas".

¹⁷⁵ Sidney Cesar Silva Guerra (A liberdade de imprensa e o direito à imagem, p. 85) elabora o conceito de imprensa em sentido lato nestes termos: "Assim sendo, preferimos conceituar a imprensa como sendo toda a forma de produção de informação, seja ela escrita, mediante prensa, como também aquelas provenientes de radiodifusão sonora e de sons e imagens".

¹⁷⁶ Assim Nelson Hungria (A nova lei de imprensa, p. 09), criticando a Lei de imprensa n. 2083, de 1953: "Começa por ser uma lei que, confinada ao regime da imprensa periódica, nasceu antiquada. Depois que a renovada Declaração dos Direitos do Homem, no ano da graça de 1948, proclamou que, ao invés de imprensa, se deve falar em 'liberdade de informação', é um anacronismo o limitar-se o regime especial do direito à publicidade como se esta se exaurisse no setor da imprensa jornalística. Eis o novo versículo do evangelho

porquanto se afigura semanticamente inadequada para representar tanto os novos meios de comunicação de massa quanto as múltiplas facetas da liberdade de expressão e comunicação, de buscar, de receber e de difundir notícias e opiniões.

Por seu turno, a expressão liberdade de informação jornalística, de uso mais recente, também não se revela mais apropriada do que a locução liberdade de comunicação social para denotar o exercício público da liberdade de expressão e comunicação, pelos órgãos de comunicação de massa. Aquela expressão apresenta a inconveniência de provocar ambigüidades quando generaliza o uso da denominação *informação jornalística* para outras informações que não são provenientes de jornais.

A liberdade de comunicação social, adequada para o contexto da comunicação de massa, não se aplica a determinados tipos de relações de comunicação.¹⁷⁷ Por exemplo, do gênero das telecomunicações, que abrange as comunicações ponto a ponto ou *common carriers* (telegráfica, telefone e satélite de comunicação) como a radiodifusão (rádio e televisão), somente esta última espécie pode ser considerada comunicação social. É que na primeira espécie os seus operadores não controlam e portanto não são responsáveis pelo conteúdo das mensagens veiculadas pelos serviços de comunicação ponto a ponto, que se limitam a funcionar como canais de entrega de mensagens.¹⁷⁸

A comunicação social por meio da radiodifusão, conhecida também por mídia eletrônica, além da transmissão destinada ao público em geral (*broadcasting*), compreende,

democrático-liberal: 'todo indivíduo tem direito à liberdade de pensamento e expressão - o que implica o direito de não ser inquietado por suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem considerações de fronteira, e *seja qual for o meio*, as informações e as idéias'" (Destaque na fonte).

¹⁷⁷ O conceito de comunicação de massa é formulado por Roberto Barcelos de Magalhães nestes termos: "Imprensa e jornalismo são termos da instituição sociológica chamada de *comunicação de massa*, ou seja, da relação impessoal formada por via da palavra oral ou escrita entre o órgão emissor de uma mensagem - o órgão de imprensa ou o jornalista - e o grande público, seu receptor ou destinatário" (Destaque na fonte).

¹⁷⁸ ALMEIDA, André Mendes de - *Mídia eletrônica : seu controle nos EUA e no Brasil*, p. 52; LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo - *op. cit.*, p. 35, textualmente: "os serviços de telefone ou telégrafo, embora pertencendo ao gênero das telecomunicações, não são forma de comunicação de massa ou social e, tampouco, serviços de radiodifusão".

outrossim, aquela dirigida à audiência específica que paga pelo ingresso à programação, como são os casos da televisão a cabo e por assinatura (*narrowcasting*).

A liberdade de comunicação social relaciona-se, ainda, com o contexto comunicativo informático, que resulta da aplicação de tecnologias na comunicação por meio de computadores (suas relações jurídicas estão reguladas pelo Direito da Informática), bem como com o contexto comunicativo telemático, que reúne os sistemas computadores/telecomunicações para a prestação de novos serviços (transmissão de dados, vídeo, videoconferência, etc.) na área da comunicação (seu regime jurídico é objeto do Direito da Telemática).¹⁷⁹

3 - Relevância dos meios de comunicação social

O que caracteriza a comunicação social, conforme assinalado, é a sua concretização pelos meios¹⁸⁰ de comunicação de massa, que são instituições de enorme influência nas sociedades atuais, independentemente da polémica sobre a natureza positiva ou negativa desse domínio. Exemplo da relevância dos *mass media* é o fato deles já constituírem "a terceira ocupação do homem moderno, vindo atrás somente do trabalho e do sono",¹⁸¹ e a conseqüente valoração da informação e do conhecimento como fontes essenciais de riquezas dos países mais industrializados.¹⁸² A comunicação social de massa torna-se, portanto, uma

¹⁷⁹ A referência a esses novos ramos do Direito é feita por Maria Eduarda Gonçalves (Direito da informação, p. 18). Roberto Zaccaria (op. cit., p. 262) lembra que o termo telemática deriva da contração semântica dos vocábulos telecomunicações e informática e foi cunhado por dois estudiosos franceses, Simon Nora e Alain Minc, autores de um *Relatório sobre a informação na sociedade*, publicado em 1978.

¹⁸⁰ Conforme Roberto Zaccaria (op. cit., p. 140), o vocábulo meio pode ser entendido em duas acepções: "*In un primo e più elementare significato, il mezzo indica lo strumento attraverso il quale il pensiero prende consistenza, si manifesta all'esterno della persona assumendo svariate forme espressive quali la parola, lo scritto, il disegno, la fotografia, la composizione musicale così e via dicendo... Il significato immediatamente successivo è quello che considera il mezzo non quale strumento di immediata espressione, ma piuttosto quale strumento di riproduzione e di divulgazione del pensiero per farlo giungere ad un numero potenzialmente illimitato di destinatari*".

¹⁸¹ CORNU, Daniel - *Ética da informação*, p. 7.

¹⁸² GONÇALVES, Maria Eduarda - op. cit., p. 5. Expõe Arturo Pellet Lastra (La libertad de expresión, p. 11) de maneira enfática: "*Al hombre de siglo XX le ha tocado ser protagonista de una aventura singular y sin precedentes en la historia de la humanidad: el desarrollo vertiginoso de los medios de comunicación masiva, que intercomunican en contados segundos a ciudades y países geográficamente separadas por miles y miles de kilómetros*".

das notas distintivas da sociedade contemporânea e a "singulariza face a arquétipos antecedentes".¹⁸³

É óbvio que órgãos de comunicação de massa são tributários da evolução social, que exigiu instrumentos mais complexos de comunicação além das formas de comunicação face a face ou adstrita a pequeno grupo de pessoas. Notadamente o desenvolvimento de novas tecnologias de comunicação e de telecomunicação impulsionou o surgimento de novos veículos de comunicação social. Com efeito, a partir da metade do século XX até época atual, a multiplicação e a sofisticação dos *mass media* tem sido muito maiores do que toda a história anterior dos meios de comunicação humana, isto é, desde a criação da imprensa por Gutenberg.¹⁸⁴ Ademais, o processo de integração econômica mundial tem favorecido a globalização da mídia, implicando a criação de multinacionais da comunicação com atuação nos mais diversos lugares do planeta e a subordinação dos meios de comunicação de massa de cada nação a uma mídia global.¹⁸⁵

Os meios de comunicação social alteraram profundamente as relações de comunicação: o exercício da liberdade de expressão e comunicação pelos cidadãos depende

¹⁸³ ANDRADE, Manuel da Costa - Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal : uma perspectiva jurídico-criminal, p. 67.

¹⁸⁴ NOVOA MONREAL, Eduardo - op. cit., p. 139. Nesse sentido também Giuseppe Santaniello (Le linee di sviluppo della legislazione sui media nel secolo XX, p. 719) quando afirma: "*Il secolo XX ha segnato una netta linea di sviluppo crescente di tutti i media, i quali hanno assunto una consistenza ed una rilevanza di interesse generale per cui si sono istituzionalizzati all'interno di tutte le società progredite*".

¹⁸⁵ Assim André Mendes de Almeida (op.cit., pp. 174-175) comenta: "a globalização da mídia evolui rapidamente de uma profecia (lembre-se de Marshall McLuhan) para um fato real do *media business*. A expressão significa a criação de megaempresas de mídia (eletrônica e impressa), capazes de atuar nos principais mercados mundiais vendendo o mesmo tipo de entretenimento e informação. Esses verdadeiros impérios multinacionais da comunicação já existem e seu controle sobre a mídia continua crescendo. A globalização se baseia na economia de escala e no chamado princípio da sinergia: a interação entre dois tipos de mídia produz um resultado maior do que a soma das partes. Um veículo de mídia pode ser usado para promover a mesma idéia ou produto em outro veículo, ambos controlados por um mesmo grupo societário. Esses grupos globais de comunicação têm por objetivo controlar o maior número possível de mídia: jornais, revistas, emissoras de rádio e TV, editoras de livros, estúdios de cinema, programação e operação de TV a cabo, satélites de comunicação, videocassetes, gravadoras, salas de cinema, etc."

agora em grande parte daqueles veículos de comunicação, que transformaram os cidadãos de sujeitos ativos da comunicação para consumidores desta.¹⁸⁶

Os *mass media* sempre foram considerados como elementos da estrutura política da sociedade, como intermediário entre os governantes e governados. Todavia, em virtude dos grandes aportes de investimentos que aqueles meios exigem, pois cada um deles geralmente está associado à indústria e ao mercado, tornando-se dependentes de financiamentos, de tecnologias e de força de trabalho,¹⁸⁷ há uma tendência hodierna de transferir a questão da liberdade de expressão e comunicação da esfera pública e política para a esfera econômica e do mercado.¹⁸⁸ Este último aspecto, que será melhor examinado adiante, já indica que o regime jurídico dos meios de comunicação, por si só, não determina o funcionamento destes, pois as condições econômicas, sociais e culturais conformam a ação dos meios de comunicação social, como é o caso da estrutura de classes sociais, do nível cultural da população, da formação técnica e ética dos profissionais da comunicação, etc.¹⁸⁹

¹⁸⁶ GONÇALVES, Maria Eduarda - op. cit., p. 28. Nesse sentido assevera Mortati (apud Claudio Chiola - op. cit., p. 30): "*la Costituzione ha dettato un'ampia disciplina della stampa perché è stata ritenuta il mezzo più comune e più efficace di diffusione del pensiero*". O Tribunal Constitucional espanhol considera que a liberdade de expressão e comunicação "*alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción. Esto, sin embargo, no significa que la misma libertad no deba ser reconocida en iguales términos a quienes no ostentan igual cualidad profesional pues los derechos de la personalidad pertenecen a todo sin estar subordinados a las características personales del que los ejerce, sino al contenido del propio ejercicio, pero si significa que el valor preferente de la libertad declina cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de formación de la opinión pública*" (Apud Ma. Cruz LLamazares Calzadilla - op. cit., pp. 66-67).

¹⁸⁷ SANTANIELLO, Giuseppe - op. cit., p. 720.

¹⁸⁸ GONÇALVES, Maria Eduarda - op. cit., p. 28. Nesse mesmo veio, Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes (op. cit., p. 30) expõe: "A utilização dos veículos de massa, ou meios de comunicação de massa - MCM, implica organizações amplas e complexas, com grande número de profissionais e extensa divisão de trabalho, bem como correspondente nível de custos. O fato de ser bastante onerosa a manutenção de uma organização deste tipo faz com que ela dependa, para sobreviver ou se expandir, do alto nível de consumo".

¹⁸⁹ Sobre o confronto entre o regime jurídico dos *mass media* e as condições reais de seu funcionamento, Modesto Saavedra López (op. cit., pp. 12-13) escreve: "*Está claro, sin embargo, que la función legitimadora de los medios no depende sólo de su régimen jurídico. Otros aspectos sociales condicionan los efectos de cualquier reglamentación jurídica, por irreprochable que ésta pueda ser. Por ejemplo, la estructura social de las clases, grupos o intereses, el nivel cultural de la población y su grado de interés, por los asuntos públicos, la orientación profesional de la actividad publicística e inclusive la psicología individual y colectiva. La actividad de los MCM se apoya también en estas condiciones, que trascienden su regulación jurídica específica y en algunos casos escapan a toda regulación jurídica. Y estas condiciones - sociales, culturales, publicísticas, etc. - afectan al alcance legitimador del proceso de producción del consenso social. Por eso, el régimen jurídico de los MCM no puede ser estudiado de forma independiente, puesto que no determina por sí*

4 - Duas visões sobre o poder dos meios de comunicação social

De acordo com Umberto Eco, existem duas visões sobre a natureza do papel desempenhado pelos meios de comunicação de massa na sociedade. A primeira, denominada de crítica, considera que os *mass media* geram uma sociedade autoritária, com indivíduos alienados e despersonalizados. A segunda, chamada de integradora, avalia que os meios de comunicação social favorecem de forma positiva a plena realização da sociedade democrática.¹⁹⁰

a) Visão integradora

Consoante a visão integradora, os meios de comunicação de massa são instituições esclarecedoras, norteadoras e divulgadoras da cultura humana¹⁹¹ que contribuem para o conhecimento do passado e a compreensão do presente.¹⁹² Ao tornarem *pública a vida pública* aqueles meios passam a ser instrumentos vitais para a integração social e a governabilidade, assegurando a necessária coesão numa sociedade de massas e produzindo positividade.¹⁹³

No entanto, o poder dos meios de comunicação de massa, segundo esse ponto de vista, não é absoluto e total, está atravessado por contradições que não o deixam imune a limitações e ao contra-ataque.¹⁹⁴

solo la función de los mismos. Además, de estudiar el régimen jurídico de los medios, es imprescindible confrontarlo con las condiciones reales de su funcionamiento".

¹⁹⁰ Apud, Ricardo Leite Pinto - op. cit., p. 29. Na realidade Umberto Eco apelida de apocalíptica a visão crítica referida, termo que se rejeita pela conotação pejorativa que leva o seu emprego.

¹⁹¹ OLIVEIRA, João Gualberto de - A liberdade de imprensa no Brasil e na Suécia, p. 159.

¹⁹² WOLF, Mauro - Teorias da comunicação, p. 17.

¹⁹³ ARNT, Ricardo - A desordem do mundo e a ordem do jornal, pp. 170-174; COMPARATO, Fábio Konder - É possível democratizar a televisão, p. 301.

¹⁹⁴ ARNT, Ricardo - Idem, p. 173, textualmente: "O poder da mídia está atravessado por fora e por dentro por contra-poderes. É possível expô-lo, miná-lo, debilitá-lo e barrá-lo, e ele não está imune ao contra-ataque".

b) Visão crítica

Conforme a visão crítica, os meios de comunicação de massa não contribuem de forma positiva para o surgimento de uma opinião pública independente e pluralista, ao revés, são os responsáveis pela manipulação e pela deturpação desta. Por conseguinte, não propiciam o funcionamento de uma autêntica democracia deliberativa e até mesmo se transformam numa ameaça para o próprio regime democrático.

Os *media*, segundo essa perspectiva, sendo os "principais responsáveis pelo aviltamento da vida pública",¹⁹⁵ estão a serviço do poder econômico, associado ao poder político, criam ou fabricam a aquiescência da opinião pública. Assim, em conluio, o "dinheiro e o poder filtram as notícias a serem publicadas", marginalizam o dissenso e impedem o pluralismo.¹⁹⁶

Contudo, são necessárias algumas considerações sobre as duas visões apresentadas. Por um lado, uma *ordem jurídica da comunicação* adequada sempre visará à disciplina dos meios de comunicação de massa a fim de que contribuam positivamente para a concretização do Estado Democrático de Direito. Esse é objetivo irrenunciável do sistema normativo e a ele fazem alusão as manifestações conforme a visão integradora. Por outro lado, deve-se levar a sério as denúncias formuladas pela visão crítica. Elas chamam a atenção para o aspecto, por diversas vezes ventilado neste trabalho, de que a estrutura social condiciona o exercício da atividade dos meios de comunicação social.¹⁹⁷ De fato, a organização destes meios em forma

¹⁹⁵ SANTIAGO, Silvano - Alfabetização, leitura e sociedade de massa, p. 147.

¹⁹⁶ FERREIRA, Argemiro - As redes de TV e os senhores da aldeia global, p. 155. Este autor cita cinco filtros por meio dos quais os donos do poder e os interesses econômicos controlam a liberdade de comunicação social: "1) a dimensão, a propriedade concentrada e a orientação para o lucro das firmas dominantes da mídia; 2) a publicidade como fonte de receita primária dos meios de comunicação de massa; 3) a confiança na informação fornecida pelo governo, pelo empresariado (business) e pelos 'experts' cujos recursos vêm dessas fontes primárias e agentes do poder; 4) as reações em flocos (protesto, cartas, etc.), organizadas ou não, ao que é publicado; 5) o 'anticomunismo' como religião nacional e mecanismo de controle. Esses elementos - dizem Chomsky & Herman - se mesclam e interagem, reforçando-se uns aos outros" (idem, *ibidem*).

¹⁹⁷ Judith Lichtenberg (Introduction, p. 10) fala aqui das tensões que se estabelecem "*between the ostensibly democratic ideals which the mass media are supposed to serve and the communication structures and practices that actually tend to prevail*".

de grandes empresas torna-os dependentes dos anunciantes e das regras do mercado,¹⁹⁸ e até mesmo o direito fundamental ao recebimento de informações corretas e pluralistas dos meios de comunicação social, assegurado formalmente pelo *jus positum*, para a sua realização concreta, pode esbarrar na natureza particular de um Estado que não expressa a universalidade social.¹⁹⁹ Por conseguinte, os meios de comunicação de massa servem a coletividade como um todo e não apenas aos interesses econômicos e políticos das elites, quando a propriedade dos meios de comunicação não constitui privilégio de poucos, mas é acessível a todos os cidadãos, máxime dos grupos sociais relevantes.²⁰⁰ Enfim, a visão crítica evoca a conexão dialética existente entre a democracia no contexto da comunicação de massa e a democracia nos contextos econômico, social e político:²⁰¹ não há igualdade política se o acesso aos órgãos de comunicação é realizado em razão da quantidade de recursos de que dispõem os cidadãos ou pelo montante das verbas que os anunciantes estão dispostos a pagar pelo acesso.²⁰²

Destarte, para os propósitos deste trabalho, admite-se que os meios de comunicação social favorecem a ilustração dos cidadãos e promovem o avanço democrático à medida que o seu regime jurídico contemple e a realidade comprove o efetivo controle social dos principais meios de comunicação pública, com o escopo de velar que os órgãos de comunicação de massa não se desviem dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa

¹⁹⁸ Nesses termos, Eduardo A. Zannoni e Beatriz R. Biscaro (op. cit., pp. 35-36), quando afirmam: "*Los medios masivos, en la sociedad occidental, ostentan una serie de condicionamientos que deben ser adecuadamente confrontados. Así, los medios constituyen fundamentalmente una industria, cuya mercancía es, precisamente, la información - además de opiniones - y que, por eso, se sujeta a leyes de producción mercantil. Los medios, constituidos en empresas, deben atender sus inversiones crecientes y solventar sus costos fijos. La publicidad - fuente primordial de financiación - tiende a concentrarse en los medios de mayor alcance público y, de este modo, cada cual trata de seleccionar la información y los mensajes según estereotipos que respondan a lo que se considera que espera el público masivo. La información, la noticia, es, al cabo, un producto económico - aun cuando su sustrato, su contenido, tiene un valor inmaterial y espiritual - que se sujeta a las leyes del mercado*".

¹⁹⁹ KARAM, Francisco José - Jornalismo, ética e liberdade, p. 17, 22, 23, 27.

²⁰⁰ Nessa ordem de idéias é a colocação de João Féder (Crimes da comunicação social, p. 26): "São os veículos de comunicação social, primeiro a imprensa, depois o rádio e mais tarde a TV, os instrumentos capazes de representar a liberdade coletiva de um povo, desde que esses veículos sejam portadores não de um único pensamento, de uma única idéia, mas de pensamentos e idéias múltiplas e divergentes, que traduzam as tendências desse povo".

²⁰¹ Daí as peremptórias palavras de Nelson Werneck Sodré (História da imprensa no Brasil, p. 8): "Só existe imprensa livre quando o povo é livre; imprensa independente, em nação independente".

²⁰² SUNSTEIN, Cass R - Democracy and the problem of free speech, p. 40, 58.

humana, da soberania popular, da cidadania, do pluralismo e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, consoante determina a Constituição Federal de 1988, embora se reconheça que a realidade atual dos meios de comunicação de massa afasta-se desse ideário (especialmente no Brasil, como será analisado na segunda parte desta tese), pois a mídia não está "*engaged in the task of enlarging and enriching human communication. It is engaged in making money*",²⁰³ constituindo um arremedo de democracia permitir que apenas quem tenha dinheiro possa falar na arena pública.²⁰⁴

As funções relacionadas aos meios de comunicação social deverão ser entendidas, portanto, à luz das considerações expostas sobre a inadiável necessidade de superarem-se os obstáculos estruturais que inviabilizam a concretização das funções elencadas.²⁰⁵

5 - Funções dos meios de comunicação social

As funções dos meios de comunicação social podem ser inferidas da importância que o acesso, a recepção e a difusão dos pensamentos, idéias, opiniões, informações e notícias têm tanto para o desenvolvimento da personalidade humana quanto para a promoção de uma saudável convivência social, porquanto essas necessidades humanas encontram-se hoje em

²⁰³ MEIKLEJOHN, A apud Cass R. Sunstein - Idem, p. 292.

²⁰⁴ Para assegurar o efetivo respeito à comunicação social, Francisco José Karan (op. cit., p. 27) considera que são necessários dois requisitos: a democratização dos meios de comunicação de massa e a mudança da noção ética profissional por parte dos comunicadores. Por seu turno, sobre o atual desvio dos *mass media* de suas funções básicas, Judith Lichtenberg (Foundations and limits of freedom of the press, pp. 102-103) aduz: "*At the same time, we know that the press in its most characteristic modern incarnation - mass media in mass society - works not only to enhance the flow of ideas and information but also to inhibit it. Nothing guarantees that all valuable information, ideas, theories, explanations, proposals, and points of view will find expression in the public forum. Indeed, many factors lead us to expect that they will not. The most obvious is that 'mass media space-time' is a scarce commodity: Only so much news, analysis, and editorial opinion can be aired in the major channels of mass communication. Which views get covered, and in what way, depends mainly on the economic and political structure and context of press institutions, and on the characteristic of the media themselves*".

²⁰⁵ Segundo Judith Lichtenberg (op. cit., p. 103) atualmente são principalmente quatro fatores que inibem a liberdade de comunicação social: "(1) *More often than not, contemporary news organizations belong to large corporations whose interests influence what gets covered (and, what is probably more central, what does not) and how. (2) News organizations are driven economically to capture the largest possible audience, and thus: not to turn it off with whatever does turn it off - coverage that is too controversial, too demanding, too disturbing. (3) The media are easily manipulated by government officials (and others), for whom the press, by simply reporting press releases and official statements, can be a virtually unfiltered mouthpiece. (4) Characteristics of the media themselves constrain or influence coverage; thus, for example, television lends itself to an action-oriented, unanalytical treatment of events that can distort their meaning or importance*".

grande parte dependentes da ação dos órgãos de comunicação. Assim, para suprir as demandas de conhecimento dos cidadãos nas modalidades de informação pública, educação política e formação cultural, os *mass media* são responsáveis pelo desempenho de diversas tarefas sociais que serão aqui classificadas nas funções política ampla, cultural e de utilidade pública.

5.1 - Função política ampla

A indicação de que os meios de comunicação social têm uma função política é uma constante na doutrina que chega a afirmar ser esta a função mais importante dos veículos de comunicação de massa.

Com efeito, embora realizem várias funções e apresentem algumas destas não relacionadas diretamente à esfera política, os meios de comunicação de massa possuem um caráter objetivo: eles afetam as atividades dos poderes públicos bem como influenciam a estabilidade ou as transformações sociais.²⁰⁶

Na verdade, os veículos de massa exercem a função política em sentido amplo de várias maneiras: fiscalizando os órgãos do Estado e os funcionários públicos em geral, fornecendo aos cidadãos as informações indispensáveis para que possam realizar de forma inteligente as decisões que lhes cumprem numa democracia deliberativa, assegurando o *public forum* para a consecução de um autêntico debate público e influenciando no estabelecimento da agenda política. É oportuno examinar detalhadamente cada uma dessas formas de exercício da função política ampla.

a) Função de cão de guarda público ou *watchdog function*

De acordo com essa função, cumpre, aos meios de comunicação social monitorar o funcionamento de todos órgãos estatais e as condutas de seus servidores, principalmente dos

²⁰⁶ SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto - La libertad de expresión en el Estado de Derecho : entre la utopía y la realidad, p. 10.

agentes políticos que comandam os três poderes do Estado: executivo, legislativo e judiciário.²⁰⁷ Neste sentido, incumbe aos meios de comunicação informar aos cidadãos tudo o que está acontecendo nos centros de poder, mormente denunciando as irregularidades atinentes ao manejo da coisa pública.²⁰⁸

Obviamente se for executado com firmeza, com independência e de acordo com os parâmetros constitucionais, esse papel da mídia pode favorecer o controle democrático do Estado e revelar-se um valioso instrumento de profilaxia dos costumes públicos em geral, uma vez que todas as formas de corrupção provocam enorme aversão social e acabam enfraquecendo o regime democrático.²⁰⁹

Ademais, a completa legitimidade dessa função ante a opinião pública exige que a fiscalização da mídia seja estendida a todas as formas de estruturas que sustentam o monopólio do poder por grupos oligárquicos. Por conseguinte, o controle dos meios de comunicação sobre os governantes não deve cingir-se apenas às pessoas, deixando intactas as estruturas antidemocráticas, convém utilizá-lo também para promover a denúncia pública destas.²¹⁰

Cabe notar ainda a enorme contribuição que essa função, se corretamente levada a efeito, proporciona ao adequado funcionamento da democracia representativa. Esta pode até

²⁰⁷ Assim Daniel Cornu (op. cit., p. 116): "Como agente independente desta liberdade instituída, a imprensa tem como função primordial na sociedade controlar os poderes do Estado (legislativo, executivo e judiciário) e contrabalançá-los conforme o princípio *checks and balances*. Ela é considerada um cão de guarda, cuja missão é sinalizar ao cidadão a ocorrência de eventuais abusos de poder".

²⁰⁸ Era a esta função da mídia de controlar os abusos e a corrupção nos órgãos estatais que se referia Karl Marx (Liberdade de imprensa, pp. 113-114): "A função da imprensa é ser o cão de guarda público, o denunciador incansável dos dirigentes, o olho onipresente, a boca onipresente do espírito do povo que guarda com ciúme sua liberdade". Neste mesmo veio Rui Barbosa (República: teoria e prática, p. 101), citando Pétion: "Um dos maiores benefícios da liberdade de imprensa é acoroçoar os cidadãos a vigiarem sem cessar os homens públicos, alumiarem-lhes o procedimento, desvendarem-lhes as intrigas, advertirem a sociedade dos perigos, que corre".

²⁰⁹ As palavras de Adrián R. Ventura (La función de la prensa en el control de la corrupción, p. 87) sobre essa função da mídia parecem dirigidas à realidade brasileira: "*Entiendo que esta ... función de la prensa, la de controlar el funcionamiento de las instituciones republicanas y la conducta de los hombres que las encarnan ha pasado a ser de primordial importancia en un país en el que, desde hace décadas, la corrupción se ha convertido en uno de los principales problemas y se ha enquistado en todas las estructuras sociales y particularmente en la Administración Pública*".

²¹⁰ SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto - Idem, pp. 187-188.

mesmo claudicar, caso os cidadãos não disponham de mecanismos que lhes permitam ser informados do que os governantes estão fazendo, pretendem fazer ou não estão fazendo, uma vez que nem todas as pessoas têm disponibilidade, meios ou tempo para visitarem as repartições públicas ou entrarem em contato diretamente com os administradores públicos. Os *media* suprem então essa necessidade prática ao estabelecerem um elo de comunicação entre o cidadão e o Estado, vital para a existência de uma real democracia representativa.²¹¹

b) Função de subsidiar os cidadãos para a realização de escolhas inteligentes

Os *mass media* desempenham esta função quando municiam os cidadãos com informações corretas e pluralistas para que, de modo consciente e com pleno conhecimento de causa, tomem as decisões que lhes competem numa democracia. Aqui cobram importância os subsídios fornecidos no sentido de qualificar o cidadão para o cumprimento de seu mister como eleitor e, dessa forma, equipá-lo para desfrutar, em toda a sua plenitude, dos direitos fundamentais de participação na definição da vontade política do Estado (*status activus*).²¹²

Assim, a difusão dos dados, notícias, fatos e informações disponíveis sobre as eleições políticas (os partidos políticos, a natureza das funções públicas submetidas ao escrutínio popular, os problemas administrativos a serem enfrentados, a biografia e a ideologia dos candidatos aos cargos políticos, etc.), de modo que todos os pontos de vista e as distintas versões sobre as matérias em questão sejam trazidas a lume (pluralismo informativo), constitui uma destacada tarefa cívica dos meios de comunicação social,²¹³ visto que para

²¹¹ Em termos aproximados ao exposto, Deni Elliott - *Jornalismo versus privacidade*, p. 24.

²¹² Neste sentido é a manifestação de Adrian R. Ventura (op. cit., p. 86): "*La democracia es el régimen en el cual los ciudadanos son quienes deciden sobre las orientaciones generales que ha de imprimirse al gobierno de un país y ese régimen únicamente funcionará en interés de sus destinatarios si ellos están correctamente informados de los asuntos de política sobre los que deben decidir.*" Igualmente é a opinião de Marco Barbosa Pinto (*Liberdade de imprensa e responsabilidade civil dos meios de comunicação*, p. 173): "a informação jornalística permite que os cidadãos atuem na esfera pública de modo consciente, porque fornece-lhes condições para exercer seus direitos, entre os quais o direito de voto. Sem a imprensa, dificilmente os indivíduos teriam condições de votar com convicção, muito menos de exercer sua cidadania de forma participativa".

²¹³ Stephen Holmes (*Liberal constraints on private power?*, p. 35) evoca que "*Madison, too, justified press freedom instrumentally, by invoking its contribution to creating an informed electorate.*"

funcionar bem a democracia necessita de educação e liberdade. "Educação para saber escolher, liberdade para poder escolher."²¹⁴ Aqui a experiência histórica tem revelado uma verdade inconcussa: "Sem indivíduos bem formados e bem informados a democracia sempre estará contaminada pela demagogia e pela manipulação".²¹⁵

c) Função de garantia do espaço público ou *public forum*

Essa função é especialmente exaltada pela *concepção comunitária* da liberdade de comunicação social que concebe esta como um bem comum.

De acordo com a concepção referida, os meios de comunicação social têm como primordial objetivo assegurar na sociedade o espaço público e preservar o seu adequado funcionamento de forma a ensejar a discussão e o debate entre as pessoas, uma vez que o confronto de posições distintas é salutar e constitui uma força criativa para uma genuína democracia deliberativa.²¹⁶

Nessa perspectiva, os *mass media* são apreciados como promotores de uma arena pública cuja importância reside na possibilidade de facultar o diálogo democrático, oportunizando o estabelecimento de um racional, franco e vigoroso debate entre os diversos segmentos sociais sobre os assuntos de interesse geral. Daí a assertiva de que "atualmente, o próprio espaço público é em grande parte criado e sustentado pela imprensa",²¹⁷ esta entendida em sentido amplo e englobando todos os meios de comunicação social.

²¹⁴ PINTO, Roquette apud Anís José Leão - Limites da liberdade de imprensa, p. 48. Como afirma Giovanni Sartori (Elementos de teoria política, p. 153): "*si el pueblo quiere sin saber, tendremos un autogobierno que se autodestruye*".

²¹⁵ DIMENSTEIN, Gilberto - A imprensa e os direitos humanos : o perigo do silêncio, p. 650.

²¹⁶ CORNU, Daniel - op. cit., pp. 167-170; HOLMES, Stephen - op. cit., pp. 32-33. Também Cass R. Sunstein (op. cit., pp. 241-242), textualmente: "*Instead, a large point of the system is to ensure discussion and debate among people who are genuinely different in their perspectives and position, in the interest of creating a process through which reflection will encourage the emergence of general truths*".

²¹⁷ PINTO, Marcos Barbosa - op. cit., p. 174.

d) Função de estabelecer a agenda política ou *agenda setting function*

Ao desempenharem as funções políticas de criticar e avaliar o poder estabelecido, de orientar os cidadãos para a tomada de decisões inteligentes e de criar e sustentar uma arena pública para o debate político, os meios de comunicação social vêm se transformando de mediadores entre os cidadãos e seus governantes, conforme foram pensados, em atores políticos possuidores de enorme influência sobre a sociedade civil e o Estado, sendo, por essa razão, designados também de quarto poder.

Em consequência deste poder extraordinário alcançado pelas organizações de comunicação social, as pesquisas contemporâneas, no campo da comunicação de massa, têm aludido ao fenômeno, protagonizado pelos *media*, do condicionamento ou da fixação da agenda pública.²¹⁸

Assim, na realização dessa função, os meios de comunicação passam a selecionar e a determinar quais os fatos e demais informações que devem ser discutidos na esfera pública. Neste sentido, formulam uma lista dos acontecimentos, problemas e pessoas que consideram relevantes para o conhecimento da sociedade e para a consequente discussão pública. É dizer, os *mass media* não desejam apenas criar e manter um espaço público vital para a deliberação democrática, pretendem, outrossim, delimitar as matérias a serem debatidas nele.

O significado desse fenômeno pode ser ilustrado, por um lado, pelo fato de, se a mídia não consegue às vezes dizer aos cidadãos como devem pensar, contudo, é eficiente em apontar os assuntos sobre os quais eles devem dizer e opinar.²¹⁹ Isto é, embora possa não

²¹⁸ Shaw, citado por Mauro Wolf (Teorias da comunicação, p. 144), escreve assim sobre a hipótese do *agenda-setting*: "em consequência da ação dos jornais, da televisão e dos outros meios de informação, o público sabe ou ignora, presta atenção ou descarta, realça ou negligencia elementos específicos dos cenários públicos. As pessoas têm tendência para incluir ou excluir dos seus próprios conhecimentos aquilo que os *mass media* incluem ou excluem do seu próprio conteúdo. Além disso, o público tende a atribuir aquilo que esse conteúdo inclui uma importância que reflecte de perto a ênfase atribuída pelos *mass media* aos acontecimentos, aos problemas, às pessoas".

²¹⁹ COHEN, apud Mauro Wolf- Idem, p. 145.

dispor do domínio exclusivo da formulação ideológica na sociedade, a mídia tem ao menos a hegemonia de sua divulgação.²²⁰ Por outro lado, os próprios agentes políticos acabam agindo e comportando-se de acordo com a pauta estabelecida pelos *media*. Por exemplo, é comum verificar a prática de decisões administrativas, a aprovação de leis e julgamentos em processos judiciais efetuados a partir da agenda pública fixada pelos *mass media*.²²¹

Mas, essa função política reivindicada pela mídia suscita algumas dificuldades. A primeira diz respeito à legitimidade democrática: como as organizações de comunicação pretendem assumir o lugar de agremiações partidárias ou de outros atores políticos, que são escolhidos pelos cidadãos por meio do processo democrático e submetidos periodicamente ao crivo da soberania popular, se aquelas organizações - *rectius* as empresas privadas de comunicação - estão fora da disputa eleitoral e imunes de avaliação periódica de sua atuação perante o povo? Será que as restrições legais à liberdade de comunicação social (ver *infra*, capítulo VI) são suficientes e eficazes para legitimarem essa função dos *media*? A outra dificuldade surgida é que os meios de comunicação, como agentes políticos autônomos, geralmente terminam vinculando-se a determinadas concepções políticas. A consequência disso é que ao invés de se constituírem em antídoto do poder, como foram pensados pelos liberais clássicos, eles passam a reforçá-lo.

²²⁰ AMARAL, Roberto - *Imprensa e controle da opinião pública : informação e representação popular no mundo globalizado*, p. 198.

²²¹ Nessa mesma ordem de idéias é a opinião de Fábio Konder Comparato (*A democratização dos meios de comunicação de massa*, p. 156): "O verdadeiro espaço público de deliberação política passou a ser, assim, aquele oferecido pelos veículos de comunicação de massa. São eles - *rectius*, os seus controladores - que decidem sobre a divulgação ou não das questões discutidas e votadas no Parlamento. São eles que, de fato, propõem à discussão parlamentar grande número de questões, tornadas em seguida objeto de comissões parlamentares de inquérito ou de projeto de leis".

5.2 - Função cultural

Do conceito de liberdade de comunicação social apresentado, infere-se que os meios de comunicação social não são unicamente veículos de difusão de fatos ou notícias, eles são também canais de expressão e debate de idéias, opiniões, críticas e juízos de valor. Este último aspecto revela que, além de informar, os *media* podem coadjuvar na formação cultural dos cidadãos.

Era a essa função cultural que os liberais clássicos aludiam quando afirmavam que a garantia da mais ampla liberdade para os meios de expressão e comunicação humana conduz inevitavelmente à ilustração das pessoas, o que é importante para o processo democrático.²²² No fio dessas considerações é a sugestão de que *os mass media* devam fazer parte de um sistema de educação pública, aberto para todos aqueles que necessitam dele.²²³

Essa função é deduzida também da circunstância de que a comunicação social não é realizada de forma neutra, vez que os *mass media* divulgam as idéias e as opiniões com a intenção de influenciar e modelar a visão de mundo de seus utentes, tornando-se, assim, também *organizações ideológicas*.²²⁴

Por outro ângulo, essa função cultural dos meios de comunicação de massa enseja o surgimento da *mass culture*, que se expandiu principalmente após a Segunda Guerra Mundial e é objeto de intensos debates.

²²² Assim Judith Lichtenberg (Foundations and limits of freedom of the press, p. 113): "*the self-awareness Mill describes requires fairness and encourages tolerance. Moving from the individual to the society, an enlightened society is one in which, following on public dialogue and debate, a balance has been struck between conflicting interests. Enlightenment is thus inseparable from the democratic process*". Outrossim, Modesto Saavedra López (op. cit., p. 99) quando afirma que, segundo as concepções liberais, os veículos de comunicação possuem três funções: informação, ilustração e controle democrático do Estado.

²²³ SUNSTEIN, Cass R - op. cit., p. 91. Nesse caminho é a manifestação de Darcy Arruda Miranda (Abusos da liberdade de imprensa: comentário, doutrina, legislação e jurisprudência, p. 33): "A verdadeira missão da imprensa é a de difundir conhecimentos, disseminar a cultura, iluminar as consciências, canalizar as aspirações e os anseios populares, enfim, orientar a opinião pública no sentido do bem e da verdade".

²²⁴ Como lembra Antonio Carlos Wolkmer (Ideologia, Estado e direito, p. 73), Gramsci classificava os meios de comunicação de massa, a Igreja e a escola como as principais instituições ideológicas.

A cultura de massa proveniente da imprensa, do cinema, do rádio e da televisão, por exemplo, é bastante criticada pelo seu caráter sincretizante e homogeneizante, bem como de não ser governada pelo gosto, "hierarquia do belo ou alfândega da crítica estética", porquanto é dependente dos interesses da produção industrial que induz o consumo.²²⁵ Assim, é comum afirmar-se que a sociedade atual, baseada nas leis do consumo e com o auxílio dos *mass media*, não produz um conhecimento prudente emancipatório que ilumine as consciências, ao revés, impulsiona uma cultura colonizadora e alienante para a maioria das pessoas.²²⁶

Todavia, bem vistas as coisas, cumpre reconhecer quão momentosa é a tentativa de avaliar o produto cultural na *mass society*.²²⁷ Por um lado, há o risco da crítica desviar-se para a posição moralista de considerar os meios de comunicação de massa instrumentos de manipulação ou para a concepção aristocrática de simplesmente rejeitar a idéia do acesso da maioria das pessoas à cultura em geral.²²⁸ Por outro, não se pode negar a justeza das críticas que denunciam a baixa qualidade de muitos produtos fornecidos pelos meios de massa nos casos em que o objetivo primário não é o aprimoramento cultural da pessoa humana, mas exclusivamente auferir vantagem econômica e lucro.²²⁹

²²⁵ MORIN, Edgar - Cultura de massas no século XX : neurose, p. 18 e pp. 45-47.

²²⁶ Segundo Boaventura de Sousa Santos (Para um novo senso comum : a ciência, o direito e a política na transição paradigmática, p. 78, 81), conhecimento emancipatório "é uma trajetória entre o estado de ignorância que designo por *colonialismo* e um estado de saber que designo de *solidariedade*". Ou seja, "A solidariedade é uma forma específica de saber que conquista sobre o colonialismo. O colonialismo consiste na ignorância da reciprocidade e na incapacidade de conceber o outro a não ser como objecto" (Destaca na fonte).

²²⁷ SANTIAGO, Silvano - Alfabetização, leitura e sociedade de massa, p. 151.

²²⁸ Nessa linha de pensamento são as ponderações de Alain Touraine (Crítica da modernidade, p. 164): "A idéia de que a sociedade se torna uma grande fábrica e que o consumidor é tão controlado e manipulado como o trabalhador, é um tema de moralista que um sociólogo não pode aceitar. É impossível admitir estas críticas aristocratizantes da sociedade, como se o acesso da grande maioria à produção, à educação e ao consumo acarretasse uma baixa geral de nível e, sobretudo, produzisse em si regimes autoritários. Há muito tempo os historiadores e os sociólogos demonstraram o erro daqueles que acreditavam explicar o nazismo pelo desenraizamento da sociedade de massa, urbana e industrial; foram, ao contrário, as categorias mais arraigadas que apoiaram com maior entusiasmo a ditadura".

²²⁹ Jorge de Esteban (op. cit., p. 12) lembra que, mesmo quando os *mass media* realizam a função de levar entretenimento, repouso e descanso para as pessoas, deve ficar claro que "*la conquista cada vez mayor de ocio, no debe emplearse únicamente para descansar o dormir, sino, fundamentalmente y sobre todo, para ampliar el campo de nuestra consciencia y de esta manera participar de una manera más profunda en la vida del mundo*". Por seu turno, Giuseppe Santaniello (Le linee di sviluppo della legislazione sui media nel secolo XX, p. 22) informa que o congresso da federação nacional da imprensa francesa aprovou o seguinte: "*la stampa non è uno strumento di profitto commerciale, ma uno strumento di cultura; la sua missione è quella di dare informazioni ssatte, di diffondere le idee, di servire la causa del progresso umano*".

5.3 - Função de quadro de avisos

Os meios de comunicação social servem ainda de instrumentos úteis para a vida diária do cidadão e como elementos de contacto social.²³⁰ Eles prestam diversos serviços de utilidade pública, que tornam mais fácil e mais segura a vida cotidiana das pessoas, tais como a divulgação das condições do tempo e da situação do tráfego, informações sobre nascimentos e falecimentos, a difusão de hora, local e data de acontecimentos comunitários relevantes, etc. Daí dizer-se que os meios de comunicação social cumprem também o papel de quadro de aviso na sociedade contemporânea.²³¹

6 - Meios de comunicação social e opinião pública

No cumprimento de suas funções observa-se que os meios de comunicação social relacionam-se com a opinião pública. Aliás, costuma-se asseverar que o escopo primordial da liberdade de comunicação social é servir a uma opinião pública independente, pluralista, e estimada como uma instituição basilar para a democracia.²³²

²³⁰ NOVOA MONREAL, Eduardo - Derecho a la vida privada y libertad de información : un conflicto de derechos, p. 153.

²³¹ ELLIOTT, Deni - op. cit., p. 33. Este autor (Idem, ibidem) justifica a relevância dessa função nestes termos: "Meus alunos costumam dizer que o repórter que está sobrevoando a cidade num helicóptero para ver as condições do tráfego não é um 'verdadeiro jornalista'. Mas o fato é que ele pode nos dar informações bastante úteis que podem ter um impacto direto e imediato sobre nossas decisões. Posso chegar em casa na hora do jantar se, antes do retorno 51, eu souber que a rodovia interestadual está engarrafada na altura do retorno 52. E se tivesse prestado mais atenção no boletim meteorológico eu teria levado minha capa e não chegaria no escritório todo molhado! Estas são questões menores, sem dúvida, mas são coletivamente importantes na nossa vida cotidiana. Elas não são glamourosas nem excitantes, mas são bastante úteis e realmente fazem falta. Nós podemos legitimamente esperar que os jornalistas sejam o canal através do qual esses informes cheguem até nós".

²³² LLAMAZARES CALZADILLA, Ma. Cruz - op. cit., p. 48; CORASANITI, Giuseppe - op. cit, p. 11; SERRANO, Vidal - A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística, p. 87; AMARAL, Roberto - Imprensa e controle da opinião pública, p. 197; MIRANDA, Darcy Arruda - Comentários à lei de imprensa, tomo 1, p. 52; CARRILLO, Marc - La cláusula de consciencia de los periodistas en la constitución española de 1978, p. 170; SALGADO, Concepcion Carmona - Libertad de expresión e información y sus limites, pp. 22-23. Segundo José Manuel Valentim Peixe e Paulo Silva Fernandes (A lei de imprensa : comentada e anotada, p. 14) a tarefa da liberdade de comunicação social é esclarecer a opinião pública dos bens que esta deve promover e dos males que deve evitar, pois "Existe em todas as Nações um Tribunal invisível, sempre em actividade, que as leis, que o Rei e que ninguém pode dominar. Este Tribunal que, pelo efeito, nos mostra que a soberania reside constantemente em a Nação e que em certo modo a exercita, é o da Opinião Pública. Ele é o conservador das boas leis, que por ele adquirem uma nova força; é o censor das más, que por ele perdem sua injusta autoridade: a ele são os Povos devedores da conservação da sua felicidade e da diminuição de seus males".

No entanto, quanto a essa matéria árida e eivada de incertezas,²³³ convém assinalar desde logo que os meios de comunicação de massa tanto podem realizar o ideário iluminista de constituir a opinião pública numa instância essencial para as esferas política e privada no Estado democrático²³⁴ como podem condicionar, manipular e fabricar a opinião pública. Esta última hipótese, infelizmente, vem-se tornando cada vez mais uma ameaça a desafiar a argúcia especialmente dos juristas que buscam equacionar a disciplina jurídica da liberdade de comunicação social com base no equilíbrio entre configuração e restrição legais dos meios de comunicação de massa. Mas qual é o significado e como surgiu historicamente o conceito de opinião pública?

O conceito de opinião pública surgiu na filosofia da ilustração, decênios antes da Revolução Francesa, e o primeiro autor a falar de *opinion publique* foi Rousseau, em seu famoso discurso sobre a arte e a ciência, conquanto tenha utilizado aquela expressão em sentido não muito diferente da contraposição entre *opinion* e *critique*, fixada durante o século XVII na França, ou seja, como sinónimo de *opinio*, *doxa* ou opinião coletiva incerta.²³⁵ A evolução para o conceito de opinião pública purificada pela discussão crítica na arena pública, em consequência da união dos vocábulos *público* e *opinião* em uma única expressão, consolida-se nos séculos XVIII e XIX. Assim, a opinião pública vem a ter sua melhor conformação nos escritos do modelo democrático utilitarista de teóricos como Jeremy Bentham e Stuart Mill. Bentham estimou que os órgãos da imprensa escrita eram essenciais

²³³ Sobre as ambigüidades, dificuldades e inseguranças com relação ao estudo da opinião pública, escreve Jean-Jacques Becker (A opinião pública, p. 187): "O historiador, mesmo não positivista, gosta de caminhar em terreno seguro. Não é este o caso da opinião pública. 'A opinião pública... Por entre os dedos do historiador, a escapa como areia; A opinião pública faz parte dos fenômenos sociais aparentemente evidentes, mas que se furtam à análise do momento em que esta visa à precisão científica; Muitas vezes é difícil constatar a expressão da opinião pública porque este termo cobre, de fato, realidades muito diversas'".

²³⁴ CADEMARTORI, Sergio - As dimensões jurídico-políticas do segredo, p. 30.

²³⁵ SARTORI, Giovanni - Elementos de teoria política, p. 149; HABERMAS, Jürgen - Mudança estrutural da esfera pública, pp. 110-118. Observa Habermas (Idem, p. 41, 114) que na Alemanha a expressão opinião pública (*öffentliche Meinung*) aparece no século XVIII cunhada do francês *opinion publique* ao passo que na Inglaterra "a evolução de *opinion* para *public opinion* passa pela noção de *public spirit*".

para o que denominou de "o tribunal da opinião pública"²³⁶ e foi quem, pela primeira vez, redigiu em forma monográfica a conexão entre opinião pública e o princípio da publicidade.²³⁷ Porém John Locke também é reverenciado como um influente autor na formulação da concepção da opinião pública para a doutrina do constitucionalismo ao defender a *law of opinion* como uma categoria de nível equivalente à lei divina e estatal.²³⁸

Não obstante possa constituir-se sobre qualquer tema ou questão de interesse coletivo, o significado especial da opinião pública para a democracia reside na sua relação com as matérias atinentes a *res publica*. Daqui é possível visualizar a distinção entre *interesse público* e *interesse do público*. O primeiro trata de assuntos que são públicos por essência, uma vez que afetam à gestão da coisa pública (eleições políticas, administração de órgãos públicos, etc.). O segundo interesse refere-se a temas que, embora difundidos perante a sociedade em geral, não guardam pertinência com a *res publica* (curiosidade do público em conhecer a intimidade, a vida privada das pessoas ou a desgraça alheia, o prazer pela fofoca, etc).²³⁹ Deste modo, atribui-se à opinião pública duas características básicas: a sua difusão ao público em geral e a sua referência à administração do patrimônio público.²⁴⁰

A opinião pública, portanto, é um conceito típico da democracia representativa de grande escala onde o governo é baseado na opinião e no consenso dos cidadãos.²⁴¹ Nos contextos de democracias diretas e participativas existentes em comunidades pequenas e de

²³⁶ *Apud* PRICE, Vincent - La opinión pública : esfera pública y comunicación, pp. 27-28.

²³⁷ HABERMAS, Jürgen - op. cit., pp. 122-123.

²³⁸ HABERMAS, Jürgen - Idem, p. 112; SARTORI, Giovanni - op. cit., p. 150.

²³⁹ CARVLHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho - Direito de informação e liberdade de expressão, p. 88. Sobre a tensão entre *interesse público* e *interesse do público* Daniel Cornu (op. cit., p. 84) pronuncia-se assim: "Esta tensão manifesta a dificuldade de conciliar o interesse público, idéia baseada na função da informação dentro das sociedades democráticas, e os interesses do público, noção relacionada à comercialização das notícias".

²⁴⁰ SARTORI, Giovanni - Idem, pp. 149-150. Sobre a questão de que a opinião pública não diz respeito apenas à manifestação do público (dos cidadãos em geral) mas refere-se outrossim ao objeto daquela manifestação (a condução dos negócios públicos) este autor (Idem, p. 149) sintetiza: "*Una opinión se denomina pública sólo porque es del público (difundida entre muchos, o entre los más), sino también porque afecta a objetos y materias que son de naturaleza pública: el interés general, el bien común, y en esencia, la res publica*" (Destaque na fonte).

²⁴¹ SARTORI, Giovanni - op. cit., p. 150.

pouca densidade populacional, obviamente não há demanda para a formação de uma opinião pública. Esta nasce e adquire importância com o surgimento das sociedades de massa.²⁴²

A despeito das dificuldades para a elaboração de seu conceito,²⁴³ uma autêntica opinião pública pode ser entendida como um senso comum dominante na coletividade referente a juízos e sentimentos sobre o estado da coisa pública, acompanhado da convicção de que tal senso comum seja compartilhado por todos e que seja formado por meio de debate público fulcrado em um processo de comunicação estruturalmente livre e paritário.²⁴⁴

Do conceito exposto acima é possível vislumbrar que na verdade existe uma pluralidade de opiniões na coletividade, embora possa haver uma tendência predominante.²⁴⁵ Tal assertiva pode ser comprovada pela experiência social verificada nas sociedades contemporâneas policulturais²⁴⁶ nas quais vigora um fervilhamento de opiniões de grupos étnicos ou culturais, classes sociais, partidos políticos e de inúmeras organizações não-

²⁴² Vincent Price (op. cit., pp. 23-28) relaciona o surgimento da opinião pública com o público ilustrado dos cafés ingleses, dos salões parisienses e com as sociedades de tertúlia na Alemanha.

²⁴³ Assim Vincent Price (op. cit., p. 17), textualmente: "*Muchos escritores sobre el tema de la opinión pública comienza, con bastante razón, por hacerse la pregunta básica: qué entendemos exactamente por opinión pública? Cualquier búsqueda de una definición clara y simple del concepto se demostrará, sin embargo, infructuosa. En un artículo sobre investigación de la opinión pública preparado para la International Encyclopedia of the Social Sciences, Davison (1968) anotaba que no hay 'una definición generalmente aceptada' del término (pág. 188). La ausencia no se debe, ciertamente, a una falta de interés. Noelle-Neumann (1984) señala que 'generaciones de filósofos, juristas, historiadores, teóricos de la política, y periodistas universitarios se han estrojado en cerebro en un intento de proporcionar una definición clara' (pág. 58). Childs (1965) consiguió reunir cuatro docenas de definiciones diferentes del significado de opinión pública, y observó que lo publicado en este campo está 'plagado de intentos entusiastas' (pág. 14)".*

²⁴⁴ O conceito apresentado é inspirado nos autores Nuno e Sousa (op. cit., p. 25), Marcus Vinícius Amorim de Oliveira (O Tribunal do Júri Popular e a Mídia, p. 40), Giovanni Sartori (op. cit., p. 151) e Modesto Saavedra López (op. cit., p. 11). Jürgen Habermas (op. cit., pp. 142-143) apresenta as concepções de opinião pública de Kant e Hegel desta forma: "No público das pessoas privadas pensantes se desenvolve o que em Kant se chama de 'concordância pública'; em Hegel, de 'opinião pública'; nela encontra a sua expressão 'a universalidade empírica dos pontos de vista e dos pensamentos dos muitos'. À primeira vista, Hegel parece definir essa grandeza só em nuances diversamente de Kant: 'A liberdade formal, subjetiva, que os indivíduos enquanto tais têm e expressam em seus próprios juízos, opiniões e conselhos, encontra a sua manifestação no contexto do que se chama de opinião pública'... E assim como Kant considera a publicidade do raciocínio como a pedra de toque da verdade, em que considerar algo verdadeiro pode-se comprovar como válido para a razão de qualquer ser humano, assim também Hegel considera a opinião pública, 'pois é uma coisa diferente o que alguém se imagina em casa, com sua mulher ou seus amigos, e o que acontece numa grande assembléia, onde uma *sensatez devora a outra*'".

²⁴⁵ BECKER, Jean-Jacques - op. cit., pp. 189-191.

²⁴⁶ MORIN, Edgar - op. cit., p. 16.

governamentais que procuram tornar as suas opiniões constitutivas da opinião pública hegemônica na democracia deliberativa.²⁴⁷

Por seu turno, a formação da opinião pública livre depende da existência de fórum público que permita a promoção de amplo debate sobre os acontecimentos diários que são importantes para a vida política dos cidadãos. Esse debate público, para ser franco, desinibido e vigoroso, necessita da igualdade de oportunidades de expressão e de comunicação para todos, garantido-se, dessa forma, às diversas correntes de opinião a possibilidade de contribuir para o estabelecimento de um legítimo consenso social, que continua sendo imprescindível para a sociedade pluralista e com ela compatível.²⁴⁸ Nesse sentido, a opinião pública evidencia o seu nexos constituinte com a democracia e torna-se substância que proporciona operatividade ao princípio da soberania popular.²⁴⁹

Aspecto da instituição social opinião pública que tem merecido atenção, diz respeito aos elementos que compõem o público.²⁵⁰ Afirma-se que este é formado de vários níveis: no

²⁴⁷ Sobre essa pluralidade de opiniões como uma característica das sociedades contemporâneas Nuno e Sousa (op. cit., pp. 28-29) escreve: "A opinião pública é o entrelaçamento das opiniões dos grupos; inclui-se as convicções gerais da comunidade sustentadoras do Estado e da validade da ordem jurídica, os modos de ver que possibilitam a unidade de cada um dos grupos, e as opiniões sobre os acontecimentos diários que, em certas alturas, são decisivos para o comportamento político do povo". John Rawls (Political liberalism, 36) posiciona-se em termos semelhantes: "2. *The reason for this is that the political culture of a democratic society is characterized (I assume) by three general facts understood as follows. The first is that the diversity of reasonable comprehensive religious, philosophical, and moral doctrines found in modern democratic societies is not a mere historical condition that may soon pass away; it is a permanent feature of the public culture of democracy. Under the political and social condition secured by the basic rights and liberties of free institutions, a diversity of conflicting and irreconcilable - and what's more, reasonable - comprehensive doctrines will come about and persist if such diversity does not already obtain*".

²⁴⁸ John Rawls (op. cit., pp. 158-159) redige o conceito de *consenso constitucional* nestes termos: "*In constitutional consensus, a constitution satisfying certain basic principles establishes democratic electoral procedures for moderating political rivalry within society. This rivalry includes not only that between classes and interests but also between those favoring certain liberal principles over others, for whatever reasons. While there is agreement on certain basic political rights and liberties - on the right to vote and freedom of political speech and association, and whatever else is required for the electoral and legislative procedures of democracy - there is disagreement among those holding liberal principles as to the more exact content and boundaries of these rights and liberties, as well as on what further rights and liberties are to be counted as basic and so merit legal if not constitutional protection. The constitutional consensus is not deep and it is also not wide: it is narrow in scope, not including the basic structure but only the political procedure of democratic government*".

²⁴⁹ Sobre esse aspecto da opinião pública como conteúdo que proporciona substância à soberania popular ver Giovanni Sartori (op. cit., p. 151).

²⁵⁰ Concepcion Carmona Salgado (op. cit., p. 23) chega a considerar que a opinião pública não se identifica com o público em geral mas somente com os setores da população que "*no limita a las preocupaciones más vulgares específicamente, sino que forma criterio sobre ciertos hechos de interés común. No es otra cosa*

primeiro estão as idéias das elites econômicas e sociais; no segundo, as elites políticas e de governo; no terceiro, os meios de comunicação de massa e os profissionais da comunicação; no quarto, os líderes de opinião de âmbito local, isto é, 5% a 10% da população que realmente se interessa pelos assuntos públicos e que está atenta às opiniões e informações difundidas pelos veículos de comunicação social; por último, o nível representado pelo restante dos cidadãos, que as pesquisas mais recentes têm destacado não serem meros receptores passivos de mensagens, uma vez que também, desempenham um papel ativo no processo comunicativo público.²⁵¹ Aduz-se, igualmente, que o público é constituído por elementos ativos e elementos relativamente passivos. Os primeiros, designados por *atores*, são os cidadãos ativos, que procuram influir no curso dos assuntos públicos e no comportamento político da sociedade. Eles são capazes de analisarem os problemas sociais, de proporem sugestões para resolvê-los e de se articularem para obter adesão dos concidadãos para os seus pontos de vista. Os segundos, chamados de *espectadores*, consistem na *audiência*, que acompanha a ação dos atores com variado grau de interesse e participação ativa.²⁵²

Ainda que não seja tarefa fácil delimitar com nitidez os níveis e elementos contidos nas propostas supramencionadas, uma vez que no mundo real eles se apresentam geralmente entrelaçados entre si, obtem-se com essas propostas uma visão analítica da composição do público, o que não é pouco para matéria sujeita a incertezas. Por conseguinte, na realidade social, a conformação da opinião pública surge da interação recíproca entre atores e espectadores, influentes e influídos, sendo muitas vezes os pequenos grupos ou núcleos de difusores os responsáveis pelas opiniões veiculadas na sociedade.

que el tejido de las opiniones de los grupos o fuerzas políticas que sostienen un determinado Estado y legitiman su ordenamiento jurídico".

²⁵¹ SARTORI, Giovanni - Idem, pp. 153-154.

²⁵² PRICE, Vincent - op. cit., p. 50.

No processo de constituição da opinião pública é relevante o papel dos líderes de opinião, porquanto a comunicação anônima levada a efeito pelos meios de comunicação de massa não substitui a conveniência da comunicação pessoal, "cara a cara, com o interlocutor de carne e osso". Além disso, são os *opinion leaders in public affairs* quem às vezes interpretam para os cidadãos de sua comunidade local o significado das diversas idéias, opiniões e informações difundidas pelos *mass media*, reforçando ou rechaçando as mensagens recebidas.²⁵³

As propostas analíticas referidas distinguem o público em três categorias: (i) *o público que vota*, isto é, o eleitorado, uma entidade coletiva que representa no máximo setenta por cento (70%) da população e que em alguns casos não chega a atingir esse percentual; (ii) *o público atento*, composto pelos eleitores que estão atentos aos assuntos públicos e que corresponde aproximadamente a cinquenta por cento (50%) da população. Os cidadãos que fazem parte do público atento, contudo, não só prestam atenção aos temas em discussão senão que refletem, analisam o que os outros pensam e articulam propostas acerca desses temas. O público atento, portanto, extrapola à mera idéia de audiência e se caracteriza pela habilidade de seus membros em sustentarem opiniões; (iii) *o público ativo*, representado por um grupo mais reduzido de cidadãos e que pode chegar até a quinze por cento (15%) do público atento. Este é o caso em que os cidadãos tornam-se militantes políticos e participam ativamente de agremiações partidárias ou de organizações não-governamentais, travam discussões públicas e debates com os demais cidadãos, etc.²⁵⁴

²⁵³ Assim Giovanni Sartori (op. cit., pp. 155-156), textualmente: "Los líderes de opinión son, por lo tanto, las 'autoridades cognitivas', aquellos a los que preguntamos, a los que tener fe y en los que creer. Obviamente, incluso en este nivel las opiniones y las autoridades cognitivas están diversificadas: pero con mayor razón cada grupo escucha a un determinado líder. Los líderes de opinión local hacen, pues, de filtro y también de prisma de las comunicaciones de masa: pueden reforzar los mensajes retrasmitiéndolos extensamente, pero pueden también desviarlos o bloquearlos declarándolos poco creíbles, distorsionados o incluso irrelevantes".

²⁵⁴ PRICE, Vincent - op. cit., pp.17-60 e 106-107.

As visões analíticas do público destacam ainda o papel dos profissionais da comunicação social na intermediação de informações, especialmente entre os *atores políticos* e o *público atento*. No seu mister de acompanhar as atividades dos atores políticos e os acontecimentos públicos, os comunicadores sociais auxiliam os cidadãos atentos a formarem suas convicções políticas, bem como a fiscalizarem as condutas dos agentes públicos. Ademais, os profissionais da comunicação podem ajudar ainda um público atento a sistematizar as suas próprias opiniões sobre os temas que são objeto de debates públicos e, dessa forma, podem contribuir para a mobilização coletiva dos cidadãos atentos aos assuntos públicos de grande relevância social.²⁵⁵

Por sua vez, a esfera pública, uma das categorias centrais das sociedades atuais, há cerca de um de um século, iniciou um processo de crise que tem levado ao estabelecimento de um abismo entre o conceito de opinião pública, postulado pelo Direito Público, e a dissolução desse conceito no campo da psicologia social.²⁵⁶ Aponta-se, como fator determinante para pôr em dúvida a autonomia da opinião pública, o extraordinário desenvolvimento dos meios de comunicação de massa,²⁵⁷ posto que cada vez mais utilizam novas tecnologias que favorecem a manipulação ou a deformação da opinião pública.

Na verdade, a possibilidade de manipulação da opinião pública pelos meios de comunicação sempre foi uma preocupação constante. Marx considera a manipulação da publicação pior do que a própria inexistência de publicação e adverte que há "a opinião dos jornais e a opinião do povo".²⁵⁸ Ortega y Gasset interroga se realmente existe a opinião

²⁵⁵ PRICE, Vincent - *Idem*, pp. 107-108.

²⁵⁶ HABERMAS, Jürgen - *op. cit.*, p. 17, 283. De acordo com Habermas (*Direito e democracia : entre facticidade e validade*, v. II, p. 92), "A esfera pública constitui principalmente uma *estrutura comunicacional* do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o *espaço social* gerado do agir orientado, não com as *funções* nem com os *conteúdos* da comunicação cotidiana" (Destaque na fonte).

²⁵⁷ SARTORI, Giovanni - *op. cit.*, pp. 152-153.

²⁵⁸ MARX, Karl - *Liberdade de imprensa*, p. 38, 206. Nesse sentido é a manifestação de Gilberto Dimenstein (*op. cit.*, p. 650): "A manipulação deveria ser o maior inimigo dos jornalistas".

pública ou unicamente as opiniões publicadas.²⁵⁹ Mills lamenta que os meios de difusão de massa hajam transformado a população dos Estados Unidos em um grande *mercado* que consome ao invés de ser um *público* que veicula opiniões e informações.²⁶⁰ Sartori desconfia que a voz do povo seja na realidade a voz dos *mass media* sobre o povo.²⁶¹ E Habermas informa que a sociologia da comunicação é cética quanto à eficácia das esferas públicas nas sociedades ocidentais dominadas pelo poder e pela mídia.²⁶²

Outro fator que modificou a compreensão da opinião pública foram as pesquisas realizadas a partir dos anos 30, do século XX, baseadas no desenvolvimento das técnicas da psicologia social para medição da opinião pública, que permitiram aos pesquisadores estabelecerem metodologias para investigarem empiricamente as propriedades da opinião e sua relação com as condutas, bem como favorecerem o surgimento de técnicas científicas aplicadas às pesquisas por amostragens, o que possibilitou a leitura da opinião pública predominante sobre determinados assuntos de relevância política e social.²⁶³ A opinião pública passa então a ser um conceito vinculado à união das opiniões individuais, mais ou menos medidas pelas pesquisas, distanciando-se do sentido de um fenômeno eminentemente supra-individual e coletivo, como era a visão da ilustração sobre a opinião pública. Entretanto, atualmente, as pesquisas sobre opinião pública tentam unir as duas tradições: coletiva e individual,²⁶⁴ conquanto a *opinião pública* não se confunda com a *pesquisa de opinião*.²⁶⁵

²⁵⁹ Apud Eduardo A. Zannoni e Beatriz R. Biscaro - op. cit., pp. 42-43.

²⁶⁰ Apud Vincent Price - op. cit., p. 36.

²⁶¹ SARTORI, Giovanni - op. cit., p. 312.

²⁶² HABERMAS, Jürgen - *Direito e democracia : entre facticidade e validade*, v. II, p. 106.

²⁶³ PRICE, Vincent - op. cit., pp. 65-66. Segundo Jean-Jacques Becker (op. cit., pp. 194-195), "Sob esse ponto de vista, existe um corte nítido, situado no momento em que surgiram as pesquisas de opinião. Na França, como se sabe, as primeiras pesquisas desse tipo datam do período imediatamente anterior à Segunda Guerra Mundial, mas sua prática habitual só se difundiu mais tarde. Numerosas já antes que a 'opinião pública' tomasse consciência delas, foi nos anos 60 que as pesquisas de opinião se tornaram um elemento corriqueiro de informação".

²⁶⁴ PRICE, Vincent - op. cit., pp. 39-41 e 98-99.

²⁶⁵ Assim Jürgen Habermas (*Direito e democracia : entre facticidade e validade*, v. II, p. 47), *in verbis*: "Uma opinião pública não é representativa no sentido estatístico. Ela não constitui um agregado de opiniões individuais pesquisadas uma a uma ou manifestadas privadamente; por isso, ela não pode ser confundida com o resultado da pesquisa de opinião. A pesquisa da opinião política pode fornecer um certo reflexo da 'opinião

A despeito das críticas e dos diversos entendimentos que se podem articular em torno da opinião pública, a verdade é que esta instância social continua sendo um conceito operativo e uma referência para os ordenamentos democráticos. E, neste contexto, como já avançado no início da redação deste item, os meios de comunicação social podem tanto desempenhar o papel positivo de ilustrar a consciência coletiva como o papel negativo de aliená-la.²⁶⁶

Os meios de comunicação de massa influenciam de maneira positiva a opinião pública quando contribuem para a socialização política dos cidadãos (propiciando a superação de situações de isolamento dos grupos sociais), quando promovem a cidadania cultural (universalizando as opiniões individuais) ou ao favorecerem a mudança de estruturas tradicionais (introduzindo a discussão política em sentido amplo, especialmente nas sociedades em transição, como é o caso de países do chamado Terceiro Mundo).²⁶⁷

Todavia a ação dos meios de comunicação social passa a ser negativa à medida que produz a uniformidade das consciências, da linguagem e dos costumes, especialmente quando efetivada por intensa publicidade, que resulta em um individualismo conformista e conservador bastante prejudicial à solidariedade social e aos valores comunitários; que propaga uma cultura de massa que leva consigo um *gigantesco sincretismo* que solapa a diversidade cultural e degrada o cidadão, notadamente nos casos em que, condicionada pelos interesses comerciais, o seu único propósito é atingir um maior número de pessoas, não importando a mediocridade das obviedades e clichês culturais; que divulga informações falsas com o escopo de "provocar de maneira artificial uma reação da opinião pública",²⁶⁸ ou que deforma a opinião pública quando intencionalmente desvia o interesse dos cidadãos dos

pública', se o levantamento for precedido por uma formação da opinião através de temas específicos num espaço público mobilizado".

²⁶⁶ Modesto Saavedra López (op. cit., p. 188) define a alienação como uma "*participación dependiente en el interior de unas relaciones de dominación, a ella contribuyen efectivamente los MCM*".

²⁶⁷ ESTEBAN, Jorge de - Por una comunicación democrática, pp. 81-82. Por seu turno, Gustavo Fortes Saíd (Os mediadores culturais e a globalização : proposta para análise de discurso do jornalismo piauiense, pp. 71-72) duvida da validade ainda da noção de Terceiro Mundo, uma vez que na sua opinião o mundo é um só, uma grande aldeia.

²⁶⁸ BECKER, Jean-Jacques - op. cit., p. 192.

problemas importantes para assuntos secundários e sem relevância comunitária.²⁶⁹ A propósito, tem-se assinalado que a partir da metade do século passado vem ocorrendo uma redução no volume de matérias de conteúdos políticos transmitidas pelos meios de comunicação social, o que tem distraído a atenção das pessoas das preocupações políticas.²⁷⁰

Portanto, consciente das múltiplas relações verificadas entre os meios de comunicação social e a opinião pública, obviamente a preocupação do jurista é sobretudo destacar os aspectos da ordenação normativa que reforçam a atuação positiva e inibem a ação negativa da mídia, conforme será analisado na segunda parte deste trabalho (ver *infra*, cap. V e VI).

7 - Meios de comunicação social em particular

Delimitados vários contornos dos meios de comunicação social em geral, segue a exposição com a apresentação de traços característicos dos meios de comunicação de massa em particular. Agora interessam sobretudo os veículos que compõem a infra-estrutura da comunicação social, isto é, a imprensa, o rádio e a televisão.²⁷¹ Estes continuam sendo os principais e provavelmente os mais importantes meios de comunicação de massa para a formação da cultura pública política,²⁷² apesar da proliferação de instrumentos de comunicação humana em razão das mais recentes inovações tecnológicas, como é o caso das comunicações por meio de televideo, videoconferência, audiotexto, videotexto, internet,

²⁶⁹ ESTEBAN, Jorge de - *Idem*, pp. 81-83.

²⁷⁰ Key, apud Jorge de Esteban - *Idem*, p. 61. Nuno e Sousa observa que dentre os perigos que ameaçam atualmente a opinião pública "incluem-se a concentração crescente dos meios de comunicação, a dependência da imprensa regional dos fornecedores de notícias de âmbito nacional, a pressão do grande capital e da publicidade, a imprensa de sensação, o decréscimo da informação política, a actuação de um '*press management*' e a influência do Governo na informação (no caso desta última influência ser reduzida, o facto não surge com especial gravidade, pois em democracia aparece logo uma contracorrente perante as pressões do poder)".

²⁷¹ Anota Habermas (Direito e democracia : entre facticidade e validade, v. II, p. 101) que a imprensa, o rádio e a televisão "garantem a infra-estrutura medial da comunicação pública".

²⁷² Além da imprensa, do rádio e da televisão Nuno e Sousa (op. cit., p. 17) inclui no rol dos mais importantes meios de comunicação social também o cinema.

multimídia, etc.²⁷³ Despiciendo frisar que a exposição circunscreve a pontos essenciais para a fundamentação dos argumentos desenvolvidos neste trabalho.

7.1 - A imprensa

A imprensa constitui historicamente o primeiro meio de comunicação social. Surgida com a invenção da máquina de imprimir - *prensa*, aquele termo passou a representar todos os produtos desta, conforme já assinalado (ver *supra*, item 2 deste cap.). Porém a práxis atual tem consagrado o uso do vocábulo em sentido estrito para designar mormente os periódicos como jornais e revistas.

Na verdade, foram os livros os primeiros meios de comunicação moderna através da palavra impressa.²⁷⁴ Eles chegaram à Europa ocidental bem antes do que os jornais e revistas. E a partir da impressão da Bíblia por Gutenberg, em 1455, a explosão tipográfica permitiu o diálogo humano em proporções nunca antes imagináveis e influenciou decisivamente no destino da humanidade.²⁷⁵

Entretanto serão os jornais que se tornarão efetivamente os pioneiros meios de comunicação de massa. Historicamente a mídia escrita nasce em maio de 1605, quando o impressor Abraham Verhoeven cria o periódico *Nieuwe Tijdingen* para "informar aos habitantes de Amberes sobre o que sucedia nessa cidade sitiada pelo exército do duque de

²⁷³ Sobre esses novos meios de comunicação ver Roberto Zaccaria - *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, pp. 259-310.

²⁷⁴ FRANCO, Benedito Luiz - *Proteção constitucional do sigilo da fonte na comunicação jornalística*, p. 26; PELLET LASTRA, Arturo - *op. cit.*, p. 19.

²⁷⁵ MCLUHAN, Marshall - *Os meios de comunicação como extensão do homem : *understanding media**, p. 195; FÉDER, João - *Crimes da comunicação social*, p. 12, textualmente: "Ninguém tem dúvida de que a criação da palavra impressa alterou o destino dos homens. McLuhan lembra que os compiladores de Shakespeare, no século XX, deram uma arrumação nos seus textos, dotando-os de pontuação gramatical, pois na época de Shakespeare a pontuação era principalmente retórica e auditiva. A pontuação, conta Diomedes, o gramático do século V, era uma oportunidade para respirar. Foi a palavra impressa que deu função visual à pontuação. A impressão criou dificuldades, pois trouxe regras rígidas para a linguagem. Mas apresentava vantagens assombrosas para aquele tempo, pois a memorizava e difundia, coisas impossíveis até então, já que inexistiam o rádio e a TV. Diz Edmund Carpenter que, com isso, a palavra passou a pertencer ao mundo objetivo, pois podia ser vista".

Nassau e para fazer conhecer ao mesmo tempo as notícias que chegavam de outras regiões da Europa, em especial de Portugal e da Espanha".²⁷⁶

Inicialmente chamados de *jornais políticos*, os periódicos eram editados semanalmente e pela metade do século XVII passaram a ser diários. Conquanto visassem a atender as necessidades de intercâmbio de mercadorias da época, logo as próprias notícias veiculadas pelos jornais transformam-se em mercadorias. Assim, surgem *Gazette of London*, *Intelligencer*, *Daily Intelligencer of Court, City and Country*. Já no último terço do século XVII os *custodes novellarum*, apelido pelo qual também eram conhecidos os jornais, passaram a ser complementados pelas revistas. Estas não continham informações, mas instruções pedagógicas, críticas e resenhas. Eram revistas científicas dirigidas para públicos cultos, assim o *Journal des Savants* (1665), *Acta Eruditorum* (1682) e *Conversações Mensais* (1688).²⁷⁷

A evolução da imprensa descrita, em três períodos, indica que o primeiro remonta ao século XVIII no qual os jornais consolidam a sua organização em forma de empresas e seus produtos adquirem o perfil de bens comerciais. Entrementes, nasce a preocupação com a regulação da liberdade de imprensa, isto é, com a autorização para funcionamento dos jornais, o estabelecimento de responsabilidade pelas matérias publicadas e a configuração da liberdade de expressão e comunicação. O período seguinte tem início na segunda metade do século XIX e vincula-se ao surgimento do conceito de comunicação pública, visto que o jornalismo, até então, era concebido como um serviço eminentemente privado, sem nenhuma função pública. Começa aqui a formação da idéia de que a imprensa constitui uma esfera pública por excelência para a vida política dos cidadãos. O terceiro (do princípio do século XX até os dias atuais) consolida e amplia a idéia do período anterior de que existe um interesse público na comunicação escrita. Tendo em vista o crescente poder adquirido pela

²⁷⁶ PELLET LASTRA, Arturo - op. cit., pp. 23-24.

²⁷⁷ HABERMAS, Jürgen - Mudança estrutural da esfera pública, pp. 34-41.

imprensa, passa-se a cogitar então das restrições às publicações para salvaguardar os interesses coletivos da segurança do Estado, da ordem pública, da moral pública ou os interesses individuais como a privacidade; procura-se delimitar os direitos e deveres dos jornalistas e controlar a propriedade da imprensa.²⁷⁸ Este último aspecto emerge principalmente por volta dos anos cinquenta do século passado, quando a concentração da propriedade adquire proporções alarmantes por meio dos modelos vertical, horizontal, nacional e supranacional,²⁷⁹ constituindo-se, portanto, em um fenômeno que inibe a diversidade informativa, limita o exercício da liberdade de expressão e comunicação pelos cidadãos e põe em risco a própria sociedade pluralista.²⁸⁰

A mudança da imprensa ilustrada para a imprensa de massa significou, por um lado, a concentração da propriedade (fenômeno que na realidade reflete o processo de oligopolização verificado em toda a esfera econômica), que tem levado à redução do número de jornais e revistas, e, por outro, implicou a crescente dependência da imprensa industrial dos anunciantes: esta já não necessita tanto dos seus leitores para sobreviver, como acontecia na época em que era organizada em forma empresa artesanal, hoje a publicidade tornou-se a *rainha da imprensa*.²⁸¹

Apesar de ser o mais antigo meio de comunicação social a imprensa continua tendo enorme prestígio.²⁸² De um modo geral, os veículos impressos são mais apropriados do que os

²⁷⁸ Sobre a concentração da propriedade da imprensa e a legislação para combatê-la ver *infra*, capítulos V e VI.

²⁷⁹ Segundo Nuno e Sousa (op. cit., p. 171) há concentração vertical quando v.g., "uma empresa possui florestas, fábricas de pasta de papel e de papel, tipografia, etc." e concentração horizontal quando ocorre "associação de várias empresas de imprensa". Isto é: "Existe concentração, pois, quer quando um grupo adquire posição majoritária num número crescente de publicações, quer quando há concentração das próprias empresas editoras".

²⁸⁰ SANTANIELLO, Giuseppe - Le linee di sviluppo della legislazione sui media nel secolo XX, pp. 720-23; HABERMAS, Jürgen - Idem, p. 213; ESTEBAN, Jorge - op. cit., p. 92.

²⁸¹ SODRÉ, Nelson Werneck - História da imprensa no Brasil, pp. XI - XIV; A. ZANNONI; R. BISCARO - Beatriz - op. cit., pp. 21-22; HABERMAS, Jürgen - op. cit., pp. 213-214. Conforme evoca Modesto Saavedra López (op.cit., pp. 85-89), as primeiras críticas à liberdade comercial da imprensa foram realizadas por Marx.

²⁸² Para ilustrar a relevância da imprensa João Féder (op. cit., p. 1630) informa que "há ainda oito países africanos e três árabes que não possuem sequer um jornal diário".

outros para a difusão de idéias e informações complexas. Assim sendo, as notícias simples e instantâneas fornecidas pelo rádio ou a televisão são complementadas pela imprensa, que as analisa de forma mais lenta e detida.²⁸³

7.2 - O rádio

A hegemonia da imprensa na comunicação social durou até à metade do século XX. Com a entrada em cena do rádio, uma invenção de Guglielmo Marconi, inaugura-se uma nova etapa das comunicações. Pela primeira vez na história da humanidade a difusão de idéias e informações poderá alcançar um grande público não limitado aos cidadãos letrados atingidos pela imprensa.²⁸⁴ Pode-se, então, asseverar que a comunicação de massas verdadeiramente começa com o rádio.

Desde da primeira emissão de rádio levada a efeito no ano de 1920, na cidade de Chelmsford, Inglaterra, que esse instrumento de comunicação passou a ter um papel destacado na sociedade. Meses depois de sua transmissão pioneira já estava sendo utilizado para anunciar os resultados das eleições do Presidente americano Harding e, partir de então, tem sido empregados para diversas finalidades pelas nações.²⁸⁵

O sistema de emissão radiofônica desenvolveu dois modelos de gestão. Nos Estados Unidos a radiodifusão sonora surge com base na iniciativa privada, ao passo que na maioria dos países europeus ela assume a estrutura de monopólio estatal. Este é justificado em razão da significativa influência que o meio radiofônico tem sobre a ordem e a moral públicas, pela

²⁸³ ESTEBEN, Jorge - Op. cit., p. 56; SODRÉ, Nelson Werneck - Idem, p. XV. Nessa linha de argumentação também Mauro Wolf (Teorias da comunicação, p. 148), *in verbis*: "Os dois meios de comunicação são dotados de um poder de influência diferente: as notícias televisivas são demasiado breves, rápidas, heterogêneas e 'acumuladas' numa dimensão temporal limitada, isto é, são demasiado fragmentárias para terem um efeito de agenda significativo. As características produtivas dos noticiários televisivos não permitem, portanto, uma eficácia cognitiva duradoira, ao passo que a informação escrita possui ainda a capacidade de assinalar a diferente importância dos problemas apresentados. 'A informação escrita fornece aos leitores uma indicação de importância *sólida, constante e visível*... enquanto a informação televisiva tende, normalmente, a reduzir a importância e o significado do que é transmitido'" (Destaque na fonte).

²⁸⁴ SANTANIELLO, Giuseppe - op. cit, p. 726.

²⁸⁵ ESTEBAN, Jorge de - op. cit., pp. 36-37.

escassez do número de canais e por razões de estratégia política. Nesse sentido, para administrar os programas radiofônicos, surge na Inglaterra, nos anos vinte, do século passado, uma instituição pública denominada *British Broadcasting Corporation* -BBC e, na Itália, no ano de 1924, uma concessionária pública denominada *Radio audizioni Italia* - RAI. Esse modelo de monopólio perdurará intacto até à década de setenta, quando a Inglaterra, a Alemanha, a França e a Itália começam a introduzir aspectos do modelo privado americano, constituindo, assim, o perfil do modelo misto hoje prevalecente na Europa.²⁸⁶

No entanto, convém mencionar que, mesmo nos Estados Unidos, onde a imprensa surgiu baseada no livre mercado das idéias, o rádio sempre esteve submetido ao regime de licença ou de concessão pública, conforme o *trusteeship model*. Assim, o *Radio Act*, de 1927, instituiu a *Federal Commission* para autorizar as licenças ou concessões bem como para supervisionar o sistema radiofônico como um todo. O tratamento diferenciado entre a imprensa e o rádio é justificado por razões técnicas, porquanto as comunicações via ondas de rádio estariam seriamente prejudicadas por falta de controle racional das frequências eletromagnéticas, posto que, limitadas, constituem um bem de domínio público.²⁸⁷

7.3 - A televisão

A televisão consiste no meio de comunicação de massa mais *subversivo* do século XX.²⁸⁸ Se a invenção da imprensa foi uma grande revolução, a segunda revolução é representada pelo poder da imagem. Esse novo *medium*, que utiliza a técnica de transmissões de imagens, tem provocado uma alteração na cultura tipográfica de significado igual ao que os meios impressos causaram na cultura escolástica do mundo medieval.²⁸⁹ Atualmente assiste-se a mudança da *galáxia de Gutenberg* para a *galáxia de MacLuhan*, isto é, a transformação

²⁸⁶ SANTANIELLO, Giuseppe - op. cit., pp. 727-731.

²⁸⁷ SANTANIELLO, Giuseppe - Idem, pp. 726-727; ALMEIDA, Andrés Mendes - op. cit., pp. 14-15.

²⁸⁸ MORAIS, Fernando - Chatô : o rei do Brasil, a vida de Assis Chateaubriand, p. 498 e 502.

²⁸⁹ MCLUHAN, Marshall - op.cit., p. 196.

do *homo sapiens* (produto da cultura escrita) para o *homem ocular* (produto da cultura da imagem).²⁹⁰

A televisão surgiu nos anos precedentes à Segunda Guerra Mundial, embora em estágio tecnológico experimental e com circulação limitada, mesmo nos países mais industrializados. A inauguração do primeiro serviço televisivo aconteceu no dia 12 de novembro de 1937, na Inglaterra. Porém só a partir dos anos cinquenta, encerrado o período bélico, é que a televisão tornar-se-á a inovação tecnológica mais significativa da história dos *mass media*, no decorrer do século XX.²⁹¹

A despeito da ressalva de que os resultados não são definitivos, apesar de muitos destes serem apoiados em pesquisas empíricas,²⁹² os estudos sobre os efeitos dos *media* sobre as pessoas e a coletividade revelam diversos aspectos.²⁹³ Primeiramente, em razão de ser o meio de comunicação social mais importante da atualidade, veiculando muitos dos valores predominantes nas sociedades, observa-se que a televisão tem contribuído de forma decisiva para a erosão da *etapa tipográfica*.²⁹⁴ Uma consequência negativa disso pode ser o empobrecimento dos receptores da mídia eletrônica: a substituição da cultura escrita por uma cultura visual tem produzido o homem ocular, uma pessoa que olha apenas e é cada vez menos capaz de usar suas habilidades mentais de *abstração, de compreender mais do que ver*. Vale dizer, mesmo que não se permaneça aferrado a uma *visão oitocentista* da mídia ou não

²⁹⁰ Como anota Giovanni Sartori (op. cit., p. 305) "*En esta clave - digamos - en un sentido muy fundamental, en clave de paideia - el primer gran salto hacia adelante, la revolución por antonomasia, fue la invención de la imprenta, de la que desciende el hombre de Gutenberg, en el hombre que lee. Sospecho que hoy estamos ante otro gran salto, una segunda revolución: la transformación del hombre lector, el animal de Gutenberg, en el hombre que ve, el animal que podemos bautizar como el hombre de McLuhan*".

²⁹¹ SANTANIELLO, Giuseppe - op. cit., pp. 731-732.

²⁹² HABERMAS, Jürgen - Direito e democracia : entre facticidade e validade, v. II, p. 111. Segundo Miguel Ángel Ekmekdjian (Derecho a la información : reforma constitucional y libertad de expresión. Nuevo aspectos, p. 125) "*La televisión ha cambiado los hábitos y pautas de la vida familiar, de la educación, de la cultura en suma, con efectos que son aún difíciles de calcular*".

²⁹³ Conforme assinala Modesto Saavedra López (op. cit., pp. 40-41) uma forma de compreender o poder da mídia é estudando os seus efeitos sobre os indivíduos e o público em geral, o que é levado a cabo pela sociologia, especialmente pelas pesquisas empíricas de que tanto gostam os norte-americanos.

²⁹⁴ De acordo com Fábio Konder Comparato (É possível democratizar a televisão?, p. 30) "A TV tende a ser a principal matriz dos valores sociais, superando nessa função a família, a escola, a Igreja, o partido ou o próprio Estado".

se desconheça que o veículo (televisão) não se confunde com o seu produto, cumpre reconhecer que o enigma a decifrar aqui é: está ou não ocorrendo uma mutação do *homo sapiens* em *homo insapiens*?²⁹⁵

Por seu turno, a influência da televisão sobre o seu público tende a variar, na maioria das vezes, de acordo com o grau de educação.²⁹⁶ Verifica-se que, quanto menor é o nível educacional dos telespectadores, maior é o poder da televisão sobre eles. É dizer, as pessoas que revelam dificuldades para articularem opinião ou visão crítica independente sobre os assuntos abordados pela televisão, mormente por carência de formação cultural, são bastante susceptíveis ao poder da imagem.²⁹⁷ Porém enorme fascínio a televisão exerce mesmo é sobre um público especial: as crianças e adolescentes, explicável porque são pessoas ainda em fase de desenvolvimento de sua personalidade e também em estágio de preparação educacional, portanto, mais sujeitas às influências das técnicas de transmissão de imagens.²⁹⁸

Outro aspecto destacado, quanto aos efeitos da televisão sobre seu público, é o que procura indicar que há pelo menos diferença de grau de influência da televisão entre os países desenvolvidos e os países em fase de desenvolvimento econômico. Naqueles, os cidadãos, contando com mais recursos financeiros e inúmeras possibilidades de acesso a outros meios de comunicação, de lazer e de cultura, estariam menos dependentes da televisão do que os cidadãos desses últimos. Isto é, a influência da televisão tenderia a ser menor nos países em

²⁹⁵ ESTEBAN, Jorge de - op. cit., p. 33, 59; SANTIAGO, Silvano - Alfabetização, leitura e sociedade de massa; SARTORI, Giovanni - op. cit., p. 310, 316. Curioso notar que segundo este autor (Idem, p. 315) a imprensa sempre foi débil nos Estados Unidos.

²⁹⁶ Marcelino Fonteles (Sociologia e cidadania, p. 154) sugere que a televisão cumpre basicamente quatro funções: "informar, entreter, persuadir (manipular/alienar/ convencer) e educar. A primeira representa a divulgação de notícias e relatos sobre a realidade. A segunda atende às necessidades de diversão, de fuga e distração por parte do telespectador. A terceira procura persuadir cada pessoa de que o que está sendo apresentado é a verdade, e não apenas uma versão, uma representação do real; caracteriza-se ainda como um apelo para convencer o público ou a massa a consumir algum produto ou a acreditar em algo. A quarta é aquela que contribui para a formação da pessoa no sentido da realização de sua cidadania e da sociedade solidária".

²⁹⁷ ESTEBAN, Jorge de - op. cit., p. 41.

²⁹⁸ Observa Miguel Ángel Ekmekdjian (op. cit., p. 126) que se deve deixar a salvo a infância e a juventude não só de matérias imorais, mas sobretudo de programação da TV que leva à estultícia. Por sua vez, Marshall McLuhan (op. cit., pp. 13-14) chama a atenção para o problema da criança culturalmente retardada - *criança-televisão* - que surge não só nas favelas, mas também nas famílias de classe média.

que existe um pluralismo ideológico fulcrado numa cultura pública de expressão de todas as correntes políticas importantes e muito maior naqueles onde os cidadãos não dispõem de um nível cultural apropriado, ficando, pois, mais susceptíveis de manipulação por parte da mídia.²⁹⁹

Mas é na vida política que a influência da televisão possui efeitos imensuráveis. O seu domínio nesta área é tão extraordinário que se fala até em antigo *régimen* para referir-se ao regime político anterior à televisão e novo *régimen* para aludir-se ao regime político conformado pela televisão.³⁰⁰

Assim, nas campanhas eleitorais, especialmente para os cargos públicos relevantes, a televisão é avaliada como instrumento fundamental de toda a estratégia eleitoral. Os candidatos simplesmente consideram que a *televisão faz a eleição*.³⁰¹ Nos Estados Unidos a *videopolítica* atingiu o seu apogeu. Afirma-se que já a eleição presidencial de 1960, entre Nixon e Kennedy, foi decidida principalmente por causa da performance dos candidatos na televisão.³⁰² O certo é que naquele país as eleições dependem tanto dos *media* que se chega a dizer que eles na realidade tornaram-se novos partidos políticos.³⁰³

No entanto, um efeito singular da televisão sobre os atores políticos tem sido o surgimento do fenômeno da vedetização da política ou personalização do poder. Neste

²⁹⁹ ESTEBAN, Jorge de - Idem, pp. 41, 57 e 63-64. Na opinião de Ricardo Arnt (A desordem do mundo e a ordem do jornal) "Cada sociedade tem a TV que merece".

³⁰⁰ ESTEBAN, Jorge de - Idem, p.39. Como afirma Giovanni Sartori (op. cit., p. 305) "*La televisión está cambiando al hombre y está cambiando la política. La primera transformación engloba la segunda. Pero es la video-política la que mejor representa, en este momento, el video-poder, la fuerza que nos está modelando. Y por ello mantendré que la video-política transforma la política en el más amplio contexto de un video-poder que está transformando en 'hombre ocular' al homo sapiens producto de la cultura escrita*".

³⁰¹ JEANNENEY, Jean-Noël - A mídia, p. 216. É bem provável que tenha sido esse papel desempenhado pelos *media* e em especial pela televisão nos processos eleitorais contemporâneos que motivou Fábio Konder Comparato (É possível democratizar a televisão?, p. 300) a asseverar que as eleições transformaram-se no "mais moderno e aperfeiçoado ópio do povo".

³⁰² ESTEBAN, Jorge de - op. cit., p. 78.

³⁰³ SARTORI, Giovanni - op. cit., p. 306. Segundo este (Idem, ibidem) a influência da televisão nos Estados Unidos é mais forte do que na Europa porque naquele país os partidos "são pouco mais que etiquetas" e a falta de partidos ideológicos abre espaço para o *videopoder* que assim tem mais possibilidade de ampliar-se sem enfrentar contrapoderes.

contexto verifica-se a concretização da máxima de que "o meio é a mensagem".³⁰⁴ Aqui a aparência e a imagem "predominam sobre o conteúdo, a pessoa sobre as idéias, o personagem sobre a pessoa".³⁰⁵ O poder da câmara de TV e dos microfones tende a modificar o vocabulário, a expressão e até mesmo o modo de vestir das pessoas. Ou seja, ante o telespectador, na maioria das vezes, os líderes políticos mostram um perfil humano distinto e independente de suas idéias.³⁰⁶ Esse fenômeno, entretanto, tem contribuído para a despolitização geral dos cidadãos e facilitado a assunção política de indivíduos explorando apenas as suas habilidades pessoais televisivas, os quais, no exercício das funções públicas, porém, revelam-se despreparados e decepcionam a nação.³⁰⁷

Como se observa, os efeitos da televisão na esfera pública política reforçam a idéia já anunciada da interdependência entre os meios de comunicação social e a democracia. Consequentemente, avulta a importância da televisão para o regime democrático por ser o mais influente veículo de comunicação da atualidade. Daí a assertiva de que o Estado Democrático de Direito depende do controle democrático sobre os órgãos de comunicação, em geral, e, em particular, sobre a televisão.³⁰⁸

Do ponto de vista da forma de sua gestão a televisão acompanha, em linhas gerais, os modelos radiofônicos supramencionados. Assim, a televisão nasce nos Estados Unidos, de acordo com modelo privado, e na Europa, conforme o modelo público. O primeiro caracterizado como empreendimento comercial condicionado pelo mercado econômico. O segundo conforma-se como serviço público prestado sob a forma de monopólio estatal. No

³⁰⁴ MCLUHAN, Marshall - op. cit., p. 21.

³⁰⁵ SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto - op. cit., p. 164.

³⁰⁶ JEANNENEY, Jean-Noël - op. cit., p. 221; ESTEBAN, Jorge de - op. cit., p. 79;

³⁰⁷ Numa perspectiva aproximada, afirma Jürgen Habermas (Direito e democracia : entre facticidade e validade, p. 110) quanto à mídia eletrônica: "A personalização das questões objetivas, a mistura entre informação e entretenimento, a elaboração episódica e a fragmentação de contextos formam uma síndrome que promove a despolitização da comunicação pública".

³⁰⁸ Nesse sentido Fábio Konder Comparato (op. cit., p. 303) quando diz: "se a televisão é o grande poder social que forja a mentalidade e os costumes do povo, a democratização da televisão deveria ser a primeira tarefa e principal tarefa de um programa de instauração democrática".

entanto, essa dicotomia revela-se típica da primeira fase da história da televisão; na segunda etapa, iniciada a partir da década de setenta do século passado, verifica-se uma tendência de aproximação entre os dois modelos. Ao lado do serviço estatal, a Europa introduziu o serviço comercial, constituindo um sistema misto de radiodifusão (público e privado). Também os Estados Unidos abandonaram o seu modelo exclusivamente privado ao criarem o *Public Broadcasting Service*³⁰⁹ (os modelos constitucionais de configuração da radiodifusão sonora e de sons e imagens são examinados na segunda parte deste trabalho, ver *infra*, cap. V).

8 - Agências de notícias

As agências de notícias são consideradas as fontes mais notáveis dos meios de comunicação de massa. Cada vez mais as informações veiculadas quotidianamente pela mídia - notadamente as notícias transmitidas pelo sistema de radiodifusão - são oriundas das agências de notícias que, dessa forma, tornam-se protagonistas essenciais do hodierno processo de comunicação social.³¹⁰

O motivo que originou e propiciou o desenvolvimento das agências de notícias, a ponto de transformá-las em fontes imprescindíveis para a comunicação da grande massa de acontecimentos diários, é de ordem econômica. Custa menos firmar um contrato de fornecimento de informações com uma agência do que manter uma estrutura que exige vultosos investimentos tecnológicos (radiofotos, telex, fax, satélites, etc), especialmente quando se trata de despesas com correspondentes no exterior.³¹¹

³⁰⁹ SANTANIELLO, Giuseppe - op. cit., pp. 732-733.

³¹⁰ WOLF, Mauro - op. cit., p. 231.

³¹¹ ÁNGEL EKMEKDJIAN, Miguel - op. cit., p. 35; Golding e Elliott, citados por Mauro Wolf (op. cit., p. 232), relatam: "O custo dos correspondentes no estrangeiro é infinitamente mais elevado do que a assinatura numa agência ... para os órgãos de informação menos poderosos, as despesas com os correspondentes estrangeiros ultrapassam as suas possibilidades econômicas. Para eles, os serviços de regionais das agências... são a única fonte possível de notícias vindas do estrangeiro". Nuno e Sousa (op. cit., p. 1760) opina que, mesmo para os grandes veículos de comunicação, seria impraticável, do ponto de vista econômico, ter correspondentes com o escopo de cobrir os acontecimentos em escala mundial.

As agências de notícias classificam-se em nacionais e internacionais. As primeiras são de menor porte do que as segundas e cobrem mormente os acontecimentos verificados em seu próprio país ou em regiões próximas. As segundas dispõem de recursos materiais e humanos que atingem praticamente todo o globo e encontram-se na base de grande parte das notícias divulgadas hoje, máxime das informações vindas do estrangeiro.³¹²

A reflexão acerca das atividades das agências de notícias não pode descurar de que o mercado internacional da comunicação encontra-se atualmente dominado por um reduzido número de grandes agências supranacionais, como é caso das *Associated Press* e *United Press International* americanas; da *Agence France Presse*, francesa; da *Reuter*, inglesa; e da *Ansa*, italiana. Esse oligopólio tem implicado a homogeneidade e uniformidade do conteúdo das notícias, com graves prejuízos para as diferenças culturais e ideológicas, além de facilitar possíveis manipulações das informações.³¹³ Ademais, a concentração referida não apenas obsta, por exemplo, que o Terceiro Mundo divulgue para o resto da aldeia global a *sua própria visão da atualidade*, como também conduz ao paradoxo deste não dispor dos meios adequados para informar a si mesmo sobre seus próprios acontecimentos. Essa é a razão pela qual, principalmente a partir dos anos setenta e oitenta, a UNESCO tem-se preocupado muito com a democratização da informação e propugnado por uma nova ordem mundial da comunicação.³¹⁴

³¹² ÁNGEL EKMEKDJIAN, Miguel - op. cit., p. 36.

³¹³ ÁNGEL EKMEKDJIAN, Miguel - Idem, p. 36; WOLF, Mauro - op. cit., p. 232. Sobre a força e o poder de que as agências de notícias aliadas com os meios de comunicação de massa dispõem, Nelson Werneck Sodré (op. cit., p. 6) escreve: "É fácil avaliar a terrível força da engrenagem que se compõe de agências de notícias, agências de publicidade e cadeias de jornais e revistas, sua influência política, sua capacidade de modificar a opinião, de criar e manter mitos ou de destruir esperanças e combater aspirações. Quando se verifica que essa gigantesca engrenagem é simples parafuso de engrenagem maior, a que pertence, do capitalismo monopolista, ainda mais fácil é estimar o seu alcance e poder".

³¹⁴ CORNU, Daniel - op. cit., pp. 144-145.

9 - Liberdade interna da comunicação social: direitos específicos dos profissionais da comunicação

A liberdade interna da comunicação social refere-se às medidas previstas para assegurarem as condições materiais e morais adequadas para que os profissionais da comunicação exerçam o seu *jus narrandi* por meio dos órgãos de comunicação de massa, da melhor forma possível e com idoneidade. A necessidade de proteger não só o exercício da liberdade de expressão e comunicação pelos *media* (liberdade externa da comunicação social), como também as pessoas que laboram no interior das empresas de comunicação, notadamente os comunicadores sociais (liberdade interna da comunicação social), surge da circunstância de os meios comunicação terem deixado de ser organizações artesanais e se transformaram em grandes empresas comerciais.³¹⁵ Obviamente em razão da natureza social da atividade que desenvolvem os comunicadores sociais necessitam de resguardo específicos, sendo insuficientes cláusulas laborais destinadas à proteção dos trabalhadores em geral.³¹⁶

O fundamento da liberdade interna da comunicação social reside no pressuposto de que a existência de uma ampla e livre circulação de opiniões e informações pluralistas na sociedade implica também reconhecer aos comunicadores a liberdade de defender e expor suas idéias no interior das empresas de comunicação em que desempenham o seu ofício de modo que os proprietários ou responsáveis por essas empresas não possam aviltar a liberdade intelectual e a dignidade daqueles.³¹⁷

³¹⁵ Sobre o carácter artesanal de outrora dos meios de comunicação Habermas (Mudanças estrutural da esfera pública, p. 215) informa: "Markus Dumont, ao assumir em 1805 o Jornal de Colônia, ainda era, ao mesmo tempo, redator, editor, dono da editora e gráfico".

³¹⁶ Averba Cláudio Chiola (L'informazione nella Costituzione, p. 3) que os jornalistas são "*soggetti dotati di un'educazione e di uno statuto adguati*".

³¹⁷ Referindo-se à liberdade de imprensa, em sentido estrito, Nuno e Sousa (op. cit., p. 183) escreve sobre o fundamento da liberdade interna o seguinte: "Pode-se perguntar qual será o específico fundamento para a exigência da liberdade interna da imprensa. Como ponto comum a todas as tentativas de explicação, nota-se a intenção de assegurar uma política de informação múltipla, descentralizada, dentro do próprio jornal, por forma que ao leitor de um único jornal se possibilite uma informação ampla e não unilateral. O direito fundamental da liberdade de imprensa, para ser fonte da liberdade de informação, não se deverá dirigir apenas contra o Estado, também garantirá dentro da empresa à liberdade de informação e de formação da opinião pública".

A liberdade interna da comunicação social tem-se traduzido principalmente em duas preocupações: (i) assegurar ao profissional da comunicação a faculdade de recusar qualquer incumbência que seja incompatível com a linha programática do órgão de comunicação ao qual serve; (ii) vedar que o comunicador social seja obrigado a praticar determinado ato profissional ou forçado a divulgar idéias que sejam contrárias aos seus valores pessoais.³¹⁸

Para evitar a contradição referida entre a política programática do órgão e a atividade profissional do comunicador, a este é outorgado o direito de intervir na definição do *indirizzo politico* ou orientação editorial do meio de comunicação, por meio dos conselhos de redação. Estes deverão preferencialmente ser garantidos por meio de estatuto interno aprovado pelas empresas e incluir, por exemplo, as formas de designação e demissão do diretor, do redator-chefe e dos responsáveis pelas diversas áreas do veículo de comunicação social; a descentralização das competências na redação; a definição da linha editorial; e a possibilidade de sua eventual alteração.³¹⁹

O direito estipulado em favor do comunicador social, atribuindo-lhe a faculdade de não cumprir imposições profissionais contrárias à sua convicção interior, é o que se convencionou denominar de *clause de conscience*.

A cláusula de consciência tem sua origem na lei francesa, de 29 de março de 1935, que conferia ao jornalista a faculdade de rescindir seu contrato e obter uma indenização correspondente ao valor pago, nas hipóteses de demissão arbitrária ou sem justa causa, caso o órgão ao qual prestava seus serviços profissionais modificasse a sua orientação editorial de tal monta que pudesse afetar a honra, a consciência ou outros valores morais do jornalista.³²⁰

³¹⁸ CORNU, Daniel - op. cit., pp. 59-60.

³¹⁹ GÓMEZ-REINO YCARNOTA, Enrique - La libertad interna de los medios privados de comunicación social, pp. 28-33.

³²⁰ CARRILLO, Marc - La cláusula de conciencia de los periodistas en la Constitución española de 1978, p. 166. Este (idem, p. 165) cita como precedentes à legislação francesa a lei austríaca, de 13 de janeiro de 1910, a lei húngara, de 28 de março de 1914, as disposições normativas equivalentes da República de Weimar (1926) e da Checoslováquia (1927) e ainda a jurisprudência italiana do início do século XX. Ma. Cruz

Ao lado desse significado original da cláusula de consciência de salvaguardar a opinião e a ética profissional dos comunicadores, nos casos de mudanças de princípios editoriais, postula-se o reconhecimento de outras situações que, verificadas, legitimariam a invocação da aludida cláusula, do tipo, "traslados forçados, mudanças repentinas de especialidades, encargos profissionais que vulnerem princípios deontológicos objetiváveis, etc."³²¹

Todavia, conquanto a cláusula de consciência seja até estimada como elemento constitutivo da garantia do efetivo exercício da liberdade de comunicação social, não se pode deixar de notar que sua funcionalidade está posta em causa na atualidade por conta do período de crise e reestruturação verificado no sistema econômico, que podem torná-la um instrumento contrário à segurança ou à estabilidade no trabalho. Por isso, para se ver reforçada na sua eficácia, a cláusula de consciência depende outrossim de sua conexão com outros direitos dos profissionais da comunicação, como o acesso irrestrito às fontes, o sigilo da fonte, os direitos de autor dos comunicadores e a participação na gestão democrática dos órgãos de comunicação social (por se encontrarem em boa medida plasmados no texto constitucional brasileiro em vigor, esses direitos são objeto de análise detida na segunda parte desta tese, ver *infra*, cap. V).³²²

As transformações ocorridas nas empresas de comunicação, na perspectiva dos profissionais da comunicação, além de provocarem o surgimento de novos direitos, também trouxeram-lhes notável prestígio social, a ponto de o século XX ser designado o século do jornalista.³²³

LLamazares Calzadilla (op. cit., p. 116) conceitua a cláusula de consciência nos seguintes termos: "*el derecho que asiste al periodista a rescindir unilateralmente el contrato que le une a la empresa informativa con los mismos efectos que si fuera ésta la que lo rescindiera (indemnización por despido improcedente), en el caso de que cambiara sustancialmente la orientación informativa o la línea ideológica del medio de comunicación el que trabaja*".

³²¹ CARRILLO, Marc - op. cit., p. 171.

³²² CARRILLO, Marc - Idem, pp. 174-182.

³²³ FÉDER, João - op. cit., p. 10.

Com efeito, a *communication research*, máxime a sociologia dos emissores, ao descrever a maneira dos profissionais da comunicação atuarem como atores destacados no processo da comunicação social, revela que as notícias são constituídas essencialmente por esses profissionais, não passando de um mito a assertiva de que "as coisas acontecem lá fora e que eles limitam-se simplesmente a relatá-las". Assim, o *modus operandi* dos comunicadores na seleção das notícias (os *gatekeepers*), baseada em critérios por eles estabelecidos, é uma demonstração inequívoca do protagonismo dos produtores das notícias.³²⁴

Evidentemente, a contrapartida pelo reconhecimento de direitos específicos e pelo prestígio social auferido são as responsabilidades jurídicas e éticas que se cobram dos comunicadores. Contudo, essa questão, que implica o estabelecimento de deveres para os comunicadores, é assunto a ser examinado juntamente com a temática das restrições constitucionais (ver *infra*, cap. VI).

³²⁴ CARMONA SALGADO, Concepcion - op. cit., p. 30; WOLF, Mauro - op. cit., p. 90, *in verbis*: "As notícias são aquilo que os jornalistas definem como tal. Este assunto raramente explicitado, visto que parte do *modus operandi* dos jornalistas é que as coisas acontecem 'lá fora' e eles limitam-se simplesmente a relatá-las. Afirmar que fazem ou seleccionam arbitrariamente as notícias seria contrário à sua posição epistemológica, uma teoria do conhecimento implícita, construída a partir de procedimentos práticos para resolver exigências organizativas (Altheide, 1976, 113)".

Parte II

ESTATUTO CONSTITUCIONAL POSITIVO

CAPÍTULO IV

CONFIGURAÇÃO CONSTITUICIONAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO

1 - Eixo argumentativo

Assentados os aspectos teóricos para uma compreensão adequada da liberdade de expressão e comunicação, inicia-se agora a análise da configuração desta liberdade pelo *ius positium*, mormente a *Constituição da comunicação*.

O eixo argumentativo da proposta hermenêutica fundamenta-se em bases teóricas que visam a subsidiar a interpretação-aplicação do texto constitucional em vigor para uma política de proteção jurídica ou para a maneira de proceder dos operadores jurídicos ante as questões litigiosas relacionadas à liberdade de expressão e comunicação.

A natureza política e o caráter principiológico de boa parte das normas constitucionais denotam a especificidade da interpretação constitucional e o grande desafio que é compreender a ordem constitucional.³²⁵ Para ilustrar as dificuldades a serem vencidas na ingente faina de interpretar a Lei fundamental basta evocar que, transcorridos mais de duzentos anos da aprovação da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, ainda hoje continua a busca por um princípio, uma teoria ou mesmo uma frase que possa expressar

³²⁵ LIMA, Francisco Meton Marques de - O resgate dos valores na interpretação constitucional : por uma hermenêutica reabilitadora do homem como "ser-moralmente-melhor", p. 305. Segundo Willis Guerra Filho (Princípio da proporcionalidade e teoria do direito, p. 268) o desafio de entender a ordem jurídica constitucional é ainda maior nas circunstâncias atuais, "de extrema complexidade e transformações tão velozes da ambiência social onde esta ordem se insere - e que deve regular".

o significado do texto da Primeira Emenda.³²⁶ Na verdade, tais aspectos revelam que a constituição é um projeto histórico inacabado, cumprindo a cada geração a incumbência de interpretar e configurar as disposições constitucionais como se fosse uma nova tarefa.³²⁷

O estudo que se principia (como já explicitado neste trabalho) não ignora as implicações das estruturas sociais para a consecução da liberdade de expressão e comunicação. Assim, para evitar uma concepção meramente formal dos direitos fundamentais, é necessária a criação de instituições básicas tais como: (i) financiamento público das eleições e formas de assegurar a disponibilidade de informações sobre questões políticas; (ii) igualdade de oportunidades, especialmente com relação à educação e à instrução; (iii) uma justa distribuição de renda e de riqueza; (iv) um sistema básico de saúde acessível a todos os cidadãos.³²⁸ Porém é forçoso reconhecer que os direitos fundamentais e as instituições democráticas previstas no texto constitucional passam a ter escasso valor numa sociedade dominada pelo "tráfico de influência, pelo clientelismo e pela corrupção" ou que se notabiliza pela "falta de controle do poder público e da violência, pela falta de dinheiro e pela falta de saber".³²⁹

³²⁶ HUDON, Edward G - Imprensa e liberdade, p. 14. Segundo este autor (Idem, p. 215), conquanto a Primeira Emenda "esteja vazada em termos que podem ser tudo menos gerais, o significado a ela atribuído variou não só de época para época mas até mesmo de decênio para decênio. Desde o início, a busca do verdadeiro significado das palavras: 'O Congresso não fará leis ... que cerceiem a liberdade de palavra ou de imprensa' tem seguido um caminho vacilante que leva ora a uma teoria ora a outra. Na verdade, a história dessa emenda à Constituição tem sido de incerteza, embora ela tivesse sido aprovada para pôr termo à incerteza". Uma excelente análise das diversas teses da Corte Suprema norte-americana sobre a Primeira Emenda formuladas até à metade do século XX é o trabalho de Leda Boechat Rodrigues (A Corte Suprema dos Estados Unidos e as liberdades de palavra e de imprensa, pp. 3-46) no qual são citadas a regra do perigo evidente e atual, a teoria das liberdades preferenciais, a liberdade de palavra e a ordem pública, etc.

³²⁷ HABERMAS, Jürgen - Direito e democracia : entre facticidade e validade, p. 118.

³²⁸ RAWLS, John - Political liberalism, pp. lviii - lix. Rawls (Idem, p. lix) defende que as instituições listadas são "*essential prerequisites for a basic structure within which the ideal of public reason, when conscientiously followed by citizens, may protect the basic liberties and prevent social and economic inequalities from being excessive*".

³²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes - Sobre o tom e o dom, p. 39, *expressis verbis*: "O direito de voto, a liberdade partidária, o mandato livre, o direito de acesso aos cargos públicos, a igualdade de tratamento tributário, pouco valem numa sociedade política varrida pelo tráfico de influência, pelo clientelismo e pela corrupção".

Embora admissível, do ponto de vista da facticidade, que os direitos e liberdades³³⁰ atinentes à liberdade de expressão e comunicação, delineados na atual Constituição da República, possam estar distantes de garantir a todos os cidadãos uma participação livre e igual na esfera pública, é imprescindível mencionar que, sendo tal perspectiva ideal de antemão negada, não valeria o esforço desta tese e, como afirma Kant, "*If justice perishes, then it is no longer worthwhile for men to live upon the earth*".³³¹

2 - Configuração constitucional da liberdade de expressão

A liberdade de expressão está consagrada em diversas disposições normativas espalhadas pelo texto da Constituição Federal de 1988. Decerto que a amplitude de seu objeto, que envolve as mais variadas possibilidades de expressão humana, motivou o constituinte a oferecer minudente proteção à liberdade de expressão.

Assim, para a tarefa de explicitar o âmbito de proteção constitucional da liberdade de expressão é, sem dúvida, proveitoso reunir de forma sistemática as normas dispersas no texto da Constituição que se relacionam com essa liberdade.

2.1 - Liberdade genérica de expressão do pensamento

A configuração constitucional da liberdade de expressão começa com a formulação de que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" (art. 5º, IV). É

³³⁰ Não há prejuízo em utilizar-se os vocábulos *direito* e *liberdade* como equivalentes. Ambos se referem às posições ou faculdades jurídicas básicas conferidas por um direito fundamental. Nada obsta, entretanto, que se empregue o termo *liberdade* para aludir-se preferencialmente aos direitos fundamentais de defesa conectados ao *status negativus* (direitos a ações negativas que teriam como traço específico a alternativa de comportamento) e o termo *direito* para mencionar os direitos fundamentais atinentes ao *status positivus* (direitos a ações positivas consistentes em prestações materiais ou jurídicas) ou *status activus* (direitos de participação na vida política). Nessa ordem de idéias são as manifestações de José Carlos de Andrade (op. cit., p. 173): "os direitos fundamentais, em virtude de sua estrutura complexa, contêm faculdades que os qualificariam simultaneamente como 'direitos' e 'liberdades' ... quaisquer que fossem os direitos utilizados"; Robert Alexy (Teoria de los derechos fundamentales, p.244) ao definir um direito fundamental como sendo "*un haz de posiciones definitivas y prima facie vinculada reciprocamente en las tres formas [derechos a algo, libertades e competencias] descritas y adscriptas a una disposición jusfundamental*"; e J. J. Gomes Canotilho (Direito constitucional e teoria da constituição, pp. 389-390), para quem: "As liberdades estariam ligadas ao *status negativus* e através delas visa-se defender a esfera dos cidadãos perante a intervenção do Estado. Daí o nome de **direitos de liberdade**, *liberdades autonomia e direitos negativos*. Por sua vez, os direitos estariam ligados ou ao *status activus* ou *status positivus*" (Destaque na fonte).

³³¹ Apud RAWLS, John - op. cit., p. lxii.

plausível inferir que a Norma Fundamental procurou, com a redação desta cláusula geral, oferecer desde logo ampla proteção jurídica aos cidadãos de modo que estes pudessem compartilhar livremente as suas idéias com os outros.³³² Assim, *prima facie*, encontram-se indistintamente amparadas por aquele dispositivo constitucional as múltiplas manifestações de pensamentos, idéias ou opiniões, levadas a efeito nos diversos campos da vida humana.³³³

A norma em exame não constitui novidade introduzida pela Constituição Federal em vigor, ao revés, faz parte de uma tradição iniciada com a Constituição Imperial de 1824, que prescreveu: "Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela Imprensa, sem dependência de censura" (art.179, IV). As Constituições subseqüentes vêm mantendo, com pouca variação na redação, esse princípio protetor dos modos de emissão do pensamento.³³⁴

Com base na distinção entre a liberdade de pensar em si (como capacidade interior do indivíduo) e a liberdade de exteriorizar os pensamentos elaborados, afirma-se, com freqüência, que somente esta última modalidade encontra-se sob o pálio da Constituição visto que o *pensar sem dizer* é uma questão de *foro íntimo* e portanto matéria estranha ao mundo

³³² Rui Cruz (Liberdade de expressão e o direito à liberdade de manifestação : positivação constitucional em Angola, p. 227) entende que o direito geral à livre expressão é integrado, dentre outros, pelos: "direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento através da palavra (oral ou escrita), da imagem ou qualquer outro meio. A propósito fala nossa Lei Constitucional [Constituição angolana] em 'todas as formas de expressão', as quais vão necessariamente além da palavra e da imagem; - direito à liberdade de criação cultural, artística, intelectual e científica, aí se incluindo o direito à invenção, produção e divulgação de obra científica, literária e artística; direito à liberdade de aprender e à liberdade de ensinar". Essa exposição de Rui Ferreira coincide, aproximadamente, com a proposta de conteúdo da liberdade genérica à expressão do pensamento apresentada nesta tese.

³³³ A manifestação de Rui Barbosa (República: teoria e prática, 100) é eloqüente quanto ao valor da liberdade de manifestação do pensamento: "De todas as liberdades, a do pensamento é a maior e a mais alta. Dela decorrem todas as demais. Sem ela todas as demais deixam mutiladas a personalidade humana, asfixiada a sociedade, entregue à corrupção o governo do Estado".

³³⁴ Eis os textos das Cartas Políticas brasileiras - Constituição Federal de 1891, art. 72,§12: "Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento..."; Constituição Federal de 1934, art. 113, n. 9 "Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento..."; Constituição Federal de 1937, art. 122, n. 5: "Todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento..."; Constituição Federal de 1946, art. 141, §5º: "É livre a manifestação do pensamento..."; Constituição Federal de 1967, art. 153, §8º: "É livre a manifestação de pensamento...".

jurídico.³³⁵ Na verdade, ainda que tal separação seja sustentável no plano lógico das idéias e para fins didáticos, no plano fático, observa-se que o oferecimento de embaraços ou impedimentos à auto-expressão do pensamento finda por tolher a própria faculdade das pessoas de pensarem. Daí a assertiva kantiana de que "o poder exterior que arrebatava aos homens a liberdade de *comunicar* publicamente os seus pensamentos, ele rouba também a liberdade de *pensar*".³³⁶ Em suma, tendo em vista que a proteção constitucional da expressão do pensamento repercute até mesmo na habilidade inata da pessoa humana de pensar, "*l'homme est un animal, mais il est un animal pensant*",³³⁷ tal fato só reforça mais ainda a importância da norma em exame.³³⁸

O art. 5º, IV da Constituição ampara não só a liberdade *positiva* de expressão do pensamento, mas também o seu aspecto *negativo*, isto é, o direito de não exprimir o próprio pensamento: se "*la parole est d'argent, mais le silence d'or*".³³⁹ Por conseguinte, a posição jurídica subjetiva de manter os pensamentos em segredo, reservados à área da esfera íntima, constitui o âmbito de proteção do chamado direito fundamental ao silêncio.³⁴⁰

Esse aspecto negativo da liberdade de emissão do pensamento encontra densificação em outras disposições da Constituição. Assim, o art. 5º, LXIII, assegura ao preso o direito de permanecer calado, direito que se estende aos acusados em geral, por força do princípio da

³³⁵ PONTES DE MIRANDA - Comentários à Constituição de 1967, p. 158; BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra - Comentários à Constituição do Brasil : promulgada em 5 de outubro de 1988, p. 43; CRETELA JÚNIOR, J. - Elementos de direito constitucional, p. 189; FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves - Curso de direito constitucional, p. 290.

³³⁶ Apud MORAES, Alexandre de - Direitos humanos fundamentais : comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, p. 118.

³³⁷ MORANGE, Jean - La liberté d'expression, p. 3.

³³⁸ Nesse sentido Judith Lichtenberg (Foundations and limits of freedom of the press, p. 109) ao asseverar que "*Yet there remains a distinction between autonomy, the ability to think for oneself and self-expression, the communicating of one's thoughts to others. Both are important components of our interest in free speech*".

³³⁹ MORANGE, Jean - op. cit., p.3. Roberto Zaccaria (Diritto dell'informazione e della comunicazione, p. 62), comentando il *principio della libera manifestazione del pensiero* inscrito na Constituição italiana, expõe: "*Conviene dunque subito precisare che l'art. 21 della Costituzione copre anche l'aspetto cosiddetto 'negativo' della libertà di manifestazione del pensiero, il diritto a non esprimere le proprie opinioni, pensieri e conoscenze, il diritto a tenerle riservate*".

³⁴⁰ Nesse sentido, a opinião de José Afonso da Silva (Curso de direito constitucional, p. 238), *expressis verbis*: "Acrescente-se que, na liberdade de manifestação do pensamento, se inclui, também, o direito de tê-lo em segredo, isto é, o direito de não manifestá-lo, recolhendo-o na esfera íntima do indivíduo".

ampla defesa estipulado pelo art. 5º, LV. Igualmente, o art. 14, que estipula o segredo do voto, com valor igual para todos, garante, dessa forma, ao eleitor o direito de não manifestar as suas preferências políticas.

Cumpre evocar que a liberdade genérica de expressão do pensamento, embora não subsumida ao critério da verdade, deve ser exercida com continência para obter a proteção constitucional (ver *supra*, cap. II, item 5).³⁴¹ Vale dizer, o âmbito normativo do citado inciso IV, do art. 5º, não cobre a emissão do pensamento que revele *animus* para difamar, injuriar ou caluniar, ou contenha expressões que violem outros direitos personalíssimos (intimidade, vida privada e imagem).³⁴²

2.2 - Liberdade de expressão de consciência e de crença religiosa

A Constituição Federal prescreve, no inciso VI, do art. 5º, a inviolabilidade da liberdade de expressão de consciência e de crença. O escopo maior deste dispositivo é, estreme de dúvida, proteger a livre expressão do pensamento no campo religioso e, portanto, constitui uma especificação da liberdade de expressão genérica do pensamento.

A Constitucional Federal vigente apartou, a exemplo das Constituições de 1934 e 1946,³⁴³ os vocábulos *consciência* e *crença*. A melhor justificativa, para essa dicotomia, é a doutrina que sustenta ser finalidade da referida norma constitucional assegurar a liberdade de consciência de maneira autônoma perante a liberdade de crença religiosa para proclamar, ao

³⁴¹ Para Roberto Zaccaria (*Diritto dell'informazione e della comunicazione*, p. 78), conforme o critério da continência, "*possono considerarsi illeciti, in quanto lesivi dell'onore, 'gli epiteti ingiuriosi isolati, le valutazioni offensive sproporzionate alla portata del fatto o del comportamento censurato, le affermazioni degradanti con le quali si nega financo il rispetto minimo dovuto a qualsiasi uomo'*".

³⁴² Como é sabido, a legislação infraconstitucional brasileira prescreve responsabilidade penal para o caso de violação do direito à honra: o Código Penal, nos arts. 138 a 140, prevê, respectivamente, os crimes de calúnia, difamação e injúria, ao passo que a Lei n. 249, de 9 de fevereiro de 1967 (que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação), nos seus arts. 20 a 22, igualmente considera a prática das referidas figuras penais abuso do exercício da liberdade de expressão e comunicação quando praticadas por meios dos órgãos de comunicação social.

³⁴³ A Constituição de 1934, no seu art. 113, n. 5, rezava: "É inviolável a liberdade de consciência e de crença, e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e os bons costumes...". No mesmo sentido, a Constituição de 1946, no seu art. 141, §7º, determinava: "É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes...".

lado desta, também o direito de não se ter nenhuma crença religiosa. Vale dizer, o objetivo é proteger juridicamente os ateus e agnósticos por meio da liberdade de consciência.³⁴⁴

Modalidade de concretização da liberdade de consciência e de crença religiosa é o direito de *escusa de consciência*, previsto no inciso VIII, do art. 5º, da Constituição Federal. Este direito, introduzido entre nós pela Constituição de 1934,³⁴⁵ consiste na faculdade de invocarem-se crenças religiosas ou convicções filosóficas para eximir-se de imposições que as contrariem, notadamente nos casos de serviço militar obrigatório ou convocação para a guerra.

O âmbito normativo da liberdade de consciência e de crença compreende duas dimensões inseparáveis: uma interna e outra externa. Na primeira, verifica-se a formação da consciência e da crença. Na segunda manifestam-se as diversas modalidades de expressão da consciência e da crença religiosa.³⁴⁶

Assim, em torno das dimensões internas e externas da liberdade de consciência e de crença gravitam a liberdade de crer ou de não crer (a liberdade de religião e a liberdade ideológica), a liberdade de manifestação pública das crenças ou convicções pessoais (a liberdade de culto) e o direito de se comportar de acordo com suas crenças religiosas e convicções pessoais (direito de objeção de consciência).³⁴⁷

³⁴⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra - op. cit., p. 49. Nesse sentido, Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1967, p. 119) destaca: "A liberdade de consciência e a de crença são inconfundíveis. O descrente também tem liberdade de consciência e pode pedir que se tutele juridicamente tal direito. Bem assim, a liberdade de pensamento, que nem sempre é tangencial com a de consciência. A liberdade de crença compreende a liberdade de ter uma crença e a de não ter crença".

³⁴⁵ A Constituição de 1934, seu art. 113, n. 4, disciplinava o direito de escusa de consciência nestes termos: "Por motivo de convicções filosóficas, políticas ou religiosas, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos...".

³⁴⁶ LLAMAZARES CALZADILLA, Ma. Cruz - Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático, p. 54.

³⁴⁷ Em sentido análogo Ma. Cruz LLamazares Calzadilla (Idem, pp. 54-55) argumenta que o conteúdo da liberdade de consciência envolve diferentes direitos e liberdades: " - *Libertad para creer o no creer, para tener unas u otras convicciones, y para adquirir esas creencias y conformar esas convicciones: esto se concreta en los derechos de libertad ideológica y religiosa, el derecho a la educación, y el e derecho a la información. - Libertad para expresar esas creencias o convicciones: se concreta en la libertad de expresión, la libertad de enseñanza y la libertad de información. - Libertad para comportarse de acuerdo con esas creencias y esas*

Importa notar que a liberdade de crença e a liberdade de culto encontram-se no cerne da formação histórica dos direitos humanos, visto que a liberdade de professar livremente a própria crença religiosa foi uma das conquistas que abriram a senda para a proteção jurídica do valor da pessoa humana por meio de seus direitos fundamentais.³⁴⁸ Ademais, como assinala Rawls, a própria origem do liberalismo está vinculada à reforma e às suas controvérsias sobre a tolerância religiosa.³⁴⁹

2.3 - Liberdade de expressão filosófica e política

A norma constitucional que assegura a liberdade de expressão de idéias filosóficas ou políticas está contida no mencionado texto do inciso VIII, do art. 5º, da Lei fundamental. Ao estabelecer que ninguém será privado de direitos por motivos de convicção filosófica ou política, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, o aludido dispositivo está, pois, garantindo a todos os cidadãos a faculdade de manifestar desinibidamente as suas opiniões filosóficas ou políticas, sem que por isso possam vir a ser molestados.

Convém frisar, como já anotado neste trabalho, a imprescindibilidade da liberdade de expressão política para o funcionamento de um autêntico regime democrático. *A freedom of*

convicciones y a no ser obligado a comportarse en contra de ellas: se concreta en el derecho a la objeción de conciencia".

³⁴⁸ Apesar de estar consagrada na maioria das Constituições contemporâneas e de as Nações Unidas terem aprovado em 1981 uma Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância de Discriminação Baseadas na Religião ou na Convicção, convém reconhecer que a liberdade de crença religiosa ainda enfrenta dificuldades em vários lugares do mundo para a sua plena eficácia. Basta citar o rumoroso caso do escritor indo-britânico Salman Rushdie, autor do livro *The Satanic Verses*, e que a partir do ano de 1989 passou a viver recluso e protegido por autoridades policiais em razão de pena de morte que lhe foi imposta pelas autoridades religiosas do Irã. Felipe Fortuna (John Milton e a liberdade de imprensa, p. 30) informa que, inspirado neste caso, "Millôr Fernandes lembrou que a proliferação de milhões de grupos religiosos resultou em diversas guerras, ao passo que os descrentes nunca saíram das suas poltronas para defender a fundamentação filosófica de sua descrença. Assim, o humorista lançou a idéia de que da Constituição brasileira deveria fazer parte 'um item absolutamente inédito, defendendo uma liberdade fundamental, na qual se baseia a salvação da humanidade: A LIBERDADE DE DESCRENÇA'". Ironia à parte, como visto, a liberdade de consciência significa justamente a "liberdade de descrença".

³⁴⁹ RAWLS, John - op. cit., p. xxvi: "*Thus, the historical origin of political liberalism (and of liberalism more generally) is the Reformation and its aftermath, with the long controversies over religious toleration in the sixteenth and seventeenth centuries. Something like the modern understanding of liberty of conscience and freedom of thought began then. As Hegel saw, pluralism made religious liberty possible, certainly not Luther's and Calvin's intention*".

political speech é pré-requisito para a formação de uma opinião pública independente e pluralista ou para o estabelecimento de um debate público franco e vigoroso.³⁵⁰ Um regime político no qual os cidadãos estão impedidos de manifestarem publicamente as suas opiniões sobre os atos dos responsáveis pelo resguardo da coisa pública ou sobre o desempenho de instituições públicas não passa de um embuste ou arremedo de democracia.³⁵¹

No entanto, não se pode olvidar as dificuldades para a consolidação de uma cultura cívica entre nós propiciada pelo efetivo exercício da liberdade de expressão política ou filosófica, vez que a história política brasileira, como de resto a da América Latina, sempre foi dominada por regimes autoritários, que abominavam a manifestação livre dos cidadãos, conquanto se observe atualmente no país uma forte repulsa às ditaduras políticas e um amplo desejo de verem-se concretizados os valores democráticos.³⁵²

³⁵⁰ De acordo com John Rawls (op. cit., p. 342), a história da doutrina constitucional mostra que a liberdade de expressão política tem-se fixado em três pontos: "*there is no such thing as the crime of seditious libel; there are no prior restraints on freedom of the press, except for special cases; and the advocacy of revolutionary and subversive doctrines is fully protected*".

³⁵¹ A relevância da expressão política para a consolidação do regime democrático foi notada de forma arguta por João Barbalho (Constituição Federal brasileira : comentários, p. 319) nos seus comentários à primeira Constituição republicana brasileira: "Não basta, com efeito, que a nação tenha representantes para a gestão dos negócios públicos, é preciso também que elles constantemente sejam influenciados por ella, ouçam sempre sua voz, acompanhem-n'a em seos anhelos, estejam attentos a seo aceno, retemperem-se de continuo no pensamento que ella manifesta e que póde não ser mais o que prevalecia ao tempo da eleição que os investio do mandato. Depois, a livre manifestação do pensamento favorece o exame e critica dos actos das autoridades publicas e leva seos abusos e desvios ao conhecimento dos poderes competentes para corrigi-los. E isto proporciona occasião e meio de muitos d'elles serem objecto de providencia administrativa, independentemente de acto formal de queixa ou denuncia, sem o apparatus d' processo, etc., e com proveito para os particulares e para a administração publica".

³⁵² A jurisprudência nacional sobre a matéria em questão por vezes reflete os momentos de convivência democrática existentes no país. Assim, logo após a queda do regime autoritário, representado pelo Estado Novo, o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a liberdade de pensamento político: "O fato de ser alguém partidário ou simpatizante do credo comunista não constitui crime, pois a liberdade de pensamento, é garantida por preceito constitucional (Apelação Criminal n. 1509 - rel. Min. Edgard Costa - decisão: 4-6-1954 - *Diário da Justiça*, Seção I, 30 ago. 1956, p. 1.149)" (Apud Alexandre de Moraes, op. cit., p. 119). E com relação à manifestação de pensamento atinente às instituições, mais recentemente o TRF/5º Região proclamou: "Não se configura difamação, nem injúria, a crítica, ainda que severa, que não se dirige especificamente a pessoa. A crítica às instituições, impessoal, está assegurada pelo art. 5º, IV e IX, da CF/88 (Pleno - Inq. 500093/PE, rel. Juiz Hugo Machado, *Diário da Justiça*, Seção I, 3 fev. 1995, p. 3.721)" (Apud Alexandre de Moraes, *Idem*, *ibidem*).

2.4 - Liberdade de expressão artística e científica

A liberdade de expressão artística e científica está prevista no inciso IX, do art. 5º, da atual Constituição Federal. Ou seja, os cidadãos estão amparados constitucionalmente para desenvolverem as suas potencialidades intelectuais nos campos artístico e científico.

A liberdade para a criação e divulgação de obras artísticas ou científicas, como é sabido, é de vital importância tanto para o desenvolvimento da personalidade humana quanto para o bem-estar social. Por isso a liberdade de expressão relacionada com a arte, a ciência, a educação e a cultura sempre mereceu tratamento especial por parte do ordenamento constitucional democrático.³⁵³

Nesse sentido, ciente do valor da educação, da cultura e da ciência para o progresso espiritual e material da nação, o texto constitucional de 1988 dedica a essas matérias dois capítulos específicos: um versando sobre a *educação e cultura* (arts. 205 a 216) e outro sobre *ciência e tecnologia* (arts. 218 a 219).

Em sintonia com o exposto sobre a liberdade de expressão artística e científica, a Carta de 1988 garante, por um lado, a vertente da liberdade de ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento e, por outro, a vertente da liberdade para aprender e saber, estando ambos os aspectos fundamentados no pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, quer nas instituições públicas, quer nas instituições privadas de ensino (art. 206, II e III).³⁵⁴

³⁵³ Segundo Nuno e Sousa (*A liberdade de imprensa*, p. 279), a liberdade de pensamento em matéria privilegiada possui um âmbito de proteção que se estende à arte, à ciência, ao ensino, à religião e à política e que "As liberdades nesses campos específicos podem gozar de um regime mais favorável, devido à particularidade dos bens protegidos, isto é, no caso concreto é possível um reforço de proteção relativamente ao genérico direito de expressão do pensamento".

³⁵⁴ Sobre a problemática da liberdade de ensino Jorge Miranda (*Manual de direito constitucional*, tomo IV, p. 367) assim resume: "I - A liberdade de ensino em sentido amplo como liberdade de educação e em sentido restrito como liberdade de escola. Crescente importância da educação escolar na época contemporânea. II - A liberdade de ensino como liberdade de aprender e de ensinar. As duas vertentes, portanto: a dos que recebem educação (na escola, os alunos) e a dos que a ministram (na escola, os professores). Ou considerando a liberdade de ensino como liberdade da escola: a) Liberdade de acesso à escola como liberdade da escola; b) Liberdade de criação de escolas (distintas das do Estado); c) Liberdade na escola (liberdade de professores e alunos na escola)".

A Lei básica garante a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, bem como obriga o Estado a proteger o patrimônio cultural brasileiro e as manifestações culturais dos grupos participantes do processo civilizatório pátrio, principalmente as culturas indígenas e afro-brasileiras (arts. 215 e 216).

Por seu turno, diz a Constituição que o Estado incentivará o desenvolvimento da pesquisa e a capacitação tecnológica, fornecendo condições especiais para a formação de recursos humanos nas áreas da ciência, pesquisa e tecnologia tendo em vista o bem público e o progresso das ciências (art. 218).

Vale lembrar ainda a existência de direitos albergados no texto da Lei maior e que são conexos à liberdade de expressão artística e científica. O primeiro deles é o *direito autoral*, previsto no inciso XXVII, do art. 5º, que assegura aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras artísticas ou científicas ou sobre inventos industriais, nomes de empresas, marcas, etc., transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei infraconstitucional fixar.³⁵⁵ A outra hipótese é o caso do *direito de antena*, consignado no inciso XXVIII, do art. 5º, que garante proteção à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.³⁵⁶

3 - Configuração constitucional da liberdade de comunicação

A ordem constitucional vigente também oferece ampla guarida à liberdade de comunicação, isto é, à faculdade de procurar, acessar, receber e difundir fatos, notícias ou informações (ver *supra*, cap. II, item 6). A liberdade de comunicação, em geral, está

³⁵⁵ O diploma legal que regulamenta a matéria relativa aos direitos autorais é a Lei federal n. 5.988/73. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (op. cit., 142) indicam que o autor mantém com sua obra uma relação de dupla natureza: "uma de caráter moral, consistente no direito personalíssimo de ser reconhecido como o autor, e outra, o direito à integridade da obra, consistente em não poder vê-la alterada sem o seu expresso consentimento".

³⁵⁶ Cf. SILVA, José Afonso da Silva - Curso de direito constitucional positivo, pp. 247-248. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (op. cit., p. 144) consideram oportuno o reconhecimento constitucional do direito de antena tendo em vista que, graças aos meios de comunicação de social, "a imagem dos que estão protagonizando o espetáculo, assim como a voz daqueles que o estão transmitindo, pode ser observada por milhões de pessoas no mesmo momento".

amparada pela Carta Federal quando esta estabelece que *é livre a atividade de comunicação* (art. 5º, IX).

É plausível inferir que o termo *comunicação*, no contexto normativo transcrito, diz respeito apenas a elementos objetivos como fatos, notícias ou informações haja vista que a proteção jurídica relativa aos elementos subjetivos como pensamentos, idéias e opiniões encontra-se plasmada nos incisos constitucionais descritos atinentes à liberdade de expressão.³⁵⁷

Vale registrar que a *Lei mater* optou corretamente pelo uso do vocábulo *comunicação* (ver *supra*, cap. II), por melhor designar o complexo processo comunicacional, que envolve a troca de mensagens (informações) entre emissores e receptores, do que o termo *informação*, que é mais apropriado para representar o conteúdo da comunicação.³⁵⁸

A liberdade de comunicação a que o mencionado dispositivo constitucional se refere é a comunicação pública (não obstante efetuada face a face ou por meio de pequeno grupo de pessoas) e não a comunicação particular (geralmente não destinada ao conhecimento de terceiros porque realizada em caráter sigiloso). Esta espécie recebe cobertura da Lei básica no inciso que trata sobre a inviolabilidade do sigilo de correspondência ou das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (art. 5º, XII).

Se o desenho constitucional da liberdade de comunicação for entendido como abrangendo as atividades de difundir notícias ou de recebê-las, bem como a possibilidade de

³⁵⁷ A liberdade de comunicação no sentido acima do texto referente apenas a elementos objetivos (fatos, notícias ou informações) difere da proposta de José Afonso da Silva (op. cit., p. 237) para quem "A *liberdade de comunicação* consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada de criação, expressão e difusão do pensamento e da informação" (Destaque na fonte). Por sua vez, Manoel Gonçalves Ferreira (Direitos humanos fundamentais, pp. 60-61) emprega a expressão *direito à comunicação* no sentido de *liberdade de comunicação social* utilizado nesta tese quando afirma que aquele se encontra consagrado no art. 220 da Constituição brasileira, ou seja, no capítulo que disciplina a comunicação social entre nós.

³⁵⁸ A propósito recorda José Cretella Junior (Elementos de direito constitucional, p. 202) que: "Estamos na época das 'comunicações', vocábulo prestigiado a tal ponto que se criou a disciplina desse nome e, até, nas Universidades, institutos ou unidades, Escolas de Comunicações. Cria-se, na Universidade de São Paulo, a Escola de Comunicações e Artes (ECA). Cria-se, no âmbito federal, o Ministério das Comunicações, que absorveu o Conselho Nacional de Telecomunicações e o Departamento dos Correios e Telégrafos".

ter acesso às fontes das informações sem quaisquer impedimentos, isso implica a configuração dos direitos fundamentais de informar, de se informar e de ser informado, que têm se convertido em elementos essenciais da sociabilidade humana.³⁵⁹

Nesse passo, observa-se que a cobertura da liberdade de comunicação levada a efeito pela Constituição Federal de 1988 segue, em linhas gerais, os modelos de regulação da matéria fornecidos pelas constituições contemporâneas³⁶⁰ e pelos documentos internacionais.³⁶¹

A Constituição brasileira, ao contrário da Lei fundamental espanhola que prevê no seu texto o direito de comunicar ou receber livremente informação veraz por qualquer meio de difusão (art. 20. 1, d), não menciona a verdade como requisito para o exercício da liberdade de comunicação (ver *supra*, cap. II, item 7). Tal fato não obsta, entretanto, o entendimento de que há entre nós repulsa constitucional à deliberada divulgação de notícias falsas. Cumpre evocar que uma das finalidades do direito fundamental de resposta estabelecido pelo art. 5º, V da Constituição, como será examinado no capítulo subsequente, é justamente, retificar notícias inexatas e assim restabelecer a veracidade das informações propagadas.³⁶² Ademais, o âmbito de proteção constitucional da liberdade de comunicação pressupõe a veracidade dos fatos difundidos porque sem informação correta fica prejudicada a cooperação livre e igual dos cidadãos nas decisões democráticas e, portanto, o regime constitucional baseado na cultura política pública não poderá vicejar entre nós. Por isso está de acordo com a Carta Magna de 1988 a Lei federal n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (regula a liberdade de

³⁵⁹ Para Jorge Zaffore (La comunicación masiva : regulación, libertad y pluralismo, p. 2) "*la comunicación constituye la esencia de la sociabilidad*".

³⁶⁰ Por exemplo, a Constituição espanhola: "*Se reconocen y protegen los derechos... A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*" (art. 20. 1, d).

³⁶¹ Segundo Miguel Ángel Ekmekdjian (Derecho a la información : reforma constitucional y libertad de expresión. Nuevos aspectos, p. 27), para a UNESCO, a liberdade de comunicação consiste em um processo bidirecional "*cuyos participantes mantendrán un diálogo democrático y equilibrado, con posibilidades de acceso y participación*".

³⁶² Cf. JABUR, Gilberto Haddad - Liberdade de pensamento e direito à vida privada : conflitos entre direitos da personalidade, p. 223.

manifestação do pensamento e de informação), que, no art. 16, estipula penalidades para os casos de publicação ou divulgação de notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados.³⁶³

Cumprir não olvidar que do ponto de vista constitucional a verdade exigida como componente essencial para o exercício da liberdade de comunicação diz respeito à verdade subjetiva, ou seja, à atitude responsável do comunicador em procurar certificar-se da correção dos fatos antes de divulgá-los. Em suma, verdade é igual a diligência.³⁶⁴

3.1 - Direito fundamental de informar

O direito fundamental de informar, aspecto ativo da liberdade de comunicação, obviamente está amparado no aludido inciso IX, do art. 5º, da Constituição.³⁶⁵ Neste particular, a Constituição portuguesa, por exemplo, é mais explícita quando textualmente dispõe "que todos têm o direito de informar" (art. 37).

A atividade de comunicar publicamente fatos atuais e de interesse geral, uma dimensão clássica da liberdade de comunicação, conquanto seja um direito fundamental reconhecido a todos os cidadãos, é hoje exercida principalmente pelos profissionais da comunicação, por meios dos órgãos de divulgação de massa.

O direito fundamental de informar é um instrumento valioso de participação ativa do cidadão na vida pública e para a formação de um debate democrático estabelecido com base

³⁶³ A respeito da verdade como requisito para o exercício da comunicação pública livre, escreve Alexandre de Moraes (op. cit., 161): "A Constituição Federal não protege as informações levemente não verificadas ou astuciosas e propositadamente errôneas, transmitidas com total desrespeito à verdade, pois as liberdades públicas não podem prestar-se a tutela de condutas ilícitas".

³⁶⁴ FRANCO, Benedito Luiz - Proteção constitucional do sigilo da fonte na comunicação jornalística, pp. 53-54.

³⁶⁵ De acordo com a nomenclatura usada neste trabalho considera-se um equívoco fundamentar o *direito de informar* principalmente no art. 220 da Constituição brasileira, a exemplo de Vidal Serrano (A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística, p. 32), uma vez que esse dispositivo trata sobretudo da *garantia institucional da liberdade de comunicação social*, conforme enuncia a epígrafe do capítulo V do título VIII "da comunicação social". Não há que confundir os dois planos da proteção constitucional: a *garantia institucional* assegura uma proteção jurídica objetiva para os meios de comunicação de massa, como organização social, já o *direito fundamental de informar*, como pólo ativo da liberdade de comunicação, dirige-se aos cidadãos para garantir-lhes a faculdade de comunicar informações. Sobretudo o direito de informar também protege os profissionais da comunicação na sua atividade de difusão de notícias.

na livre discussão que premia "os bons governantes e os cidadãos inatacáveis".³⁶⁶ Destarte, o espaço de liberdade de que dispõem as pessoas para divulgarem livremente fatos ou informações constitui, sem dúvida, um importante índice para aferir-se o grau de liberdade em geral de que desfrutam os cidadãos.³⁶⁷

Um princípio republicano importante, com relação ao direito de informar, é a presunção de legitimidade em favor da divulgação de matérias que tratam sobre questões institucionais, implicando até mesmo a inversão do ônus da prova.³⁶⁸ Ou seja, a comunicação de fatos atinentes às matérias institucionais (notadamente a atuação do Estado e de seus agentes), até prova em contrário, é verídica e em princípio goza de proteção jurídico-constitucional.

3.2 - Direito fundamental de acesso à informação

O direito fundamental de acesso à informação ou o direito fundamental de se informar refere-se ao livre ingresso às fontes das notícias. Está previsto autonomamente no inciso XIV, art. 5º, da Constituição, que proclama: "é assegurado a todos o acesso à informação".

A própria dicção constitucional não deixa dúvida de que esse é um direito fundamental pertencente aos cidadãos indistintamente. Mas cumpre notar que, embora não privativo dos operadores da comunicação social, o direito fundamental de acesso às fontes de informação é um direito indispensável para o exercício profissional dos comunicadores. Sem o livre acesso às fontes de onde provêm as notícias haverá redução de circulação de informações, com comprometimento da atividade técnica de difusão de notícias e, em última instância, estará privada a sociedade do conhecimento de várias informações retidas nas fontes. Em suma, o

³⁶⁶ ÁNGEL EKMEKDJIAN, Miguel - op. cit., p. 62. Textualmente: "*Y con un debate enriquecido por la libre discusión los buenos gobernantes y los ciudadanos intachables son los premiados. Mientras que los corruptos, los tiranos, aquellos que siembran cizaña, son los sancionados*".

³⁶⁷ CALDAS, Pedro Frederico - Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral, p. 62. Nesse sentido, informa Donald P. Kommers (The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany, p. 370) que a Constituição alemã no "*Article 5 (1) [1] guarantees every citizen the right to take part in this public discussion*".

³⁶⁸ ÁNGEL EKMEKDJIAN, Miguel - op. cit., p. 87.

acesso às fontes constitui uma atividade instrumental necessária para o labor informativo a cargo dos profissionais da comunicação de massa.³⁶⁹

O âmbito de proteção do direito fundamental de acesso à informação varia conforme se trate de fonte pública ou privada. No primeiro caso, o acesso desimpedido às fontes públicas é a regra, salvo para as informações que comprometam direitos personalíssimos (CF, art. 5º, X) ou a segurança da sociedade e do Estado (CF, art. 5º, XXXIII), porquanto no regime republicano e democrático impera o princípio da publicidade ou visibilidade dos negócios públicos (CF, art. 37). No caso de a informação originar-se de pessoas ou de instituições privadas, o acesso será mais restringido em consequência do predomínio do princípio da privacidade no âmbito da esfera privada dos cidadãos.³⁷⁰ Vale dizer, tratando-se de informações relativas ao domínio privado, o acesso está subordinado ao princípio da privacidade, que implica, em regra, segredo: o segredo profissional (CP, art. 154), o segredo científico ou industrial (CF, art. 5º, XXIX) e o segredo de correspondência (CF, art. 5º, XII). Cuidando-se de informações pertencentes à esfera pública, o acesso está amplamente tutelado pelo princípio da publicidade e só excepcionalmente admitem-se segredos, quando necessários para salvaguardar o Estado ou bens coletivos. Em suma: tratando-se de fontes privadas, a regra é o segredo das informações; respeitante às fontes públicas, ao contrário, a regra é a publicidade e o segredo, a exceção.³⁷¹

Assim, não se afigura apropriado deduzir do texto constitucional um direito geral e indistinto de acesso às fontes privadas ou públicas. Somente com relação a estas últimas é que se pode considerar a existência de um verdadeiro e próprio direito fundamental de acesso atinente aos dados e documentos em poder da Administração Pública.³⁷² Na verdade, no contexto de informações oficiais, é pertinente até mesmo falar-se em *open government* para se

³⁶⁹ ZACCARIA, Roberto - op. cit., p. 108.

³⁷⁰ ÁNGEL EKMEKDJIAN, Miguel - Idem, p. 63.

³⁷¹ ZACCARIA, Roberto - op. cit., p. 114.

³⁷² ZACCARIA, Roberto - Idem, p. 110.

referir tanto ao acesso aos documentos ou registros, em qualquer forma, quanto ao acesso aos processos de tomadas de decisões governamentais.³⁷³

Por conseguinte, é plausível estimar o direito fundamental de acesso como um instrumento de controle da Administração Pública uma vez que ele possibilita o acompanhamento e o conhecimento das atividades dos órgãos estatais, bem como enseja o acesso participativo na gestão da coisa pública, quando faculta ao cidadão intervir nos procedimentos administrativos, apresentando documentos e memoriais que a Administração Pública está obrigada a considerar.³⁷⁴

Para assegurar o acesso à informação de caráter pessoal registrada em bancos de dados de entidade estatal ou de órgão autorizado para executar serviço público, a Carta Federal prevê o remédio do *habeas data* (art. 5º, LXXII). Esta garantia constitucional tutela o direito de acesso (*right to access*), o direito de conhecer (*right to know*) e o direito de retificar (*right to correct*) as informações pessoais armazenadas em arquivos ou bancos de dados (alíneas *a* e *b*, LXXII, do art. 5º).³⁷⁵

Uma faculdade importante, reconhecida pelo direito de acesso à informação de dados pessoais (automatizados ou não) e que possibilita o resguardo de valores morais da pessoa humana, é a permissão para o cidadão averiguar se aquela informação não está sendo usada para objetivos inapropriados ou não autorizados por ele.³⁷⁶

³⁷³ Para Patrick Birkinshaw (op. cit., p. 24) *open government* "refers to the openness of processes, as well as documentation and may concern private institutions in so far as they are used as a surrogate for governmental decision-making".

³⁷⁴ ZACCARIA, Roberto - op. cit., p. 111.

³⁷⁵ De acordo com Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (Direito de informação e liberdade de expressão, p. 163) "A informação de dados tem de específico o direito de acesso aos dados e a possibilidade de contestação, retificação e atualização, além do cancelamento dos dados ultrapassados".

³⁷⁶ Segundo Patrick Birkinshaw (Freedom of information : The law, the practice and the ideal, p. 1) *freedom of information* pode significar "access by individuals to files containing information about themselves - and an assurance that the information is not being used for improper or unauthorised purposes".

3.3 - Direito fundamental de ser informado

O direito fundamental de receber informação encontra uma tutela geral no aludido inciso IX, do art. 5º, da Lei maior. Assim, entre nós, não vige apenas um interesse geral pela informação ou um direito moral de ser informado, mas um verdadeiro e próprio direito do destinatário das notícias de recebê-las, isto é, uma posição jurídica subjetiva autônoma, acompanhada de tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). É dizer, o âmbito normativo configurado pelo inciso IX, do art. 5º, protege igualmente o sujeito ativo e o sujeito passivo do processo de comunicação.

Considerando que "*What we know helps to make us what we are. The information we are able to use and build upon constitutes our past, our present and our future*",³⁷⁷ não surpreende que o lado passivo da liberdade de comunicação seja até mesmo estimado como o aspecto dominante da liberdade de comunicação³⁷⁸ e constitua um dos temas centrais do Direito da Comunicação.

É plausível justificar que o ditado constitucional cobre não só o transmitente, mas também o beneficiário da informação porque, sendo ambos pólos de uma relação comunicacional, a falta de amparo jurídico para um deles pode levar a uma *kafkiana incomunicabilidade*.³⁷⁹

Outro fundamento constitucional para qualificar a situação do utente de informação, na área do direito subjetivo, é o mencionado inciso XIV, do art. 5º, visto que o direito de ser informado é correlato à existência de um efetivo pluralismo de fontes de notícias, exigido por esse dispositivo constitucional. Ou seja, a diversidade de fontes informativas (pluralismo externo), com a possibilidade de ingresso na arena pública de variedade de vozes, na

³⁷⁷ BIRKINSHAW, Patrick - op. cit., p. 326.

³⁷⁸ SILVA, José Afonso da - op. cit., p. 240, *in verbis*: "A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, a de obtê-la".

³⁷⁹ PACE, Alessandro - *Stampa, giornalismo, radiotelevisione: problemi costituzionali e indirizzi di giurisprudenza*, p. 10.

quantidade suportada pelos meios técnicos, ensejará maior acesso e recebimento de informações.³⁸⁰

Do referido fundamento constitucional do pluralismo das fontes informativas também é possível extrair-se a exigência de recepção de informação dotada de algumas características, tais como imparcialidade, completude, objetividade e abertura para diversas tendências políticas ou culturais. Daqui emerge sobretudo o direito do cidadão de não ser enganado e a configuração de um direito difuso à informação verdadeira,³⁸¹ vez que é plausível sustentar uma confluência entre o direito de ser informado e o direito do consumidor.³⁸² Portanto, a mentira, mesmo quando se trate de defender o interesse público, choca-se com o sistema constitucional e, em particular, com os direitos fundamentais, que não se prestam ao amparo de condutas ilícitas.³⁸³

Em razão da relevância da informação para o pleno exercício dos direitos sociais e individuais e para o bem-estar de uma sociedade fraterna (preâmbulo da Constituição Federal de 1988), é possível ainda apoiar o direito de ser informado em vários *princípios fundamentais* do ordenamento constitucional. Com efeito, sem o recebimento de informação *pluralista*, o cidadão não exercerá com *dignidade* a sua *cidadania* e a *soberania popular* estará, irremediavelmente, esvaziada (CF, art. 1º, I, II, III e V).

Assim, a Constituição brasileira em vigor abriga, em forma de direito fundamental, a faculdade do cidadão receber notícias corretas e verdadeiras, tema que é hodiernamente uma

³⁸⁰ Sobre o pluralismo externo, a Corte Constitucional italiana, na sentença n. 420, de 1994, proclamou que "*dalla Costituzione deriva la necessità di garantire il massimo di pluralismo esterno, al fine di soddisfare, attraverso una pluralità di voci concorrenti, il diritto del cittadino all'informazione*" (Apud Roberto Zaccaria - op. cit., p. 132).

³⁸¹ Segundo exortação de Pontes de Miranda (As tendências atuais do Direito Público, p. 185): "O que se há de pôr em primeiro lugar é o *direito à verdade*, que somente concerne à verdade demonstrável e mostrável" (Destaque na fonte).

³⁸² ÁNGEL EKMEKDJIAN, Miguel - op. cit., p. 89; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de - op. cit., p. 169.

³⁸³ OLIVEIRA, João Gualberto de - A liberdade de imprensa no Brasil e na Suécia, p. 156; MORAES, Alexandre de - Liberdade de imprensa e proteção à dignidade humana, p. 15.

preocupação dos ordenamentos jurídicos tanto no plano internacional das declarações e tratados³⁸⁴ como no plano interno atinente às constituições dos Estados.³⁸⁵

Do ponto de vista de sua estrutura, a figura subjetiva do *droit au fait*, ou seja, o direito de ser informado, possui as características de um direito fundamental à prestação (ver *supra*, cap. I), que se concretiza por meio de uma ação positiva dos sujeitos que têm o dever jurídico de prestar as informações. Daí falar-se, às vezes, em direito social à informação,³⁸⁶ uma vez que para a sua efetivação exige-se uma série de interventos e atos, à semelhança do que sucede com os direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, etc. (CF, art. 6º).³⁸⁷

O âmbito normativo do direito fundamental, em análise, cobre não só a faculdade de receber notícias como também abarca a posição jurídica de não sofrer turbação ou impedimento no ato de obtê-las, o que implica o dever de abstenção por parte do Estado e de

³⁸⁴ A Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu art. 19, proclama expressamente o direito ao recebimento de informações: "Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras." (Sem grifo na fonte). Igualmente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), promulgada no Brasil por meio do Decreto n. 678, de 6-11-1992 (DOU, 9-11-92), no seu art. 13, 1, prescreve: "Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha" (Sem grifo na fonte).

³⁸⁵ O direito fundamental de ser informado está consagrado, por exemplo, nas seguintes Cartas Constitucionais: Constituição da Finlândia (art. 10): "Todos têm o direito à liberdade de expressão. Tal direito inclui o direito de divulgar, publicar e receber informações, opiniões e outras comunicações sem qualquer obstáculo. Ulteriores disposições sobre o exercício da liberdade de expressão poderão ser prescritas por lei. Esta poderá prevê ainda limitações para a tutela das minorias"; Constituição alemã (art. 5º, 1): "Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente a sua opinião pela palavra, pelo escrito e pela imagem, bem como o direito de se informar, sem impedimentos, por meio de fontes acessíveis a todos. São garantidas a liberdade imprensa e a liberdade informação por radiodifusão e filme. Não haverá censura."; Constituição portuguesa (art. 37, 1): "Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informado, sem impedimentos nem discriminações"; Constituição espanhola (art. 20.1, d): "*Se reconocen y protegen los derechos a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades*".

³⁸⁶ Maria Stella Fernandez (Apud Jaime Ordóñez - Periodismo, derechos humanos y control del poder político, p. 611) expõe: "*el derecho de la información es un derecho social porque se manifiesta y expresa a nivel colectivo y público; es el derecho de la función informativa - función social que en último término consiste en el respeto, la garantía y la efectividad del derecho humano a la información -, pero su carácter social no deriva de ser el derecho de organizaciones colectivas como sucede generalmente en los otros derechos sociales. Más bien es lo contrario: su carácter social y su manifestación pública no elimina su naturaleza de derecho individual*".

³⁸⁷ Ver, em termos aproximados, a exposição de Roberto Zaccaria (op. cit., p. 133).

terceiros. Este aspecto é realçado pelo surgimento de novas tecnologias no campo das comunicações que têm multiplicado as fontes informativas, o que pode levar a considerar-se ilegítima, por exemplo, intervenção estatal que dificulte ou impeça o recebimento de informações, provenientes do exterior, diretamente pelo cidadão, por meio de instalação de antenas e outros aparelhos de recepção.³⁸⁸

O âmbito de proteção constitucional do direito fundamental de ser informado alcança tanto a obrigação do Estado de fornecer informação acerca da atuação de seus órgãos e de seus agentes quanto o dever dos órgãos de comunicação de massa de manter adequada e verdadeiramente informados os cidadãos sobre os acontecimentos atuais e de transcendência, dever que se estende, igualmente, para outros titulares da liberdade de comunicação, como é o caso da informação publicitária.

3.3.1 - Direito a receber informações dos órgãos públicos, direito ao *open files* e princípio da administração aberta

O direito a receber dos órgãos públicos informações, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, está expressamente resguardado no inciso XXXIII, do art. 5º, da Carta Federal. Outros dispositivos da Constituição também reconhecem o direito a ser informado pelo Poder Público em situações específicas, como são exemplos os casos do direito à obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, b),³⁸⁹ e a

³⁸⁸ Nessa linha é a argumentação de Roberto Zaccaria (Idem, pp. 107-108), *expressis verbis*: "A questo proposito sarebbe certamente illegittima una normativa interna che ponesse ostacoli, non compatibili con la situazione giuridica riconosciuta al singolo, per l'installazione di antenne e in genere di ricetiroi di programmi... In base allo stesso principio sopra riconosciuto, sarebbe senz'altro illegittima sul piano interno, anche se consentita dagli accordi internazionali, l'attività dello Stato diretta a disturbare i segnali della televisione via satellite provenienti dall'estero che eventualmente debordasse oltre la zona di copertura consentita dagli accordi suddetti".

³⁸⁹ O referido direito fundamental à expedição de certidões para a defesa de direitos e esclarecimento de situações está regulamentado pela Lei federal n. 9.051, de 18 de maio de 1995. Está previsto neste diploma legal que "As certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, requeridas aos órgãos da administração centralizada ou autárquica, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverão ser expedidas no prazo

obrigação das entidades estatais de promoverem a educação ambiental em todos os níveis de ensino, bem como de difundirem as informações que sejam indispensáveis para a preservação do meio ambiente (art. 225, §1º, VI).³⁹⁰

Ademais, o direito a receber informação administrativa foi reforçado com a aprovação da Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, que acrescentou o §3º ao art. 37 da Lei fundamental. Com o objetivo de assegurar formas de participação do cidadão na administração pública direta e indireta, a referida Emenda previu explicitamente o direito ao arquivo aberto (*open file*) e o princípio da administração aberta ao dispor que a lei regulará especialmente o acesso dos cidadãos a registros administrativos e a informações sobre atos do governo,³⁹¹ observado o disposto no art. 5º, incisos X e XXXIII, isto é, ressalvados os direitos personalíssimos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, bem como as matérias relativas à segurança da comunidade e do Estado.

Os direitos à informação dos administrados assim plasmados no texto constitucional traduzem uma mudança de concepção da administração liberal para uma nova administração emergente ao longo do século XX e conectada à idéia-força de que sem democracia administrativa não haverá democracia.³⁹²

improrrogável de quinze dias, contado do registro do pedido no órgão expedidor", bem como "Nos requerimentos que objetivam a obtenção das certidões a que se refere esta lei, deverão os interessados fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido" (arts. 1º e 2º).

³⁹⁰ O dever dos órgãos públicos de manter as pessoas adequadamente informadas a respeito da preservação do meio ambiente está densificado na Lei federal n. 9.795, de 27 de abril de 1999, que dispõe sobre a educação ambiental e institui a Política Nacional de Educação Ambiental. Estabelece essa lei, como parte do processo educativo mais amplo, que todos têm direito à educação ambiental, incumbindo ao Poder Público, nos termos dos arts. 205 e 225 da Constituição Federal, definir políticas públicas que incorporem a dimensão ambiental, promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e o engajamento da sociedade na conservação, recuperação e melhoria do meio ambiente (art. 3º, I).

³⁹¹ De acordo com Maria Eduarda Gonçalves (Direito da informação, p. 72), o direito ao *open file* consiste essencialmente na liberdade de acesso aos documentos administrativos e do princípio da administração aberta deriva o direito do cidadão ser informado sobre as políticas e a atuação do Estado-administração.

³⁹² MIRANDA, Jorge - O direito de informação dos administrados, p. 207-208. Segundo este autor o Projeto de Código de Processo Administrativo Gracioso português, no seu art. 7º, dispõe: "Os interessados têm direito a ser informados do estado do processo, salvo os casos previstos na lei. As informações a prestar abrangem os serviços onde o processo se encontra, os actos já realizados e os que se presume deverem ser ainda praticados, as deficiências a suprir pelos interessados e quaisquer outros elementos que se mostrem necessários para os mesmos defenderem ou fazerem valer os seus direitos ou interesses legítimos" (Idem, p. 209).

A consagração da posição subjetiva de ser informado pelos órgãos públicos é uma novidade na ordem constitucional brasileira. Na verdade, o seu reconhecimento explícito em textos constitucionais é relativamente recente e advém das constituições europeias promulgadas na década de setenta, seguindo a trilha do *Freedom of Information Act*, provindo no ano de 1967, dos Estados Unidos.³⁹³ Assim, a Constituição espanhola de 1978 (art. 105) garante ao cidadão o direito de ser ouvido, diretamente ou por meio de organizações e associações reconhecidas por lei, quando da elaboração de medida administrativa que lhe diga respeito, bem como o acesso aos arquivos e registros administrativos, salvo no que afete a segurança e defesa do Estado, as investigações dos delitos e a intimidade das pessoas. Nestes termos exprimem-se a Constituição grega de 1975 (art. 10), ao estipular que "todo pedido de informação proveniente dos cidadãos obriga a autoridade competente a uma resposta nos termos da lei", e a Constituição portuguesa de 1976 (art. 268), ao perfilhar o direito do cidadão de ser informado pelos Poderes Públicos, sempre que assim o requeira, sobre o andamento de processo em que seja diretamente interessado, bem como o direito de acesso aos arquivos e registros, ressalvadas as mencionadas matérias relativas à segurança do Estado, à investigação criminal e à intimidade das pessoas.³⁹⁴

³⁹³ CORASANITI, Giuseppe - *Diritto dell'informazione*, p. 15.

³⁹⁴ Na realidade, a Carta constitucional portuguesa é minuciosa na disciplina dos direitos e garantias dos administrados, conforme o texto integral do art. 268: "1. Os cidadãos têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas. 2. Os cidadãos têm também o direito de acesso aos arquivos e registros administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas. 3. Os actos administrativos estão sujeitos a notificação aos interessados, na forma prevista na lei, e carecem de fundamentação expressa quando afectem direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos. 4. É garantido aos interessados recurso contencioso, com fundamento em ilegalidade, contra quaisquer actos administrativos, independentemente da sua forma, que lesem os seus direitos ou interesses legalmente protegidos. 5. É igualmente sempre garantido aos administrados o acesso à justiça administrativa para tutela dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos. 6. Para efeitos dos n. 1 e 2, a lei fixará um prazo máximo de resposta por parte da Administração".

O direito fundamental de ser informado constitui instrumento indispensável para o avanço da democracia participativa haja vista que possibilita a transparência ou a visibilidade das entidades estatais e a participação do cidadão na arena pública.³⁹⁵

Com efeito, a plena aquisição pelos cidadãos de dados e elementos informativos nos confrontos com a Administração Pública constitui uma característica reveladora da evolução das democracias contemporâneas.³⁹⁶ Significa isso que na relação comunicativa estabelecida entre o cidadão e o Estado encontra-se configurado o princípio da publicidade dos atos de governo, insito na gestão da coisa pública num regime republicano, que implica não só a divulgação, mas também a fundamentação das decisões administrativas daquelas.³⁹⁷

A transparência do Poder Público permite na prática ao cidadão acompanhar a organização, os métodos, as formas concretas da ação administrativa e avaliar, em consequência, o cumprimento dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência aos quais a Administração Pública está obrigada a obedecer (CF, art. 37).³⁹⁸

A importância da visibilidade do Estado democrático avulta quando se observa que atualmente há uma tendência dos órgãos do Poder Executivo para deliberarem sempre a portas fechadas. E, mesmo naqueles países onde o regime de governo é parlamentarista, o Executivo tornou-se o centro das decisões políticas.³⁹⁹

³⁹⁵ Em sentido análogo, BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra - op. cit., pp. 162-164.

³⁹⁶ CORASANITI, Giuseppe - op. cit., p. 14.

³⁹⁷ ZAFFORE, Jorge - La comunicación masiva : regulación, libertad y pluralismo, p. 17.

³⁹⁸ De acordo com Lety Maria Barbi (A transparência da Administração Pública brasileira, p. 12), a publicidade dos atos governamentais tornou-se necessária, no Brasil, por exigência do Decreto n. 572, de 12 de julho de 1890, que estabeleceu a obrigatoriedade do cumprimento dos atos administrativos somente a partir de sua publicação (art. 5º).

³⁹⁹ COMPARATO, Fábio Konder - A democratização dos meios de comunicação de massa, p. 156. Nesta mesma linha Jorge Miranda (op. cit., p. 208) escreve: "Não poucos autores têm, de resto, notado a incongruência que seria um sistema jurídico-constitucional de base democrática só o ser no tocante à função legislativa, e não já no tocante à função administrativa do Estado; ou a incongruência de um regime político que, fazendo do cidadão eleitor o titular, por via representativa, do poder legislativo, o reduzisse, entretanto, à condição de súbdito, frente a um poder administrativo na nossa época cada vez mais avassalador, pela sua extensão e pelos mecanismos técnicos ao seu dispor".

Nesse quadro, o Estado Democrático de Direito, proposto pela Constituição Federal de 1988, tem que ser necessariamente visível e não um Estado invisível. Nunca é demais enfatizar que a publicidade é *cure for abuses of power* e gera a confiança do povo no regime democrático,⁴⁰⁰ além de constituir alicerce para a legitimidade dos atos do governo. Sem transparência o sistema político degenera em despotismo.⁴⁰¹

A regra, pois, de acordo com a ordem constitucional em vigor, é a transparência das ações do Poder Público, conquanto algumas espécies de informação encontrem-se protegidas pelo princípio da *arcana praxis* ou princípio do segredo. Esta exceção é justificada porque, mesmo na vigência de um *open government*, persistem matérias que não devem ser divulgadas ao público em geral por razões de segurança da coletividade e de defesa do Estado e das instituições democráticas, constituindo-se, assim, numa das categorias de restrição à liberdade de expressão e comunicação previstas pelo sistema constitucional, como será visto adiante (ver *infra*, cap. VI).⁴⁰²

3.3.2 - Direito a receber informações dos meios de comunicação de massa

A Constituição Federal não contemplou, no seu texto, literalmente, o direito fundamental de ser informado pelos meios de comunicação social. A falta de previsão expressa tem induzido alguns autores a concluir pela inexistência da faculdade ou posição subjetiva do cidadão para exigir diretamente dos órgãos de comunicação notícias, fatos ou informações.⁴⁰³

⁴⁰⁰ LEÃO, Anis José - Limites da liberdade de imprensa, p. 30. HOLMES, Stephen - Liberal constraints on private power? : reflections on the origins and rationale of access regulation, p. 27. Ainda conforme este autor (idem, p. 34): "*Even if publicity does not guarantee the triumph of truth, it may still be the best means known for correcting mistake and discovering untried solutions*".

⁴⁰¹ CADEMARTORI, Sergio - As dimensões jurídico-políticas do segredo, pp. 97-98.

⁴⁰² Na visão de Patrick Birkinshaw (op. cit., pp. 24-25): "*Any responsible advocate for open government and freedom of information must accept that there are subjects which we do not all need to know and be informed on and which we cannot insist on knowing as of right. The question then becomes: what kind of information is this and, if I do not know, is someone entitled to know on my behalf and to what extent are they entitled to know?*".

⁴⁰³ Por exemplo, Celso Ribeiro Basto; Ives Gandra Martins (op. cit., p. 81): "O que não vislumbramos na Lei Maior é a plenitude do direito, assegurado na Constituição portuguesa, de ser mantido adequada e

Um argumento utilizado pelos que negam a existência desse direito é a falta de correspondência entre direito e dever na relação de comunicação, isto é, não prevendo a Lei maior para nenhum órgão de comunicação, notadamente de caráter privado, o dever de prestar informações, em consequência não há o correlato direito a recebê-las.⁴⁰⁴ Entretanto, a correlação entre direito e dever nem sempre se coaduna com o sistema jurídico contemporâneo, que é cada vez mais exigido para dirimir conflitos de massa envolvendo interesses antagônicos de grupos.⁴⁰⁵

No caso dos *mass media*, de suas funções política, cultural e de utilidade pública (ver *supra*, cap. III) vislumbra-se o dever jurídico de manter constante e integralmente informados os cidadãos. Ademais, os princípios constitucionais relativos à produção e à programação das emissoras de rádio e televisão (preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; regionalização da produção cultural, artística e jornalística e o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família - art. 221), bem como a

verdadeiramente informado desde logo pelos meios de comunicação. Vamos é certo encontrar uma modalidade deste direito no inc. XXXIII deste artigo [art.5º], que assegura o direito a ser informado pelos órgãos públicos". Também Vidal Serrano Nunes Júnior (A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística, p. 33, 82) considera que no regime constitucional brasileiro o direito de ser informado fica adstrito aos fatos atinentes aos negócios públicos.

⁴⁰⁴ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano - op. cit., p. 33. Alessandro Pace (op. cit., pp. 11-12) afirma que sustentar a existência de uma relação jurídica entre quem informa e quem é informado constitui uma manifesta contradição com a estrutura da liberdade de comunicação porque o dever de informar, com objetividade e completude, viola a liberdade negativa de não manifestar o próprio pensamento. É dizer, "*ammesso in ipotesi il condizionamento interiore della libertà di informare (che à libertà di scelta e di presentazione della notizia; non anche - evidentemente - libertà di diffondere notizie subiettivamente false), questa non sarebbe più 'libertà' ma 'funzione', con varie pericolose conseguenze che in questa raccolta sono sottolineare*". Entretanto, a posição deste autor, que se aproxima das concepções liberais clássicas da liberdade de comunicação, não é pacífica em seu próprio contexto jurídico. A tese da categoria da liberdade de comunicação sob o perfil passivo, como direito do cidadão de ser informado, é bastante difundida na doutrina italiana, a despeito de a Constituição da Itália (como a Constituição brasileira de 1988) não dispor de nenhuma norma expressa sobre o direito em questão. Nesta ordem de idéias, é a exposição de Roberto Zaccaria (op. cit., p. 129): "*Nella Carta Costituzionale italiana, ad esempio, sebbene manchi un riferimento testuale alla libertà di informazione, ciononostante è fuori di dubbio che la libertà di informazione sia contemplata quale principio implicito del sistema costituzionale. Questa affermazione rappresenta il frutto di una elaborazione ormai consolidata sia della dottrina che della giurisprudenza costituzionale: un principio che trova il suo referente centrale nella libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), ma che rinvia altrettanti fondamenti in una serie di principi collegati, come quelli del pluralismo, della sovranità popolare e della partecipazione, della pubblicità degli atti parlamentari e di quelli delle pubbliche amministrazioni*".

⁴⁰⁵ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de - Direito de informação e liberdade de expressão, pp. 153-154.

caracterização pela *Lex* fundamental da radiodifusão sonora e de sons e imagens, como serviço a ser executado por concessão, permissão ou autorização do Poder Público (art. 223), fundamentam também a posição subjetiva dos utentes com relação aos *media*.⁴⁰⁶

Assim, a ausência de consignação explícita no texto constitucional não é *conditio sine qua non* para elidir a vigência do direito fundamental de ser informado pelos meios de comunicação social entre nós.⁴⁰⁷ Máxime quando se tem em vista que a admissão da posição subjetiva em tela é compatível com o regime e os princípios adotados pela Constituição Federal de 1988, além de se achar plasmada no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 19), como no Pacto de San José de Costa Rica (art. 13), ambos ratificados pelo Estado brasileiro (CF, art. 5º, § 2º).⁴⁰⁸

A eficácia do direito fundamental em discussão, no campo dos veículos de comunicação de massa, pode muito bem ser garantida pela impetração de *mandado de segurança* para a obtenção de informação oriunda de órgão informativo submetido ao regime constitucional de serviço público, concedido, permitido ou autorizado (rádio e televisão) e pelo ajuizamento de *ação ordinária*, com a possibilidade de antecipação da tutela judicial

⁴⁰⁶ O direito a receber dos órgãos de comunicação social informações encontra uma densificação na Lei n. 9.795, de 27 de abril de 1999, que estabelece aos meios de comunicação de massa a incumbência de "colaborar de maneira ativa e permanente na disseminação de informações e práticas educativas sobre meio ambiente e incorporar a dimensão ambiental em sua programação" (art. 3º, I/7).

⁴⁰⁷ Há autores, como é o caso de José Carlos Rocha (A informação e a comunicação na perspectiva constitucional, p. 82), que erroneamente interpretam o texto "é assegurado a todos o acesso à informação" (art. 5º, XIV) como norma que generalizaria o direito à informação para todos os âmbitos. Na realidade, o que esse dispositivo estende a todos os cidadãos, como visto no item precedente, é o direito de acesso às fontes de notícias e não o direito a receber informação. Mesmo engano comete Rosane Heineck Schmitt (Direito à informação - liberdade de imprensa x direito à privacidade, p. 219) quando afirma que o direito de ser informado de forma plena está fulcrado no inciso XIV, do art. 5º, da Carta Magna.

⁴⁰⁸ Observa-se uma inclinação da doutrina pátria pela tese esposada acima da plena existência, no sistema constitucional brasileiro, do direito de ser informado, configurado com âmbito normativo abrangendo órgãos públicos, estatais e privados de comunicação social. Assim, as manifestações de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (op. cit., pp. 152-154); José Carlos Rocha (A informação e a comunicação na perspectiva constitucional, pp. 81-82); Aluizio Ferreira (Direito à informação, direito à comunicação : direitos fundamentais na Constituição brasileira, p. 217-230). Esse autor (idem, p. 226) resume sua posição nestes termos: "Vê-se, pois, que no regime constitucional da comunicação de massa estão explícita ou implicitamente assinalados deveres de prestação de informações (deveres de comunicar) tantos aos meios impressos (livros, jornais, revistas, etc.) quanto aos meios auditivos e audiovisuais (rádio e televisão), e, em correspondência, indiretamente assegurado ao público (pessoas indeterminadas e indiferenciadas) o direito ao recebimento de tais informações".

respectiva, para a aquisição de informação proveniente de meio de comunicação não suscetível de ser demandado pelo referido *writ* (jornais, revistas e demais periódicos).⁴⁰⁹

3.3.3 - Direito a receber informação publicitária adequada

A Carta Federal em vigor alberga ainda o direito fundamental a receber informação publicitária adequada, tanto do ponto de vista quantitativo como qualitativo, quando dispõe que compete à lei federal estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (art. 220, § 3º, II) e que a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais e conterà advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso (art. 220, § 4º).

O escopo do direito em análise, como se deduz do teor dos dispositivos supramencionados do estatuto constitucional, é sobretudo resguardar a pessoa e a família nas relações em que figuram como consumidores. Por conseguinte, a proteção jurídica à obtenção de propaganda comercial correta e honesta também pode ser fundamentada na norma constitucional que preceitua ao Estado o dever de promover a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII).

A despeito do objetivo primário referenciado, é plausível reivindicar uma informação publicitária adequada em outros contextos. Em matéria eleitoral, v.g., é admissível individualizar de forma autônoma *um direito a uma informação equilibrada e imparcial durante a campanha eleitoral*⁴¹⁰ a fim de resguardar os cidadãos de *pirotecnias publicitárias* que se caracterizam pela mistificação das posturas dos candidatos e pela manipulação das consciências dos eleitores nos períodos eleitorais.⁴¹¹

⁴⁰⁹ FERREIRA, Aluizio - op. cit., p. 230.

⁴¹⁰ ZACCARIA, Roberto - op. cit., p. 137.

⁴¹¹ FERREIRA, Aluizio - op. cit., p. 233.

Tendo em vista que a figura subjetiva em discussão encontra-se albergada na Constituição Federal sob a forma de *reserva de lei* (ver *supra*, cap. I), singularidade que a caracteriza como pertencente à categoria dos direitos com *âmbito de proteção estritamente normativo*, a sua concretização na vida social depende essencialmente da atuação do legislador ordinário.⁴¹² Neste veio, o direito a receber informação publicitária adequada está densificado e conformado em vários diplomas infraconstitucionais, tais como a Lei federal n. 9.294, de 15 de julho de 1996 (que disciplina as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas referidos na citada lei)⁴¹³ e a Lei federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (que dispõe sobre a proteção do consumo - Código de Proteção e Defesa do Consumidor).⁴¹⁴

Portanto a ordem constitucional vigente prevê um direito fundamental ao recebimento de informação publicitária verdadeira (v.g., vedada toda publicidade enganosa ou abusiva),⁴¹⁵

⁴¹² MENDES, Gilmar Ferreira - Os direitos individuais e suas reflexões : breves considerações, p. 215.

⁴¹³ A Lei n. 9.294 determina que a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos ou de qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco, bem como a de bebidas alcoólicas, obedecerá os seguintes princípios: (i) não sugerir o consumo exagerado ou irresponsável, nem a indução ao bem-estar ou saúde ou fazer associação a celebrações cívicas ou religiosas; (ii) não induzir as pessoas ao consumo, atribuindo aos produtos propriedades calmantes ou estimulantes, que reduzam a fadiga ou a tensão, ou qualquer efeito similar; (iii) não associar idéias ou imagens de maior êxito na sexualidade das pessoas, insinuando o aumento de virilidade ou feminilidade de pessoas fumantes; (iv) não associar o uso do produto à prática de esportes olímpicos, nem sugerir ou induzir seu consumo em locais ou situações perigosas ou ilegais; (v) não empregar imperativos que induzam diretamente o consumo; (vi) não incluir, na radiodifusão de sons ou de sons e imagens, a participação de crianças ou adolescentes, nem a eles dirigir-se. Ademais, a propaganda comercial dos produtos referidos somente será permitida nas emissoras de rádio e televisão no horário compreendido entre as vinte e uma e as seis horas. E no caso específico dos produtos fumígenos a propaganda conterà, nos meios de comunicação e em função de suas características, advertência escrita/ou falada sobre os malefícios do fumo na embalagem (arts. 3º e 4º).

⁴¹⁴ O Código de Proteção e Defesa do Consumidor estabelece que a Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência das relações de consumo (art. 4º) e define como direitos básicos do consumidor a proteção contra publicidade enganosa e abusiva, contra os métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra as práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (art. 6º). Na seção que disciplina especificamente a publicidade (arts. 36 a 38), o Código, além de peremptoriamente proibir toda forma de publicidade enganosa ou abusiva, preceitua que a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal e que o ônus da prova da veracidade e correção das informações ou comunicação publicitária cabe a quem a patrocina.

⁴¹⁵ Os conceitos legais de publicidade enganosa e abusiva estão explicitados no art. 37 e seus parágrafos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

configurado sob a cláusula de reserva de lei e exigindo, mormente, a intervenção do legislador para a sua concretização.⁴¹⁶

3.4 - Liberdade de comunicação e direitos fundamentais concorrentes

A Carta Federal abriga em seu corpo diversos direitos fundamentais conexos à liberdade de comunicação. Alguns constituem manifestações específicas desta figura subjetiva, vg., o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, XXXIV, *a*) e o direito de antena, que protege as participações individuais em obras coletivas e a reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas (art. 5º, XXVIII, *a*). Outros revelam-se susceptíveis de concretização cumulativamente com aquela, v.g, o direito de reunião pacífica em locais abertos ao público independentemente de autorização (art. 5º, XVI) e o direito de associação para fins lícitos (art. 5º, XVII). Caracterizam-se geralmente como direitos instrumentais para o exercício da livre comunicação e desta forma protagonizam o denominado fenômeno da *concorrência de direitos* (ver *supra*, cap. I).⁴¹⁷

⁴¹⁶ Referindo-se aos vários contextos de aplicação do direito à publicidade, Roberto Zaccaria (op. cit., pp. 136-137) menciona, sob o perfil quantitativo, *il diritto ad una adeguata limitazione della pubblicità*, exigido pela Corte Constitucional italiana e, sob o aspecto qualitativo, *il diritto ad una informazione non condizionata dalla pubblicità*, como impõe o art. 10 da Diretiva europeia sobre televisão sem fronteira, que "*precisa che la pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile come tale ed essere nettamente distinta dal resto dei programmi con mezzi ottici ed acustici e come ribadiscono, anche nel settore della stampa, una serie di atti autodisciplinari e lo stesso contratto dei giornalisti*". Ademais, alude ao *diritto ad una pubblicità non ingannevole*, disciplinado pela Diretiva europeia n. 450 de 1984, para proteger "*dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali i soggetti che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale e professionale, i consumatori e in genere gli interessi del pubblico nella fruizione dei messaggi pubblicitari*".

⁴¹⁷ Nessa ordem de idéias é a manifestação Jorge Zaffore (op. cit., pp. 3-4): "*Avanzando más en nuestro razonamiento podríamos decir que una buena parte de esos derechos constitucionales son manifestaciones específicas del derecho a la comunicación, puesto que en realidad la libertad de expresión de las ideas por la prensa sólo garantiza la comunicación por un medio, pero en realidad también se está garantizando el derecho a la comunicación cuando se consagra el derecho a peticionar a las autoridades... y el mismo derecho a asociarse con fines útiles*".

4 – Princípios constitucionais da liberdade de expressão e comunicação

A obra relativa à conformação da liberdade de expressão e comunicação, levada a efeito pela Constituição Federal de 1988, completa-se com a previsão de princípios que traduzem, para a ótica jurídico-constitucional, valores orientadores da liberdade em questão.

Nesta oportunidade serão objeto de análise os princípios constitucionais atinentes à vedação do anonimato, à incensurabilidade e às cláusulas pétreas e o princípio da unidade dos direitos fundamentais. No capítulo subsequente serão apresentados outros.

Os princípios referidos revelam-se úteis para aquilatar-se a legitimidade jurídica da liberdade de expressão e comunicação, no que diz respeito à sua concretização no plano da realidade social, porque formulam parâmetros para a configuração da proteção constitucional dessa figura subjetiva como direito fundamental. Assim, além da função regulativa - como normas primárias constitucionais que regulam imediatamente a conduta de seus destinatários, aplicáveis para solução de casos concretos⁴¹⁸ - os princípios nomeados são cânones de hermenêutica constitucional suscetíveis de emprego no momento da interpretação-aplicação dos direitos e liberdades amparados pela *Superlege*, concernentes à expressão e comunicação humanas.

4.1 – Princípio da vedação do anonimato

A Constituição Federal consagra o princípio da vedação do anonimato no inciso IV, do art. 5º. Conquanto esteja previsto em dispositivo que trata da emissão do pensamento, é lógico inferir que o princípio em tela alcança as situações concernentes à transmissão de fatos. Assim, o texto constitucional coíbe o anonimato tanto para a expressão do pensamento como

⁴¹⁸ FARIAS, Edilson Pereira de – Colisão de direitos : a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação, pp. 51-52.

para a comunicação de notícias.⁴¹⁹ Obviamente nesta última hipótese não há confusão ou antinomia entre a regra do sigilo da fonte (art. 5º, XIV) e o princípio da proibição do anonimato, porquanto o sigilo é dirigido à fonte da notícia (a quem presta informação) e não à identidade do comunicador (autor ou responsável pela divulgação da informação).⁴²⁰

Tendo em vista que comumente o anonimato significa a ocultação maliciosa do próprio nome para fugir à responsabilidade pela divulgação de matérias que podem causar prejuízos a terceiros,⁴²¹ é fácil deduzir que a finalidade precípua do princípio em tela é evitar que os autores de mensagens apócrifas fiquem imunes pelos danos provocados à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem das pessoas ou aos valores de segurança e bem-estar da sociedade, constituindo, assim, a identificação do agente comunicador um ônus da liberdade de expressão e comunicação.⁴²²

O primeiro texto constitucional brasileiro a contemplar o princípio da proibição do anonimato foi a Constituição de 1891 (art. 172, § 12, *in fine*) e, desde então, mantém-se a tradição de constá-lo nas Cartas Federais, à exceção da Constituição de 1967.⁴²³ Entretanto, a

⁴¹⁹ Assim também Alexandre de Moraes (op. cit., pp. 118-119): "A proibição ao anonimato é ampla, abrangendo todos os meios de comunicação (cartas, matérias jornalísticas, informes publicitários, mensagens na internet, notícias radiofônicas ou televisivas, por exemplo)".

⁴²⁰ Consta-se a confusão referida na seguinte passagem de Gilberto Haddad Jabur (Liberdade de pensamento e direito à vida privada : conflitos entre direitos da personalidade, p. 157): "A vedação ao anonimato constitui outra restrição à liberdade de expressão, como fixa o art. 5º, inciso IV, da Constituição Federal, *salvo quando a divulgação da autoria implica ameaça ao exercício profissional (art. 5º, XIV)*" (Sem grifo na fonte). Tal falta de clareza já não se observa em Darcy Arruda Miranda (Comentários à lei de imprensa, p. 113), que demarca nitidamente a faculdade do resguardo das fontes informativas do dever do comunicador assumir a responsabilidade pelas notícias que divulga: "Se através das fontes de informações colher o jornalista uma notícia que, publicada, venha a ferir a honra de alguém ou os direitos do Estado, incidirá ele, como *autor*, em delito de imprensa. Quem informa tem o direito de conservar-se no anonimato. Quem publica tem a responsabilidade do escrito. O que a lei pune é o abuso, nunca a liberdade de escrever e noticiar fatos. O direito ao anonimato de quem presta informações não se pode confundir com o *escrito* anônimo. Este é o que a lei proíbe" (Destaque na fonte).

⁴²¹ MAGALHÃES, Roberto Barcellos de – Responsabilidade penal e civil por delitos de imprensa, p. 31.

⁴²² SILVA, José Afonso da – op. cit., p. 238. Como nota Pontes de Miranda (Comentário à Constituição de 1946, p. 434), a emissão do pensamento está vinculada à personalidade de seu autor e constitui o exercício de direitos personalíssimos.

⁴²³ Na verdade, como informa João Barbalho (op. cit., p. 321), o princípio da vedação do anonimato já havia sido estipulado em legislação ordinária muito antes da Constituição de 1891. Assim, o Decreto de 18 de 1822, referendado por José Bonifácio, dispunha: "Todos os escriptos deverão ser assignados pelos escriptores para sua responsabilidade: e os editores e impressores que imprimirem e publicarem papeis anonymos, são responsaveis por elles". E a leis subseqüentes, relativas à liberdade de expressão e comunicação, sempre

inserção da cláusula “não é permitido o anonimato” no corpo da primeira Constituição republicana não foi isenta de controvérsias. A isso se opuseram, por exemplo, o deputado Francisco Veiga e o escritor José de Alencar. O primeiro argumentou que era prescrição mais apropriada para constar em legislação infraconstitucional, que não eliminava o *testa de ferro*, que restringia inutilmente a liberdade do cidadão e que o anonimato protegia não só o fraco contra os fortes como também muita gente honesta e independente contra os grandes poderosos.⁴²⁴ O segundo sustentou que o anonimato era um direito constitucional tão importante para o cidadão quanto o segredo de correspondência ou a inviolabilidade de domicílio.⁴²⁵ Mas, como asseverou João Barbalho, a alegação de ser a vedação do anonimato uma restrição à liberdade de expressão e comunicação não é em si de grande valor uma vez que constitui uma necessidade básica do sistema jurídico que todas as liberdades sejam susceptíveis de restrições para poderem conviver em harmonia. “A questão é si a restrição é fundada e justa. E isto é inegável, desde que se observe que ella, no caso, é estatuida para assegurar a responsabilidade do escriptor e que offerece aos offendidos segurança e facilidade de fazel-a effectiva.”⁴²⁶

trouxeram dispositivos regulando o assunto do anonimato: A Lei n. 4.743/23 (Lei Adolfo Gordo), no seu art. 14; A Lei n. 2.083, de 12 de novembro de 1953, no seu art. 27; A atual Lei n. 5.250, de 09 de fevereiro de 1967, no seu art. 7º. Outrossim, o projeto da nova “lei de imprensa”, texto aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, com base no substitutivo preparado pelo deputado Vilmar Rocha, sobre o princípio da vedação do anonimato, preceitua que as publicações ou transmissões anônimas estão sujeitas à apreensão ou suspensão, bem como considera “anônima toda publicação ou transmissão sem autor identificado” (art. 2º).

⁴²⁴ Apud BARBALHO, João – Constituição Federal brasileira : comentários por João Barbalho U.C, pp. 320-321. *In verbis*: “A disposição do projeto, além de parecer ser mais apropriada de uma lei regulamentar da liberdade de imprensa, não julgo ser liberal. A extinção do anonymato não extinguirá o *testa de ferro* e peiará inutilmente a liberdade do cidadão. O anonymato não protege só o fraco e oprimido contra os fortes e opressores; muita gente honesta, independente e digna, por isso mesmo que o é, serve-se delle para defender, sem poder ser suspeitada, a boa causa quando identificada com os grandes e poderosos. Em França, no tempo do segundo imperio, como é sabido, foi abolido o anonymato na imprensa, mas a lei cahio em completo desuso, com applauso dos melhores amigos da liberdade. Demais, um poder legislativo que, para garantir a liberdade e independencia de seus membros, convoca o escrutinio secreto, que é uma especie de anonymato, não parece o mais proprio para abolil-o para o povo”.

⁴²⁵ Apud BARBALHO, João – Idem, p. 321. Textualmente: “O anonymato é um direito garantido pela nossa Constituição; é um direito tão sagrado como o segredo das cartas, como o asylo do cidadão. O anonymato é o domicilio da consciencia; não se pôde penetrar ahi sinão em nome da lei”.

⁴²⁶ BARBALHO, João - Idem, ibidem. Ademais, acrescenta este autor, sempre comentando a Constituição de 1891: “Sobre tudo nas publicações que contêm ataque e allusões ao character, à probidade pessoal ou funcional, a assignatura se impõe como indeclinavel, para se desaggravar pelos meios legaes. E esta exigencia

O princípio em discussão não é incompatível com o uso de pseudônimo, artifício onomástico que emprega expressão de fantasia para ocultar a identidade verdadeira no exercício de uma atividade lícita e que, às vezes, adquire mais força do que o próprio nome civil.⁴²⁷ A cautela aqui exigida é a inscrição dos pseudônimos em livro próprio, pertencente ao órgão de comunicação social, para exibi-lo em juízo, quando para isso for intimado.⁴²⁸

O princípio da vedação do anonimato não impõe que debaixo de cada matéria divulgada, por exemplo, deva constar o nome do autor. Tal entendimento levaria à extinção da prática jornalística da difusão de editoriais. O que a referida norma principiológica reclama é tão-somente um responsável pelas opiniões e notícias transmitidas.⁴²⁹

4.2 – Princípio da proscrição de censura e licença

Diz a Constituição Federal que "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" (art. 5º, IX). A rigor, o princípio da proscrição de censura e licença é até mesmo uma consequência lógica da primeira parte do texto constitucional transcrito, uma vez que seria uma contradição afirmar que é livre a expressão e comunicação e em seguida submetê-las ao regime da censura.⁴³⁰

é de si moralisadora; ella dá comedimento, evita a intemperança, as demasias da imprensa; ao passo que o anonymato favorece os abusos e encoraja no máo caminho a covardia que se encobre ou disfarça".

⁴²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – Curso de direito constitucional, p. 292; MAGALHÃES, Roberto Barcellos de – op. cit., p. 33. Este autor (idem, ibidem) menciona os seguintes *causes célèbres* de uso de pseudônimos: Stendhal, em relação ao seu verdadeiro nome, Henry Beyle; Tristão de Athayde, de Alceu Amoroso Lima; Molière, de Jean Baptiste Poquelier; Mark Twain, de Samuel Langhorne Clemens; Georges Sand, de Aurore Dupin Dudevant.

⁴²⁸ Essa cautela está prevista no art. 7º, §4º da Lei federal n. 5.250, de 09 de fevereiro de 1967, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e da informação. Nessa linha de pensamento é a exposição de Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1967, p. 163): "O *pseudônimo* somente não é anonimato quando se registrou a obra, ou quando o editor, assumindo a responsabilidade, se prontifica a responder pelos 'abusos' que nela se cometeram, ou a revelar à justiça o nome do autor" (Destaque na fonte).

⁴²⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra – op. cit., p. 44. Assim, não se afigura acertada a interpretação de Benedito Luiz Franco (Proteção constitucional do sigilo da fonte na comunicação jornalística, pp. 63-64) de que a Constituição Federal brasileira demanda que a comunicação de informações deva sempre ser efetivada debaixo do nome de seu criador.

⁴³⁰ Nesse sentido a arguta observação de João Barbalho (op. cit., pp. 319-320), comentando o princípio da proibição da censura incluso na primeira Constituição republicana brasileira. *Expressis verbis*: "Consagrar a livre manifestação do pensamento por meio da imprensa, em qualquer assumpto, como categoricamente faz o paragrapho de que tratamos, já é de si fulminar o systema de exame prévio dos autographos pela autoridade e da dependencia de sua correcção e liença. De modo que a clausula 'sem dependencia de censura' não era aqui de absoluta necessidade. Haveria contradicção entre a *livre manifestação* e a sujeição que a censura estabelece. Tal

Assim, banindo a censura entre nós (princípio que será enfatizado novamente pela Constituição no contexto da comunicação social - art. 220, § 2º, como será visto no capítulo subsequente), a Lei Máxima procura estabelecer princípio básico para a autêntica convivência democrática, ou seja, de que cumpre a cada pessoa a responsabilidade de ser o seu próprio censor.⁴³¹ Vale dizer: "um governo democrático não deveria intrometer-se nas decisões dos indivíduos a respeito do que dizer, do que ouvir e do que acreditar".⁴³²

Evidentemente o princípio da vedação de censura e licença não é uma novidade da Carta Federal de 1988. Como já referido neste trabalho (ver *supra*, cap. II, item 4), há forte ligação entre o princípio em análise e a liberdade de expressão e comunicação, a ponto de se asseverar que sem a proscrição da censura simplesmente não existiria essa liberdade.⁴³³ E tal doutrina sempre foi adotada pelas Constituições brasileiras como também esposada na legislação infraconstitucional respeitante à matéria. Contudo, a consagração formal pelo *jus positium* da vedação de imposição de censura não foi suficiente para tornar o país imune às conseqüências maléficas desta execrada instituição. Por isso, o Brasil foi apontado como um dos países do Continente americano com menos liberdade de expressão e comunicação.⁴³⁴

Com efeito, superada a ditadura do Estado Novo, de Getúlio Vargas, entre 1937 e 1945, quando a censura foi amplamente utilizada,⁴³⁵ mal se supunha a sua erradicação, eis que ela volta com o golpe militar de 1964, mormente a partir de 1968, e chega ao seu apogeu nos

clausula veio da Constituição imperial (art. 179, §IV), onde pôde-se dizer que cabia, ao passar a nação do governo despotico para um regimen liberal. Na Republica, nascida quando a censura prévia havia muito entre nós se finára, não vinha mais ao caso referencia a essa odiosa e condemnada instituição. Mas *quod abundat non nocet*" (Destaque na fonte).

⁴³¹ ORDÓÑEZ, Jaime - Periodismo, derechos humanos y control del poder político, p. 623.

⁴³² SUNSTEIN, Cass R. - Democracy and the problem of free speech, p. 140.

⁴³³ BARBOSA CASTILLO, Gerardo - Presunción de inocencia, derecho al honor y libertad de prensa, p. 17.

⁴³⁴ De acordo com o exposto acima, manifestou-se Anís José Leão (Limites da liberdade de imprensa, p. 40): "com exceção da Guatemala e Salvador, o Brasil tem sido o país da América onde tem havido menos liberdade de imprensa nos últimos trinta anos".

⁴³⁵ Segundo João Féder (Crimes da comunicação social, p. 35), durante a ditadura estadonovista "o governo negou registro, impedindo a circulação, a 420 jornais e a 346 revistas, cassou a licença para fornecimento de papel a 61 jornais e revistas, tomou de assalto por um período de cinco anos o jornal *O Estado de S. Paulo* e chegou a instituir um pagamento mensal aos veículos de comunicação" (Destaque na fonte).

anos imediatamente subseqüentes a 1972. *Ad exemplum*, levantamento realizado de setembro de 1972 a novembro de 1975 revela que, somente neste lapso de tempo, a ditadura militar expediu 298 ordens de censura para jornais, revistas e emissoras de rádio e televisão.⁴³⁶

Assim, com o escopo de manter intocável o monopólio sobre poder político e utilizar a censura como mecanismo de repressão, os golpistas impuseram à nação o Ato Institucional n. 5, em 13 de dezembro de 1968.⁴³⁷ Porém a própria Constituição Federal de 1967 favorecia a aplicação da censura ao dispor que "O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos" (art. 154).⁴³⁸

Uma vez que o texto constitucional estipula de forma clara a proscrição de censura e licença, resta explicitar o significado constitucional deste princípio. Para esse labor interpretativo a primeira idéia a reter é que censura tem sido tradicionalmente entendida, do ponto de vista jurídico, como um instituto de direito público por meio do qual órgãos estatais, normalmente vinculados ao Poder Executivo, procuram controlar de forma preventiva ou *a posteriori* o livre exercício da liberdade de expressão e comunicação.⁴³⁹ Mas a doutrina constitucional hodierna tem interpretado o princípio de vedação da censura e licença de maneira mais ampla para abarcar não somente a típica censura administrativa mencionada como também a censura privada, proveniente de qualquer entidade ou poder que esteja em condições de obstar a expressão de idéias e a comunicação de informações.

⁴³⁶ FÉDER, João - op. cit., p. 35. Este autor (Idem, ibidem) informa ainda que "A esse tempo, a *Tribuna da Imprensa* foi apreendida mais de 30 vezes e a revista *Veja*, durante 119 edições, teve censuradas 10.352 linhas, 44 fotografias, 20 desenhos e 60 matérias vetadas integralmente" (Destaque na fonte).

⁴³⁷ Na realidade, como informa Federico Fasano (*Las dos caras de la censura*, p. 130), o recurso à censura como instrumento de repressão foi um expediente largamente utilizado pelas ditaduras militares que infectaram a América Latina.

⁴³⁸ Conforme anota Benedito Luiz Franco (op. cit., p. 79), "Ao não estabelecer a proibição da censura de forma absolutamente clara, como fez a Constituição de 1988, o princípio que consagrava a liberdade de expressão do pensamento no texto da Constituição de 1967, coexistia com práticas de repressão e que consistiam na verificação posterior do valor das informações divulgadas".

⁴³⁹ Sobre o conceito de censura ver, dentre outros, CORASANITI, Giuseppe - op. cit., p. 9; ZACCARIA, Roberto - op. cit., p. 149; ÁNGEL EKMEKDJIAN, Miguel - op. cit., p. 38; BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra - op. cit., pp. 59-60; FERREIRA, Aluizio - op. cit., p. 211; JABUR, Gilberto Haddad - op. cit., p. 212, 218; FRANCO, Luiz Benedito - op. cit., p. 94.

Essa nova postura hermenêutica certamente deve-se ao fato de indivíduos e empresas privadas, em decorrência do acúmulo de poder econômico de que eventualmente possam dispor, não raramente violarem os direitos fundamentais, fazendo com que estes direitos sejam também oponíveis àqueles sujeitos.⁴⁴⁰ Preocupação que é cada vez mais crescente, respeitante à temática da liberdade de expressão e comunicação, tendo em vista que os meios de comunicação social converteram-se em poderosas empresas econômicas com enorme influência na sociedade.⁴⁴¹ Nesse diapasão, cumpre evocar que a doutrina da fundamentalidade dos direitos fundamentais na esfera das relações particulares dos cidadãos foi pronunciada, pela primeira vez, no julgamento de uma demanda relativa à liberdade de expressão e comunicação. No celebrado caso *Lüth*, o Tribunal Constitucional alemão assentou as bases para a interpretação do art. 5º da Lei fundamental (que trata sobre a liberdade de expressão e comunicação), dentro as quais destacou o efeito irradiante horizontal dos direitos fundamentais sobre o direito privado.⁴⁴²

Em síntese, o âmbito de proteção do princípio da proscrição de censura, nos termos configurados pela Carta Federal de 1988, abrange tanto a censura prévia e a posterior quanto a censura administrativa e a privada.

O termo *licença*, mencionado no texto da norma constitucional consagrada do princípio em questão, complementa e reforça a proscrição da censura. Significa que, além de

⁴⁴⁰ A Constituição portuguesa, a par com as novas tendências no campo dos direitos fundamentais, dispõe que "Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas" (art. 18, n. 1).

⁴⁴¹ Na opinião de Federico Fasano (op. cit., pp. 131-132), "*la censura autoritaria y vertical es más fácil de neutralizar y erradicar*"; já "*la censura real es la autocensura, es la censura ideológica que los propios monopolios informativos ejercen sin control público alguno*".

⁴⁴² De acordo com Donald P. Kommers (The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany, p. 368), "*Lüth is celebrated not only for its statement of the ruling principles governing the interpretation of Article 5 but also for its restatement of the general character of basic rights under the Constitution... Fifth, and most important, the objective values of the Constitution affect all areas of law, including private law (the so-called Drittwirkung [literally, "third-party effect"] of the basic rights). In short, the Basic Law's objective values are to be enforced judicially when private legal relationships implicate constitutional concerns of legitimate interest to the wider public*".

não haver submissão a órgão censório, tampouco existe necessidade de autorização para a difusão fatos ou opiniões.⁴⁴³

4.3 – Princípio das cláusulas pétreas

O princípio das cláusulas pétreas está explicitado, na Constituição Federal de 1988, por meio da disposição normativa que estabelece que não será objeto de deliberação a proposta de emenda à Constituição tendente à abolir: (i) a forma federativa de Estado; (ii) o voto direto, secreto, universal e periódico; (iii) a separação dos Poderes; e (iv) *os direitos e garantias individuais* - art. 60, § 4º, I, II, III e IV (ver *supra*, cap. I).

Das cláusulas pétreas referidas, o dispositivo que apresenta maior dificuldade de interpretação é o relativo aos direitos fundamentais. O problema aqui é a utilização da locução *direitos e garantias individuais*, que em nenhum outro momento é empregada pela Lei fundamental.⁴⁴⁴ Por exemplo, na parte em que a Constituição procura disciplinar o catálogo dos direitos fundamentais, isto é, no Título II (arts. 5º a 17), são usadas as expressões *direitos e garantias fundamentais* e *direitos e garantias individuais e coletivos*.

A ambigüidade apontada no texto constitucional enseja várias interpretações. Uma primeira tentativa seria elaborar rol de direitos e garantias de caráter individual abrigados na Carta Federal, sem excluir outros, por força do § 2º do art. 5º. No entanto, essa postura apresenta o inconveniente de deixar sem proteção especial vários direitos sociais, fundamentais à dignidade da pessoa humana e à consecução do sistema constitucional democrático. Outra proposta, já refutada pelo Supremo Tribunal Federal, seria considerar que o princípio das cláusulas pétreas alcançaria somente os direitos contemplados no art. 5º do Estatuto Constitucional. Logicamente essa sugestão revela o mesmo estorvo da interpretação

⁴⁴³ JABUR, Gilberto Haddad - op. cit., p. 212; BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra - op. cit., p. 59; CORASANITI, Giuseppe - op. cit., pp. 8-9; ZACCARIA, Roberto - op. cit., pp. 148-149.

⁴⁴⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena - A constituição e sua reserva de justiça : um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma, p. 244.

anterior, isto é, exclui da proteção das cláusulas pétreas direitos sociais e políticos indispensáveis ao resguardo da dignidade humana e à preservação da democracia. Uma alternativa às duas interpretações referidas, e que supera as objeções oriundas destas, é a proposta hermenêutica que compreende a cláusula *direitos e garantias individuais*, estipulada no inciso IV, § 4º, art. 60 da Carta Política, referindo-se àqueles direitos que são essenciais à concretização dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito. Assim, aquela locução não alude especificamente a classes de direitos positivadas sob diversas denominações ou situadas numa ou noutra posição dentro da Lei maior, mas a direitos que podem “ser moralmente reivindicados e racionalmente justificados” como elementos imprescindíveis para a consecução daqueles valores constitucionais.⁴⁴⁵

Todavia, independentemente da preferência por qualquer das posturas hermenêuticas supramencionadas, não há como rejeitar a liberdade de expressão e comunicação, nos termos configurados na Constituição Federal, como um direito fundamental coberto pelo princípio das cláusulas pétreas, e, portanto, pertencente ao núcleo intangível do sistema constitucional em vigor.⁴⁴⁶ Sobretudo se admitida a tese de que a *proteção superconstitucional* abrange aqueles direitos e liberdades que emanam diretamente da dignidade da pessoa humana e da democracia, vez que estes dois valores constituem as raízes subjetiva e objetiva da concepção dual da liberdade de expressão e comunicação, conforme já assinalado neste trabalho (ver *supra*, cap. II, item 3).

⁴⁴⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena – *Idem*, p. 244-247. Este autor (*idem*, p. 245) faz menção ainda à hipótese hermenêutica que afirma que o constituinte, ao estipular a cláusula pétreia relativa aos direitos fundamentais, teria optado ideologicamente pelos direitos liberais, caracterizados como direitos civis e negativos. Ora, essa proposta confunde-se com aquela, apresentada acima, que entende a cláusula em exame como atinente aos direitos de caráter individual, porquanto os direitos negativos ou direitos civis são justamente típicos direitos individuais na concepção liberal. Portanto, não há como distinguir a duas posturas hermenêuticas, como fez o citado autor.

⁴⁴⁶ Nessa mesma ordem de idéias é a opinião de Gilberto Haddad Jabur (*op. ci.*, p. 152), quando anota que a liberdade de pensamento e seus consectários não são susceptíveis de abolição, por força dos arts. 34, VII, b, e 60, §4º, IV, da Carta Constitucional.

Conseqüência lógica da interpretação da liberdade de expressão e comunicação como cláusula pétrea é a inadmissibilidade de qualquer intervenção estatal tendente a suprimir essa posição jurídica fundamental ou simplesmente a desfigurá-la por meio de agressão ao seu núcleo essencial. De conseguinte, *prima facie*, afiguram-se ilegítimas, v.g., tentativas de amordaçarem os membros do Ministério Público e da Magistratura com o escopo de impedi-los de se manifestarem publicamente sobre a sua atividade profissional, a pretexto de que esses agentes públicos estariam abusando da liberdade de expressão e comunicação. Nem por emenda constitucional seria admissível tal hipótese.⁴⁴⁷

⁴⁴⁷ Wellington Cabral Saraiva (Ministério Público e liberdade de imprensa, pp. 6-7) faz alusão à existência de anteprojetos de leis e propostas de emendas constitucionais visando a coibir os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário de prestarem declarações aos *media*, ao preverem a cominação de sanções severas "pela simples concessão de entrevistas ou fornecimento de informações sobre os processos e procedimentos a seu cargo". E, corretamente conclui: "nem por emenda constitucional se admitiria a proibição de o Ministério Público ou o Poder Judiciário, por seus membros, prestar informações aos veículos de comunicação social".

CAPÍTULO V

CONFIGURAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA INSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL

1 - A comunicação social na perspectiva dos princípios fundamentais

O conceito de liberdade de comunicação social já foi apresentado neste trabalho (ver *supra*, cap. III, item 2). Verificou-se que a comunicação de massa é levada a efeito mormente por veículos institucionalizados, os denominados órgãos de comunicação social. A Constituição Federal de 1988, a par da evolução doutrinária e técnica sobre a matéria, dedica à comunicação social um capítulo específico (arts. 220 a 224). Sobretudo o desenvolvimento tecnológico na área da comunicação e os problemas atinentes ao seu exercício decerto impeliram a configuração pormenorizada da comunicação social na Constituição.

Mas a temática da liberdade de comunicação social, além de suscitar controvérsias dogmáticas e técnicas, também se constitui "num ferro em brasa político".⁴⁴⁸ Basta recordar que a subcomissão responsável pelo capítulo da comunicação social na Constituição foi a única a não apresentar anteprojeto e relatório ao plenário da Assembléia Constituinte. A antinomia interna desta impediu que até mesmo algumas matérias relativas à comunicação fossem acolhidas no texto da Lei máxima, tais como a instituição dos Conselhos Editoriais, a adoção da cláusula de consciência e a limitação da propriedade de empresas de comunicação

⁴⁴⁸ ANDRADE, Manuel da Costa - Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal : uma perspectiva jurídico-criminal, p. 69.

social pela mesma pessoa ou grupo (*broadcast newspaper cross ownership*).⁴⁴⁹ Ademais, desde a promulgação da Lei fundamental vigente, tramitam no Congresso Nacional, envoltos em intensas controvérsias, vários projetos de lei visando a regulamentar a comunicação social, porém a falta de consenso tem impedido o sancionamento de quaisquer deles. Por isso, transcorrida mais de uma década da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, não se conseguiu aprovar a nova "lei de imprensa".⁴⁵⁰

Por seu turno, a configuração constitucional da comunicação social como garantia institucional traduz mudança significativa no arco das comunicações humanas, ou seja, a expressão e a comunicação na sociedade atual são cada vez mais realizadas por meio das instituições de comunicação de massa. Conseqüência relevante deste fenômeno é que as pessoas estão se transformando de sujeitos ativos em consumidores da comunicação,⁴⁵¹ visto que agora as atividades de investigar e difundir informações ou opiniões são tarefas executadas principalmente por aquelas instituições.⁴⁵² É dizer, verifica-se que a liberdade de comunicação social pertence, embora não de forma exclusiva, essencialmente aos órgãos de comunicação de massa, aos seus proprietários, que delegam o seu exercício para os profissionais da comunicação.⁴⁵³ Daí a assertiva: "*Freedom of the press is guaranteed only to*

⁴⁴⁹ ROCHA, José Carlos - A informação e a comunicação na perspectiva constitucional, p. 88; 103. De acordo com Paulo Sérgio Pinheiro (O passado não está morto : nem passado é ainda, p. 14): "O fato de não haver no Brasil, como há em outras democracias, restrições ao *broadcast newspaper cross ownership*, ou seja, à propriedade ou controle acionário, por um mesmo grupo econômico, de diferentes meios de comunicação, permite que aqui grupos privados tenham empresas em todas as faixas da mídia".

⁴⁵⁰ Consoante Moacir Pereira (O direito à informação na nova lei de imprensa, p. 95), o quadro jurídico-político é preocupante porque 35 preceitos constitucionais relativos à atividade jornalística aguardam regulamentação infraconstitucional. Ademais, a morosidade excessiva adquire dimensão dramática na área da comunicação social porquanto "a Lei de Imprensa aprovada durante o regime militar, em circunstâncias excepcionais e contendo artigos de caráter autoritário, permanece na convivência com o novo Estado de Direito ditado pela promulgação da Constituição de 1988".

⁴⁵¹ GONÇALVES, Maria Eduarda - Direito da informação, p. 29.

⁴⁵² Conforme Jaime Ordóñez (Periodismo, derechos humanos y control del poder político, p. 618), "*hay que reconocer que en la práctica social son los medios de comunicación los cuales pueden llegar a ejercer más ampliamente las facultades anteriormente señaladas [investigar, difundir y recibir informaciones de interés público], toda vez que el individuo, por sí solo, en la mayoría de los casos se limita a recibir la información*".

⁴⁵³ CORNU, Daniel - Ética da informação, p. 154.

*those who own one*⁴⁵⁴ ou a constatação de que a liberdade de imprensa só é utilizada pelos donos das empresas de comunicação.⁴⁵⁵

O aspecto salientado, de que o exercício da liberdade de expressão e comunicação passa, hoje, sobretudo pela atuação das empresas de comunicação de massa,⁴⁵⁶ é mais um motivo para aquilatar-se como andou bem a Constituição ao disciplinar, em capítulo próprio, a garantia institucional da comunicação social. No entanto, o perfil desta conformação constitucional continua em discussão.

De um lado, reconhece-se que a Constituição trouxe avanços ao prever a proibição de monopólio ou oligopólio, as concessões ou permissões para serviços de radiodifusão, que passam a ser submetidas à aprovação do Congresso Nacional, e a criação do Conselho Nacional de Comunicação Social, dentre outras novidades constitucionais.⁴⁵⁷ Por outro, observa-se que o texto constitucional não amparou, além das matérias supramencionadas atinentes ao conselho editorial, a cláusula de consciência e a proibição da propriedade cruzada (que um mesmo grupo econômico possa controlar diferentes tipos de órgãos de comunicação de massa), o direito de acesso dos cidadãos aos *media*, a ampliação do direito de resposta para abranger a defesa de bens coletivos ou sociais, o delineamento de uma autoridade independente para fiscalizar a comunicação social e a participação da sociedade nos procedimentos de concessões, permissões ou autorizações de serviços de radiodifusão. Assim,

⁴⁵⁴ A. J. Liebling, apud LICHTENBERG, Judith - Foundations and limits of freedom of the press, p. 102.

⁴⁵⁵ ABRAMO, Cláudio - A regra do jogo, p. 116. *Expressis verbis*: "Nesse quadro, a liberdade de imprensa só é usada pelos donos das empresas. Em quarenta anos de jornalismo nunca vi liberdade de imprensa. Ela só é possível para os donos do jornal. Os jornalistas não podem ter opinião, mas os jornais têm suas opiniões sobre as coisas, que estão presentes nos editoriais e nos textos das pessoas que escreveram por linhas paralelas às do jornal".

⁴⁵⁶ Segundo Fábio Konder Comparato (É possível democratizar a televisão, p. 306), "Hoje, no entanto, todos entendem que a expressão pública do pensamento passa, necessariamente, pela mediação das empresas de comunicação de massa, cujo funcionamento exige graus crescentes de capitalização. Aquele que controla tais entidades dispõe, plenamente, da liberdade de expressão. Os demais membros da coletividade, não".

⁴⁵⁷ PINHEIRO, Paulo Sérgio - op. cit., p. 13; ALMEIDA, André Mendes de - Mídia eletrônica : seu controle nos EUA e no Brasil, p. 59, 62.

a Carta constitucional congelou, em parte, o sistema vigente de comunicação social, caracterizado essencialmente pelo conluio entre a mídia, poder econômico e elites políticas.⁴⁵⁸

No entanto, sem desconsiderar a pertinência de muitos dos aspectos aludidos quanto ao conteúdo da atual disciplina constitucional da liberdade de comunicação social, como já se deixou entrever no decorrer desta exposição, um dos propósitos desta tese é demonstrar que a interpretação da *constituição da comunicação*, na perspectiva dos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988 (arts. 1º a 4º), extraindo-se dos preceitos constitucionais a força normativa para orientar, a serviço da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito, a prática social dos meios de comunicação de massa, constitui cânone hermenêutico que pode contribuir para se alcançar, entre nós, a eficácia de uma expressão e comunicação públicas caracterizadas pela participação ativa e livre de manipulação dos cidadãos - objetivo primordial, que não deve ser olvidado pelos operadores jurídicos no momento da interpretação-aplicação das normas jurídicas relativas à comunicação social.

Destarte, independentemente das propostas *de lege ferenda* apresentadas (decerto relevantes para o aperfeiçoamento do texto constitucional), uma interpretação adequada das normas constitucionais em vigor é um passo indeclinável para superação dos agudos problemas existentes no âmbito da comunicação social no Brasil, conquanto medidas complementares sejam igualmente reclamadas, tais como a participação do legislador na densificação de várias normas constitucionais respeitantes à comunicação social e, até mesmo, o funcionamento razoável de estruturas básicas da democracia constitucional (distribuição mais justa de renda e riquezas, igualdade de oportunidades, especialmente nas áreas do trabalho e da educação, eleições livres de manipulação do poder econômico, etc.).⁴⁵⁹

⁴⁵⁸ COMPARATO, Fábio Konder - op. cit., pp. 164-1661; ROCHA, José Carlos - op. cit., p. 83; LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo - O direito à informação e as concessões de rádio e televisão, pp. 325-327;

⁴⁵⁹ Conforme John Rawls (Political liberalism, p. lix), a concretização de uma razoável deliberação pública exige o estabelecimento de instituições para apoiá-la.

2 - Garantia institucional da comunicação social e reserva de lei

A garantia institucional da comunicação social, como assinalado, está consagrada em capítulo exclusivo na Constituição Federal (arts. 220 a 224). Ela se encontra desde logo proclamada no art. 220, *caput*, que assegura a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, por qualquer forma, processo ou veículo, bem como reafirmada no § 1º, do art. 220, que declara a "plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social". Desta forma, essas duas disposições normativas constitucionais fundamentam o exercício da liberdade de expressão e comunicação por qualquer veículo de comunicação de massa (liberdade de comunicação social).

Na configuração da garantia institucional da comunicação social é permanente o apelo à lei infraconstitucional para regulamentar as diversas normas constitucionais, principiando pelo citado § 1º, do art. 220. Logo, princípio básico nesta matéria é a cláusula da reserva de lei. É dizer, apesar de o texto constitucional revelar alguns contornos da garantia institucional da comunicação social, a completa configuração jurídica desta figura necessita da participação do legislador. Aliás, é da própria natureza das garantias institucionais serem institutos ou instituições que têm boa parte de seus conteúdos definidos pela legislação ordinária (ver *supra*, cap. I, item 4).

Se a colaboração do legislador ordinário é reclamada para uma melhor eficácia de diversos dispositivos constitucionais concernentes à garantia institucional de comunicação social, não se deve concluir que as normas constitucionais gravadas com a cláusula de reserva de lei sejam normas programáticas desprovidas de força jurídica. De acordo com a hermenêutica constitucional contemporânea, todas as normas (princípios ou regras) de uma constituição possuem idêntico valor jurídico e, sempre que isso for possível, devem ser aplicadas para solucionar casos concretos. Ademais, não se deve olvidar que a desídia e mora do legislador podem levar à sua responsabilização por inconstitucionalidade por omissão (CF,

art. 103, § 2º). E, neste particular, é patente a omissão do Congresso Nacional, sobretudo no que diz respeito à proteção aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, freqüentemente violados pelos meios de comunicação de massa (CF, art. 221, IV).⁴⁶⁰

3 - Princípios constitucionais relativos aos meios de comunicação social em geral

Na configuração constitucional da garantia institucional da comunicação social estão previstos alguns princípios. Nesta oportunidade, serão vistos princípios comuns a todos os tipos de veículos de comunicação social: o princípio da vedação de censura e o princípio da proibição de monopólio e oligopólio. Ainda neste capítulo far-se-á referência aos princípios constitucionais concernentes a específicos meios de comunicação.

Assim, os dois princípios constitucionais referidos aplicam-se tanto aos veículos impressos de comunicação (jornais e revistas) como aos meios de radiodifusão sonora e de sons e imagens (emissoras de rádio e televisão).

3.1 - Princípio da vedação de censura de natureza política, ideológica e artística

O princípio da vedação de censura já havia sido proclamado pela Constituição Federal quando configurou a liberdade de expressão e comunicação (art. 5º, IX), como assinalado no capítulo precedente (ver *supra*, cap. IV, item 4.2). Agora a Lei máxima reafirma esse princípio no contexto da comunicação de massa, utilizando fórmula mais pormenorizada que a anterior: "É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística" (art. 220, § 2º).

Dada a amplitude do âmbito de proteção deste princípio no campo da comunicação social, alcançando qualquer veículo de comunicação, nenhum órgão de comunicação de massa pode ser censurado no exercício de suas atividades informativas. A relevância da

⁴⁶⁰ Nesse diapasão, Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes (op. cit., p. 325), ao considerar que a carência de legislação infraconstitucional regulamentando os dispositivos da Constituição concernentes à comunicação social caracteriza uma verdadeira inconstitucionalidade por omissão.

proscrição da censura pode ser aquilatada pela conhecida assertiva de William Blackstone de que a liberdade de comunicação social se configura essencialmente como *freedom from prior restraints*.⁴⁶¹

A preocupação constitucional com a censura é explicável pelo fato desta ter sido com freqüência usada como instrumento de repressão política e ideológica durante vários períodos históricos anteriores à promulgação da Carta Federal de 1988. Pessoas e grupos sociais eram reprimidos e censurados porque ostentavam concepções políticas e ideológicas diversas daqueles que estavam no poder.⁴⁶² Até mesmo a censura artística era largamente empregada no país.⁴⁶³

Portanto, choca-se com o texto e o espírito da atual Carta constitucional toda e qualquer forma de censura sobre os órgãos informativos, mormente contra os jornais, revistas e emissoras de rádio ou televisão, os principais veículos de comunicação de massa em funcionamento no país. A única hipótese de mitigação deste princípio seria aquela representada pela decretação de *estado de sítio* ante a existência de comoção grave de repercussão nacional ou a ocorrência de fatos que comprovem a ineficiência das medidas tomadas durante o *estado de defesa*. Nessas situações de emergência, a Constituição consente

⁴⁶¹ Apud GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique - La libertad interna de los medios privados de comunicación social, p. 24.

⁴⁶² A propósito, expõe João Féder (Crimes da comunicação social, pp. 35-36) que durante o regime militar de 1964 eram entregues pelos censores aos jornais e emissoras de rádio e televisão determinações da seguinte espécie: "Está proibida, a partir desta data, a publicação, divulgação, referência ou transmissão de notícias e comentários sobre o subversivo e cantor Geraldo Vandré; está proibida toda divulgação de assuntos em que esteja envolvido o arcebispo D. Hélder Câmara e mesmo qualquer menção ao seu nome; estão proibidas comentários, transcrição de matéria sobre a apreensão, suspensão, censura prévia e outras medidas legais e preventivas adotadas contra editoras, livros, revistas, jornais e televisões". Contudo, menciona ainda o referido autor (idem, pp. 36-37) um caso curioso de censura ocorrido no Piauí em fevereiro de 1980, "quando o jornalista Montgomery Holanda preparou uma reportagem sobre a vida noturna em Teresina para a série 'Sexo no Brasil', da revista *Playboy*. No departamento de Correios e Telégrafos o operador de telex, chocado com o texto, recusou-se a transmiti-lo. A recusa foi mantida pelo diretor dos Correios, e só após parecer do assessor jurídico da repartição e a providência de adicionar a palavra 'confidencial' o trabalho foi liberado. Nessa reportagem, Holanda relatou a inauguração, em 1977, do Motel Panorama Pousada, mostrando, inclusive, fotografia do arcebispo de Teresina, D. José Freire Falcão, e outras importantes autoridades ao lado da cama redonda sob tetos de espelhos, principal atração do empreendimento".

⁴⁶³ Segundo Gilberto Haddad Jabur (Liberdade de pensamento e direito à vida privada : conflitos entre direitos da personalidade, p. 213), durante a vigência do Ato Institucional n. 5 foram censurados "em torno de quinhentos filmes, quatrocentos e cinquenta peças teatrais, duzentos livros e quinhentas canções".

ao Poder Público a possibilidade de estipular restrições à liberdade de imprensa (veículos impressos), de radiodifusão e de televisão, na forma da lei (art. 139, III). Todavia, é muito provável que, ao evitar o termo censura no dispositivo citado, a Constituição esteja sinalizando que não aceita o emprego abusivo e indiscriminado da censura até mesmo por ocasião do estado de sítio, cautela reforçada pela previsão da cláusula da reserva de lei, embora admita restrições. Porém estas normalmente se dirigem a modos específicos de exercício da liberdade de comunicação social (e desta forma não violam o núcleo essencial desta liberdade ou não a desfiguram) e estão submetidas à regra constitucional da proporcionalidade (ver *infra*, cap. VI, item 1). Corroborando o que se acaba de afirmar, convém mencionar que a própria Constituição excluiu das restrições referidas a difusão de pronunciamentos dos parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas (art. 139, parágrafo único).⁴⁶⁴

Tendo em vista que os destinatários do princípio da vedação de censura política, ideológica e artística são, além do Estado, todo e qualquer ente que esteja em condições de impedir a liberdade de expressão e comunicação, o âmbito de proteção deste princípio abarca também a censura privada praticada no seio das empresas de comunicação, inclusive contra os próprios agentes profissionais da comunicação.⁴⁶⁵

⁴⁶⁴ Em termos aproximados ao exposto acima é a opinião de Candido Conde-Pumpido Ferreiro (La solución del conflicto entre libertad de expresión y honor en el derecho penal español, p. 248), analisando o princípio da vedação da censura na Constituição espanhola: "*Toda censura previa está, como dijimos, prohibida y queda excluida incluso en los supuestos extremos de los estados de excepción o sitio, como aparece implícito a contrario sensu en el art. 55.1 de la Constitución y expresamente declara el art. 21 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de aquellos estados, artículo que, al reconocer a la autoridad gubernativa en tales situaciones de crisis la posibilidad de suspender o secuestrar publicaciones sin necesidad de resolución previa de un juez, dispone tajantemente que dicha facultad 'no podrá llevar aparejada ningún tipo de censura previa', censura previa que de ser impuesta daría lugar a la responsabilidad penal más arriba citada*".

⁴⁶⁵ Cláudio Abramo (op. cit., p. 89) sustenta que a censura mais grave no Brasil é a praticada pelos donos dos meios de comunicação de massa. Por exemplo, mesmo no projeto de abertura política do regime militar, "houve um acordo tácito entre os militares e os donos dos jornais. Creio que eles não chegaram a falar no assunto, mas deve ter havido um entendimento implícito de tirar os chefes de redação que eram *trouble-makers*".

3.1.1 - Vedação de censura artística e classificação de diversões e espetáculos públicos

Uma vez que a Carta constitucional expressamente veda toda e qualquer censura de natureza artística, é lógico inferir que não pode haver censura contra as diversões e espetáculos públicos.⁴⁶⁶ Inobstante, a própria Constituição é clara ao dizer que cabe ao Poder Público tão-somente a obrigação de "informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada" (art. 220, § 3º, I) ou que compete à União "exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão" (art. 21, XVI).

Com o estabelecimento dos dispositivos acima transcritos, a Constituição Federal de 1988 rompe com a prática introduzida pela Constituição de 1934 de consagrar a liberdade de manifestação do pensamento sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas (art. 113, n. 9), exceção mantida tanto pela Constituição de 1946 (art. 141, § 5º) como pela Constituição de 1967 (art. 153, § 8º). A justificativa para a manutenção da censura a espetáculos e diversões públicas (aqui incluídos rádio, televisão e cinema) é oferecida pela conhecida *impact theory*,⁴⁶⁷ ou seja, a capacidade de imediata e eficaz influência desses meios sobre as pessoas, com força sugestiva capaz de provocar estímulo a comportamento anti-social de difícil prevenção em razão de repercussão imediata.⁴⁶⁸

Na verdade, a *ratio* dessa espécie de censura é conferir ao Estado poder de polícia para monitorar costumes e valores morais dos cidadãos, o que é inaceitável. Numa autêntica democracia o cidadão tem o *right to moral independence*, isto é, direito de autonomamente definir seus próprios valores morais e assumir a responsabilidade por suas escolhas.⁴⁶⁹

⁴⁶⁶ Sobre a distinção entre *diversões públicas* e *espetáculos públicos* ver José Afonso da Silva (Curso de direito constitucional positivo, p. 247).

⁴⁶⁷ ZACCARIA, Roberto - *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, p. 380.

⁴⁶⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves - *Curso de direito constitucional*, p. 292.

⁴⁶⁹ Com relação ao fundamento do direito à independência moral reconhecido ao cidadão numa democracia constitucional, escreve Ronald Dworkin (*A matter of principle*, p. 353): "*Consider the following suggestion. People have the right not to suffer disadvantage in the distribution of social goods and opportunities.*

Como se vê, agiu bem a Carta Federal banindo a censura por completo, admitindo apenas a classificação, para efeito indicativo, da faixa etária a que não se recomendam, locais e horários em que apresentação de espetáculos e diversões públicas se mostre inadequada. A classificação em questão, realizada por órgão administrativo, não se confunde com a censura porque é uma atividade endereçada unicamente a fixar os horários e as faixas etárias, jamais podendo impedir a transmissão ou impor cortes em espetáculo cinematográfico, teatral ou televisivo.⁴⁷⁰ Como será examinado logo a seguir, somente o Poder Judiciário, no desempenho de sua função jurisdicional de controle da legalidade no Estado Democrático de Direito, possui competência constitucional para proibir, em definitivo, qualquer manifestação artística, quando julgar tal medida imprescindível para a salvaguarda de outros direitos fundamentais ou bens coletivos constitucionalmente protegidos, após ponderação dos direitos e valores colidentes no caso concreto.⁴⁷¹

Como corolário natural do exposto, conclui-se que a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250, de 09 de fevereiro de 1967) não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, na parte em que dispõe que os espetáculos e diversões públicas ficarão sujeitos à censura (art. 1º, § 2º).⁴⁷²

including disadvantage in the liberties permitted to them by the criminal law, just on the ground that their officials or fellow-citizens think that their opinions about the right way for them to lead their own lives are ignoble or wrong. I shall call this (putative) right the right to moral independence...".

⁴⁷⁰ MORAES, Alexandre de - Direitos humanos fundamentais : comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, p. 134. Igualmente é a opinião de Miguel Ángel Ekmekdjian (Derecho a la información : reforma constitucional y libertad de expresión, nuevos aspectos, p. 40): "*En tal sentido, los entes respectivos pueden calificar una película , obra o programa televisivo como apto o no apto para menores de determinada edad, pero no pueden sugerir ni imponer cortes o modificaciones*".

⁴⁷¹ Hipótese na qual o Poder Judiciário poderá impor a medida extrema citada está contida no seguinte exemplo dado por Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (Comentários à Constituição do Brasil : promulgada em 5 de outubro de 1988, v. 2, p. 59): "Um filme concitador à prática do racismo deve ter a sua exibição proibida. É evidente que não bastará a punição penal dos próprios responsáveis".

⁴⁷² Essa é também a inclinação da jurisprudência sobre a matéria, como ilustram os seguintes exemplos (A Constituição na visão dos tribunais : interpretação e julgados artigo por artigo, v. 3, pp. 1368-1370): "EMENTA: Constitucional. Censura artística: inexistência no Texto Constitucional (art. 5º, IX), ressalvada a mera classificação de diversões e espetáculos públicos por faixa etária 'a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada' (art. 220, §3º, I). Caso do filme *Je vous salue, Marie...* (TRF - 1º Região, AC 89.01.24071-8/MG. Rel.: Juiz Hércules Quasimodo. 2º Turma. Decisão: 12/06/90. DJ 2 de 06/08/90, p. 16.611)"; "EMENTA: Administrativo. Censura em película cinematográfica. Portaria que impôs cortes e elevação da faixa etária dos espectadores após a expedição do certificado. Constituição de 1988. Liberdade de expressão artística. Arts. 5º, IX, e 220, § 2º. I - Caso em que, após a expedição do certificado de censura permitido a exibição de película cinematográfica em rede comercial, a antiga Divisão de Censura da Polícia Federal expediu portaria, em 1986, impondo supressão de cenas e elevando a idade mínima dos

Todavia, a referida classificação indicativa revela um propósito nobre e de inquestionável relevância, que é proteger as crianças e os jovens, como pessoas que se encontram na fase de desenvolvimento de sua personalidade, motivo pelo qual o assunto está regulado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei federal n. 8.069, de 13 de julho de 1990). Este considera infração administrativa o descumprimento das recomendações do Poder Público relativas às faixas etárias ou sobre os locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada (arts. 252 a 258).⁴⁷³

3.1.2 - Vedação de censura e controle jurisdicional da comunicação social

Como ressaltado linhas atrás, a censura constitui prática de órgãos políticos do Estado, normalmente vinculados ao Poder Executivo, razão pela qual tem sido usada com frequência como instrumento de repressão política e ideológica. Tais características, como se nota, revelam-se incompatíveis com a natureza técnica da atividade do Poder Judiciário: julgar

espectadores para dezoito anos. II - Matéria que ficou superada pela Constituição Federal de 1988, que não recebeu a legislação anterior restritiva da liberdade de expressão artística... (TRF - 1º Região. REO 90.01.02610-9/DF. Rel.: Juiz Aldir Passarinho Junior. 1º Turma. Decisão: 14/05/91. DJ 2 de 10/06/91, p. 13.166)".

⁴⁷³ A tese aqui esboçada de que a classificação indicativa de espetáculos e diversões (abrangendo a programação do cinema, do rádio e da televisão) não é censura tem o apoio de parte significativa da doutrina: José Afonso da Silva (op. cit., p. 247), René Ariel Dotti (Princípios constitucionais relativos aos crimes de imprensa, p. 126), Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes (op. cit., pp. 289-290), Gilberto Haddad Jabur (op. cit., p. 212, 362), Alexandre de Moraes (op. cit., pp. 133-134), dentre outros. Contudo, há autores que pensam diferente. Especialmente as opiniões de Celso Ribeiro Bastos e Ives Granda Martins (op. cit., pp. 82-83) são claramente antagônicas com o exposto neste trabalho: "Não aceitamos, todavia, a tese de que a censura possa ou deva ser banida por completo. Ela cumpre um papel insubstituível no desempenho pelos poderes de um poder de polícia absolutamente indispensável na preservação dos critérios mínimos de moralidade pública. Se o Estado policia de maneira geral o exercício de quase todos os direitos fundamentais, não se explica que em favor do pensamento - mesmo quando este assumia formas que já nada têm que ver com o desempenho daquela nobre função intelectual para transmutar-se numa mera exteriorização de ato imoral e pornográfico - estivessem os Poderes Públicos inibidos de prevenir tais atentados". Igualmente inaceitável, em razão das premissas apresentadas neste trabalho, é a posição J. Cretella Júnior (Elementos de direito constitucional, pp. 193-194), sobretudo porque se revela totalmente divorciada da ordem constitucional em vigor: "No Brasil, a censura teatral, sempre em vigor, conta com farta jurisprudência que a ampara, além da nítida clareza dos modernos textos constitucionais... Com o advento do cinema, a censura, antes adstrita aos espetáculos de teatro, estendeu-se às exibições cinematográficas, passando a ser objeto de repetidas normas legais regulamentadoras... A censura prévia dos filmes destina-se a julgar da repercussão maior ou menor que possa ter a película exibida sobre o público assistente. Desse modo, os filmes podem ser julgados sob o aspecto moral e político. Sob o aspecto moral, entendido em seu mais amplo sentido, a censura estabelecia que os filmes podem ser classificados em: livres; proibidos até 10, 14 ou 16 anos; proibidos até 18 anos; proibidos até 21 anos. Sob o aspecto político, a proibição atinge o próprio filme, que, exibido, poderia acarretar perturbações diplomáticas ou de ordem pública interna, motivos suficientes para a intervenção da autoridade policial".

conflitos de interesses quando demandado pelas partes.⁴⁷⁴ Não há como confundir censura com controle jurisdicional da legalidade no exercício da liberdade de comunicação social, que é função típica reservada aos juízes e tribunais na democracia constitucional.⁴⁷⁵ A primeira é ato de natureza político-administrativo, o segundo ato judicial.⁴⁷⁶ É dizer, não constituem censura as medidas judiciais utilizadas para apurar a responsabilidade dos meios de comunicação social no exercício de sua atividade informativa.⁴⁷⁷

O controle jurisdicional do exercício da liberdade de comunicação social pode ser tanto preventivo como posterior à divulgação de notícias ou opiniões. De acordo com a Constituição, somente os juízes dispõem de competência para suspender um programa de rádio ou de televisão (intervenção judicial posterior) bem como para previamente impedir a circulação de um jornal ou a transmissão de uma reportagem televisiva (intervenção judicial preventiva) quando, após ponderação dos interesses e valores contrapostos no caso *sub judice*, concluírem serem medidas indispensáveis para a preservação de direitos fundamentais ou de bens coletivos também protegidos pelo texto constitucional.

O fundamento constitucional para o Poder Judiciário adotar as referidas providências, quando julgar necessárias, encontra-se basicamente no dispositivo que estabelece: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV). Logo, conforme o texto transcrito, compete aos órgãos jurisdicionais não só a tarefa de reparar

⁴⁷⁴ CALDAS, Pedro Frederico - Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral, p. 110.

⁴⁷⁵ Conforme Miguel Ángel Ekmekdjian (op. cit., p. 43), "*La doctrina siempre definió a la censura previa como el control a priori emanado de un organismo administrativo, no judicial*".

⁴⁷⁶ No fio dessas considerações é a manifestação de Gilberto Haddad Jabur (op. cit., p. 216): "É preciso, a partir daí, que não se confunda censura com o controle da legalidade da publicação. A primeira tem índole administrativa, a segunda judicial". Igualmente a opinião de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (Direito de informação e liberdade de expressão, pp. 104-105): "A intervenção do Poder Judiciário não pode ser considerada como censura, uma vez que o Judiciário age compondo legítimos interesses contrapostos, quando é provocado a agir pela demanda, e, não, censurando a publicação de ofício na condição de tradutor da consciência coletiva sobre a moral, os bons costumes e as ideologias nocivas, como faziam os censores dos tempos cavernosos".

⁴⁷⁷ Em termos aproximados, escrevem Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (op. cit., p. 59): "Não se trata pois de censura aquele conjunto de medidas que decorram da responsabilidade de quem comunicou, exprimiu ou publicou o que não devia".

lesões a direitos como igualmente a incumbência de evitá-las, protegendo os direitos ameaçados, valendo-se dos meios que estejam ao seu alcance.⁴⁷⁸

Convém mencionar que, pelo ângulo da cidadania, a citada norma constitucional consagra um proeminente direito subjetivo, isto é, o direito fundamental de acesso à justiça. O âmbito de proteção deste direito inclui tanto o acesso ao Poder Judiciário como a configuração de instrumentos processuais.⁴⁷⁹ Ambos são meios de realização da tutela dos direitos lesados ou ameaçados, razão pela qual a própria Lei maior previu as garantias do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV).

Dessarte, nos casos de urgência, havendo iminência de lesão a direitos ou a valores constitucionais por parte de órgãos de comunicação de massa e para evitar a consumação de atentados com efeitos tanto devastadores quanto irreversíveis sobre os direitos e valores referidos,⁴⁸⁰ poderá o Judiciário utilizar o instrumento processual excepcional da medida cautelar para conter *ab initio* ou suspender o exercício irregular da comunicação social. De outro modo, poderão suceder situações absurdas. Por exemplo, convencido de que reportagem o prejudicará seriamente porque agride de forma grave a sua honra e a sua dignidade, um cidadão pede socorro ao Judiciário (no sistema constitucional o Estado tem o monopólio da justiça). O juiz convence-se da idoneidade do pedido, porém entende que nada pode fazer e cruza os braços, uma vez que somente estará autorizado a intervir no âmbito da liberdade de comunicação social *post factum*, isto é, depois de concretizada a ofensa. Restará àquele resignar-se, sofrer a agressão aos seus direitos personalíssimos e esperar do judiciário o

⁴⁷⁸ A propósito do referido dispositivo constitucional, comenta Sílvio Dobrowolski (Harmonização, no âmbito do mercosul, das garantias constitucionais e processuais dos direitos fundamentais e o acesso à justiça, p. 12): "Delineia-se, aí, o monopólio judicial para decidir sobre os direitos das pessoas, e a franquia conferida aos indivíduos para se socorrerem da via judiciária, mesmo na presença de violação ainda não consumada".

⁴⁷⁹ DOBROWOLSKI, Sílvio - op. cit., p. 12; RODRIGUES, Horácio Wanderlei - Acesso à justiça no direito processual brasileiro, pp. 28-30.

⁴⁸⁰ ANDRADE, Manuel da Costa - Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal : uma perspectiva jurídico-criminal, p. 55.

ressarcimento por danos morais e materiais ou a alternativa do desforço pessoal. Evidente que a primeira opção é insuficiente e a segunda inaceitável.⁴⁸¹

Ademais, o espírito que animou as recentes reformas no direito processual brasileiro, notadamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, aponta claramente para o propósito de transformá-lo num efetivo instrumento de acesso à justiça, com a previsão de medidas processuais de modo a obter-se a tutela jurisdicional em tempo hábil.⁴⁸²

Por conseguinte, quando o projeto da nova lei de imprensa, texto aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, com base no substitutivo preparado pelo deputado Vilmar Rocha, prescreve a vedação de apreensão de jornal ou revista e a suspensão de transmissões de rádio e televisão (art. 2º), a interpretação desta norma *secundum constitutionem*, caso venha a ser aprovada, só pode ser de que a proibição em questão dirige-se à Administração Pública e não aos órgãos do Poder Judiciário.⁴⁸³

Cumpra evocar que o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou, no exame de caso concreto, sobre a constitucionalidade da intervenção preventiva do Judiciário no âmbito

⁴⁸¹ Por sua vez, José Henrique Rodrigues Torres (A censura à imprensa e o controle jurisdicional da legalidade, pp. 31-32) apresenta o seguinte exemplo no qual descreve a necessidade de intervenção prévia da autoridade judiciária no âmbito da liberdade de comunicação social: "Assim, exemplificativamente, se determinado órgão de imprensa está prestes a publicar uma matéria jornalística relacionada com determinada pessoa, se essa pessoa alega que tal matéria é injuriosa e ameaça sua honra ou sua imagem - que são direitos garantidos pela Constituição Federal, se há elementos bastantes para estabelecer a verossimilhança do alegado (*fumus boni iuris*), se há probabilidade de ocorrência de um dano de difícil reparação para honra ou para a imagem do cidadão (*periculum in mora*), se é impossível examinar de modo pleno as alegações e se não é possível aguardar o desenvolvimento de um processo de conhecimento, o Poder Judiciário deve agir, ainda que de forma provisória, e deve conceder a medida cautelar pleiteada, suspendendo a iminente publicação e arrostando assim a ameaça ao direito, até que, no processo de conhecimento, depois de exame pleno das alegações, seja possível decidir a respeito da procedência ou não delas. Como se vê, o Poder Judiciário pode intervir previamente, de modo cautelar, na liberdade de informação jornalística, sem que tal atuação se confunda com censura prévia. O cidadão não pode ser obrigado a aguardar a efetivação do dano nem pode ficar inerme diante de uma ameaça a um direito, ainda que essa ameaça provenha do exercício da liberdade de informação jornalística. Assim, o controle jurisdicional prévio dos abusos da liberdade de imprensa, exercido pelo Poder Judiciário, é cabível e admissível pela ordem constitucional e democrática vigente".

⁴⁸² RODRIGUES, Horácio Wanderlei - op. cit., pp. 92-94; Notícia Gilberto Haddad Jabur (op. cit., pp. 221-222) que os arts. 12, 20 e 21 do projeto de Código Civil prevêm a tutela preliminar judicial para os casos de ameaça a direito.

⁴⁸³ Em termos eloqüentes, averba José Henrique Rodrigues Torres (op. cit., p. 32): "É preciso que a opinião pública saiba que o controle da legalidade, exercido com exclusividade pelo Poder Judiciário, é tão imprescindível para a manutenção da democracia quanto a garantia da liberdade de informação jornalística".

da liberdade de comunicação social.⁴⁸⁴ Porém, o Tribunal Superior Eleitoral, julgando matéria atinente à propaganda eleitoral, decidiu a favor da legitimidade de decreto judicial que proibia a reprodução de propaganda eleitoral gratuita ofensiva à honra alheia.⁴⁸⁵ No Direito Comparado, observa-se que a Constituição italiana declara expressamente a possibilidade de seqüestro de periódicos pela autoridade judiciária (art. 21),⁴⁸⁶ havendo a previsão em lei ordinária do caso especial de seqüestro da imprensa que faz apologia ao fascismo.⁴⁸⁷ Outrossim a Constituição espanhola estipula que só por decisão judicial é possível o seqüestro de publicações, gravações e de outros meios de comunicação de massa (art. 20.5).⁴⁸⁸ Por seu turno, há manifestações de juízes da Suprema Corte de Justiça argentina sustentando que a legitimidade de medida cautelar no âmbito da liberdade de comunicação social fulcra-se no art. 11 do Pacto de San José de Costa Rica.⁴⁸⁹

⁴⁸⁴ CALDAS, Pedro Frederico - op. cit., pp. 111-112.

⁴⁸⁵ Apud A Constituição na visão dos tribunais : interpretação e julgados artigo por artigo, v. 1, p. 25. Embora obtenha a adesão de parte da doutrina, é natural que haja opiniões contrárias a tese da intervenção prévia ou posterior da autoridade judiciária no âmbito da comunicação social, dada a natureza polêmica do assunto. Contudo, a rejeição da tese em discussão sob o argumento de que a liberdade de comunicação social encontra-se acima de qualquer poder estabelecido pela Constituição é totalmente insustentável. Como é sabido, no Estado Democrático de Direito nenhuma instituição está acima da lei e portanto imune ao controle da legalidade democrática efetuada pelos órgãos judiciais. Assim, desprovidas de coerência hermenêutica, especialmente com o princípio da unidade da Constituição, as palavras de Lourival J. dos Santos (Censura: liminares contra a imprensa, p. 02), vazadas em termos surpreendentemente destoantes do vigente sistema constitucional: "A liberdade, mormente no campo da expressão ou da palavra, assim como o acesso do cidadão à informação, constituem-se regras essenciais do Estado Democrático de Direito (art. 1º), pairando acima da competência de quaisquer dos poderes constituídos, enquanto vigorar o regime político adotado pelo País. Enquanto valor/fruto de conquista política da sociedade não poderá ser limitada, por ser fator limitativo da própria competência do Estado, conforme dispõe o art. 220 da Carta." (Sem grifo na fonte).

⁴⁸⁶ O art. 21, § 3º da Constituição italiana reza: "*Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriba per l'indicazione dei responsabili*".

⁴⁸⁷ ZACCARIA, Roberto - op. cit., pp. 151-153.

⁴⁸⁸ O texto do art. 20.5: "*Solo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial*".

⁴⁸⁹ ÁNGEL EKMEKDJIAN, Miguel - op. cit., p. 46. Na opinião deste autor são necessários os seguintes requisitos para o controle jurisdicional prévio da atuação dos *mass media*: "a) *únicamente puede ser ordenada por un juez como medida precautoria en una acción de la amparo o en un proceso penal y cumplidos los requisitos procesales pertinentes*; b) *debe existir total certeza de que el daño provocado por la divulgación de la noticia es absolutamente irreparable, no bastando el argumento de que la publicación agrava el daño*; c) *cuando la lesión al derecho (el conflicto de derechos) se produce con anterioridad a la divulgación de la noticia*; y d) *únicamente es procedente contra la publicación de noticias, nunca contra la publicación de ideas*".

3.2 - Princípio da proibição de monopólio e oligopólio

Se o princípio da vedação de censura política, ideológica e artística, apresentado acima, significa uma forma de regulação constitucional sobre o conteúdo da comunicação social, o princípio da proibição de monopólio e oligopólio constitui uma regulação sobre a estrutura organizacional dos veículos de comunicação de massa.⁴⁹⁰ Ou seja, a configuração jurídica da garantia institucional da comunicação social vai mais além da proteção contra os abusos eventualmente cometidos por ela, atinge a concentração da propriedade dos *media*.⁴⁹¹ Cumpre revelar que já os próceres do liberalismo clássico estavam convencidos de que "o poder privado constitui uma ameaça à liberdade tanto quanto o poder público".⁴⁹²

Nessa direção proclama a Constituição Federal que os "meios de comunicação de social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio" (art. 220, § 5º). É dizer, a atividade de difusão pública de informações e opiniões não pode ser açambarcada exclusivamente por um *mass medium* (monopólio) ou por um pequeno número de *mass media* (oligopólio). Por conseguinte, o princípio da proibição de monopólio e oligopólio na área da comunicação social encontra-se estreitamente relacionado com o conhecido princípio geral da atividade econômica da *livre concorrência* (art. 170, IV), que é reforçado pela previsão constitucional de que a "lei reprimirá o abuso do poder econômico

⁴⁹⁰ A respeito das espécies de intervenção jurídica quanto ao conteúdo da liberdade de comunicação social e à organização e estrutura dos meios de comunicação de massa, escreve Judith Lichtenberg (*Foundations and limits of freedom of the press*, p. 127): "*Two broad approaches to regulation of the media are usually distinguished. Content regulation makes specific demands of press institution to cover certain kinds of issues, to cover them in a certain way, or to provide access to certain points of view. (The fairness doctrine is the most prominent example.) Structural regulation instead builds rules and constraints into the structure and organization of the media taken as a whole. Structural regulation includes a variety of approaches. Certain rules prohibit multiple ownership of news organizations, and others designate a number of cable channels for public access. Economic incentives can be offered to news organizations to promote diversity or provide services that are unlikely to be provided in the unrestricted marketplace. Subsidies can be given to public media institutions. Government currently subsidizes public broadcasting with tax dollars, but other approaches are possible*".

⁴⁹¹ CORNU, Daniel - *Ética da informação*, p. 121.

⁴⁹² HOLMES, Stephen - *Liberal constraints on private power? : reflections on the origins and rationale of access regulation*, pp. 23-24. Como ressalta ainda este autor (*Idem*, p. 24), "*It is inconceivable that eighteenth-century writers could have overlooked the threat to liberty and justice posed by massive accumulations of wealth, because political power had only recently begun to be separated in any degree from ownership of land*".

que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros" (art. 170, § 4º). Por isso, afirma-se que atualmente, cada vez mais, a liberdade de comunicação social depende da liberdade econômica ou é em boa medida consequência do sistema econômico.⁴⁹³

Mas o princípio da vedação de monopólio e oligopólio tem no campo da comunicação social uma função proeminente: assegurar o pluralismo de vozes na arena pública. Por um lado, o pluralismo traduz a possibilidade fática de acesso aos meios de comunicação do maior número possível de sujeitos portadores de diversas tendências políticas, ideológicas e artísticas. Por outro, ele é condição indispensável para a livre formação da opinião pública independente e para garantir a diversidade de significado do mundo.⁴⁹⁴ Assim, à medida que se concentra a propriedade dos *media*, há necessidade de instrumentos para promover o pluralismo informativo.⁴⁹⁵ Na Itália, por exemplo, o princípio em questão abrange até mesmo o controle da concentração da publicidade, quando a legislação elenca percentuais máximos para os vários setores dos meios de comunicação de massa.⁴⁹⁶ Em síntese, a existência de pluralismo na comunicação social, vital para a formação política e cultural das pessoas e para o adequado funcionamento da democracia constitucional, depende sobretudo da eficiência do princípio da proibição de monopólio e oligopólio.⁴⁹⁷

⁴⁹³ SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto - La libertad de expresión en el Estado de Derecho : entre la utopia y la realidad, p. 88; GONÇALVES, Maria Eduarda - Direito da informação, p. 28, *in verbis*: "Se a informação e a comunicação continuam a ser regidas formalmente por um princípio de liberdade, a realização deste princípio nas actuais circunstâncias - por outras palavras, a satisfação do interesse dos indivíduos e da sociedade numa variedade e flexibilidade das escolhas abertas pelas novas tecnologias - dependerá, na óptica dominante, da liberdade económica".

⁴⁹⁴ SOUSA, Nuno e - A liberdade de imprensa, p. 33; KARAM, Francisco José - Jornalismo, ética e liberdade, p. 15.

⁴⁹⁵ Como assinala Judith Lichtenberg (op. cit., p. 123): "*In some cases, a mass medium may function as a monopoly, and this is a powerful argument for ensuring diversity*".

⁴⁹⁶ ZACCARIA, Roberto - op. cit., p. 167.

⁴⁹⁷ Consoante Giuseppe Corasaniti (Diritto dell'informazione, pp. 35-36), "*La tutela effettiva del pluralismo presuppone una normativa volta ad assicurare l'esistenza e l'indipendenza di molteplici imprese di informazione, sia nel settore della stampa che nella radiotelevisione, tali cioè da costituire una ampia gamma di fonti informative nelle quali giornalista può liberamente scegliere di operare ed il cittadino (lettore o telespettatore) può spontaneamente scegliere di riferirsi, per improntare le sue scelte politiche, economiche o sociali, come per rendersi conto dell'evoluzione degli avvenimenti che più coinvolgono i suoi interessi personali, familiari, territoriali o collettivi, attraverso la relativa rappresentazione ed elaborazione critica*".

Do ponto de vista prático, o princípio da vedação do monopólio e oligopólio densifica-se essencialmente por meio de uma normativa antitruste voltada a estabelecer limites razoáveis à propriedade dos órgãos de comunicação de massa. Por exemplo, restringindo a propriedade de múltiplas organizações de notícias, mormente quanto ao *broadcast newspaper ownership*, ou seja, o controle acionário, numa mesma área geográfica, de um veículo impresso e de uma emissora de rádio e/ou televisão⁴⁹⁸ e exigindo a transparência das fontes de financiamento dos meios de comunicação.

A despeito de seu conspícuo valor para a realização de uma comunicação social democrática e pluralista, como revelado, o princípio constitucional em epígrafe ainda não foi objeto de regulamentação infraconstitucional entre nós, ao contrário do que acontece em outros quadrantes.⁴⁹⁹ Com efeito, foram os Estados Unidos os pioneiros na realização do controle sobre a concentração da propriedade dos *mass media*, aplicando legislação antitruste.⁵⁰⁰ Na Alemanha, o controle jurídico sobre o monopólio ou oligopólio dos veículos de comunicação determina, por exemplo, "se os canais de televisão devem abrir-se mais à influência de partidos e associações ou à de firmas privadas que possuem grande verba publicitária".⁵⁰¹ Na França, a vigilância sobre a concentração da mídia é confiada ao *Conseil de la Concurrence* e ao *Conseil Superieur de l'Audiovisuel*, respectivamente para a imprensa

⁴⁹⁸ Conforme relata Dalmo de Abreu Dallari (Democratização dos meios de comunicação, p. 21), "No Brasil existem estados em que o mesmo grupo é dono da televisão, da rádio mais poderosa e do principal jornal".

⁴⁹⁹ Observa Moacir Ferreira (O direito à informação na nova lei de imprensa, p. 118) que quanto mais se fortalece a convicção de que sem democratização da comunicação não haverá verdadeira democracia menos se avança nessa direção no Brasil.

⁵⁰⁰ Esse controle nos Estados Unidos começa na metade do século passado, por iniciativa da Corte Suprema, como informa Giuseppe Corasaniti (op. cit., p. 37): "È proprio negli Stati Uniti che è stata affermata per la prima volta l'esigenza di uno specifico controllo pubblico sulle concentrazioni editoriali, con una sentenza della Corte Suprema (*Associated Press v. U. S.* 326, U. S., I, 1945) che, giudicando pienamente legittima l'applicazione delle norme antitrust alle imprese editoriali rispetto al primo emendamento della Costituzione, sottolineava come la garanzia della effettiva libertà di stampa da interferenze pubbliche non poteva affatto comportare una sua subordinazione esclusiva agli interessi privati: la libertà di stampa e di informazione deve perciò essere garantita 'a tutti' e non solo a pochi soggetti, non potendosi intendere tutelata dall'ordinamento giuridico la limitazione a poche imprese del mercato editoriale, con la conseguenza di una limitata rappresentazione di opinioni e punti di vista diversi".

⁵⁰¹ HABERMAS, Jürgen - Direito e democracia : entre facticidade e validade, v. II, pp. 109-110.

escrita e a radiodifusão.⁵⁰² Na Itália, a mais recente legislação antitruste prevê tanto a *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni* quanto uma específica *Autorità Antitrust*.⁵⁰³

Não obstante as tentativas jurídicas de controle, a concentração da propriedade das empresas de comunicação mostra-se uma tendência contemporânea de proporções mundiais. Aliás, pode-se considerá-la mesmo como um fenômeno típico do sistema econômico capitalista.⁵⁰⁴ O *mercado das idéias* impulsiona a concentração da mídia e a formação de monopólios ou oligopólios no campo das comunicações. A consequência principal é o desaparecimento da pluralidade de idéias e a padronização cultural, pois pluralismo comercial, quando existe, é mais aparente do que real.⁵⁰⁵

Preocupada com a situação de a Europa ter se tornado um campo de exploração de corporações gigantescas,⁵⁰⁶ o Parlamento Europeu formulou resolução lamentando a concentração da informação e exigindo providência dos Estados da União Europeia para enfrentá-la.⁵⁰⁷

Como se vê, há reações à crescente concentração da propriedade dos *media* tanto na Europa quanto América do Norte.⁵⁰⁸ Cada vez mais se fortalece a convicção de que os mecanismos do livre mercado não podem ser totalmente aceitos no âmbito da comunicação

⁵⁰² CORASANITI, Giuseppe - Idem, p.41.

⁵⁰³ ZACCARIA, Roberto - op. cit., p. 234, 254, 531.

⁵⁰⁴ Como lembra Eric Hobsbawn (On the edge of the new century, p. 76), "*What is more natural than that an economy based on competition tends toward monopoly? That was the essence of Marx's analysis. Capitalist competition leads to capital concentration. In current conditions, this occurs more rapidly, but it has always happened. It really doesn't surprise me at all!*".

⁵⁰⁵ CORNU, Daniel - op. cit., p. 119; SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto - op. ci., p. 70, 191.

⁵⁰⁶ FERREIRA, Argemiro - As redes de TV e os senhores da aldeia global, p. 160, 167.

⁵⁰⁷ CORASANITI, Giuseppe - op. cit., pp.124-125. A Resolução supramencionada, aprovada em 16 de setembro de 1992, "1. *reputa che gli Stati membri e la Comunità europea abbiano la resopnsabilità di garantire e sviluppare il pluralismo nei mezzi d'informazione e debbano fare in modo di creare le condizioni necessarie all'essercizio del diritto all'informazione alla libertà di espressione...* 7. *invita nuovamente quegli Stati membri che non dispongano di una specifica normativa sulle concentrazioni nel settore della stampa e dei mezzi audiovisivi a dotarsi di tale strumento nel più breve tempo possibile.*" (Apud Armando Lamberti - L'informazione televisiva tra diritto comunitario e diritto interno, pp. 294-295).

⁵⁰⁸ De acordo com Cass R. Sunstein (Democracy and the problem of free speech, p. 41, 53), o sistema norte-americano de comunicação de massa seria outro se o Estado exigisse qualidade e diversidade, porquanto "*If we give broadcasters unrestricted property rights and then immunize them from government control, we may compromise both quality and diversity in broadcasting. We may undermine the constitutional commitments to political deliberation and political equality.*".

social,⁵⁰⁹ em razão da informação constituir-se em um bem comum da sociedade, com características *sui generis* que a distinguem de outros produtos oferecidos pelo mercado de consumo.⁵¹⁰ O próprio constitucionalismo mais recente (França, Itália, Alemanha, Portugal e Espanha) proclama que a comunicação social deve superar a idéia de lucro e que a empresa privada de comunicação exerce uma função pública.⁵¹¹

No Brasil, a tradição da comunicação de massa ser controlada principalmente por grupos privados manteve-se inalterada com a Constituição Federal de 1988.⁵¹² Na prática, a propriedade dos órgãos de comunicação social continua privilégio de poucos ligados à classe dominante e permanecem à margem do sistema de comunicação pública as diversas organizações da sociedade civil, como sindicatos, associações profissionais, movimentos culturais, etc.⁵¹³ "Desse esquema avassaladoramente oligárquico só escapa a *Internet*, em razão de sua estrutura atomística."⁵¹⁴

4 - Os veículos impressos de comunicação social

A Constituição Federal determina que a "publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade" (art. 220, § 6º). Vale dizer, é dispensável a autorização de órgão público para a criação, publicação e circulação de jornais, revistas e outros periódicos escritos, embora estejam sujeitos a matrícula no cartório competente do

⁵⁰⁹ SANTANIELLO, Giuseppe - Le linee di sviluppo dell'a legislazione sui media nel secolo XX, p. 722.

⁵¹⁰ Como observam Eduardo A. Zannoni e Beatriz R. Biscaro (Responsabilidad de los medios de prensa, p. 133), "*A diferencia de muchos otros productos, cuya distribución y consumo es neutro para quienes no se interesan en ellos, la información contiene una intencionalidad inevitable y predica, casi siempre, conductas (atribuidas a otros). La información, la noticia, es un decir de otros - salvo, claro está, que aluda a hechos puros de la naturaleza, como los pronósticos meteorológicos - y por eso la gran cuestión consiste en establecer si los otros tienen derecho, entonces, a opinar en relación a lo que se ha dicho de ellos*".

⁵¹¹ CARRILO, Marc - La Clausula de conciencia de los periodistas, p. 169.

⁵¹² Afirma Paulo Sérgio Pinheiro (O passado não está morto : nem passado é ainda, p. 13) que "a estrutura de controle oligopólico dos meios de comunicação, apesar de importantes alterações previstas no texto constitucional, permaneceu inalterada".

⁵¹³ BARBI, Lety Maria - A transparência da administração pública brasileira, pp. 87-90. Segundo a metáfora de Paulo Lopo Saraiva (A comunicação social na Constituição Federal de 1988, p. 414), há necessidade de se criar no Brasil um *habeas* mídia para libertar os órgãos de comunicação de massa do "cárcere das elites".

⁵¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder - A democratização dos meios de comunicação de massa, p.158.

registro civil das pessoas jurídicas, sob pena de serem tidos como clandestinos e fora do alcance da proteção constitucional (Lei n. 5.250/67, arts. 8º a 11).⁵¹⁵

Desta forma, o texto constitucional previu para os veículos impressos um regime jurídico distinto daquele que estipulou para as emissoras de rádio e televisão. Estas dependem da outorga de concessão, permissão ou autorização do Poder Público para funcionarem. Um dos principais argumentos utilizados historicamente para justificar essa assimetria constitucional tem sido a assertiva de que os órgãos de comunicação impressos não sofrem de escassez de meios técnicos, como os serviços de radiodifusão, para exercerem suas atividades, uma vez que estes operam por intermédio de espectro eletromagnético, um bem limitado na natureza. Como será visto a seguir, essa explicação é hoje insuficiente *de per se* para fundamentar o distinto tratamento entre mídia impressa e eletrônica, em razão do surgimento de novas tecnologias no campo das telecomunicações.

Assim, *secundum constitutionem*, a imprensa goza de ampla liberdade para realizar as suas atividades informativas.⁵¹⁶ No entanto, ela enfrenta um obstáculo muito sério: o elevado índice de analfabetismo e semi-analfabetismo verificado no país. Em conseqüência, a leitura continua um privilégio de poucas pessoas no Brasil.⁵¹⁷ Daí a assertiva de que a imprensa não

⁵¹⁵ Nas palavras de Nuno e Sousa (op. cit., p. 134): "Eliminam-se os tradicionais elementos impeditivos da liberdade de imprensa, mas as empresas sujeitam-se às formalidades que o direito comercial impõe a qualquer empresa".

⁵¹⁶ Como informa Darcy Arruda Miranda (Dos abusos da liberdade de imprensa : comentário, doutrina, legislação e jurisprudência, pp. 11-15), mesmo antes da entrada em vigor da Constituição Imperial de 1824 os veículos impressos já dispunham de liberdade assegurada em lei. Em novembro de 1823 foi aprovado Decreto assegurando a publicação de livros e dos demais meios escritos. Esse Decreto foi a primeira Lei de imprensa brasileira. Depois veio a Lei n. 4.743/1922, a segunda Lei de imprensa. Seguida da Lei n. 2.083/53, a terceira Lei de imprensa. O atual diploma legal que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, como se sabe, é a Lei n. 5.250/1967.

⁵¹⁷ BARBI, Lety Maria - A transparência da Administração Pública brasileira, p. 91. Expõe ainda esta autora (Idem, p. 92) que, dado o elevado preço de livros, jornais e revistas, tornando-os inacessíveis para grande parte dos cidadãos, restaria a estes "exercitar a leitura servindo-se dos equipamentos culturais mantidos pelo Estado: bibliotecas, centros comunitários, clubes de serviço. Esses equipamentos são contudo, marcados pela precariedade e pela escassez. A rede de bibliotecas públicas é limitadíssima, não apenas em quantidade, mas em qualidade". Nessa linha Judith Lichtenberg (Foundations and limits of freedom of the press, p. 117) também argumenta: "Public libraries are a means of fulfilling free speech values without having to invade other important interests".

chega a ser verdadeiramente um veículo de massa entre nós, porquanto tanto jornais como revistas não são de uso habitual da parcela majoritária da população.⁵¹⁸

Uma breve relato histórico sobre a imprensa no Brasil revela que este veículo de comunicação sempre foi de circulação restrita a uma pequena parcela da população e que nasceu por iniciativa oficial. Com efeito, o país não conheceu nem a universidade nem a imprensa no período colonial.⁵¹⁹ O primeiro jornal criado em solo nacional foi a Gazeta do Rio de Janeiro, em 10 de setembro de 1808, em consequência da chegada da Corte de D. João VI. Dirigido por frei Tibúrcio José da Rocha, servia apenas aos interesses da Coroa, não se preocupava com o público leitor.⁵²⁰ Por sua parte, Hipólito da Costa dirigiu e redigiu de Londres, o Correio Brasiliense, fundado por ele em 1º de junho de 1808.⁵²¹ Este jornal, que durou até à independência do país, segundo o seu fundador tinha como meta fiscalizar a Administração Pública brasileira. No entanto, apesar de seu propósito moralizador, o Correio Brasiliense não aceitava qualquer forma de participação popular nas reformas: "Ninguém deseja mais do que nós as reformas úteis, mas ninguém aborrece mais do que nós sejam essas reformas feitas pelo povo. Reconhecemos as más consequências desse modo de reformar. Desejamos as reformas, mas feitas pelo governo, e urgimos que o governo as deve fazer enquanto é tempo, para que se evite serem feitas pelo povo".⁵²²

O elitismo e a manutenção de laços íntimos com o poder parecem ser características ainda hoje da imprensa brasileira: os jornais dedicam-se ao mundo dos ricos (cotação do ouro,

⁵¹⁸ SODRÉ, Nelson Werneck - História da imprensa no Brasil, p. IX. Como nota Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes (O direito à informação e as concessões de rádio e televisão, p. 144), em decorrência do grande número de analfabetos e semi-analfabetos, a população brasileira utiliza principalmente o rádio e a televisão para se informar e não os veículos impressos ou de outra natureza.

⁵¹⁹ SODRÉ, Nelson Werneck - op. cit., p. 11.

⁵²⁰ Nelson Werneck Sodré (Idem, p. 20), descreve o que era a Gazeta do Rio de Janeiro nestes termos: "Jornal oficial, feito na imprensa oficial, nada nele constituía atrativo para o público, nem essa era a preocupação dos que o faziam, como a dos que o haviam criado".

⁵²¹ Apesar de criado três meses antes da Gazeta do Rio de Janeiro, Nelson Werneck Sodré (Idem, p. 22) considera discutível apontar o Correio Brasiliense como integrante da imprensa brasileira, menos pela circunstância de ter sido feito no exterior e mais pelo fato de ter surgido e se mantido por força de condições externas e sobretudo porque tratou todos os nossos grandes problemas "muito mais segundo as condições internacionais do que nacionais".

⁵²² Apud SODRÉ, Nelson Werneck - Idem, p. 28.

do dólar, das bolsas, a última moda em Nova York e outras matérias ligadas ao consumo) e cobrem muito mal as matérias que interessam aos cidadãos menos favorecidos economicamente (os direitos humanos, a vida sindical, o ensino e os hospitais públicos), sob o pretexto mercadológico de que *pobre não lê jornal*.⁵²³ Mesmo que, em certos episódios, a imprensa eventualmente se posicione contra agentes do governo ou contra políticos favoráveis ao *establishment*, isso não significa que ela deixou de servir ao poder, visto que suas críticas não visam à mudança ou à substituição das estruturas responsáveis pelos vícios denunciados, que geralmente se mantêm intactas.⁵²⁴ Aliás, Assis Chateaubriand, ao iniciar o seu império de comunicação em meados do século XX, claramente apontava que cabia à imprensa proclamar os grandes interesses das classes conservadoras e, desinibidamente, até mesmo exigia pagamento dessas classes por essa prestação de serviço.⁵²⁵

Uma vez dominada pelas elites financeiras e industriais,⁵²⁶ instaladas mormente no eixo Rio-São Paulo, não por acaso a imprensa se desenvolveu e se concentrou nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro. Os quatro maiores jornais do país - o *Estado de São Paulo*, a *Folha de São Paulo*, o *Jornal do Brasil* e *O Globo*, estão situados nesses Estados.⁵²⁷

5 - Os órgãos de radiodifusão sonora e de sons e imagens

A Constituição da República dedica atenção especial aos órgãos de radiodifusão sonora e de sons e imagens. As estações de rádio e televisão são consideradas serviço público

⁵²³ DIMENSTEIN, Gilberto - A imprensa e os direitos humanos : o perigo do silêncio, p. 649. Sobre os direitos humanos lembra este autor (Idem, pp. 645-646, 717) que essa temática saiu dos jornais quando acabou o regime militar, denotando uma "falta de compromisso das elites brasileiras, e da mídia, com os direitos humanos. Por exemplo, até 1990, não havia uma única reportagem sobre o assassinato de crianças no Brasil".

⁵²⁴ Nessa direção é o depoimento de Cláudio Abramo (A regra do jogo : o jornalismo e a ética do marceneiro, p. 11): "A imprensa brasileira serve ao poder porque o integra compactamente, mesmo quando, no dia-a-dia, toma posição contra o governo ou contra um ou outro poderoso".

⁵²⁵ MORAIS, Fernando - Chatô : o rei do Brasil, a vida de Assis Chateaubriand, p. 138.

⁵²⁶ LERY, Sebastião - Grandes pecados da imprensa, p. 109. De acordo com este autor (Idem, pp. 195-196, 214), desde o Brasil Colônia e Império, nas lutas contra a escravidão e até hoje, a imprensa sempre cumpriu o velho papel de *capitão do mato*, de *pistoleira das elites*.

⁵²⁷ FRANCO, Benedito Luiz - Proteção constitucional do sigilo da fonte na comunicação jornalística, p. 41.

que pode ser executado diretamente pelo Poder Público (sistema estatal), por órgãos públicos autônomos ou associações civis sem fins lucrativos (sistema público) e por empresas comerciais (sistema privado). A produção e a programação dos meios de comunicação de massa eletrônicos atenderão a vários parâmetros constitucionais, dentre os quais sobrepõe-se o respeito à pessoa humana.

5.1 - A mídia eletrônica como espécie de serviço público

A Carta Federal estabelece que "compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementariedade dos sistemas privado, público e estatal" (art. 223). Vale dizer, as emissoras de rádio e televisão constituem típicos serviços públicos privativos do Estado (CF, art. 21, XII, a).

É recorrente, na generalidade dos países, a legislação conferir ao Estado a titularidade sobre a radiodifusão sonora e de sons e imagens, admitindo tão-somente a sua execução por particulares. A *publicatio* da mídia eletrônica sempre foi justificada em razão da escassez das ondas eletromagnéticas ou hertzianas (em homenagem ao seu descobridor), usadas pelas emissoras de rádio e de televisão. No entanto, o avanço tecnológico possibilitou o surgimento de novos suportes técnicos para a transmissão de sinais, mormente por cabo e satélite. Por exemplo, a transmissão por cabo de fibra ótica não utiliza o espectro eletromagnético e permite um número quase ilimitado de canais.⁵²⁸ Por isso cumpre agora acrescentar outro fundamento para qualificar a radiodifusão como serviço público.⁵²⁹

A explicação pode ser extraída da natureza subjetiva e objetiva da liberdade de expressão e comunicação (ver *supra*, cap. II, item 3), isto é, da proeminência dessa liberdade

⁵²⁸ LLAMAZARES CALZADILLA, Ma. Cruz - op. cit., p. 162.

⁵²⁹ Consoante Judith Lichtenberg (Introduction, pp. 4-5), o argumento da escassez de meios técnicos para justificar maior controle estatal sobre a mídia eletrônica está em xeque porque, "as economists are quick to note, all resources are scarce; in this the airwaves are no exception. (The only thing that's not scarce is scarcity itself)".

tanto para o desenvolvimento da personalidade (dimensão subjetiva), como para a formação da opinião pública independente e para o adequado funcionamento do regime constitucional democrático (dimensão objetiva). Noutras palavras, o exercício da liberdade de expressão e comunicação pela mídia eletrônica deve ser delineado como serviço público porque este se afigura o regime jurídico mais apropriado para garantir que as emissoras de rádio e de televisão possam efetivamente contribuir com a consecução dos princípios básicos que fundamentam a sociedade e o Estado brasileiros, máxime quanto à preservação da dignidade da pessoa humana, da soberania popular, da cidadania, do pluralismo político (CF, art. 1º, I, II III, V), quanto a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I) e à prevalência dos direitos humanos (CF, art. art. 4º).⁵³⁰

Como menciona o transcrito art. 223, a exploração do serviço de radiodifusão de sons e imagens pode suceder pelo (i) *sistema estatal*, no qual o Estado explora diretamente as estações de rádio e televisão, (ii) pelo *sistema público*, quando o serviço de radiodifusão é explorado por órgão autônomo do Poder Executivo, normalmente uma fundação pública, com estatuto próprio, gerido por conselhos com mandatos definidos, escolhidos democraticamente, como é o caso da BBC de Londres,⁵³¹ e (iii) pelo *sistema privado*, em que a exploração da mídia eletrônica é realizada por particulares e cujo escopo maior é a obtenção de lucro.⁵³²

O sistema privado de radiodifusão é o predominante no Brasil. O sistema estatal sempre teve pouca expressão e o sistema público não foi implantado desde a sua previsão

⁵³⁰ Segundo Ma. Cruz Llamazares Calzadilla (op. cit., p. 163), o legislador espanhol fundamenta a atuação das emissoras de rádio e de televisão como serviço público nos seguintes termos: "*La radiodifusión y la televisión, configuradas como servicio público esencial, cuya titularidad corresponde al Estado, se concibe como vehículo esencial de información y participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones, así como medio capital para contribuir a que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas*".

⁵³¹ FERREIRA, Argemiro - As redes de TV e os senhores da aldeia global, p. 167. De acordo com Aluizio Ferreira (Direito à informação, direito à comunicação : direitos fundamentais na Constituição brasileira, pp. 109-110), no sistema público "a propriedade do meio pode ser estatal ou comunitária, mas sua gestão e controle ficam a cargo de comissões de cidadãos, sejam conselhos representativos de entidades culturais, religiosas e profissionais etc., subtraindo-se desse modo à influência política governamental e às determinações mercantilistas".

⁵³² LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo - op. cit., p. 221.

constitucional. Tal hegemonia do sistema comercial é estreme de dúvida responsável pelo perfil da comunicação social entre nós, caracterizada essencialmente pela oligopolização, pela ausência de pluralismo e pela dependência cada vez maior da mídia eletrônica em relação aos anunciantes.⁵³³

Com efeito, são conseqüências da referida prevalência do sistema de mercado, na radiodifusão, a concentração da propriedade das emissoras de rádio e televisão, a redução da necessária diversidade e independência da mídia eletrônica e a insuficiente exposição de informações acerca de questões públicas.⁵³⁴ Até mesmo nos Estados Unidos, onde igualmente domina o sistema do *mercado das idéias*, considera-se que o sistema de livre competição dos *media* não tem servido aos objetivos daqueles que escreveram a Constituição americana, vez que o atual modelo de comunicação de massa vigente naquele país afasta-se dos critérios madisonianos de promover suficiente discussão sobre assuntos públicos e de assegurar grande diversidade de pontos de vista. Desta forma, a concepção de *free speech laissez-faire* tem ameaçado aspirações públicas dos cidadãos e sacrificado a deliberação pública por intermédio de pressões econômicas, visto que "A obrigação dos *media* é fornecer acurada e diversa informação a respeito de assuntos públicos, não meramente responder à existente demanda econômica".⁵³⁵

Se, durante o regime militar, a sociedade civil ficou excluída da discussão sobre os temas substanciais relativos à política de comunicações,⁵³⁶ apesar de algumas mudanças previstas na Constituição Federal de 1988, o atual sistema de radiodifusão, na prática,

⁵³³ É recorrente a doutrina nacional avaliar, de maneira crítica, o sistema de comunicação social do país, considerando-o estruturalmente antidemocrático, oligárquico, voltado para a defesa dos interesses econômicos e políticos das classes privilegiadas e, dessa forma, incompatível com a dignidade da pessoa humana.

⁵³⁴ ALMEIDA, André Mendes - Mídia eletrônica : seu controle nos EUA e no Brasil, pp. 42-43.

⁵³⁵ SUNSTEIN, Cass R. - Democracy and the problem of free speech, p. 37, 59, 81, 111, 119, 251. Apesar das semelhanças entre os sistemas americano e brasileiro de radiodifusão, cumpre lembrar que aqui não existem normas jurídicas dispendo sobre *broadcast newspaper cross-ownership* nem sobre vínculo entre redes e afiliadas de TV. E como revela André Mendes de Almeida (op. cit., p. 119), "Nos EUA, o domínio da indústria pelas redes centralizadas de TV é reprimido pelo governo".

⁵³⁶ ALMEIDA, André Mendes - op. cit., p. 152.

continua obstando a participação dos diferentes setores da coletividade em seu âmbito.⁵³⁷ Por isso os meios de comunicação social no Brasil, especialmente a mídia eletrônica privada, têm servido mais à perpetuação das injustiças sociais do que ao exercício dos direitos fundamentais ou à construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.⁵³⁸

Uma alternativa ao sistema privado de radiodifusão, que provoca as distorções apontadas, e ao sistema estatal, que pode levar ao monopólio da informação pelos eventuais detentores do poder político, seria a implantação do sistema público.⁵³⁹ Sendo este configurado como um modelo de participação democrática, que garanta a autonomia individual e a igualdade de oportunidades, que revele independência perante o Estado e as determinações do mercado,⁵⁴⁰ tal sistema apresenta-se como o mais apto para assegurar o pluralismo, a objetividade e a correção da informação, e também para garantir a abertura às diversas opiniões.⁵⁴¹ Nesse sistema público democrático é evidente que as rádios e TVs livres

⁵³⁷ NUSDEO, Vera Maria de Oliveira - op. cit., p. 22. Acrescenta esta autora (Idem, p. 22): "A legislação brasileira comparada à de outros países é anacrônica, pois excessivamente centralizadora de poderes na figura do Ministério das Comunicações e do Presidente da República, os quais detêm os poderes de escolha dos concessionários, com poucas exigências a serem observadas no procedimento prévio de seleção, até os poderes de sanção, com exceção da cassação".

⁵³⁸ FERREIRA, Aluizio - op. cit., pp. 224-225. O cientista político alemão Ulrich Beck (apud Eric Hobsbawm - *On the edge of the new century*, p. 69) tem referido ao "*jubilant public suicide committed by politicians who exalt the market*". Por sua vez, Erich Hobsbawm (Idem, ibidem) adverte que a ideologia do mercado ou o chamado *free-market fundamentalism* não se confunde com o fenômeno da globalização, que é indubitavelmente irreversível, e se o livre mercado no capitalismo produz maior taxa de crescimento do que qualquer outro sistema, no entanto é questionável na distribuição da riqueza.

⁵³⁹ Conforme visto, na realidade o texto constitucional consagra o princípio da complementariedade dos sistemas privado, público e estatal para a mídia eletrônica (art. 223, *caput*) que, se implantado, já seria um avanço, em vista a situação atual de completo domínio do sistema comercial sobre os demais.

⁵⁴⁰ Modesto Saavedra López (*La libertad de expresión en el estado de derecho : entre la utopia y la realidad*, pp. 140-146), propõe um *modelo democrático-participativo de radiotelevisión* como alternativa aos sistemas comercial e estatal. Este modelo (que eliminaria o afã de lucro e toda forma de comercialização de mensagens publicitárias, assim como a tendência à concentração da propriedade) embora conte com a participação ativa das rádios livres, seria composto principalmente por grandes instituições de comunicação de massa. Estas, entretanto, "*no queden sometidas ni integradas a un solo tipo de intereses, y reflejen la variedad social existente, permitiendo el acceso al máximo posible de interesados y dirimiendo los inevitables conflictos de manera abierta y democrática*".

⁵⁴¹ O sistema público de radiodifusão existente na Holanda afigura-se um paradigma. Conforme Roberto Zaccaria (op. cit., pp. 690-695), o modelo holandês caracteriza-se pela participação de associações políticas ou confessionais como sujeitos emitentes, cabendo apenas ao Estado, por meio de um órgão público (N.O.S. - *Nederlandse Omroepprogramma Stichting*) a função de coordenação do sistema. Assim, "*favori: z 'l'accesso del maggior numero di correnti religiose, politiche e filosofiche all'attività di diffusione televisiva*" constitui o princípio fundamental desse modelo. Historicamente este princípio tem-se concretizado por intermédio de associações privadas culturais e religiosas, sem fins lucrativos, embora, a partir de 1989, tenha se introduzido a televisão comercial para as transmissões a cabo e via satélite. Porém a televisão aberta continua inteiramente

ou comunitárias possuem um papel destacado, entretanto elas complementam e não substituem outros meios de maior alcance informativo. Portanto, o que caracteriza esse modelo é o controle democrático com relação a estes últimos.⁵⁴²

No Brasil, mudança significativa prevista pela Carta Magna foi o envolvimento do Congresso Nacional na concessão (contrato administrativo) ou na permissão (ato administrativo) de rádio e televisão (art. 223, § 1º). Tais medidas eram de competência exclusiva do Poder Executivo e foram largamente utilizadas por ele como barganha política.⁵⁴³ Basta evocar que o presidente José Sarney assinou 1.028 concessões de rádio e televisão para garantir o mandato de cinco anos⁵⁴⁴ e o presidente Itamar Franco outorgou 349 concessões de rádio nos seus últimos cinco dias de governo.⁵⁴⁵ Aliás, a *bancada eletrônica* no Congresso Nacional é bastante expressiva. Já foi estimado, há pouco anos, que algo em torno de 137 parlamentares federais controlavam emissoras de rádio e televisão e jornais em todo o país.⁵⁴⁶ Por isso, na maior parte dos Estados brasileiros, o poder político encontra-se baseado no controle dos meios de comunicação social, notadamente da radiodifusão de sonora e de

regida pelo sistema público e é atualmente explorada por oito associações: AVRO, TROS, VOO-VERONICA (independentes); KRO (Católica); NCRV, EO, VPRO (protestantes); VARA (socialista). Fábio Konder Comparato (Tocando no ponto nevrálgico : a democratização da informação e da comunicação social, p. 54), a respeito do sistema público de radiodifusão holandês, pontifica: "A Holanda constitui, pois, uma clara demonstração de que é possível organizar o sistema de meios de comunicação social de modo eficaz e democrático; não em função de pretensas razões de Estado, confundidas praticamente com as prerrogativas de políticos e empresários, ou de políticos-empresários, como ocorre entre nós".

⁵⁴² Cass R. Sunstein (op.c it., pp. 77-81) revela que várias nações vêm rejeitando o pensamento de mercado como suficiente para garantir uma comunicação social democrática: "*German Constitutional Court has understood its own free speech guarantee to require democratic principles and to repudiate marketplace thinking*"; "*The Italian Court has reached broadly similar conclusions... It appears to have rejected the view that market competition is sufficient to promote the goals of a system of free expression*"; "*In Denmark, Sweden, and Norway, there is no advertising on television, and a major emphasis is placed on informational and educational programming*"; "*Many countries, including Austria, Italy, and Switzerland, attempt to ensure that morning broadcast contain educational programs. They also limit the dependence of broadcasters on advertising revenue*"; "*Canada, England, France, Australia, New Zealand, and Belgium - have tried to reduce the level of violence on television*".

⁵⁴³ Como expõe Paulo Lopo Saraiva (op. cit., p. 409), "A concessão de canais de rádio AM e FM e de emissora de televisão, até a Constituição de 1988, era verdadeira benesse que o Presidente da República conferia aos seus apaniguados".

⁵⁴⁴ PEREIRA, Moacir - O direito à informação na nova lei de imprensa, p. 124.

⁵⁴⁵ PINHEIRO, Paulo Sérgio - O passado não está morto : nem passado é ainda, p. 249.

⁵⁴⁶ PEREIRA, Moacir - op. cit., p. 124.

sons e imagens, tipificando o denominado *coronelismo eletrônico*,⁵⁴⁷ isto é, o controle da mídia eletrônica por políticos, normalmente obtido por meio de concessão negociada politicamente.

No que diz respeito aos canais de televisão, principal meio de comunicação social utilizado pelos brasileiros, em consequência sobretudo do elevado índice de analfabetismo e semi-analfabetismo, que afasta boa parte da população dos veículos escritos, a realidade é de um virtual oligopólio, visto que há sete grupos privados que cobrem praticamente 70% dos televisores em todo o país.⁵⁴⁸ Assim, a libertação da televisão deve ser a primeira e essencial tarefa para tornar o sistema de comunicação social democrático e pluralista entre nós.⁵⁴⁹

Um passo em direção à democratização da concessão e da permissão de rádio e televisão seria a participação de organizações não governamentais nos processos de outorga ou renovação desses meios⁵⁵⁰ e o estabelecimento de critérios para essa outorga como a preferência pela proposta que esteja efetivamente comprometida com as questões locais, culturais e educativas (especialmente demonstrando que tem compromisso com uma programação educacional adequada para crianças e adolescentes) e por aquela que promova o acesso à propriedade prioritariamente para minorias e outros grupos sociais importantes.⁵⁵¹

⁵⁴⁷ PINHEIRO, Paulo Sérgio - op. cit., p. 14.

⁵⁴⁸ PINHEIRO, Paulo Sérgio - Idem, p. 15. Jon Elster (introdução, p. 16) expõe que "*It has been widely argued that an egalitarian distribution of property is a condition for the effective exercise of democratic political rights*".

⁵⁴⁹ Evoca Paulo Lopo Saraiva (op. cit., p. 414) que "desde a XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada em Foz do Iguaçu/PR, em 1994, os cientistas políticos e juristas têm-se preocupado com o colonialismo das televisões e rádios no Brasil, pugnando por uma libertação desses meios".

⁵⁵⁰ André Mendes de Almeida (op. cit., p. 75) relata que nos Estados Unidos verifica-se a participação de grupos de cidadãos no processo de outorga ou renovação de licenças para a mídia eletrônica por intermédio das denominadas *Petitions to Deny*.

⁵⁵¹ Cass R. Sunstein (op. cit., p. 87) comenta que "*it is notable that the American government already grants licenses to broadcasters on the basis of certain enumerated criteria, including attention to local issues and minority ownership*".

5.2 - Princípios constitucionais relativos à programação das emissoras de rádio e televisão

Diz a Constituição que a "produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família" (art. 221). Nesta matéria, entretanto, há enorme distância entre a vontade constitucional e a realidade.⁵⁵²

Evidentemente os cânones constitucionais enunciados para a programação dos veículos de comunicação de massa eletrônicos, que praticamente alcançam todos os lares brasileiros, tencionam reduzir o controle da programação pelos anunciantes, evitar o sensacionalismo, o mau gosto e os excessos ditados pelas leis do mercado e, sobretudo, a falta de respeito à pessoa humana e à família.⁵⁵³ Mas a programação nacional das emissoras de televisão está provocando conseqüências terríveis para a nação: afronta a inteligência das pessoas, é obtusa e superficial. Este é um país em que a transmissão de programas do tipo *ópio do povo* consegue audiência maior do que a circulação diária de todos os jornais.⁵⁵⁴ A

⁵⁵² Ives Gandra da Silva (Direitos e deveres no mundo da comunicação - da comunicação clássica à eletrônica, p. 72) considera especialmente o inciso IV do art. 221 o mais violentado dispositivo da Constituição e acrescenta: "Diariamente, hora a hora, em quase todas as emissoras de televisão em todas as regiões do país, os valores éticos e sociais da pessoa e da família são denegados por uma programação deletéria, que corrói, vilipêndia, desagrega, esfacela, desestrutura todos os esforços que pais e educadores não contaminados fazem para dar um conteúdo ético à pessoa e à família, que é a célula fundamental da sociedade".

⁵⁵³ Cláudia Ridolfi (Persona e mass media : la tutela della persona nelle trasmissioni televisive tra autonomia contrattuale e diritti fondamentali, p. IX) aduz que intelectuais, jornalistas e juristas consideram inaceitável na televisão "*la spettacolarizzazione della realtà con cadute di gusto, gli eccessi e le deformazioni, la mancanza di rispetto per le persone e per la loro sfera di riservatezza*".

⁵⁵⁴ ARNT, Ricardo - A desordem do mundo e a ordem do jornal, pp. 174-175.

divulgação de *faits-divers* no lugar de transmissão de informações de transcendência pública, constitui prática recorrente da maior rede de televisão do país.⁵⁵⁵

Porém é o público infanto-juvenil a vítima maior da má qualidade da programação da televisão brasileira. Os abusos atinentes à violência e ao sexo são notórios e talvez não encontrem similares em nenhum outro lugar do mundo. A liberdade total na televisão deve ser reservada a horários noturnos e a sistemas codificados que não permitam o acesso de crianças e adolescentes.⁵⁵⁶ Assim, o Brasil está pagando milhões de dólares para liquidar a sua juventude, expondo-a a programação que não transmite valores éticos apropriados a pessoas em fase de amadurecimento da personalidade.⁵⁵⁷

Estratégias para melhorar a qualidade da programação das emissoras de televisão, adotadas por meio de legislação densificadora dos princípios constitucionais aludidos, seriam:

(i) acordo entre as emissoras para reduzir a violência na televisão não deve ser julgado contrário à livre concorrência mas incentivado legalmente; (ii) cobrança de taxa para anunciar em jornal ou TV e usá-la para financiar programação com finalidades educativas ou culturais; (iii) incentivo fiscal ou financiamento público para a produção de programas educativos dirigidos às crianças; (iv) estabelecimento de critérios para o controle da propaganda comercial nos horários da programação infantil; (v) sagração legal dos direitos do telespectador.⁵⁵⁸

⁵⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder - Tocando no ponto nevrálgico : a democratização da informação e da comunicação social, p. 52. Relata este autor (Idem, pp. 52-53) que no dia do comício pelas eleições diretas para Presidente da República, organizado pelas oposições em Brasília, a maior rede de televisão brasileira substituiu essa notícia pelos seguintes fatos: "as trapaças usadas por um caboclo para a venda de pintinhos coloridos; as conversas entretidas por uma menina com golfinho nos Estados Unidos; as desventuras de um dom-juan árabe, que sofreu amputação de parte da língua pela mordida de uma brasileira, em Innsbruck".

⁵⁵⁶ Nesse sentido, Moacir Pereira - op. cit., p. 133.

⁵⁵⁷ João Féder (Crimes da comunicação social, p. 59) menciona que, em outubro de 1977, um Ministro de Estado brasileiro, fez o seguinte depoimento: "O Brasil está pagando, a cada ano, milhões de dólares para liquidar a sua juventude. A cada 100 horas de programações vendidas ao nosso País, o espectador assiste, em média, a 12 assassinios, 21 fuzilamentos, 20 acidentes com armas de fogo, 20 lutas, 9 facadas, 6 tentativas de suicídios, 4 quedas, 9 incêndios, 2 atropelamentos, 6 batidas propositadas, 2 linchamentos, 1 explosão, 9 chantagens e 32 ameaças veladas".

⁵⁵⁸ As quatro primeiras sugestões foram extraídas principalmente de Cass R. Sunstein (op. cit., pp. 83-87). Com relação à última, Eugênio Bucci (apud Gilberto Haddad Jabur - op. cit., p. 200) propõe o seguinte rol

Convém ressaltar que a defesa dos princípios constitucionais referentes à programação de rádio e televisão constitui interesse difuso e coletivo tutelado por inquérito civil e ação civil pública e, portanto, função institucional do Ministério Público (CF, art. 129, II, III).⁵⁵⁹

6 - Conselho de Comunicação Social

O Estatuto fundamental estipulou, sob reserva de lei, a instituição de um Conselho de Comunicação Social com a finalidade de auxiliar o Congresso Nacional na supervisão do sistema de comunicação de massa (art. 224).

A despeito da subordinação do referido Conselho ao Congresso Nacional, discrepando do ideal de estruturar um órgão administrativo com autonomia ante o Executivo e o Legislativo, a previsão constitucional poderia ser considerada um avanço, na medida em que sinalizasse para a perspectiva de estabelecimento de um ente administrativo independente encarregado de normatizar e velar pelas pautas de comportamento dos veículos de comunicação de massa, como tem sido a tendência nas legislações democráticas.⁵⁶⁰ No

de direitos para o telespectador: "1. Ser informado de modo independente, recebendo os dados necessários para que forme sua própria opinião; 2. Estar protegido do sensacionalismo que potencializa a violência e a criminalidade; 3. Ser respeitado em sua condição religiosa, sexual, étnica, ideológica ou de nacionalidade; 4. Escolher o que entra ou não entra na TV de sua própria casa; 5. Ter uma alternativa às redes nacionais obrigatórias; 6. Ter acesso a bancos de imagem com a memória da TV brasileira; 7. Telefonar, mandar faxes, cartas ou e-mails para as emissoras - e para os anunciantes -, ser bem atendido e obter respostas satisfatórias; 8. Defender-se; 9. Criar grupos ou associações (permanentes ou transitórias) para protestar e se fazer ouvir; e 10. Assinar e controlar um termo de compromisso com os que exploram as concessões".

⁵⁵⁹ Em termos aproximados ROCHA, José Carlos - *A informação e a comunicação na perspectiva constitucional*, p. 85.

⁵⁶⁰ Por exemplo, em Portugal a Constituição consagrou a *Alta Autoridade para a Comunicação Social* como órgão independente e responsável pela manutenção da autonomia dos *media* ante o poder político e o poder econômico, bem como pela possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião (art. 39); na Itália a legislação criou a *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, com competência para fiscalizar a infraestrutura, os serviços e os produtos (conteúdo da programação) dos veículos de comunicação, além dotá-la de poderes antitrustes; na França instituiu-se o *Conseil Superior de Audiovisuel* com a incumbência de fiscalizar a atividade de radiodifusão, controlar as normas em matéria de publicidade, além de dispor de poderes consultivos na elaboração de normas técnicas para o sistema de comunicação; na Inglaterra foi organizado o *Independent Television Commission*, ente público que concede e revoga as licenças para os operadores privados de radiodifusão, controla a qualidade das transmissões e assegura *fair and effective competition* na oferta de serviços pela mídia eletrônica; na Holanda foi estruturada a *Comissão para os media* (Commissariaat voor de Media), considerada um modelo de autoridade administrativa independente, que tem essencialmente como competência a vigilância e o controle das normas que regulam o setor de radiodifusão, bem como poderes sancionadores; nos Estados Unidos existe a *Federal Communication Commission*, uma *independent regulatory agency*, com funções administrativas, reguladoras, sancionadoras, jurisdicionais e investigadoras, no âmbito da comunicação social.

entanto, com a regulamentação infraconstitucional da matéria veio o desapontamento. A lei não assegurou independência ao Conselho de Comunicação Social, não lhe conferiu funções deliberativas nem descentralizou as competências hoje enfeixadas no Ministério das Comunicações e na Presidência da República.⁵⁶¹ Chancelou-se, dessa forma, a inutilidade do referido órgão.

Ainda que a democratização dos meios de comunicação de massa não se faça somente com a instituição de órgão administrativo autônomo para regular e fiscalizar o sistema de comunicação social, a instauração de tal órgão é um passo significativo. Basta evocar que a existência de uma instituição dessa natureza, com atribuição para outorgar concessões e permissões de serviço de radiodifusão (substituindo o atual mecanismo que tem favorecido a barganha política entre o Presidente da República e os parlamentares) e igualmente incumbida de fiscalizar o cumprimento dos princípios constitucionais atinentes à programação das emissoras de rádio e televisão,⁵⁶² já possibilitaria um outro perfil para a comunicação social no Brasil.

7 - Direitos fundamentais de acesso aos meios de comunicação social

Tendo em vista a crescente concentração nas mãos de poucas pessoas e o seu protagonismo na mediação diária da realidade, passa a ter subida importância o reconhecimento, senão a todo cidadão, pelo menos às organizações mais expressivas da sociedade civil, do direito de acesso aos meios de comunicação de massa.⁵⁶³ Há até mesmo

⁵⁶¹ O Conselho de Comunicação Social foi instituído pela Lei n. 8.389, de 30 de dezembro de 1991. Este diploma legal restringe as funções do órgão instituído à esfera consultiva, atribuindo-lhe "a realização de estudos, pareceres, recomendações e outras solicitações que lhe forem encaminhadas pelo Congresso Nacional" (art. 2º).

⁵⁶² COMPARATO, Fábio Konder - A democratização dos meios de comunicação de massa, pp. 164-165.

⁵⁶³ COMPARATO, Fábio Konder - É possível democratizar a televisão?, p. 306.

quem propugne, em razão dos dois aspectos acima mencionados, que esses meios devam ser de uso comum a todos e não bens suscetíveis de propriedade particular.⁵⁶⁴

O direito de acesso aos meios de comunicação social em epígrafe não se confunde com o direito fundamental de acesso à informação. Este, conforme já examinado (ver *supra*, cap. IV, item 3.2), alude ao acesso às fontes das notícias e não aos próprios veículos de comunicação e, embora reconhecido a todos os cidadãos (CF, art. 5º, XIV), é utilizado sobretudo pelos profissionais da comunicação, uma vez que, sem o amplo acesso às fontes informativas públicas e privadas, os meios de comunicação de massa terão seriamente prejudicadas as suas atividades. O direito de acesso aos meios de comunicação social, por sua vez, diz respeito à possibilidade dos cidadãos em geral utilizarem os veículos de comunicação social existentes para transmitir suas opiniões ou comunicar notícias de transcendência pública. Por isso aqueles que estão preocupados com a defesa do direito de propriedade das empresas de comunicação geralmente manifestam-se contrários à consagração de direitos de acesso aos *mass media*,⁵⁶⁵ apesar destes direitos visarem não ao controle, mas tão-somente à faculdade de exercer a liberdade de expressão e comunicação por meio dos veículos de comunicação social.⁵⁶⁶

A Constituição Federal de 1988 prevê, como direitos fundamentais de acesso aos *media*, o direito de resposta (art. 5º, V) e o direito de acesso dos partidos políticos ao rádio e à televisão (art. 17, § 3º). Nesta matéria, porém, a Lei máxima brasileira ficou aquém de outros textos constitucionais. Por exemplo, a Constituição espanhola garante aos grupos sociais e políticos significativos o acesso aos meios de comunicação social dependentes do Estado ou

⁵⁶⁴ COMPARATO, Fábio Konder - A democratização dos meios de comunicação de massa, p. 158.

⁵⁶⁵ Anota Judith Lichtenberg (Introduction, p. 20): "*Often, however, we find a neat coincidence, between people's philosophical or ideological views and their beliefs about how the world works: Those who believe in rights of access find that policies intended to promote diversity, like the fairness doctrine, work; those concerned with the property rights of media owners happen to think that such policies don't work*".

⁵⁶⁶ LLAMAZARES CALZADILLA, Ma. Cruz - Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático, p. 192.

de qualquer entidade pública (art. 20.3).⁵⁶⁷ E a Constituição portuguesa assegura, aos partidos políticos e às organizações sindicais, profissionais e representativas das atividades econômicas, o direito de antena no serviço público de rádio e televisão; garante aos partidos de oposição o direito de resposta e de réplica política às declarações do Governo, de duração e relevo iguais aos dos tempos de antena e das declarações do Governo; e ainda proclama que, nos períodos eleitorais, os concorrentes têm direito a regular e eqüitativo acesso às emissoras de rádio e televisão de âmbito nacional e regional (art. 40).⁵⁶⁸

Na Itália o direito de acesso aos órgãos de comunicação de massa é considerado implícito à Constituição e está disciplinado em legislação ordinária, que o reconhece aos partidos políticos com representação no Parlamento, aos sindicatos, às associações autônomas locais, às confissões religiosas, aos movimentos políticos, às minorias étnicas e aos grupos de relevante interesse social.⁵⁶⁹

Como se observa, à exceção do direito de resposta, que será a seguir examinado, a figura subjetiva em questão é concebida como um direito pertencente à categoria dos interesses difusos e coletivos, cuja titularidade está excluída do cidadão isoladamente. Ou seja, os entes sujeitos do direito de acesso aos meios de comunicação têm comumente caráter associativo e natureza supra-individual, não havendo previsão da fruição deste direito pelo indivíduo em si, conquanto nada impeça que isso possa ser feito.⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ O conceito de direito fundamental de acesso aos *media* com fulcro na Constituição espanhola é formulado nestes termos por Ma. Cruz Llamazares Calzadilla (op. cit., pp. 192-193): "*la facultad reconocida a los 'grupos sociales y políticos significativos' de utilizar los medios de comunicación de titularidad pública para , en el ejercicio de sus libertades de expresión e información, transmitir y difundir sus ideas y doctrinas*".

⁵⁶⁸ Examinando o referido dispositivo da Constituição portuguesa, comenta Vital Moreira (O direito de resposta na comunicação social, p. 171): "A Constituição prevê e a lei regula um direito de acesso obrigatório e gratuito às estações de rádio e televisão por parte dos partidos políticos e das organizações econômicas e sociais. É aquilo que entre nós se designa como direito de antena. Na verdade, há *três modalidades* de direito de antena previstas em cada um dos três números do art. 40º da CRP: - direito de antena geral dos partidos e outras organizações; - direito de antena específico do Governo e dos partidos de oposição; direito de antena dos períodos eleitorais, aberto aos concorrentes".

⁵⁶⁹ UCCELLA, Fulvio - Il diritto all'accesso tra dottrina e giurisprudenza : una difficile tematica, p. 267.

⁵⁷⁰ UCCELLA, Fulvio - Idem, pp. 270-271.

Vale mencionar que as seções de cartas de leitores e a participação informativa por meio de telefone aberto nas emissoras de rádio e televisão são instrumentos insuficientes para garantir o direito de acesso aos *media*, porque são proporcionalmente insignificantes no conjunto da comunicação social, servindo apenas para decorar e não para concretizar uma efetiva participação dos cidadãos na atividade das organizações de comunicação.⁵⁷¹

Do ponto de vista estrutural, o direito de acesso aos veículos de comunicação social apresenta-se como um direito fundamental à prestação. Como já visto, essa classe de direitos reclama uma ação positiva de seus destinatários, ao contrário dos direitos de defesa, que exigem uma ação negativa para sua consecução (ver *supra*, cap. I, item 2). Tal caráter positivo explica por que aquele direito é exigido na comunicação realizada por intermédio de um *medium* e se afigura prescindível na comunicação direta, face a face (para a concretização desta basta que não haja oferecimento de obstáculos injustificáveis por parte de terceiros).⁵⁷² Destarte, o direito em foco é mais uma evidência de que a realização da liberdade de expressão e comunicação, na era contemporânea, não depende unicamente da abstenção do Estado de impor obstáculos injustificáveis, como inicialmente pensavam os liberais. Ela também necessita da ação ativa do Estado com o desiderato de prover os cidadãos dos meios eficazes para se comunicarem numa sociedade de massas. Em suma, é necessário articular a liberdade negativa com a liberdade positiva.⁵⁷³

Por seu turno, é plausível catalogar o direito de grupos sociais expressivos da vida econômica, cultural e política de utilizarem órgãos de comunicação de massa, juntamente com a manutenção de uma estrutura pluralista destes veículos, como instrumentos de combate ao monopólio e oligopólio em sede de comunicação social.⁵⁷⁴

⁵⁷¹ FASANO, Federico - Las dos caras de la censura, p. 132.

⁵⁷² KELLEY, David; DONWAY, Roger - Liberalism and free speech, p. 75.

⁵⁷³ CORNU, Daniel - Ética da informação, p. 165.

⁵⁷⁴ SOUSA, Nuno e - op. cit., pp. 38-39.

De acordo com o até agora afirmado, pode-se apontar, dessarte, como falha na democracia brasileira, além do domínio dos principais meios de comunicação social pela classe dominante, também a configuração de um limitado direito de acesso aos meios de comunicação social em funcionamento no país, porquanto somente o direito de resposta e o direito de antena aos partidos políticos, reconhecidos pela ordem constitucional em vigor, podem ser caracterizados como direitos de acesso àqueles meios.

7.1 - Direito de resposta

A Constituição Federal em vigor assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo (art. 5º, V). Mas este é um direito tradicional entre nós. Foi introduzido no direito brasileiro pela Lei Adolfo Gordo (Lei n. 4.743, de 31 de outubro de 1923, art. 16) e, desde então, tem sido consagrado pela legislação posterior, especialmente em sede constitucional.

Conquanto previsto no capítulo da Constituição que trata dos *direitos individuais e coletivos*, isto é, dos direitos que visam sobretudo a defender o cidadão de eventuais arbitrariedades do Estado (*status negativus* ou *libertatis*), o direito de resposta constitui, na realidade, um direito fundamental à prestação (*status positivus*), na medida em que exige uma prestação de terceiro (a publicação ou a transmissão da resposta) e só eventualmente tem como sujeito passivo o Poder Público, porquanto a maioria dos órgãos de comunicação de massa no Brasil está em poder de particulares. Vale dizer, ao revés de uma obrigação de *non facere*, cumpre ao Estado e às entidades privadas de comunicação uma ação positiva de *facere* para a consecução do direito de resposta.⁵⁷⁵

Do cotejo entre o texto constitucional e o disposto na legislação infraconstitucional vigente (Lei n. 5.250/67, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de

⁵⁷⁵ Segundo Vital Moreira (O direito de resposta na comunicação social, p. 73), o direito de resposta apresenta duas peculiaridades em relação às liberdades clássicas pensadas pelos liberais para defender o cidadão contra a intervenção estatal: "Por um lado, o direito de resposta é um *direito positivo*, ou seja, um direito a que corresponde uma prestação de terceiro (que é a publicação do texto); por outro lado, os sujeitos passivos só por acaso são autoridades públicas, visto que a generalidade dos meios de comunicação social são privados" (Grifado na fonte).

informações, art. 29), vislumbra-se que o direito de resposta no sistema jurídico nacional consiste no reconhecimento a toda pessoa natural ou jurídica, a todo órgão ou entidade públicos, acusados ou ofendidos pela divulgação de fato inverídico ou errôneo, realizada por órgão de comunicação social, da faculdade de fazer publicar ou transmitir nesse mesmo órgão, gratuitamente, uma resposta ou retificação proporcional à ofensa ou à acusação veiculada. Visto por outro ângulo, ele caracteriza-se pelo dever de todo meio de comunicação de massa difundir, no prazo e nas condições fixados em lei, a resposta ou a retificação de pessoa física ou jurídica vítima de notícia falsa ou errônea divulgada pelo *medium*.⁵⁷⁶

Assim, para o exercício do direito de resposta, são necessárias três condições: (i) que a informação difundida pelo meio de comunicação social seja inverídica ou errônea, (ii) que diga respeito ao titular do direito de resposta e (iii) que contenha uma acusação ou ofensa a este.

Como se vê, não cabe direito de resposta quando se trata de uma opinião. Neste particular, o direito de resposta, entre nós, afasta-se do sistema francês, do qual se originou, que permite tanto a contraposição de versões de fato (*fato contra fato*) como de opiniões e juízos de valor (*opinião contra opinião*).⁵⁷⁷ Vale dizer, o *droit de réponse* na França visa não só a corrigir uma notícia errônea (retificação), mas também a repelir ataques provenientes de opiniões ou juízos de valor (*réplica*).⁵⁷⁸

⁵⁷⁶ Em termos semelhantes é o conceito de direito de resposta formulado por Vital Moreira (op. cit., p. 10). Igualmente Anís José Leão (Sobre o projeto de lei de imprensa, p. 280) define o direito de resposta como "a faculdade que a lei dá ao interessado, de corrigir uma publicação ou transmissão errônea ou ofensiva, que contra ele foi divulgada pelos veículos de comunicação, como jornal, periódico, emissora de rádio e televisão, cinema, agência de notícias". Por seu turno, Porfirio Barroso Asenjo e María de Mar López Talavera (La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales, p. 226) transcrevem a definição legal do direito de resposta na Espanha, que é bastante similar à configuração jurídica deste direito entre nós: "*Toda persona natural o jurídica tiene derecho a rectificar la información difundida por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludam, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio.*" (Lei Orgânica n. 2, de 26 de março de 1984, art. 1º).

⁵⁷⁷ MOREIRA, Vital - op. cit., p. 17; MIRANDA, Darcy Arruda - Comentários à lei de imprensa, v. 2, p. 523.

⁵⁷⁸ O modelo francês é o adotado por Portugal, que consagra o direito de resposta tanto para contraditar fatos como opiniões. Já os sistemas alemão, italiano e espanhol só permitem a resposta referente a fatos.

As condições supramencionadas decerto são responsáveis pela declaração que reputa a conformação jurídica do direito de resposta bastante estreita, visto que ele se cinge a retificar notícia causadora de dano material ou moral à pessoa.⁵⁷⁹ Daí a sugestão para estendê-lo à defesa de bens coletivos ou sociais, ou seja, para proteção dos interesses difusos.⁵⁸⁰ No entanto, mesmo com a sua atual configuração, o direito de resposta é considerado ainda uma quimera entre nós, porquanto sequer os donos dos meios de comunicação social e os profissionais que neles trabalham acatam os pedidos de retificação das pessoas ofendidas ou vítimas de erros em notícias divulgadas.⁵⁸¹

De fato, a posição jurídica em tela é um *direito potestativo*, de caráter extrajudicial, exercido diretamente pelo interessado perante órgão de comunicação, sem prévia autorização judicial. Porém, se o pedido de resposta não for atendido, o ofendido poderá reclamar judicialmente a sua publicação ou transmissão.

Como determina a norma constitucional, o direito de resposta tem que ser proporcional ao agravo (*princípio da igualdade de armas*). Isto significa que a resposta, para ser eficaz, deve possuir a mesma equivalência ou igual relevo da informação que a motivou (*princípio da equivalência*). Todavia, a igualdade de armas ou a equivalência entre o meio de comunicação de massa e o ofendido não quer dizer *dente por dente* ou que a pessoa agredida passe a ser ofensor, respondendo com calúnia, difamação ou injúria.⁵⁸²

⁵⁷⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de - op. cit., p. 100.

⁵⁸⁰ COMPARATO, Fábio Konder - A democratização dos meios de comunicação de massa, p. 165. Propõe este autor (Idem, p. 167) que a legitimidade para o exercício do direito de resposta coletivo "deveria caber, analogamente ao previsto no chamado Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 1990): 1) ao Ministério Público; 2) a órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que despidos de personalidade jurídica, quando especificamente criados para a defesa de interesses difusos ou coletivos; 3) a organizações não-governamentais, existentes sob a forma de associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre suas finalidades estatutárias a defesa desses interesses".

⁵⁸¹ LEÃO, Anis José - op. cit., 280.

⁵⁸² Pondera Vital Moreira (op. cit., p. 41) que "uma notícia ofensiva não pode legitimar uma resposta ofensiva. A resposta não pode, por exemplo, infringir a lei penal, mesmo que o texto que a motiva o tivesse feito. Mas uma notícia rude não pode exigir uma resposta cortês".

O direito de resposta, conforme delineado, não se coaduna com a concepção que o considera uma restrição à liberdade de comunicação social, como às vezes difunde a doutrina.⁵⁸³ Os afetados, *ipso facto* pela figura subjetiva em tela são a liberdade de gestão e o uso do meio de comunicação de massa e não a liberdade dos profissionais da comunicação ou dos responsáveis pelos *media* de escreverem, publicarem e transmitirem o que quiserem. Na verdade, ele é um meio para tornar efetivo o exercício da liberdade de comunicação social por parte do cidadão comum e a sua plurifuncionalidade revela que o direito de resposta mais complementa do que limita a liberdade de comunicação social.⁵⁸⁴

Com efeito, uma função primordial do direito de resposta é defender os direitos personalíssimos (principalmente a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem) afetados por notícia errônea ou falsa difundida pelo veículo de comunicação. Neste primeiro aspecto, ele proporciona o equilíbrio entre a liberdade de comunicação social e a dignidade da pessoa humana. Em segundo lugar, o direito de resposta propicia ao seu titular o acesso às instituições de comunicação social e, dessa forma, permite-lhes participar da formação da opinião pública, embora esse ingresso seja limitado aos casos em que o interessado desminta ou corrija notícias errôneas difundidas a seu respeito. Ele não serve, por exemplo, para o cidadão transmitir, por intermédio de um órgão de comunicação, uma informação omitida ou para retificar um fato inverídico não relacionado aos seus direitos e interesses pessoais, nos termos de um direito geral de acesso aos *media*. Em terceiro lugar, o exercício do direito de resposta contribui para o pluralismo e o contraditório na comunicação social. Ele permite o confronto de versões e de pontos de vista quando garante ao seu titular a faculdade de vir a público expor *his side of the story* ou a sua versão dos fatos. Por último, sendo o direito de resposta um instrumento para desmentir, corrigir ou esclarecer notícias errôneas, é evidente

⁵⁸³ Por exemplo, FRANCO, Benedito Luiz - Proteção constitucional do sigilo da fonte na comunicação jornalística, p. 107.

⁵⁸⁴ LLAMAZARES CALZADILLA, Ma. Cruz - op. cit., p. 183; CARMONA SALGADO, Concepcion - Libertad de expresión e información y sus limites, pp. 260-261; ÁNGEL EKMEKDJIAN, Miguel - op. cit., p. 99.

que ele também constitui uma garantia para a objetividade e a veracidade da informação, isto é, uma proteção do critério interno da verdade aplicado à liberdade de comunicação (ver *supra*, cap. II, item 6).⁵⁸⁵

A atual Lei de imprensa prevê ainda o direito de pedir explicações, isto é, quem se julgar ofendido na sua honra por alusões ou frases poderá notificar judicialmente o responsável, para que as explique no prazo de 48 horas (art. 25).

Convém mencionar que o direito de resposta não é reconhecido pela generalidade dos documentos internacionais sobre direitos humanos. A exceção é a Convenção Americana dos Direitos Humanos, que o proclama nestes termos: "Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral tem direito de fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei". Entretanto, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa recomendou aos Estados- membros, por meio de Resolução, a adoção de "regras mínimas relativas ao direito de resposta na imprensa, no rádio e na televisão e noutros meios de comunicação de caráter periódico".⁵⁸⁶

⁵⁸⁵ MOREIRA, Vital - op. cit., p. 24-33. Conquanto descreva as funções referidas do direito de resposta, este autor considera que elas são tipicamente duas: a defesa dos direitos personalíssimos e a promoção do contraditório e do pluralismo da comunicação social. Por sua vez, Helena Moniz (Direito de resposta : limite à liberdade de imprensa ou protecção do consumidor?, p. 310) defende a tese de que o direito de resposta é um meio de protecção do consumidor-leitor: "O direito de resposta constituindo um meio contra os factos lesivos de um direito fundamental, de um direito de personalidade, do direito à honra, do direito ao bom nome e reputação, do direito à reserva da intimidade da vida privada é uma forma de protecção do consumidor-leitor, pois de forma indirecta preserva e assegura a veracidade da informação".

⁵⁸⁶ Apud MOREIRA, Vital - op. cit., p. 59.

7.2 - Direito de antena dos partidos políticos

O direito de antena dos partidos políticos está albergado na Carta Federal por intermédio da norma que contempla os partidos políticos com o acesso regular e gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei (art. 17, § 3º).⁵⁸⁷

O direito em exame é uma forma importante de concretização do princípio fundamental do pluralismo político (Constituição Federal, art. 1º, V). De um lado, ele possibilita às diversas correntes políticas, organizadas em partidos, divulgarem para toda a sociedade - em razão do extraordinário alcance dos órgãos de comunicação de massa - as suas idéias e opiniões sobre os problemas econômicos, sociais e políticos, bem como as propostas para solucioná-los. De outro, ele pode contribuir, se bem configurado juridicamente, para a cultura política dos cidadãos,⁵⁸⁸ porque estimula o debate público entre as concepções políticas existentes, o que é essencial para uma efetiva compreensão quanto às reais alternativas políticas e, em consequência, os cidadãos estarão mais aptos a participarem da vida social e a melhor realizarem as suas opções políticas. Por isso a expansão do direito de antena, não só para os partidos políticos, mas também para os segmentos que tenham relevância social,⁵⁸⁹ revela-se um passo significativo em direção ao controle democrático dos meios de comunicação social e para o próprio aperfeiçoamento do regime político.

⁵⁸⁷ O direito de antena em questão está regulamentado pela Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995). Estipula este diploma legal, dentre outras coisas, que a propaganda partidária gratuita, efetuada mediante transmissão no rádio e na televisão, será realizada entre as dezenove horas e trinta minutos e as vinte e duas horas, com o objetivo de difundir programas partidários, transmitir mensagens aos filiados e divulgar a posição do partido em relação a temas político-comunitários (art. 45). Igualmente estabelece que o partido político, com representação parlamentar, tem direito à realização de um programa, em cadeia nacional e de um programa, em cadeia estadual, em cada semestre, com duração de vinte minutos cada, bem como a utilização do tempo total de quarenta minutos, por semestre, para inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais, e de igual tempo nas emissoras estaduais (art. 49).

⁵⁸⁸ Sustenta Fábio Konder Comparato (É possível democratizar a televisão, p. 307) que o direito de antena dos partidos políticos, se bem estruturado, pode promover a educação política do povo.

⁵⁸⁹ Também Fábio Konder Comparato (Tocando no ponto nevrálgico : a democratização da informação e da comunicação social, p. 57) e Paulo Lopo Saraiva (A comunicação social na Constituição Federal de 1988, pp. 414-415) defendem a ampliação do âmbito de proteção do direito de antena para abranger não só partidos políticos como igualmente para incluir instituições da sociedade civil organizada, colocando-as no espaço público.

Outra medida salutar seria conceder aos partidos políticos de oposição, como acontece em Portugal e na França, o direito de resposta e de réplica às declarações políticas do governo, uma vez que o contraditório estabelecido entre governo e oposição decerto que constitui uma oportunidade proeminente para a consecução de um debate franco e aberto sobre os assuntos de inestimável interesse social e, portanto, para o esclarecimento da opinião pública. Em suma: "a altercação pública é uma força criativa".⁵⁹⁰

8 - Direito fundamentais dos comunicadores sociais

A Constituição Federal foi parcimoniosa no reconhecimento de direitos fundamentais específicos para os profissionais da comunicação social. Previu apenas os direitos de sigilo e de acesso às fontes. Não contemplou a cláusula de consciência nem a eleição de conselho de redação (ver *supra*, cap. III, item 9).⁵⁹¹ Assim, no que diz respeito à configuração da *liberdade interna da comunicação social*, o texto constitucional não acompanhou as inovações introduzidas nas leis fundamentais mais recentes, como a Constituições da Espanha e de Portugal.⁵⁹²

A tutela de direitos para agentes da comunicação social é importante. Ao contrário do que pensavam os liberais clássicos, a autonomia conquistada pelos órgãos de comunicação de massa perante o poder político (*liberdade externa de comunicação social*) revelou-se insuficiente para garantir a liberdade intelectual dos comunicadores. Por conseguinte, em razão da peculiaridade do ofício que executam, é imprescindível conciliar a situação desses

⁵⁹⁰ HOLMES, Stephen - Liberal constraints on private power? : reflections on the origins and rationale of access regulation, p. 28.

⁵⁹¹ Consoante João Féder (op. cit., p. 175), o Congresso Nacional dos jornalistas, reunido em São Paulo, no mês de outubro de 1978, já pleiteava "a criação de comissão de profissional no interior cada empresa de comunicação social para garantir aos leitores o direito à informação sem interferência da ótica pessoal do seu proprietário". Por seu turno, Cláudio Abramo (op. cit., pp. 91-92) informa que um item da pauta de reivindicações da greve dos jornalistas de 1979 era a questão das comissões de redação.

⁵⁹² A Constituição espanhola reconhece o direito à cláusula de consciência (art. 20, d) e a Constituição portuguesa consagra o direito dos jornalistas de intervirem na orientação editorial dos órgãos de comunicação social e o direito de elegerem conselhos de redação (art. 38, 2, a, b).

profissionais, como empregados, com a sua independência diante da empresa de comunicação a que servem.⁵⁹³

Vale mencionar que a exigência de formação técnica para o exercício profissional da comunicação social é compatível com a ordem constitucional vigente. A Carta Magna assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas as qualificações profissionais estabelecidas em lei (art. 5º, XIII). Logo, não há inconstitucionalidade, por exemplo, na previsão legal de diploma de curso superior de jornalismo ou de Comunicação Social para os comunicadores desempenharem a sua profissão.⁵⁹⁴

8.1 - Direito de acesso às fontes

Os aspectos essenciais desse direito já foram apresentados quando se abordou o direito fundamental de acesso à informação (ver *supra*, cap. IV, item 3.2). Viu-se que a Constituição garante a todos o acesso às fontes informativas ou o direito fundamental de se informar (art. 5º, XIV), porém notou-se que na prática esse direito é de grande valia para os profissionais da comunicação, porquanto a complexidade da tarefa de difundir notícias e opiniões de interesse público, de modo a alcançar toda a comunidade, tem exigindo cada vez mais sujeitos especializados.

Nesta oportunidade cumpre apenas enfatizar que o acesso livre e desembaraçado às fontes dos fatos noticiáveis é meio de garantia da liberdade de comunicação. De um lado, o ingresso à variedade de fontes é uma forma de promover o pluralismo informativo externo, por via da diversidade de fontes. De outro, as dificuldades impostas ao acesso às fontes poderão comprometer a circulação de notícias, com graves prejuízos para o direito à

⁵⁹³ SOUSA, Nuno e - op. cit., pp. 165-166.

⁵⁹⁴ Tanto o Decreto 83.284, de 13 de março de 1979 (que dispõe sobre o exercício da profissão de jornalista - art. 4º, III) quanto a Lei n. 6.615, de 16 de dezembro de 1978 (que trata sobre a regulação da profissão de radialista - art. 7º, I) requerem o diploma de curso superior para o exercício das referidas atividades profissionais, dentre outras exigências, salvo para o caso de comunicador provisionado.

informação da coletividade. Portanto o direito de acesso às fontes, assegurado pela Lei básica, revela-se de suma importância tanto para o êxito do *ius narrandi*, reconhecido aos operadores da comunicação social, como também para a eficácia do direito de ser informado, assegurado a todos os cidadãos.

8.2 - Direito ao sigilo da fonte

A Lei maior proclama, na mesma disposição normativa do direito de acesso às fontes, o direito ao sigilo da fonte geradora da notícia (art. 5º, XIV) e põe, assim, outro recurso constitucional à disposição do profissional da comunicação para exercer o seu *munus* com independência.

O âmbito de proteção constitucional do direito de não proceder à *disclosure* da fonte consiste na posição jurídica assegurada aos profissionais da comunicação social de não revelarem a origem das informações (abrangendo os materiais, documentos e tudo o mais considerado como fonte), seja para a própria empresa em que trabalham, seja para terceiros, seja para autoridades públicas, incluindo as judiciais.⁵⁹⁵

Configurada para agentes que atuam nos órgãos de comunicação de massa, como jornalistas, editores, diretores e proprietários, a figura em questão não objetiva conceder privilégios a seus titulares,⁵⁹⁶ mas garantir os direitos fundamentais de informar e de ser informado, haja vista que fatos de grande relevância social poderiam não chegar ao conhecimento público em razão da fonte não desejar ou mesmo temer a revelação de sua identidade. Assim, é sobretudo no interesse da coletividade de ser adequadamente informada

⁵⁹⁵ FRANCO, Benedito Luiz - op. cit., p. 116; LLAMAZARES CALZADILLA, Ma. Cruz - op. cit., p. 85.

⁵⁹⁶ FRANCO, Benedito Luiz - Idem, p. ibidem.

que o ordenamento constitucional contempla a possibilidade de anonimato para as fontes de notícia.⁵⁹⁷

O direito ao sigilo da fonte em análise não deve ser confundido com o segredo profissional: ambos são figuras autônomas no ordenamento jurídico brasileiro. O bem jurídico protegido pelo sigilo da fonte de notícia é a identidade da fonte, ao passo que o segredo profissional, em geral, visa a resguardar a intimidade e a relação de confiança estabelecida entre o profissional e o cliente. Isto é, no sigilo da fonte o conteúdo da informação é divulgado e mantida incógnita a identidade da fonte; no segredo profissional a identidade do cliente pode até ser revelada, mas o segredo confiado ao profissional deve ser preservado da indiscrição alheia. Logo, a divulgação da fonte não constitui crime previsto no Código Penal (art. 154), porquanto o comunicador não está revelando um segredo e sim a identidade de pessoa que lhe forneceu informações.⁵⁹⁸

Vale ressaltar que, não havendo entre nós qualquer disposição legal cobrando do comunicador a obrigação de não revelar a fonte, a faculdade de guardar silêncio quanto à pessoa que proporciona informação constitui apenas um dever moral, disciplinado por normas deontológicas.⁵⁹⁹ Por isso não se considera crime contra a administração da justiça a conduta de um profissional da comunicação que se nega a declarar a identidade da fonte de uma notícia.⁶⁰⁰

⁵⁹⁷ LLAMAZARES CALZADILLA, Ma. Cruz - Idem, pp. 88-89. Evidentemente essa garantia do anonimato para as fontes não deve ser confundida com o princípio da vedação do anonimato para os próprios comunicadores ou responsáveis pela difusão da notícia

⁵⁹⁸ FRANCO, Benedito Luiz - op. cit., p.123.

⁵⁹⁹ Carlo Federico Grosso (Sviluppi recenti del diritto penale della informazione a mezzo stampa, p. 301) menciona que a lei italiana sobre a regulação profissional dos jornalistas prevê a obrigação deontológica dos mesmos manterem "*segreto sulla fonte delle notizie quando ciò sia richiesto dal carattere fiduciario di esse*".

⁶⁰⁰ FRANCO, Benedito Luiz - op. cit., p. 117, 130; CARMONA SALGADO, Concepcion - op. cit., p. 33.

CAPÍTULO VI

RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO E À GARANTIA INSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL

1 - A ordenação jurídica democrática não reconhece valor absoluto a qualquer direito ou liberdade

Delineados, nesta segunda parte do trabalho, os traços proeminentes da configuração constitucional da liberdade de expressão e comunicação, bem como da garantia institucional da comunicação social, reservou-se este capítulo para tratar-se das restrições constitucionais aplicadas à liberdade e à garantia mencionadas. Completa-se, desta forma, o exame do estatuto constitucional positivo acerca do Direito da Comunicação.

A exposição aqui será guiada pela teoria geral das restrições aos direitos fundamentais, apresentada na primeira parte desta tese (ver *supra*, cap. I, itens 6 e 8).

O argumento principal esgrimido nesta oportunidade é que a Constituição Federal, coerente com o postulado segundo o qual *a ordenação jurídica democrática não reconhece valor absoluto a qualquer direito ou liberdade*, sujeita a liberdade de expressão e comunicação, como também a garantia institucional da comunicação social, a vários tipos de restrições, a despeito de seu inestimável valor para o indivíduo (preservação da dignidade e das habilidades intelectuais da pessoa humana) e para a sociedade (formação da opinião e da discussão pública no regime democrático), e apesar de sua imunidade a toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. Assim, em certas situações e de forma

explícita, a Constituição impõe diretamente restrições ou autoriza a lei a estabelecê-las (restrições expressas); noutras hipóteses implicitamente abona que o legislador ou o judiciário formulem restrições, quando imprescindíveis, para salvaguardar outros direitos fundamentais ou bens comunitários constitucionalmente protegidos (restrições tácitas). Destarte, as restrições são de natureza tríplice: derivam dos direitos fundamentais dos demais cidadãos (dentre os quais merece atenção especial a defesa dos direitos personalíssimos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem); derivam de bens sociais (proteção da saúde e da segurança públicas e do meio ambiente); derivam dos próprios valores estatais e constitucionais (resguardo da Constituição de ataques ou do Estado ante desordens internas e agressões externas). Porém, independentemente das circunstâncias e das razões de ordem pública ou de ordem puramente individual invocadas, a restrição deverá sempre se apoiar no texto constitucional para ser legítima. Este é um princípio básico e inafastável nesta matéria.

Existem duas tradições jurídicas que se diferenciam na maneira de tratar a temática das restrições. A primeira, iniciada com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, caracteriza-se pelo fato de configurar a liberdade de expressão e comunicação e, logo em seguida, predeterminar que a lei estabelecerá as restrições para reprimir os abusos resultantes da utilização daquela liberdade.⁶⁰¹ A segunda, baseada na Primeira Emenda à Constituição norte-americana, distingue-se pela configuração da aludida liberdade sem previsão legal de restrição.⁶⁰²

O Brasil acompanha o modelo francês, que influenciou as legislações na Europa continental e repercutiu por toda a família jurídica romano-germânica ou *civil law*.

⁶⁰¹ O art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão tinha o seguinte texto: "A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, *respondendo todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previsto na Lei*" (Sem grifo na fonte).

⁶⁰² A Primeira Emenda à Constituição é redigida nestes termos: "O congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa".

Nos Estados Unidos estabeleceu-se um debate em torno da interpretação da Primeira Emenda entre os que advogavam ser a liberdade de expressão e comunicação insusceptível de restrição (absolutistas) e os que defendiam restrições razoáveis à referida liberdade. Mas, na realidade, a concepção absolutista nunca passou de um dogma nem chegou a seduzir a maioria dos membros da Suprema Corte daquele país.⁶⁰³ Por isso, a despeito de sua primazia no sistema constitucional norte-americano, ela não é tida como absoluta.⁶⁰⁴ Por exemplo, se os *mass media* tendem a suprimir a diversidade e a empobrecer o debate público, entende-se que é necessário corrigir a sua atuação.⁶⁰⁵

A própria filosofia liberal antevia a necessidade de restrições à liberdade de expressão e comunicação quando estivessem em causa outros direitos ou valores.⁶⁰⁶ Relendo Locke e Montesquieu não se encontra nenhum traço de hostilidade ao Estado nem qualquer veneração a uma esfera privada não regulada. Conhecedores do caos e da anarquia que significava a opressão privada, o domínio dos fortes sobre os fracos, corrente nos séculos XVII e XVIII, eles não se opunham à autoridade em geral, mas apenas à autoridade arbitrária e injusta. Assim, a liberdade apreciada por esses autores é seriamente distorcida quando descrita exclusivamente como negativa.⁶⁰⁷ Por seu turno, Kant definia o direito como "uma justa restrição à liberdade de cada um para que todas as liberdades coexistam",⁶⁰⁸ isto é, dentro do corpo social não pode haver liberdade excessiva.⁶⁰⁹

⁶⁰³ SUNSTEIN, Cass R. - Democracy and the problem of free speech, pp. 5-8.

⁶⁰⁴ Nesse veio, Archibald Cox (Freedom of expression, p. 4), expõe: "*Freedom of expression, despite its primacy, can never be absolute. In time of war or similar crisis some publications may threaten even the survival of the Nation. At any time unrestrained expression may conflict with important public or private interests*".

⁶⁰⁵ LICHTENBERG, Judith - Foundations and limits of freedom of the press, p. 105.

⁶⁰⁶ GONÇALVES, Maria Eduarda - Direito da informação, p. 24.

⁶⁰⁷ HOLMES, Stephen - Liberal constraints on private power? : reflections on the origins and rationale of access regulation, pp. 22-24.

⁶⁰⁸ Apud DANTAS, Josemar - A imprensa e os direitos humanos, p. 642.

⁶⁰⁹ Darcy Arruda Miranda (Dos abusos da liberdade de imprensa : comentário, doutrina, legislação e jurisprudência, p. 26) comenta: "se dentro do corpo social houver uma liberdade excessiva permitida a uns em detrimento de outros, o desequilíbrio abre ensanchas às dissensões e à desordem, e a *licença* invade o campo da *liberdade*. Bem por isso as Constituições dos *Direitos e das garantias individuais*, o princípio de que todos são iguais perante a lei".

No âmbito da comunicação social é usual invocar-se o autocontrole para evitarem-se os desvios malévolos. Bastariam os conselhos criados pelos próprios órgãos de comunicação ou códigos deontológicos aprovados pelos comunicadores para monitorar as atividades dos meios de comunicação de massa. De fato, são iniciativas importantes e revelam que a comunicação social encontra-se na fronteira entre o Direito e a Ética ou o Direito e a Deontologia.⁶¹⁰ No entanto, são insuficientes e não dispensam o enquadramento jurídico. Numa sociedade fundada no direito e organizada pela lei, a pretensão dos proprietários dos *mass media* de se oporem a *que se legisle de algum modo sobre a comunicação social* é inaceitável.⁶¹¹ A importância da mídia para a circulação das idéias e informações e a sua transformação em poder social, com enorme influência na vida econômica e política da nação, leva simultaneamente o sistema jurídico a proteger e a controlar sua autonomia.⁶¹² A ausência de freios éticos e jurídicos constitui anomia que gerará anomalias como a descrita: "O doutor Roberto Marinho é como um cidadão que tem uma BMW de doze cilindradas em uma auto-estrada alemã. É uma grande máquina, um grande piloto e uma legislação absolutamente livre. Enquanto não houver uma legislação que possa determinar a velocidade máxima e guardas suficientes para fiscalizar, ele vai andar com a velocidade máxima".⁶¹³

Constata-se que a globalização tem favorecido os abusos na atuação dos *mass media*. O acirramento da competição comercial por ela promovido leva os órgãos de comunicação de massa e os seus profissionais a sobreviverem no mercado ou a manterem seus empregos, a se preocuparem unicamente em vender jornais ou em obter pontos de audiência na programação da mídia eletrônica, não importando os meios utilizados para auferirem esses resultados, até

⁶¹⁰ BARROSO ASENJO, Porfirio; LÓPEZ TALAVERA, María del Mar - La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales, p. 65.

⁶¹¹ FASANO, Federico - Las dos caras de la censura, p. 134.

⁶¹² Judith Lichtenberg (Introduction, p. 8) observa: "*If we did believe the press was a potent force in the world, we would not think curbing its freedom worth the price. (At the same time, ironically, if we did not believe the press was potent, we would not think protecting its freedom worth the price)*".

⁶¹³ CONTI, Mario Sergio - Notícias do planalto : a imprensa e Fernando Collor, p. 505.

mesmo violando preceitos éticos e jurídicos.⁶¹⁴ Por outro ângulo, o processo de globalização tem requerido dos sistemas jurídicos a proteção para as novas tecnologias de comunicação e, ao mesmo tempo, garantias contra o seu mau uso. Por isso a ordem jurídica ora assegura e incentiva, ora restringe e proíbe a comunicação social.⁶¹⁵ Vale dizer: é necessário defender a liberdade de expressão e comunicação como, igualmente, a liberdade em face dos órgãos de comunicação social.

O objetivo da ordem constitucional vigente, portanto, é conciliar a liberdade com a responsabilidade dos produtores da comunicação. Com efeito, à garantia institucional da comunicação social subjaz conexa a idéia de responsabilidade: liberdade e responsabilidade são princípios inatos ao labor informativo. Noutras palavras, não se vê liberdade sem a correspondente responsabilidade, sendo inerente à função de comunicar a responsabilidade. Decerto em "nenhum momento da história moderna a liberdade de se expressar e se comunicar veio assegurada sem o correlato contrapeso",⁶¹⁶ porque o exercício irresponsável dessas liberdades torna-se uma fonte de tormento para os indivíduos e para a sociedade. Cumpre evocar o *Caso Escola Base*, ocorrido em São Paulo, no ano de 1994, quando pessoas inocentes tiveram o patrimônio saqueado, a honra maculada e privada arbitrariamente a liberdade, constituindo um dos mais perversos abusos promovidos pela mídia brasileira,⁶¹⁷ como também a edição manipulada do *Jornal Nacional*, ao abordar o último debate na TV

⁶¹⁴ GUERRA, Sidney Cesar Silva - A liberdade de imprensa e o direito de imagem, p. 8.

⁶¹⁵ GONÇALVES, Maria Eduarda - op. cit., pp. 9-10.

⁶¹⁶ JABUR, Gilberto Haddad - Liberdade de pensamento e direito à vida privada : conflitos entre direitos da personalidade, p. 234.

⁶¹⁷ Como relata Alex Ribeiro (*Caso Escola Base : os abusos da imprensa*, pp. 11-166), seis pessoas - as donas da Escola de Educação Infantil Base, situada no bairro da Aclimação, zona sul de São Paulo, seus maridos, o motorista da Kombi escolar e sua mulher - na Semana Santa de 1994, foram acusadas de abuso sexual contra crianças. As emissoras de rádio e televisão e alguns jornais diários, sem esperar o resultado das investigações e o pronunciamento da justiça sobre a idoneidade das denúncias, submeteram as referidas pessoas (todas sem antecedentes criminais) a uma implacável execração pública e as transformaram em monstros diante da opinião pública, a ponto de só não terem sido linchadas pela população porque se esconderam a tempo. No final, concluiu-se que eram cidadãos inocentes. Nenhuma prova foi encontrada que indicasse a culpabilidade de quaisquer dos acusados, que foram presos injustamente, tiveram liquidados os seus negócios e destruída a sua reputação.

entre os candidatos Lula e Collor, na campanha presidencial de 1989, efetuado pela maior rede de televisão do país,⁶¹⁸ que resultou em conseqüências graves para a democracia.⁶¹⁹

Convém mencionar que as restrições à liberdade de expressão e comunicação são, ademais, previstas pelo *international human rights law*. Assim, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 19, II) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 13, II), ratificados pelo Estado brasileiro, consideram que o exercício da aludida liberdade comporta deveres e responsabilidades especiais, podendo, em conseqüência, ser submetida a certas restrições previstas em lei, quando necessárias, para: (i) garantir o respeito aos direitos das demais pessoas, de modo especial a reputação destas; (ii) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

Por fim, em vista das considerações já expendidas a respeito da censura (ver *supra*, cap. II, item 4 e cap. IV, item 4.2), é possível traçar notas distintivas entre *restrição* e *censura*: a primeira possui fundamento constitucional, ao contrário da segunda, que é repelida pela Constituição; a restrição é medida legislativa ou judicial necessária para harmonizar a expressão e a comunicação com os direitos de terceiros ou interesses coletivos protegidos pela Constituição, já a censura constitui determinação administrativa proveniente de órgãos públicos vinculados ao Poder Executivo; normalmente a restrição apenas condiciona ou comprime o âmbito de proteção da liberdade de expressão e comunicação; a censura, ao revés, em regra aniquila totalmente a liberdade em questão, desfigurando-a; a restrição está submetida aos limites do *núcleo essencial* - não poderá desfigurar o coração da liberdade - e à *regra da proporcionalidade* - deverá utilizar os meios adequados, ser necessária aos fins colimados e ser ponderada com os bens e direitos constitucionais em jogo - (ver *supra*, cap. I,

⁶¹⁸ FERREIRA, Argemiro - As redes de tv e os senhores da aldeia global, p. 164.

⁶¹⁹ Como escreve Sanford J. Ungar (The role of a free press in strengthening democracy, p. 390), "if a press that is free is not also responsible, it has the power to bring down a government that is in fact operating in the public's best interest - or at least to cause needless bloodshed".

itens 8 e 11), já a censura é arbitrária e motivada sobretudo por razões ideológicas dos detentores do poder político.⁶²⁰

2 - Fundamento constitucional das restrições expressas à liberdade de expressão e comunicação e à garantia institucional da comunicação social

A Carta Federal declara que a "manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, *observado o disposto nesta Constituição*" (art. 220, *caput* - sem destaque na fonte). Assim, de acordo com a ordem constitucional, a *configuração* ampla da liberdade para difusão de idéias e informações é a regra, a *restrição* é a exceção. Todavia, com a referida ressalva, a norma constitucional fundamenta as restrições expressas previstas diretamente no próprio texto constitucional e aquelas definidas indiretamente pela Carta republicana por meio de autorização contida na Constituição para a lei estabelecê-las.

Ademais, a norma que assegura "aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, *nos termos seguintes*" (art. 5º, *caput* - sem destaque na fonte), é fundamento constitucional das restrições aos direitos fundamentais em geral e, dessa forma, também à liberdade e à garantia em epígrafe, porquanto, com a locução final enfatizada, torna-se evidente que a liberdade protegida juridicamente é somente aquela exercida de acordo com a forma e o espírito da Constituição. E, como já examinado, no corpo da Lei maior os direitos fundamentais não se encontram tutelados em termos absolutos, estão plasmados sob determinadas condições (ver *supra*, cap. I, item 6).

⁶²⁰ Em termos semelhantes, José Afonso da Silva (Curso de direito constitucional positivo, pp. 260-261) aduz que a restrição não pode extirpar o direito ou a liberdade e que o sistema de restrições das liberdades individuais é importante, mas sua extensão não deve ultrapassar o bem-estar social, sob pena de tornar-se arbitrário.

2.1 - Restrições diretamente constitucionais

Elencadas diretamente no texto da Constituição Federal, contemplam-se essencialmente as seguintes restrições à liberdade de expressão e comunicação e à garantia institucional da comunicação social:

a) vedação do anonimato (art. 5º, IV)

A restrição da vedação do anonimato indica a necessidade da identificação do comunicador ou do responsável pela divulgação de informação ou idéia. Noutras palavras, a expressão apócrifa de opiniões e a comunicação clandestina de notícias não estão amparadas pelo Estatuto constitucional (ver *supra*, cap. IV, item 4.1).

Destarte, a proibição do anonimato *restringe* o âmbito de proteção das normas constitucionais que consagram a liberdade de expressão e comunicação e a garantia institucional da comunicação social àquelas situações fáticas nas quais os titulares dessa liberdade ou garantia não omitem a sua identidade.⁶²¹

b) inadmissibilidade de invocar a liberdade de expressão de crença religiosa, de convicção filosófica e política para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa (art. 5º, VIII).

A despeito da relevância que outorga à configuração da liberdade de expressão de crença religiosa e da liberdade de expressão filosófica e política (ver *supra*, cap. IV, itens 2.2 e 2.3), a Constituição indica expressamente duas restrições a essas espécies de liberdade de

⁶²¹ De acordo com a atual Lei de imprensa, a restrição da vedação do anonimato implica, para os veículos de comunicação social, várias exigências: (i) todo jornal ou periódico é obrigado a estampar, no seu cabeçalho, o nome do diretor ou redator-chefe, que deve estar no gozo dos seus direitos civis e políticos, bem como indicar a sede da administração e do estabelecimento gráfico onde é impresso; (ii) ficará sujeito à apreensão pela autoridade policial todo impresso que, por qualquer meio, circular ou for exibido em público sem estampar o nome do autor e editor, bem como da indicação da oficina onde foi impresso, sede da mesma e data da impressão; (iii) os programas de noticiário, reportagens, comentários, debates e entrevistas, nas emissoras de radiodifusão, deverão enunciar, no princípio e ao final de cada um, o nome do respectivo diretor ou produtor; (iv) o diretor (ou principal responsável) do jornal, revista, rádio e televisão manterá em livro próprio que abrirá e rubricará em todas as folhas, para exibir em juízo, quando para isso for intimado, o registro de pseudônimos, seguidos da assinatura dos seus utilizantes, cujos trabalhos sejam ali divulgados (art. 7º, §§).

expressão: a impossibilidade jurídica de alegá-las para justificar inadimplemento de obrigação legal a todos imposta e para recusar-se ao cumprimento de prestação alternativa. Aliás, neste particular, cumpre lembrar que a própria Lei básica sanciona, com a perda ou suspensão dos direitos políticos a desobediência a quaisquer das referidas restrições, ou seja, a rejeição ao cumprimento de obrigação a todos imposta ou a intransigência em não aceitar a prestação alternativa (art. 15, IV).

Não obstante o caráter genérico da restrição atinente à inadmissibilidade de invocar as citadas liberdades para evadir-se de obrigação a todos imposta, é difícil vislumbrar outra hipótese além da imposição do serviço militar obrigatório. É sobretudo com relação aos deveres marciais do cidadão que essa cláusula restritiva é tradicionalmente interpretada entre nós.⁶²²

A cláusula restritiva, que não tolera a alegação de quaisquer das liberdades aludidas para recusar-se o cumprimento da prestação alternativa, trata do serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica e política, para se eximirem de atividade de caráter essencialmente militar, isto é, do serviço militar obrigatório (CF, art. 143, § 3º).⁶²³

c) a inviolabilidade dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem (art. 5º, X)

⁶²² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra - Comentários à Constituição do Brasil : promulgada em 5 de outubro de 1988, p. 56.

⁶²³ A prestação de serviço alternativo ao serviço militar obrigatório está disciplinada pela Lei n. 8.239, de 4 de outubro de 1991. Nos termos deste diploma legal, o serviço militar alternativo consiste no exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar, prestado em organizações militares da ativa e em organizações de formação de reserva das forças armadas ou em órgãos subordinados aos ministérios civis, mediante convênios entre estes e os ministérios militares (art. 3º, §§ 2º e 3º). Ao final do período do serviço será conferido certificado de prestação alternativa ao serviço militar obrigatório, com os mesmo efeitos jurídicos do certificado de reservista (art. 4º).

A Constituição reconhece a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, mas determina expressamente a observância da honra, da intimidade, da vida privada e da imagem das pessoas (art. 220, § 1º).

Os direitos personalíssimos⁶²⁴ mencionados estão, indubitavelmente, entre as mais significativas restrições à liberdade de expressão e comunicação e à liberdade de comunicação social. A importância desses direitos como restrições decorre da colisão, assaz freqüente, entre eles e essas liberdades no plano da prática social. Por isso são normalmente destacados pelas legislações no momento de disciplinar as restrições à liberdade de manifestação pública de informação e pensamento.⁶²⁵

A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem estão consagradas também como direitos autônomos na Lei básica (art. 5º, X). À exceção do direito à honra, os demais não recebiam tutela explícita no ordenamento jurídico antes da promulgação da Constituição Federal vigente.

Com efeito, baseada na dicotomia entre honra subjetiva (a valoração que cada um faz de si mesmo e da própria dignidade) e a honra objetiva (a estima e a reputação que a pessoa desfruta perante a coletividade), a legislação infraconstitucional sistematiza os delitos contra a honra. Assim, havendo violação da honra subjetiva, ocorrerá o crime de injúria e, existindo desrespeito à honra objetiva, os crimes de calúnia e difamação.⁶²⁶ Mas além da proteção penal

⁶²⁴ Conforme Gilberto Haddad Jabur (op. cit., pp. 98-99), é preferível a nomenclatura *direitos personalíssimos* do que a locução *direitos da personalidade*, uma vez que, consoante a significação exata desta última, os direitos seriam da personalidade. Porém a "personalidade não titulariza direitos. É pressuposto à sua aquisição. Quem porta direitos é a pessoa. Personalidade é conjunto de atributos individuais".

⁶²⁵ A título de exemplo, prescreve a Constituição alemã, com relação às restrições à liberdade de expressão e comunicação: "Estes direitos têm como limites os preceitos das leis gerais, as determinações legais para a proteção da juventude e o direito à honra" (art. 5º, 2). Por seu turno, a Constituição espanhola, um dos textos constitucionais que melhor sistematiza as restrições à liberdade de expressão e comunicação, declara: "*Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia*" (art. 20. 4).

⁶²⁶ Os citados delitos contra a honra estão definidos no Código Penal brasileiro (arts. 138 a 140). Contudo, quando a honra, como restrição à liberdade de expressão e comunicação, não for observada pelos meios de comunicação social, o diploma legal a ser aplicado é a Lei de imprensa, que tipifica a calúnia, a

mencionada, a Lei fundamental assegura ao ofendido na sua honra indenização por dano material e moral (art. 5º, V).

Os direitos à intimidade, à vida privada e à imagem, abreviadamente direitos à privacidade, constituem uma novidade introduzida pela Constituição Federal de 1988.⁶²⁷ A privacidade corresponde ao interesse do cidadão em manter as esferas da sua própria intimidade e vida privada resguardadas da indiscrição alheia.⁶²⁸ A intimidade significa a proteção do modo de ser da pessoa ou de sua personalidade que não deve chegar ao conhecimento do público sem o consentimento da pessoa; a vida privada pode ser considerada uma esfera de proteção mais ampla do que a intimidade, porquanto esta protege aspectos mais secretos da personalidade do que aquela. Porém, devido à sofisticação das técnicas de recolhimento e armazenamento de dados relativos à pessoa, mais recentemente os direitos à intimidade e à vida privada passaram a denotar também o interesse de conservar em segredo os próprios dados pessoais e o controle sobre sua correta utilização.⁶²⁹ Por sua vez, a imagem compreende a faculdade subjetiva que tem a pessoa de dispor de sua própria aparência física, que só pode ser divulgada com o seu consentimento.⁶³⁰

difamação e a injúria como crimes praticados no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação (arts. 20 a 22).

⁶²⁷ De acordo com Jürgen Habermas (Direito e democracia : entre facticidade e validade, v. II, p. 101), a proteção da privacidade tem por fito assegurar a incolumidade de domínios vitais privados e, dessa forma, resguardar "uma zona inviolável da integridade pessoal e da formação de juízo e da consciência autônoma".

⁶²⁸ Josemar Dantas (A imprensa e os direitos humanos, p. 642) observa que a proteção dos direitos humanos envolve o compromisso dos meios de comunicação de massa de não invadir a privacidade alheia.

⁶²⁹ ZACCARIA, Roberto - Diritto dell'informazione e della comunicazione, p. 89.

⁶³⁰ Luiz Alberto David Araujo (A proteção constitucional da própria imagem, pp. 17-18, 35) sustenta que a Constituição protege, no inciso X, do art. 5º, uma *imagem-retrato*, decorrente da identidade física do indivíduo e, no inciso V, do art. 5º, uma outra, a *imagem-atributo*, de caráter mais moderno, que envolve o indivíduo dentro de suas relações sociais. Todavia afigura-se discutível a referida tese da duplicidade de direitos (*imagem-retrato* e *imagem-atributo*). Embora o autor considere que a *imagem-atributo* não se enquadra no direito à honra, é difícil separar a categoria *imagem-atributo* do direito à reputação (honra objetiva). Uma das hipóteses formuladas pelo autor para ilustrar a sua tese é a seguinte: "Um determinado cirurgião, por exemplo, pode ser conhecido pelo sucesso de suas operações plásticas. Ser bom ou mau cirurgião pouco ou nada tem a ver com a honra". Na realidade, o fato de ser bom ou mau cirurgião tem a ver e muito com a honra, diz respeito à reputação de que a pessoa desfruta no seu meio social, revela a dignidade pessoal refletida na consideração dos outros. Para uma análise mais detalhada dos direitos personalíssimos em questão, ver Edilson Pereira de Farias (Colisão de direitos - a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação, pp. 128-157).

Todavia, a *vexata quaestio* relativa aos referidos direitos personalíssimos na condição de restrições, e que desafia o engenho dos operadores prático-jurídicos, é a superação normativa da colisão desses direitos com o *jus narrandi*, especialmente no âmbito da liberdade de comunicação social. É que, não existindo na ordem constitucional brasileira nenhum direito ou liberdade irrestrita, a inviolabilidade dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem igualmente não é absoluta. Portanto, na colisão descrita, assim como a liberdade de expressão e comunicação não prevalece *a priori*, também os citados direitos não a restringem automaticamente. Ademais, não se deve perder de vista a invencível relatividade dos bens de étimo pessoal protegidos pelos referidos direitos: "a sua compreensão e extensão são em boa medida função do tempo, do lugar, das diferentes manifestações de cultura ou subcultura e mesmo da postura ou conduta do próprio portador concreto".⁶³¹ Por isso, na colisão frisada, a irredutível singularidade do caso concreto tende a condenar o intérprete-aplicador do direito à sorte de Sísifo, "no inferno, a rolar, montanha acima, enorme pedra que, uma vez chegada ao alto, tombava novamente no fundo do vale",⁶³² isto é, cada caso exige renovado esforço para a compreensão das suas circunstâncias particulares, que nunca são iguais em tudo às de outros julgamentos.⁶³³

É verdade que a doutrina e a jurisprudência constitucionais têm se empenhado em fornecer critérios hermenêuticos para guiar racionalmente a superação da colisão em exame. Mas o resultado está longe de constituir um quadro rígido e estabilizado de soluções.

Por uma parte, os parâmetros mais freqüentemente apontados para resolver a colisão entre os direitos fundamentais em geral, e portanto aplicáveis à contraposição entre os direitos

⁶³¹ ANDRADE, Manuel da Costa - Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal : uma perspectiva jurídico-criminal, p. 68.

⁶³² CANELUTTI, Apud COSTA JR. Paulo José da - O direito de estar só : tutela penal da intimidade, p. 11.

⁶³³ Como anota José Adércio Leite Sampaio (Direito à intimidade e à vida priva : uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte, p. 382), fuge-se assim, "em nome não só da coerência argumentativa ou do discurso lógico, mas também dos riscos de uma hierarquização *apriorística*, da decantada fórmula da prevalência do público sobre o privado, que se assenta na superioridade atribuída no passado ao Direito Público".

personalísimos e a liberdade de expressão e comunicação, são: (i) deve-se compatibilizar e harmonizar os direitos colidentes de maneira que se consiga, atendidas as circunstâncias concretas, a realização simultânea de todos em grau ótimo (princípio da concordância prática ou da harmonização); (ii) em nenhum caso as restrições dos direitos podem afetar o seu núcleo essencial, de modo a torná-los descaracterizados e irreconhecíveis (princípio do núcleo essencial); (iii) deve haver proporcionalidade entre a restrição e o bem jurídico que se protege (regra da proporcionalidade).⁶³⁴ Por outra parte, os critérios desenvolvidos para pôr cobro à colisão envolvendo a liberdade de expressão e comunicação, em atenção ao caráter institucional dessa liberdade e a sua conseqüente importância para a formação da opinião pública e para o funcionamento da democracia, têm refletido uma certa *preferência valorativa abstracta* pela expressão e comunicação. Isso de modo algum dispensa a ponderação concreta, mas, sob determinadas situações e requisitos, pode conduzir à prevalência das opiniões e informações divulgadas.

A primeira situação é a *relevância social da informação ou da opinião, referidas a pessoas e assuntos públicos*. Isto é, a transcendência social da notícia e do juízo de valor pode ser revelada tanto pela notoriedade e pelo caráter público das pessoas a que se referem (*public persons* - políticos, artistas, desportistas, etc.) quanto apenas pelo seu conteúdo, independentemente das pessoas envolvidas serem públicas ou privadas (os assuntos políticos em geral e os atinentes à administração da coisa pública, especialmente quando relacionados ao desempenho das funções executiva, legislativa e judiciária do Estado). O segundo requisito diz respeito à *veracidade das informações difundidas*, ou seja, quando o comunicador prova que, antes de sua divulgação, realizou uma diligente e acurada verificação das fontes das notícias (verdade putativa). O terceiro requisito é o da continência ou adequação das

⁶³⁴ LLAMAZARES CALZADILLA, Ma. Cruz - Las libertades de expresión como garantía del pluralismo democrático, pp. 248-250. A respeito do princípio da concordância prática ou da harmonização e da regra da proporcionalidade, como cânones hermenêuticos, ver *supra*, cap. I; item 11.

expressões utilizadas na manifestação do pensamento e na divulgação de fato noticiável. É dizer, a exposição deve evitar o uso de epítetos pejorativos ou de meras sacadilhas, que em nada contribuem para o exercício da liberdade de expressão e comunicação.⁶³⁵

Além desses três requisitos, mais comumente citados e cuja concorrência qualifica a posição prevalente da liberdade de expressão e comunicação, acrescentam-se ainda as circunstâncias dessa liberdade ser concretizada por profissional da comunicação e realizada por meio de veículo de comunicação de massa.⁶³⁶ Noutras palavras, o exercício regular da liberdade de comunicação social, somado aos requisitos supramencionados, favoreceria a valoração desta liberdade quando em pugna com os direitos personalíssimos, tendo em vista a relevância das funções dos *media* e o papel social de seus profissionais.⁶³⁷

d) restrição ao direito de receber informações de órgãos públicos

A Carta Magna impõe como restrição ao direito de receber informações dos órgãos públicos o sigilo sobre as matérias que sejam imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII). Vale dizer, embora a regra seja à transparência e a visibilidade do Estado Democrático de Direito constituído pela Lei maior (art. 1º), há informações que, se divulgadas, causariam enormes prejuízos à própria sociedade e ao Estado, motivo pelo qual o acesso a elas deve ser restringido.

⁶³⁵ LLAMAZARES CALZADILLA, Ma. Cruz - Idem, pp. 285-303; ZACCARIA, Roberto - op. cit., pp. 72-79; CARMONA SALGADO, Concepcion - Libertad de expresión e información y sus limites, pp. 132-136.

⁶³⁶ LLAMAZARES CALZADILLA, Ma. Cruz - Idem, p. 86.

⁶³⁷ Como corolário do exposto é a constatação da equivocada redação do art. 26 do projeto da nova lei de imprensa, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, com base no substitutivo preparado pelo deputado Vilmar Rocha. Diz o citado dispositivo: "Os conflitos entre a liberdade de informação e os direitos de personalidade, entre eles os relativos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, serão resolvidos em favor do interesse público visado pela informação". Assim, a simples referência ao interesse público como único critério para resolver a sobredita colisão afigura-se arbitrário. É uma postura que ignora importantes pautas como a veracidade da notícia e a continência da exposição, os princípios da concordância prática e da proporcionalidade e, especialmente, o postulado da unidade hierárquico-normativa da Constituição. Ademais, o projeto não explicita o significado de *interesse público*. Por exemplo, quais as categorias de pessoas e as espécies de assuntos públicos merecedores do *status* de interesse público? Por fim, conforme lembra Nuno e Sousa (A liberdade de imprensa, p. 290), a solução da colisão em tela revela-se tarefa complexa principalmente porque os direitos personalíssimos, pela sua relevância e generalidade, são justamente protegidos por motivo de *interesse público*.

A restrição em tela não se confunde com o conceito de segurança nacional instituído pela Constituição Federal de 1934, e utilizado largamente pelo regime de 1964 como instrumento de repressão contra qualquer forma de oposição política ao governo militar.⁶³⁸

A restrição ao acesso de documentos públicos cuja difusão ponha em risco a segurança da sociedade e do Estado encontra-se densificada pela Lei 8.159, de 8 de janeiro de 1991.⁶³⁹ Este diploma legal considera sigilosos os citados tipos de documentos (art. 23, § 1º), embora admita que o Poder Judiciário, em qualquer instância, poderá determinar a exibição reservada de qualquer deles, sempre que indispensável à defesa de direito próprio (art. 24).⁶⁴⁰

O Decreto 2.134, de 24 de janeiro de 1997, regulamentando a supramencionada lei, classifica os documentos públicos sigilosos em quatro categorias: (i) *ultra-secretos* - os que requeiram excepcionais medidas de segurança e cujo teor só deva ser do conhecimento de agentes públicos ligados ao seu estudo e manuseio (vg., referentes à soberania e à integridade territorial nacionais, a planos de guerra e a relações internacionais do país, cuja divulgação ponha em risco a segurança da sociedade e do Estado); (ii) *secretos* - os que requeiram rigorosas medidas de segurança e cujo teor ou característica possam ser do conhecimento de agentes públicos que, embora sem ligação íntima com seu estudo ou manuseio, sejam autorizados a deles tomarem conhecimento em razão de sua responsabilidade funcional (vg., atinentes a planos ou detalhes de operações militares, a informações que indiquem instalações

⁶³⁸ BARBI, Lety Maria - A transparência da Administração Pública brasileira, p. 28; CADEMARTORI, Sergio - As dimensões jurídico-políticas do segredo, p. 86.

⁶³⁹ Embora a fórmula do art. 5º, XXXIII da Constituição Federal não contemple uma reserva de lei, conforme José Carlos Vieira de Andrade (Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, pp. 224-229), nada obsta a intervenção do legislador ordinário para concretizar, explicar, interpretar e repetir mais claramente o conteúdo constitucional dos direitos fundamentais. Isto é, a interferência legislativa no âmbito dos direitos fundamentais não é excepcional, mas normal: "a já aludida imprecisão dos preceitos constitucionais nesta matéria exige, *na prática*, para que os direitos possam ser efectivamente usados, que o legislador os organize, condicione, adapte e introduza na ordem jurídica real". Adverte o autor que isso não implica negar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, mas apenas constatar uma necessidade prática.

⁶⁴⁰ Segundo Roberto Zaccaria (op.cit., p. 116), a legislação italiana considera que "*Sono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recar danno alla integrità dello Stato democratico, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, al libero esercizio delle funzioni degli organi costituzionali, alla indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato*".

estratégicas e aos assuntos diplomáticos que requeiram rigorosas medidas de segurança, cuja divulgação ponha em risco a segurança da sociedade e do Estado); (iii) *confidenciais* - aqueles que, conhecidos e divulgados, possam ser prejudiciais ao interesse do país (vg., os documentos cujo sigilo deva ser mantido por interesse do governo e das partes e cuja divulgação prévia possa vir a frustrar seus objetivos ou ponha em risco a segurança da sociedade e do Estado); (iv) *reservados* - aqueles que não devam, imediatamente, ser do conhecimento do público em geral (vg. os documentos cuja divulgação, quando ainda em trâmite, comprometa as operações ou os objetivos neles previstos) (arts. 15 a 19). O Decreto em exame fixa ainda os prazos de vigência do sigilo para cada uma dessas categorias: ultra-secretos, máximo de trinta anos; secretos, máximo de vinte anos; confidenciais, máximo de dez anos e reservados, máximo de cinco anos (art. 20).⁶⁴¹

e) restrições sobre a propriedade dos meios de comunicação social (art. 220, § 5º e art. 222)

A proibição de monopólio e oligopólio é, desde logo, a primeira espécie de restrição à propriedade dos meios de comunicação social determinada pela Carta Federal (art. 220, § 5º). E ela é sem dúvida uma das mais importantes restrições à estrutura organizacional dos meios de comunicação de massa visto que o mercado impulsiona a concentração dos *mass media*, exigindo a intervenção estatal com a promulgação de leis antitrustes para preservar o pluralismo na comunicação (ver *supra*, cap. V, item 3.2).⁶⁴²

⁶⁴¹ Consoante Lety Maria Barbi (op. cit, p. 25), o sigilo de documentos oficiais não pode ser eterno. Por exemplo, a divulgação de documentos referentes ao que aconteceu no Brasil à época do suicídio de Getúlio Vargas, à época da renúncia de Jânio Quadros, sobre a ascensão de João Goulart à Presidência da República e o golpe de Estado que o derrubou, fornece lições importantes, "dentre elas, a respeito de como nos comportamos diante de certas forças existentes dentro da sociedade e que comprometem a eficácia dos dispositivos democráticos".

⁶⁴² Consoante a revista *Veja* (a. 34, n. 41, out. 2001, p. 134) os professores universitários norte-americanos Michael Spence, George Akerlof e Joseph Stiglitz, ganhadores do prêmio nobel de economia do ano 2001, constataram algo aparentemente óbvio mas de difícil mensuração: os mercados são imperfeitos e precisam da intervenção estatal para fiscalizá-los. "Uma das causas da ineficiência é justamente a disparidade de informação. Por isso os governos têm um papel na punição de quem faz tráfico de informações privilegiadas... Compradores e vendedores, seja de ações ou de qualquer outro bem, nem sempre têm a quantidade de informação necessária que lhes permita tomar a decisão mais acertada. Portanto, o mercado se beneficia de uma

A sobredita restrição, portanto, procura evitar o perigo do domínio total da comunicação social pelos proprietários dos *media*, o que acarretaria a redução da liberdade de expressão e comunicação à liberdade de empresa e o abandono completo do destino da democracia nas mãos do mercado.⁶⁴³ Numa palavra, "uma república deve restringir a compra do poder pelo dinheiro".⁶⁴⁴

A Constituição prescreve também que a "propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, aos quais caberá a responsabilidade por sua administração e orientação intelectual" (art. 222, *caput*). Assim, a ordem constitucional veda aos estrangeiros o acesso à propriedade dos órgãos de comunicação de massa, numa tentativa de impedir que esses órgãos sirvam de instrumentos de defesa de interesses alheios aos da sociedade brasileira.⁶⁴⁵ A modificação introduzida pela atual redação dessa restrição, com relação às Constituições anteriores, é a autorização para os brasileiros naturalizados, há mais de dez anos, serem proprietários de empresa de comunicação.⁶⁴⁶

A Carta constitucional estipula que é "vedada a participação de pessoa jurídica no capital social de empresa jornalística ou de radiodifusão, exceto a de partido político e de sociedades cujo capital pertença exclusiva e nominalmente a brasileiros" (art. 222, § 1º). Neste contexto, a Lei maior afasta-se também da Constituição precedente, que só mencionava a participação de partidos políticos. E abre caminho para o grande capital nacional aumentar o

'mão visível' que garante o acesso à informação." Por fim, a teoria dos referidos professores teria duas vertentes práticas: "Primeiro, ela permite que se abra uma nova linha de interpretação sobre as dificuldades enfrentadas por países em desenvolvimento, nos quais as informações são menos difundidas. Oferece também mais um argumento para que os governos invistam em educação e na informação das pessoas".

⁶⁴³ FISS, Owen M. - La ironía de la libertad de expresión, p. 104.

⁶⁴⁴ HOLMES, Stephen - op. cit., p. 26.

⁶⁴⁵ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo - O direito à informação e as concessões de rádio e televisão, p. 293. Todavia, tramita no Congresso Nacional proposta de emenda constitucional que autoriza a participação de até 30% do capital estrangeiro nas empresas de comunicação brasileiras.

⁶⁴⁶ José Carlos Rocha (A informação e a comunicação na perspectiva constitucional, p. 83) comenta que a intenção dessa alteração foi legalizar a situação da Editora Abril, da TV Manchete e do Sistema Brasileiro de Televisão - SBT, entre outros.

seu controle sobre a mídia, embora restrinja a participação deste ao máximo de trinta por cento do capital social da empresa de comunicação e sem direito a voto (art. 222, § 2º).⁶⁴⁷

f) restrições à programação das emissoras de rádio e televisão (art. 221)

O propósito das restrições estabelecidas pela Constituição Federal ao conteúdo da programação da mídia eletrônica é adequá-lo para atender a finalidades educativas, culturais, informativas e para garantir o respeito à pessoa humana e à família pelos *mass media* (ver *supra*, cap. V, item 5.2). Uma iniciativa sem dúvida pertinente para um país caracterizado por elevada taxa de analfabetismo e por carências crônicas nas áreas educacional e cultural.⁶⁴⁸ No entanto, em um sistema de comunicação constituído principalmente por empresas comerciais que buscam acima de tudo o lucro, como o brasileiro, é muito difícil a concretização dessas finalidades. Para a realização de uma programação educativa e cultural, os sistemas estatal e público de exploração de radiodifusão revelam-se mais apropriados do que o sistema privado. Por isso a mudança - no atual quadro de completo descaso - dos parâmetros constitucionais atinentes à programação proposta pelos veículos de comunicação social depende especialmente da efetiva implantação do sistema público.

g) restrições para a exploração de serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 223)

Ao contrário dos veículos impressos, que independem de licença de autoridade para serem publicados, a execução do serviço de radiodifusão está submetida às restrições decorrentes da exigência constitucional de outorga do Poder Executivo para a concessão ou permissão desse serviço (art. 223, *caput*). Assim, a exploração de atividades relacionadas à

⁶⁴⁷ Segundo José Carlos Rocha (Idem, p. 84), "a aquisição de 30% do capital social pode ser mais do que suficiente para o fim de uma ambigüidade política e editorial... E se uma grande sociedade resolver comprar esses 30% de um grande número de jornais, rádios e tevês? Isto seria oligopólio, minoritário e sem direito a voto? Mais uma questão para a legislação ordinária".

⁶⁴⁸ Conforme assinala Newton Fernandes (A polícia e a imprensa na profilaxia do crime, p. 305), "Num país como o Brasil, assíxiado por crônica e impertinente crise educacional, a TV deve assumir uma responsabilidade social que ultrapasse a frivolidade das novelas".

mídia eletrônica pressupõe as seguintes determinações constitucionais: a realização de licitação para a outorga da concessão ou permissão (art. 175); a aprovação do Congresso Nacional para que o ato de outorga ou renovação produza os seus efeitos legais (art. 223, § 3º); os prazos de concessão ou permissão de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze anos para as de televisão (art. 223, § 5º);⁶⁴⁹ o cumprimento pelos concessionários ou permissionários das obrigações estabelecidas no contrato ou no ato administrativo, mormente os direitos dos usuários (art. 175, parágrafo único). A não-renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal (art. 223, § 2º).⁶⁵⁰

O fundamento da determinação constitucional, conferindo ao Poder Público competência para outorgar e renovar a execução de serviço de radiodifusão, decorre da escassez das ondas eletromagnéticas utilizadas por esse serviço e da potencial influência dos órgãos de comunicação social, notadamente a mídia eletrônica, na formação político-cultural das pessoas e na promoção dos valores democráticos, conforme assinalado (ver *supra*, cap. V, item 5.1).

2.2 - Restrições indiretamente constitucionais

Sucedem, em várias ocasiões, que o texto constitucional não estipula diretamente a restrição, mas apenas autoriza o legislador a estabelecê-la. Isto é, a restrição é prevista indiretamente pela Constituição por meio de reserva de lei. Dentre essas hipóteses, destacam-se as seguintes:

⁶⁴⁹ José Carlos Rocha (op. cit., p. 86) opina que "prazo de concessão de serviço público não poderia ser matéria constitucional: cada caso é um caso, ainda mais na radiodifusão, onde novas tecnologias dispensam um prazo tão dilatado como este".

⁶⁵⁰ Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes (op. cit., p. 300-301) considera excessivamente elevado o referido quorum de 2/5 e comenta que a previsão de votação nominal sujeita os parlamentares a vários tipos de pressões, permitindo "o direto monitoramento do voto dos congressistas, com o emprego do próprio meio de comunicação como forma de pressão".

a) qualificações profissionais para o exercício da comunicação social

Diz a Constituição que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a *lei estabelecer* (art. 5º, XIII). Desta forma, a ordem constitucional consente que a lei infraconstitucional discipline o exercício profissional da comunicação de massa, fixando os requisitos para a profissão de comunicador social.

Por conseguinte, a legislação ordinária referente às profissões de jornalista e radialista está recepcionada pelo o texto constitucional, especialmente quanto à exigência de diploma de curso superior para o exercício das aludidas atividades profissionais.

Com efeito, o Decreto 83.284, de 13 de março de 1979 - que dispõe sobre o exercício da profissão de jornalista, em decorrência das alterações introduzidas pela Lei 6.612, de 7 de dezembro de 1978 - declara que o exercício da atividade jornalística requer: prova de nacionalidade brasileira, prova de que não há denuncia ou condenação pela prática de ilícito penal e diploma de curso de nível superior de Jornalismo ou de Comunicação Social, habilitação Jornalismo, fornecido por estabelecimento de ensino reconhecido legalmente (art. 4º). E a Lei 6.615, de 16 de dezembro de 1978 - que regulamenta a profissão de radialista - consagra, como necessário para o exercício da profissão de radialista, o diploma de curso superior, quando existente para as funções em que se desdobram as atividades de radialista, fornecido por escola reconhecida legalmente, diploma ou certificado correspondente às habilitações profissionais ou básicas de 2º Grau, quando existente para as funções em que se desdobram as atividades de radialista, fornecido por escola reconhecida na forma de lei ou atestado de capacitação profissional, obtido após treinamento em instituição credenciada pelo Poder Público (art. 7º).

b) restrições relativas à publicidade de atos processuais

A Constituição configura o princípio da publicidade dos atos processuais e autoriza, por meio de reserva de lei qualificada, o legislador a restringi-lo: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem" (art. 5º, LX).

O princípio *ope judicis* é uma derivação do postulado básico de que em um regime democrático os atos praticados pelos órgãos públicos devem *prima facie* ser do conhecimento de todos. O próprio texto constitucional, em mais duas oportunidades, reforça esse entendimento, quando ordena à administração pública obedecer ao princípio da publicidade (art. 37, *caput*) e quando prescreve que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes" (art. 93, IX). Contudo, o postulado da transparência dos atos estatais não é omnímodo. Já foi visto no item precedente que para manter a segurança da sociedade e do Estado é possível determinar-se o sigilo sobre certas informações oficiais (restrição ao direito de receber informações de órgãos públicos). Agora a norma constitucional considera que a defesa da privacidade ou o interesse público justificam o sigilo de atos jurisdicionais ou o segredo de justiça.⁶⁵¹

A previsão no texto constitucional do segredo de justiça como restrição à publicidade dos atos jurisdicionais é inovação da atual Carta Federal, exceção do sigilo das votações no tribunal do júri (art. 5º, XXXVIII, *b*) já consagrado em norma constitucional anterior.⁶⁵² Porém, a disciplina do segredo de atos processuais pela legislação ordinária não é matéria

⁶⁵¹ Nas palavras de Agostinho Eiras (Segredo de justiça e controlo de dados pessoais informatizados, p. 8), o segredo de justiça "é a regra segundo a qual, aos sujeitos processuais não interessados ou a terceiros, é legalmente proibido conhecer o conteúdo dos actos e diligências praticadas no processo".

⁶⁵² O sigilo das votações no júri foi reconhecido pela Constituição de 1946 (art. 141, § 28).

recente. Com efeito, o Código de Processo Civil determina que correm em segredo de justiça os processos exigidos pelo interesse público e os atinentes a casamento, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores (art. 155).⁶⁵³ Por seu turno, o Código de Processo Penal prescreve que a "autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade" (art. 20) e a Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976 (que trata sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica) estipula que "os registros, documentos ou peças de informação, bem como os autos das diligências em flagrante e os de inquérito policial para a apuração dos crimes definidos nesta Lei serão mantidos sob sigilo, ressalvadas, para efeito exclusivo de atuação profissional, as prerrogativas do juiz, do Ministério Público, da autoridade policial e do advogado", embora "instaurado a ação penal, ficará a critério do juiz a manutenção do sigilo a que se refere este artigo" (art. 26). Tais disposições normativas evidentemente estão recepcionadas pela nova ordem constitucional.

O princípio da publicidade dos atos processuais abrange: o direito dos cidadãos em geral a assistir a prática dos atos processuais; o direito de qualquer pessoa a consultar os autos processuais e demais peças lavradas no exercício da função jurisdicional e o direito de divulgação dos atos processuais.

Nas espécies de processos enumeradas pelo art. 155 do Código de Processo Civil, a assistência aos atos processuais (mormente as audiências) e a consulta aos autos estão restringidos às partes e aos advogados.⁶⁵⁴ No inquérito policial, a restrição mencionada pode

⁶⁵³ Argumentam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (op. cit., pp.286-289) que na realidade o verificado foi uma constitucionalização do citado art. 155 do Código de Processo Civil.

⁶⁵⁴ Éfren Paulo Porfirio de Sá Lima e Frederico de Freitas Mendes (O moral e direito à informação jornalística : o segredo da justiça, p.144) sustentam, com fulcro em precedente judicial, que o segredo de justiça disciplinado pelo ordenamento jurídico brasileiro impõe um dever de sigilo apenas às partes litigantes do processo, não alcançando os órgãos de comunicação social, que poderão divulgar o conteúdo da demanda desde que procedam com cautela e objetividade. Todavia, a *ratio* desse entendimento apresenta-se ininteligível. Os autores aludem especialmente ao segredo de justiça previsto no art. 155 do Código de Processo Civil. Ora, se o

atingir até mesmo as pessoas investigadas, menos os seus procuradores,⁶⁵⁵ e nas investigações ou processos que apuram os crimes de entorpecentes definidos na Lei 6.368, a restrição à consulta dos autos ou à assistência de diligências não alcança as prerrogativas do magistrado, do membro do Ministério Público, da autoridade policial e do advogado. Além disso, noutras hipóteses, atendendo às circunstâncias do caso concreto, poderá a autoridade judiciária restringir a presença do público a uma audiência ou diligência processuais, bem como limitar à consulta de autos, desde que imprescindível à defesa da privacidade ou do interesse social.

No que diz respeito à divulgação dos atos processuais, notadamente pelos meios de comunicação social, ao contrário do que tem acontecido em outros lugares,⁶⁵⁶ o legislador ordinário brasileiro ainda não se ocupou do assunto, salvo o disposto na Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Este diploma legal tipifica como infração administrativa "divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou a adolescente a que se atribua ato infracional" (art. 247).

Ademais, prescreve a lei em foco que, se a divulgação efetuada por órgão de comunicação de

propósito dessa espécie de segredo de justiça é a defesa do interesse público ou da privacidade afigura-se uma *contradictio* coibir aos atores da causa sigilosa revelarem os atos processuais e, ao mesmo tempo, permitir a sua divulgação com maior amplitude pelos *media*. O inverso até seria mais lógico. Ademais, considerando que a atuação dos órgãos de comunicação de massa legitima-se pela difusão de informações que não violem bens coletivos amparados pela Lei máxima (interesse social) ou por direitos fundamentais (direito à privacidade), não há como justificar a publicidade pela mídia de processos que correm em segredo justamente para proteger interesse social ou para resguardar privacidade.

⁶⁵⁵ A Lei 8.906, de 4 de julho de 1994 (que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB), consagra o direito do advogado de "examinar em qualquer repartição pública policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos" (art. 7º, XIV).

⁶⁵⁶ Na Itália, no tocante à disciplina da veiculação de atos processuais pela televisão, o atual Código de Processo Penal, no seu art. 147, segundo Claudia Ridolfi (Persona e mass media : la tutela della persona nelle trasmissioni televisive tra autonomia contrattuale e diritti fondamentali, p. 103), consagra o princípio de que é necessário o consentimento das partes para a divulgação de imagem. Agostinho Eiras (op. cit., p. 41), com base na legislação portuguesa, sistematiza as restrições ao direito de narração ou de crônica judiciária, nos seguintes termos: "a) Se o processo estiver em segredo de justiça não é permitida a 'narração circunstanciada do teor' dos actos processuais; b) Encontrando-se o processo pendente, 'a reprodução de peças processuais ou de documentos incorporados em processos' depende da autorização da autoridade judiciária que tenha a seu cargo a direcção dele; c) A transmissão de imagens ou de tomadas de som carece de despacho; d) Não é permitido publicar a identidade das vítimas de crimes sexuais, contra a honra ou contra a reserva da vida privada antes da audiência; e) Se a audiência decorrer com exclusão da publicidade, enquanto esta não for estabelecida não é permitida a narração de actos processuais; f) Se a vítima dos crimes referidos na alínea d) for menor de 16 anos, a divulgação não é permitida em caso algum".

massa identificar criança ou adolescente envolvido em ato infracional, poderá a autoridade judiciária determinar, além da pena de multa, apreensão da publicação ou a suspensão da programação da emissora de rádio ou televisão até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números (art. 247, § 2º).⁶⁵⁷

c) restrições às diversões e aos espetáculos públicos

Declara a Constituição que compete à lei federal "regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada" (art. 220, § 3º, I).

A *reserva de lei qualificada* em análise já foi exercida pelo legislador. Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente que toda "criança ou adolescente terá acesso às diversões e espetáculos públicos classificados como adequados à sua faixa etária" (art. 75). E considera infrações administrativas puníveis com multa "deixar o responsável por diversões ou espetáculo público de afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza da diversão ou espetáculo e a faixa etária específica no certificado de classificação" (art. 253) e "transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação" (art. 254). Nesta última hipótese, além de multa duplicada, em caso de reincidência, declara o Estatuto que a autoridade judiciária poderá ainda determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias.

⁶⁵⁷ A referida autorização para o magistrado suspender a programação de emissora de rádio e televisão até por dois dias, bem como a publicação de periódico por até dois números, tem sido apontada como inconstitucional mormente por representantes dos *media*. Por exemplo, a Associação Nacional de Jornais (ANJ) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra a parte final do § 2º, do art. 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente, processo que se encontra ainda *sub judice* no Supremo Tribunal Federal. O principal argumento usualmente invocado contra essa pena de suspensão das atividades dos órgãos informativos é que ela constitui censura e portanto viola a Constituição. No entanto, de acordo com o que vem sendo exposto neste trabalho a respeito dos conceitos *censura* e *restrição* (ver *supra*, item 1 deste capítulo), tal suspensão não pode ser entendida como censura, mas como uma restrição a atividade dos meios de comunicação imposta pelo judiciário para salvaguardar outros valores constitucionais, tais como a dignidade e o respeito à criança e ao adolescente, colocando-os a salvo de forma de discriminação, exploração e crueldade (art. 227).

d) restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias

De acordo com o texto constitucional, a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, medicamentos e terapias estará sujeita a *restrições legais* e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso (art. 220, § 4º).

As restrições legais aludidas estão disciplinadas pela Lei n. 9294, de 15 de julho de 1996, e pelo Decreto n. 2.018, de 1º de outubro de 1996. Este último, regulamentando a referida lei, trata *da propaganda e embalagem dos produtos de tabaco* (a propaganda comercial de produtos fumíferos nos meios de comunicação social conterà advertência escrita e/ou falada sobre os malefícios do fumo e só poderá ser veiculada no rádio e na televisão no horário compreendido entre vinte e uma e seis horas); *da propaganda e rotulagem de bebidas* (permitida nas emissoras de rádio e televisão entre vinte e uma e seis horas, a propaganda não poderá associar o produto ao esporte olímpico ou de competição, ao desempenho saudável de qualquer atividade, à condução de veículos e a imagens ou idéias de maior êxito ou sexualidade e os rótulos das embalagens de bebidas alcoólicas deverão conter, de forma legível e ostensiva, dentre outras, a seguinte expressão: "Evite o Consumo Excessivo de Álcool"); *da propaganda de medicamentos e terapias* (os medicamentos anódinos e de venda livre, assim classificados pelo órgão do Ministério da Saúde, poderão ser anunciados nos meios de comunicação de social, desde que autorizados pelo referido Ministério, mas a propaganda não poderá conter afirmações que não sejam passíveis de comprovação científica, nem utilizar depoimentos de profissionais que não sejam legalmente qualificados para fazê-lo); e *da propaganda comercial dos defensivos agrícolas* (a propaganda que contenha produto de efeito tóxico, mediato ou imediato, para ser humano, restringir-se-á a programas de rádio ou televisão e a publicações dirigidas aos agricultores e pecuaristas e deverá sempre, em

qualquer meio de comunicação, chamar a atenção para o destino correto das embalagens vazias e dos restos ou sobras dos produtos (arts. 7º a 21).

Por derradeiro, dispõe o Decreto *sub examine* que as infrações cometidas na veiculação da publicidade dos produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas sujeitarão os infratores, sem prejuízos de outras penalidades previstas na legislação em vigor, especialmente no Código de Defesa do Consumidor, às seguintes sanções: (i) advertência; (ii) suspensão, no veículo de divulgação da publicidade, de qualquer outra propaganda do produto, pelo mesmo anunciante, por prazo de até trinta dias; (iii) obrigatoriedade de veiculação de retificação ou esclarecimento para compensar propaganda distorcida ou de má-fé; (iv) apreensão do produto; (v) multa, cobrada em dobro, em triplo e assim sucessivamente, na reincidência (art. 22).

e) restrições à garantia institucional da comunicação social no estado de sítio

Enuncia a Carta Federal que na vigência do estado de sítio, decretado no caso de comoção grave de repercussão nacional ou na ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, poderão ser impostas *restrições* "à liberdade de imprensa [jornais, revistas e outros periódicos], radiodifusão [emissoras de rádio] e televisão, *na forma da lei*" (art. 139, III - sem destaque na fonte).

A mencionada lei não existe ainda. No entanto, como frisado (ver *supra*, cap. V, item 3.1.1), mesmo no caso de estado de sítio, a Constituição Federal evita o emprego da palavra censura, o que denota que as medidas restritivas deverão ser formuladas com as cautelas do núcleo essencial, da proporcionalidade e fundamentadas no texto constitucional.⁶⁵⁸

⁶⁵⁸ Vale notar que a Constituição espanhola consagra que a liberdade de expressão e comunicação poderá ser suspensa no estado de exceção ou de sítio e igualmente evita o uso do termo censura (art. 55.1). E, de acordo com Candido Conde-Pumpido Ferreiro (La libertad de información y libre circulación de noticias en españa : proclamación y limites, p. 245), a cláusula de proibição de censura (art. 20.2) está excluída da suspensão no estado de sítio.

Ademais, prescreve a Constituição que não se incluem nas restrições à liberdade de comunicação social durante o estado de sítio os pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas (art. 139, parágrafo único). O melhor fundamento para essa exclusão encontra-se na decisão histórica do Supremo Tribunal Federal que, em de 5 de junho de 1914, julgou *habeas corpus* impetrado por Rui Barbosa. O remédio constitucional foi requerido porque Rui Barbosa havia pronunciado discurso no senado protestando contra ato do Governo Federal que prorrogara por seis meses o estado de sítio. Fornecida cópia da oração para um jornal, a publicação foi obstada. O Supremo Tribunal Federal concedeu o *habeas corpus* sob o argumento de que no regime democrático "a publicidade dos debates do Parlamento é da sua essência, porque os poderes políticos surgem da Nação no exercício de sua soberania, e ela, como comitente do mandato, precisa saber como agem seus representantes", ou seja, a restrição à publicação dos discursos dos parlamentares equivale a grave embaraço ao livre exercício do mandato legislativo, repelida categoricamente pela Constituição. Portanto, as medidas tomadas durante o estado de sítio não podem ser restritivas das prerrogativas dos poderes políticos constitucionais.⁶⁵⁹

⁶⁵⁹ Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 3.536. Revista Forense, v. XXII, pp.301-304.

3) Fundamento constitucional das restrições tácitas à liberdade de expressão e comunicação e à garantia institucional da comunicação social

No regime do Estado Democrático de Direito consignado pela Constituição (art. 1º), a liberdade e a garantia aludidas devem conviver harmoniosamente com todos os direitos, liberdades e garantias proclamados pela ordem constitucional.⁶⁶⁰ Aqui vale o princípio: "Cada pessoa tem de ter um direito igual ao esquema mais extenso de liberdades básicas iguais que seja compatível com um esquema semelhante de liberdades para os demais".⁶⁶¹

É fácil intuir que o exercício da liberdade de expressão e comunicação ou da garantia institucional da comunicação social, de forma irrestrita e absoluta, pode chocar-se especialmente com os princípios constitucionais da soberania popular, da cidadania, do pluralismo político, da dignidade da pessoa humana (art. 1º) e da isonomia (art. 5º, *caput*), razão pela qual esses princípios constituem também fundamentos para o condicionamento e para a concordância prática da liberdade e da garantia referidas com direitos e valores esposados no texto da Constituição, sempre que o exijam as circunstâncias do caso concreto.⁶⁶²

As restrições tácitas outrossim podem ser justificadas pelo caráter *prima facie* dos direitos e liberdades assegurados na Constituição. Isto é, a natureza principiológica das normas constitucionais, que outorgam direitos fundamentais revela que estes devem ser concretizados da melhor forma possível, consoante as possibilidades jurídicas e fáticas

⁶⁶⁰ Conforme afirma Selma Pereira de Santana (O princípio constitucional da inocência e a imprensa, p. 33), uma das características do Estado Democrático de Direito é a convivência harmoniosa de uma mídia independente e imparcial com os direitos fundamentais.

⁶⁶¹ RAWLS, John - A theory of justice, p. 53. Por seu turno, Darcy Arruda Miranda (op.cit., p. 48) assevera que as restrições à liberdade de expressão e comunicação constituem exigência de harmonia social, "pois, como ensinava BECCARIA, 'só a necessidade constringe os homens a ceder uma parte de sua liberdade'".

⁶⁶² Anota Gilmar Ferreira Mendes (Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões, p. 240) que a possibilidade de uma colisão envolvendo direitos fundamentais tutelados sem reserva legal expressa, ou sem restrição direta pelo texto constitucional, legitimaria o estabelecimento de restrição tácita.

(mandado de otimização).⁶⁶³ Por conseguinte, as normas constitucionais que consagram a liberdade de expressão e comunicação ou a garantia institucional da comunicação social ordenam, abstratamente, algo para ser cumprido proporcionalmente às condições reais e jurídicas existentes. Dentre estas, deve-se levar em conta os direitos e valores constitucionais que se chocam com o exercício daquela liberdade e garantia em situações concretas. Portanto somente após o exame das possibilidades fáticas e jurídicas é que a liberdade de expressão e comunicação e a garantia institucional da comunicação social tornam-se definitivas (mandado peremptório).⁶⁶⁴

Ademais, sendo a possibilidade de colisão da liberdade de expressão e comunicação e da garantia da comunicação social com direitos de terceiros ou com outros valores de hierarquia constitucional o principal motivo para o estabelecimento de restrições implícitas à liberdade e à garantia em tela, é plausível invocar os cânones hermenêuticos da *unidade hierárquico-normativa* (todas as normas constitucionais têm igual dignidade), da *concordância prática ou da harmonização* (como não há hierarquia entre os bens protegidos pela constituição, a colisão será superada pela harmonização ou concordância prática entre os valores colidentes) e da *proporcionalidade* (adequação, necessidade e ponderação das medidas restritivas) também para explicar a necessidade das restrições tácitas (ver *supra*, cap. I, item 11).

Em síntese, toda restrição à liberdade de expressão e comunicação ou à garantia institucional da comunicação social, não prevista explicitamente no texto da Carta Federal direta ou indiretamente por reserva de lei, exige fundamento constitucional para a sua aplicação pelo legislador ou julgador.

⁶⁶³ ALEXY, Robert - Teoria de los derechos fundamentales, p. 99.

⁶⁶⁴ Como ressaltado neste trabalho (ver *supra*, cap. I, item 6), há duas teorias básicas acerca da temática das restrições: uma denominada teoria interna e a outra teoria externa, havendo optado-se por esta última em decorrência de sua adequação ao modelo dos princípios e da sua clareza na justificação das restrições. Essa opção é reafirmada nesta oportunidade sobretudo pelo fato da *teoria externa* revelar-se compatível com a aceção de que os direitos fundamentais consagram posições *prima facie* (princípios) e não posições definitivas (regras).

3.1 - Restrições tácitas estabelecidas pelo legislador

A lei poderá restringir a liberdade de expressão e comunicação e a garantia institucional da comunicação social quando tal medida for indispensável para compatibilizá-las com outros direitos e valores constitucionais contrapostos, garantindo, assim, a harmonia no sistema de direitos fundamentais, a despeito da ausência de expressa reserva de lei no texto constitucional.⁶⁶⁵ Vislumbra-se essa hipótese nos seguintes casos:

a) proteção da dignidade da criança e do adolescente

O legislador, no Estatuto da Criança e do Adolescente, estipula várias restrições à liberdade de expressão e comunicação e à atuação dos meios de comunicação social com o fito de resguardar os princípios constitucionais da dignidade e do respeito à criança e ao adolescente, além de colocá-los a salvo de toda forma de discriminação e violência (art. 227, *caput*). De fato, prescreve o aludido Estatuto: "é vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional. E qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco e residência" (art. 143). Ademais, tipifica como crime "produzir ou dirigir representação teatral, televisiva ou película cinematográfica, utilizando-se de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica" (art. 240), como também "fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente" (art. 241).

⁶⁶⁵ Gilmar Ferreira Mendes (op. cit., p. 240) afirma que o inciso II, do art. 5º, da Constituição contém uma cláusula de reserva legal subsidiária que facilitaria, entre nós, a atividade legislativa de impor restrição a direito fundamental plasmado sem expressa previsão de reserva legal. O problema dessa tese é que o citado inciso II, do art. 5º, refere-se mais propriamente ao *princípio da legalidade* do que à cláusula de *reserva de lei*. Como esclarece José Afonso da Silva (Curso de direito constitucional positivo, p. 402): "O primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal". Vale dizer, a reserva de lei diz respeito a normas de competência para que o legislador regule determinados assuntos (notadamente os direitos fundamentais) ao passo que o princípio da legalidade (art. 5º, II) revela o postulado básico de que, no Estado de Direito, o governo é das leis e não dos homens.

As restrições aludidas, que estatuem cuidados especiais para proteger crianças e adolescentes protagonistas ativos ou vítimas de crimes,⁶⁶⁶ bem como para assegurar o livre desenvolvimento da personalidade,⁶⁶⁷ mediante a proibição de submetê-los a qualquer forma de exploração ou abuso sexual, estão de acordo com as diretrizes da Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990, que a transformou em lei interna. Declara esse documento internacional que "Os Estados Partes comprometem-se a defender a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual" (art. 34) e que "Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança de quem se alegue ter infringido leis penais, ou que seja acusada ou declarada culpada de infrações penais, de ser tratada de forma a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor, e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade" (art. 40. 1).

b) respeito às leis penais

Restrição à liberdade de expressão e comunicação e à garantia institucional da comunicação social estipulada pela Lei 5.250/67, é a vedação de incitar à prática de qualquer infração às leis penais ou fazer apologia de fato criminoso ou de autor de crime (art. 19). O fundamento dessa restrição reside no propósito de harmonizar a liberdade e a garantia em

⁶⁶⁶ A proteção de crianças e adolescentes nessas situações é bastante comum na legislação alienígena. Por exemplo, Eduardo A. Zannoni e Beatriz R. Biscaro (Responsabilidad de los medios de prensa, p. 187), relatam que a lei argentina proíbe "*la publicación de episodios relacionados con menores de dieciocho años de edad que esté incursos en delitos o contravenciones, o que sean víctimas de ellos*" e Antonio Fayos Gardó (Derecho a la intimidad y medios de comunicación, p. 338) informa que na Inglaterra "*encontramos bastantes ejemplos de normas legales que permiten impedir que se dé a conocer la identidad de los menores o algunas de sus circunstancias, siempre que éstos se encuentren envueltos en procesos judiciales, bien como partes, testigos o sujetos de adopción o tutela*".

⁶⁶⁷ Como lembra Cláudio Abramo (A regra do jogo : o jornalismo e a ética do marceneiro, p. 41), "Um homem é feito na infância, aperfeiçoado na adolescência e cristalizado na idade madura".

foco com a segurança pública, bem jurídico igualmente amparado pela Constituição (art. 144).⁶⁶⁸

c) observância do princípio da presunção de inocência

O princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII) pode constituir-se em restrição sobretudo à atividade informativa dos meios de comunicação de massa.⁶⁶⁹ Estes devem observar que as pessoas sob investigação policial ou respondendo processo na justiça criminal não devem ser tratadas como culpadas enquanto não forem condenadas por sentença judicial da qual não caiba mais recurso.⁶⁷⁰ Esta é uma exigência adotada por vários sistemas processuais penais.⁶⁷¹ No Brasil, salvo a exigência de sigilo no inquérito policial, prevista no art. 20 do Código de Processo Penal, e cujo propósito maior é a elucidação do fato investigado e não apenas resguardar a presunção de inocência do indiciado, não há lei federal dispondo sobre a matéria.⁶⁷² Todavia alguns Estados-membros, preocupados com o freqüente

⁶⁶⁸ No entanto, há outros dispositivos da Lei 5.250/167 que se chocam com o regime democrático e com os princípios fundamentais adotados pela atual Constituição Federal. Assim, não encontra arrimo na ordem constitucional em vigor a norma que dispõe: "não será tolerada a propaganda de guerra, de processo de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe" (art. 1º, § 1º) ou a prescrição de que os espetáculos e diversões públicas ficarão sujeitos à censura e que, no estado de sítio, o governo poderá exercer censura sobre jornais ou periódicos, empresas de radiodifusão e agências noticiosas (art. 1º, § 2º). É evidente no primeiro parágrafo a sua vinculação com a ideologia autoritária do regime anterior, por isso não se coaduna mormente com o princípio do pluralismo político proclamado pela Constituição de 1988. O segundo parágrafo é inconstitucional porque a Carta Magna vigente não autoriza a imposição de censura a espetáculos e diversões públicas, mas apenas a classificação indicativa (ver *supra*, item 2.2 deste capítulo) e mesmo no caso de estado de sítio, a norma constitucional fala apenas de restrições, sinalizando que estas deverão ser aplicadas com as cautelas que lhe são próprias, ausentes no caso de censura (ver *supra*, item 2.2 deste capítulo).

⁶⁶⁹ Giuseppe Corasaniti (op. cit., p. 172) assevera que "*Il principio di presunzione d'innocenza viene ad essere affermato in tutti i casi di indagini o processi, per cui il giornalista è essere tenuto a ricordare che ogni persona accusata di un reato deve considerarsi innocente fino alla condanna definitiva, e pertanto non deve costruire le notizie né pubblicare immagini in modo da presentare come colpevoli le persone ancora non giudicate tali in un processo*".

⁶⁷⁰ Eduardo A. Zannoni e Beatriz R. Bísaro (op. cit., p. 168) destacam que "*El medio de difusión tiene el deber de saber que una persona detenida, a raíz de una investigación policial, no es, por eso, culpable del delito investigado. Mientras el juez competente no pronuncie la condena y pase ésta en autoridad de cosa juzgada, debe, por tanto, investigar y ser prudente al transmitir la información de la detención de quien, a la postre, puede resultar inocente*".

⁶⁷¹ EIRAS, Agostinho - op. cit., p. 24. Por exemplo, na Itália, em Portugal e na Argentina as leis processuais penais restringem a divulgação fatos sob investigação policial e também os atos relativos à primeira fase do processo judicial.

⁶⁷² Luiz Flávio Gomes (Liberdade de imprensa, investigação criminal e respeito à pessoa, p. 3) relata que foi enviado ao Congresso Nacional proposta de reforma do art. 20 do Código de Processo Penal para acrescentar o seguinte parágrafo: "Durante o inquérito a autoridade policial tomará as providências necessárias à

desrespeito ao princípio da presunção de inocência pelos *media*, têm tomado algumas iniciativas.⁶⁷³ Assim, o Estado do Paraná aprovou o Decreto 465, de 11 de junho de 1991, objetivando que os órgãos de segurança não propiciem a exposição ao escárnio e à humilhação de pessoas envolvidas em situação de anti-sociabilidade, a que muitas vezes ficam sujeitas pela ação sensacionalista de programas jornalísticos. Nesse veio seguiram os Estados do Piauí e de Santa Catarina, promulgando leis com teor idêntico. O diploma catarinense, Lei 4.596, de 29 de novembro de 1991, dispõe que "os indiciados autuados em flagrante delito ou presos provisoriamente por ordem judicial em qualquer unidade de polícia judiciária não poderão ser constrangidos a participar ativa ou passivamente de ato de divulgação de informações aos meios de comunicação social, vedada especialmente sua exposição compulsória a fotografia ou filmagem" (art. 1º).⁶⁷⁴

3.2 - Restrições tácitas formuladas pelo judiciário

Os órgãos jurisdicionais, no julgamento de casos concretos postos à sua apreciação, podem definir restrições para evitar ou suspender exercício abusivo da liberdade de expressão e comunicação, notadamente pelos meios de comunicação social, com o primordial escopo de promover a conciliação do *jus narrandi* com os direitos fundamentais dos cidadãos ou com os interesses superiores da coletividade. Tal modalidade de restrição torna-se bastante freqüente entre nós em razão da falta de disciplina legislativa, especialmente nas leis processuais,

preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do investigado, do ofendido e das testemunhas, vedada sua apresentação aos meios de comunicação".

⁶⁷³ Deve ser frisado, conforme chama a atenção Gerardo Barbosa Castillo (Presunción de inocencia, derecho al honor y libertad de prensa, p. 165 e 168), que a dignidade da pessoa humana e processo penal não são conceitos antagônicos ou excludentes e, portanto, a presunção de inocência não prejudica a investigação, a fase processual e nem promove a impunidade.

⁶⁷⁴ Conforme informa Claudia Ridolfi (op. cit., p. 96), lei italiana de 12 de dezembro de 1992, dispõe que pessoas submetidas à restrição de sua liberdade pessoal devem ser protegidas da curiosidade pública e de toda espécie de publicidade, além de não poderem ser obrigadas a inúteis constrangimentos.

respeitante ao direito dos meios de comunicação de massa de divulgarem os atos processuais ou de reproduzirem os seus termos (crônica judiciária).⁶⁷⁵

Com efeito, a autoridade judiciária poderá restringir a transmissão ao vivo, pela televisão, de audiências e outros atos processuais não só para proteger os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem das partes e das demais pessoas envolvidas no processo,⁶⁷⁶ como também para resguardar a própria independência e imparcialidade do Poder Judiciário.⁶⁷⁷ Por exemplo, no caso de julgamento afeito ao Tribunal do Júri, deverá o seu presidente sopesar a influencia da TV sobre os jurados e as testemunhas.⁶⁷⁸ Noutras ocasiões, quando um órgão judicial está reunido, é importante ponderar sobre a conveniência de mostrar, especialmente pela televisão, os atos deliberativos do órgão, isto é, o momento em que os seus membros elaboram as suas decisões a respeito da causa *sub judice*, vez que os juízes necessitam de uma atmosfera de sossego para proferirem suas sentenças com

⁶⁷⁵ O Código de Processo Penal brasileiro apenas estabelece que "se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o Tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes" (art. 791, § 1º). O Código de Processo Penal português, ao contrário, consagra um artigo específico aos meios de comunicação social (art. 88), com o seguinte conteúdo: "1. É permitida aos órgãos de comunicação social, dentro dos limites da lei, a narração circunstanciada do teor de actos processuais que se não encontrem cobertos por segredo de justiça ou a cujo decurso for permitida a assistência do público em geral; 2. Não é porém autorizada sob pena de desobediência simples... b) a transmissão de imagem ou tomada de som relativamente à prática de qualquer acto processual, nomeadamente da audiência, salvo se a autoridade judiciária referida na alínea anterior, por despacho, o autorizar; c) a publicação, por qualquer meio da identidade de vítima de crimes sexuais, contra a honra ou contra a reserva da vida privada antes da audiência, ou mesmo depois se o ofendido for menor de 16 anos".

⁶⁷⁶ De acordo com Claudia Ridolfi (op. cit., p. 103), atual Código de Processo Penal italiano consagra, no seu art. 472, de um lado, "*il giudice dispone che il dibattimento o alcuni atti di esso si svolgano a porte chiuse*", de outro, a tutela da "*riservatezza dei testimoni e delle parti private*".

⁶⁷⁷ A fim de garantir a imparcialidade e a independência dos juizes, dispõe o Código Penal francês: "*Sera puni des peines prévues à l'article 226 quiconque aura publié, avant l'intervention de décision juridictionnelle définitive, des commentaires tendant à exercer des pressions sur les déclarations des témoins ou sur la décision des juridictions d'instructions ou de jugement*".

⁶⁷⁸ O juiz da Corte Suprema dos Estados Unidos Stephen Breyer (Los medios de difusión y su relación con las cortes supremas, p. 1266) defende, a partir de sua própria experiência, a necessidade de restringir a liberdade de comunicação social, em determinadas circunstâncias, para "*mantener en privado la identidad de los jurados en casos criminales con el fin de garantizar un juicio justo, o la necesidad de garantizar la privacidad personal a ciudadanos individuales. La manera de reconciliar estos importantes intereses cuando ellos divergen es importante para nuestras Cortes, es importante para nuestra ley, y es importante la gente de nuestros países, que buscan tanto la libertad como la justicia*".

imparcialidade e serenidade.⁶⁷⁹ Evidentemente as sentenças judiciais estão sujeitas a críticas, como de resto os atos dos órgãos públicos em geral, podendo ser legitimamente formuladas pelos meios de comunicação de massa, desde que efetuadas com adequação e respeito aos direitos à honra e à privacidade (critério da continência). Em suma, o problema da divulgação de atos processuais que estão em curso pelos órgãos de comunicação de massa envolve considerações, de um lado, sobre a deontologia profissional e a função institucional da mídia,⁶⁸⁰ de outro, sobre a independência dos juízes (interesse público) e a privacidade das pessoas envolvidas no processo. Por essa razão deve-se evitar os processos paralelos conduzidos pelos *media*⁶⁸¹ e compreender que os processos judiciais não são como as eleições, que podem ser vencidas usando-se os meios de comunicação de massa.⁶⁸²

A jurisprudência nacional fornece, entretanto, várias hipóteses de restrições tácitas à liberdade e à garantia referidas. A título de ilustração mencionam-se: o Tribunal de Justiça de

⁶⁷⁹ Como informa José Augusto de Vega Ruiz (op. cit., pp. 166-167), os tribunais espanhóis não permitem a transmissão ao vivo no momento em que vão deliberar, ao contrário de algumas Cortes Supremas na América Latina "donde la deliberación colegial de la sentencia se realiza en público, con la solemnidad y las formas de una discusión parlamentaria". Por seu turno, lembra Stephen J. Wermiel (Cobertura de la Corte Suprema de los Estados Unidos por los medios de comunicaciones de noticias, p. 1246) que a Suprema Corte dos Estados Unidos não permite a transmissão de suas audiências por rádio ou televisão, conquanto, de acordo Stephen Breyer (op. cit., p. 1266), essa postura seja objeto de debates dentro da própria Suprema Corte norte-americana, cujos argumentos estão assim sistematizados: "Los que están a favor de admitir las cámaras de televisión en la sala de audiencias argumentan, por ejemplo, que 1) al igual que el reportaje televisado del Senado y de la Cámara de Representantes, una transmisión televisiva completa de toda una discusión puede proveer una mejor cuenta de lo que ha ocurrido que una narración parcial por parte de un reportero; 2) el público verá que la Corte trabaja bien, manejando los casos difíciles en la forma que pretendían los que enmarcaron la Constitución; y 3) es injusto permitir que la prensa escrita pero no la prensa televisiva esté presente en la discusión con las herramientas de su oficio. Los que se oponen que se admitan las cámaras argumentan, por ejemplo, 1) que es más probable que los jueves lleguen a ser conocidos como personalidades individuales; 2) que televisar las discusiones afectará el comportamiento de los abogados y restringirá el interrogatorio desde el estrado; 3) que la televisión, que llega a una audiencia mayor que a la que llega la prensa escrita, no puede presentar toda a discusión con justeza; 4) que el permiso para la televisión en nuestra Corte conducirá (a través de su poder simbólico) a la introducción de la televisión en todas los tribunales de primera instancia, donde puede tener efectos indeseables (muchos estados permiten tales juicios televisados); y 5) la introducción de la televisión tendrá un efecto desconocido, posiblemente dañino, sobre la confianza que el público actualmente deposita en la Corte". A propósito, convém evocar que o Supremo Tribunal Federal admite a transmissão ao vivo das audiências até mesmo no momento de suas deliberações, como ficou patente no julgamento do processo de *impeachment* do Presidente Collor de Mello.

⁶⁸⁰ Segundo Mario Portigliatti Barbos (Mass media e prevenzione criminologica, p. 374, "Oggi la questione è: quali sono i doveri dei massmedia nell'affrontare temi, argomenti, abocchi ed altri aspetti rilevanti in tal campo?").

⁶⁸¹ Conforme Claudia Ridolfi (op. cit., pp. 60-61), constitui fenômeno indesejável os "processi paralleli condotti quotidianamente dai mass media mentre à in corso davanti alla magistratura ordinaria, con il pericolo che in tal modo vengano esercitate influenze sulla decisione dei giudici".

⁶⁸² ZANNONI, Eduardo A.; BISCARO, Beatriz R. - op. cit., p. 174.

São Paulo confirmou decisão da instância *a quo* que concedeu liminar bloqueando os serviços telefônicos conhecidos como *disque-sexo*, por considerá-lo ofensivo ao direito dos jovens à educação, à dignidade e ao respeito;⁶⁸³ o Tribunal Superior Eleitoral, apreciando matéria relativa à expressão do pensamento e à propaganda eleitoral, declarou: "Não viola a garantia de livre manifestação do pensamento, nem constitui censura prévia, a decisão do TRE que veda a reprodução de propaganda eleitoral gratuita, já considerada, pela mesma Corte, ofensiva à honra alheia, quando do exame e reconhecimento de direito de resposta";⁶⁸⁴ o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou legítima a restrição a atos processuais, no caso de apuração administrativa contra magistrado, porquanto "em nome do interesse público, faz-se em sigilo, visando a manter incólume a dignidade da Justiça";⁶⁸⁵ o Superior Tribunal de Justiça, analisando a relação entre a garantia institucional da comunicação social e o segredo de justiça, manifestou-se nestes termos: "se de um lado, a Constituição assegura a liberdade de informação, certo é que, de outro, há limitações, como se extrai no § 1º do art. 220, que determina seja observado o contido no inciso X do art. 5º, mostrando-se consentâneo o segredo de justiça disciplinado na lei processual com a inviolabilidade ali garantida";⁶⁸⁶ a Justiça Federal de 1º Instância, Seção Judiciária do Piauí, acatando pedido de execução de termo de compromisso firmado entre os principais órgãos de comunicação social situados no referido Estado e os Ministérios Públicos Estadual e Federal para evitar o desrespeito à dignidade das pessoas envolvidas com a prática de delitos, deferiu tutela preliminar, determinando às emissoras de televisão:

⁶⁸³ Tribunal de Justiça de São Paulo. Mandado de segurança 22.738-0. Rel. : Ney Almada - v.u. 20-10-94, apud - MORAES, Alexandre - op. cit., p. 134.

⁶⁸⁴ Tribunal Superior Eleitoral. Mandado de segurança 1333/SP. Rel.: Min. Octávio Galloti. Decisão: 28/09/90. DJ 1 de 29/10/90, p. 12.115, apud - A constituição na visão dos tribunais : interpretação e julgados artigo por artigo, p. 25.

⁶⁸⁵ Tribunal de Justiça de São Paulo. Mandado de segurança 18043-0/SP. Rel.: Des. Dirceu de Mello. Decisão: 12/05/93.JTJ/SP-LEX - 148, p. 241, apud - A constituição na visão dos tribunais : interpretação e julgados artigo por artigo, p. 67.

⁶⁸⁶ Superior Tribunal de Justiça. ROMs 3292/PR. Rel. : Min. Costa Leite. Decisão: 04/04/95. DJ 1 de 08/05/95, p. 12.383, apud - A constituição na visão dos tribunais : interpretação e julgados artigo por artigo, p.1367.

1. Antes de entrevistar, filmar ou fotografar pessoas envolvidas em crimes deverão solicitar autorização às referidas pessoas, devendo ser formalizada; 2. Após a autorização, a pessoa entrevistada, filmada ou fotografada não deverá ser exposta em trajes que possam denegrir sua dignidade (seminua, apenas de cueca, etc.); 3. Nas entrevistas e na veiculação de notícias de natureza policial deverão os programas policiais abster-se de expor pessoas ao escárnio, menosprezo, bem como a quaisquer outras formas de aviltamento ou rebaixamento da dignidade da pessoa humana; 4. Nos casos de notícias de natureza policial obtidas na Delegacia Especializada da Mulher, além das cautelas gerais mencionadas acima, devem os programas policiais ponderar sobre as conseqüências da publicidade para a família dos envolvidos, a fim de que a notícia veiculada não contribua para a desagregação de laços familiares entre cônjuges, pais e filhos e/ou demais parentes; 5. Não divulgar atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional. Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, proibindo-se fotografia, referência a nome, filiação, parentesco e residência, conforme determina o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 143). Fica cominada a multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada programa exibido em desrespeito à presente decisão, na conformidade com o parágrafo 4º, do art. 461, do CPC. Para o Estado do Piauí, carrego à autoridade competente que determine às autoridades policiais que proibam quaisquer ofensas tentadas ou cometidas por repórteres contra os presos e detidos, inclusive, impedir a filmagem e entrevistas com estas pessoas sem sua autorização, sob pena de responsabilidade e imposição de multa.⁶⁸⁷

⁶⁸⁷ Justiça Federal de 1º Instância, Seção Judiciária do Piauí. Ação civil pública. Processo 99.1985-0. Juiz: Marcelo Carvalho Cavalcante de Oliveira. 11 maio 1999.

CONCLUSÕES

1 - A difusão de pensamentos, idéias, opiniões, crenças, juízos de valor, fatos ou notícias na sociedade pode ser denominada de *liberdade de expressão e comunicação*. Esta nomenclatura apresenta-se apropriada porque *liberdade de expressão* (gênero) substitui com vantagens os conceitos liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de manifestação da opinião, liberdade de manifestação da consciência (espécies), e *liberdade de comunicação* representa melhor do que os termos liberdade de imprensa e liberdade de informação o atual e complexo processo de comunicação de informações na vida social.

2 - A *liberdade de expressão e comunicação* constitui um direito fundamental de dimensão subjetiva (protege a autonomia pessoal) e institucional (tutela a formação da opinião pública, a participação ativa de todos no debate público, o pluralismo político e o funcionamento do regime democrático) assegurado a todo cidadão, consistindo na faculdade de manifestar livremente os próprios pensamentos, idéias, opiniões, crenças, juízos de valor, por intermédio da palavra oral e escrita, da imagem ou de qualquer outro meio de difusão (*liberdade de expressão*), bem como na faculdade de comunicar ou receber informações verdadeiras, sem impedimentos nem discriminações (*liberdade de comunicação*).

3 - A *liberdade de expressão* tem como objeto a manifestação de pensamentos, idéias, opiniões, crenças e juízos de valor. A *liberdade de comunicação* tem como objeto a difusão de fatos ou informações. A importância prática dessa dicotomia reside na delimitação das responsabilidades decorrentes do exercício da liberdade de expressão e comunicação.

Assim, a liberdade de expressão, por ter conteúdo subjetivo e abstrato, não se encontra submetida ao limite interno da verdade; a liberdade de comunicação, constituída por conteúdo objetivo, encontra-se suscetível de comprovação da verdade.

4 - A verdade, como limite interno da liberdade de comunicação, deve ser entendida como verdade subjetiva e não como verdade objetiva. É dizer, no Estado Democrático de Direito, o que se espera do sujeito emissor de uma notícia, como postura que denota apreço pela verdade, é o diligente contacto com as fontes das informações, examinando-as e confrontando-as, bem como o uso de todos os meios disponíveis ao seu alcance, como medidas profiláticas, para certificar-se da idoneidade do fato antes de sua veiculação. A verdade resume-se, portanto, no dever de cautela exigido do comunicador.

5 - Dentre os vários motivos para a proteção jurídico-constitucional da liberdade de expressão e comunicação destacam-se a possibilidade de os cidadãos expressarem seus pensamentos e comunicarem fatos livres de impedimentos ou interferências (princípio da incensurabilidade) e a existência concreta de muitas pessoas comunicando-se a fim de que haja uma ampla divulgação da variedade de idéias e pontos de vista (princípio do pluralismo).

6 - O âmbito de proteção da *liberdade de comunicação* tutela tanto o emissor quanto o receptor da mensagem. Ou seja, esta é concebida como uma liberdade que reúne em torno de si vários direitos, tais como o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado.

7 - O direito de informar, como pólo ativo do processo da comunicação, consiste na faculdade de transmitir informações de interesse público. O direito de se informar diz respeito à faculdade de procurar ou investigar as informações, abarcando o livre acesso a todas as fontes de notícias localizadas na sociedade. O direito de ser informado, como pólo passivo do processo de comunicação, corresponde à faculdade de receber informações sobre tudo o que

ocorre na sociedade, notadamente sobre os acontecimentos que tenham uma transcendência pública e sejam de interesse geral.

8 - *A liberdade de comunicação social* consiste numa garantia institucional conferida aos meios de comunicação de massa para fazerem circular, por toda a coletividade, os pensamentos, as idéias, as opiniões, as crenças, os juízos de valor, os fatos, as informações e as notícias de interesse social.

9 - Os meios de comunicação social alteraram profundamente as relações de comunicação: o exercício da liberdade de expressão e comunicação pelos cidadãos depende agora em grande parte daqueles veículos de comunicação, que transformaram os cidadãos de sujeitos ativos da comunicação para consumidores desta.

10 - O escopo primordial da liberdade de comunicação social é servir uma opinião pública independente, pluralista e estimada como uma instituição basilar para a democracia.

11 - Uma autêntica opinião pública pode ser entendida como um senso comum dominante na coletividade referente a juízos e sentimentos sobre o estado da coisa pública, acompanhado da convicção de que seja compartilhado por todos e que seja formado por intermédio de debate público fulcrado em um processo de comunicação estruturalmente livre e paritário.

12 - Os meios de comunicação de massa influenciam de maneira positiva a opinião pública quando contribuem para a socialização política dos cidadãos (propiciando a superação de situações de isolamento dos grupos sociais), quando promovem a cidadania cultural (universalizando as opiniões individuais) ou ao favorecerem a mudança de estruturas tradicionais (introduzindo a discussão política em sentido amplo, especialmente nas sociedades em transição, como é o caso dos países do chamado Terceiro Mundo). A ação daqueles meios passa a ser negativa à proporção que produz a uniformidade das consciências,

da linguagem e dos costumes, mormente quando efetivada por intensa publicidade, que resulta em um individualismo conformista e conservador bastante prejudicial à solidariedade social e aos valores comunitários; que propaga uma cultura de massa que leva consigo um *gigantesco sincretismo* que solapa a diversidade cultural e degrada o cidadão, notadamente nos casos em que, condicionada pelos interesses comerciais, o seu único propósito é atingir um maior número de pessoas; que divulga informações falsas com o escopo de provocar, de maneira artificial, uma reação da opinião pública; ou que deforma a opinião pública quando intencionalmente desvia o interesse dos cidadãos dos problemas importantes para assuntos secundários e sem relevância comunitária. Portanto, consciente das múltiplas relações verificadas entre os meios de comunicação social e a opinião pública, a preocupação do jurista é, sobretudo, destacar os aspectos da ordenação normativa que reforçam a atuação positiva e inibem a ação negativa da mídia.

13 - Os efeitos da televisão na esfera política reforçam a idéia da interdependência entre os meios de comunicação social e a democracia. Por conseguinte, o Estado Democrático de Direito depende do controle social sobre os órgãos de comunicação, em geral, e, em particular, sobre a televisão, o mais influente veículo de comunicação da atualidade.

14 - A *liberdade interna da comunicação social* refere-se às medidas previstas para assegurarem as condições materiais e morais adequadas para que os profissionais da comunicação exerçam o seu *ius narrandi* por intermédio dos órgãos de comunicação de massa, da melhor maneira possível e com idoneidade. O seu fundamento reside no pressuposto de que a existência de uma ampla e livre circulação de opiniões e informações pluralistas na sociedade implica, também, reconhecer aos comunicadores a liberdade de defender e expor suas idéias no interior das empresas de comunicação em que desempenham o seu ofício de modo que os proprietários ou responsáveis por essas empresas não possam aviltar a liberdade intelectual e a dignidade daqueles.

15 - A liberdade de expressão filosófica e política, amparada no inciso VIII, do art. 5º, da Lei fundamental, é pré-requisito para o funcionamento de um autêntico regime democrático.

16 - A liberdade de expressão artística e científica, prevista no IX, do art. 5º, da Carta constitucional, é de vital importância tanto para o desenvolvimento da personalidade humana quanto para o bem-estar social.

17 - A faculdade de procurar, acessar, receber e difundir fatos, notícias ou informações está assegurada na Carta Magna quando esta declara que *é livre a atividade de comunicação* (art. 5º, IX).

18 - O direito fundamental de informar, aspecto ativo da liberdade comunicação, está amparado no inciso IX, do art. 5º, da Constituição.

19 - O direito fundamental de acesso à informação ou o direito fundamental de se informar está previsto no inciso XIV, do art. 5º, da Lei máxima. O âmbito de proteção desse direito varia conforme se trate de fonte pública ou privada. No primeiro caso, o acesso desimpedido às fontes públicas é a regra, salvo para as informações que comprometam direitos personalíssimos (CF, art. 5º, X) ou a segurança da sociedade e do Estado (CF, art. 5º, XXXIII). No caso de a informação originar-se de pessoas ou de instituições privadas, o acesso será mais restringido em consequência do predomínio do princípio da privacidade no âmbito da esfera privada dos cidadãos.

20 - O direito fundamental de ser informado encontra uma tutela geral no inciso IX, do art. 5º, da Carta Federal, que protege igualmente o sujeito ativo e o sujeito passivo do processo de comunicação. Assim, entre nós, não vige apenas um interesse geral pela informação ou um direito moral de ser informado, mas um verdadeiro e próprio direito do

destinatário das notícias de recebê-las, isto é, uma posição subjetiva autônoma, acompanhada de tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV).

21- O âmbito de proteção constitucional do direito de ser informado alcança a obrigação do Estado de fornecer informações acerca da atuação de seus órgãos e de seus agentes e está expressamente previsto no inciso XXXIII, do art. 5º. Outros dispositivos constitucionais também reconhecem o direito de ser informado pelo Poder Público em situações específicas, como são exemplos os casos de direito à obtenção de certidões em repartições públicas (art. 5º, XXXIV, *b*) e a obrigação das entidades estatais de difundirem informações que sejam indispensáveis para a preservação do meio ambiente (art. 225, § 1º, VI). Esse direito de receber informações oficiais foi reforçado com a aprovação da Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, que acrescentou o § 3º ao art. 37 da Lei fundamental e previu o princípio da administração aberta ao dispor que a lei regulará acerca das informações sobre os atos do governo.

22 - A ausência de consignação explícita no texto constitucional não é *conditio sine qua non* para elidir a vigência do direito fundamental de ser informado pelos meios de comunicação social entre nós. O dever jurídico dos *mass media* de manter constante e integralmente informados os cidadãos deduz-se das funções política, cultural e de utilidade pública desses órgãos, dos princípios constitucionais relativos à produção e à programação das emissoras de rádio e televisão e da caracterização constitucional da mídia eletrônica como serviço público. A posição subjetiva em tela é compatível com o regime e com os princípios adotados pela Constituição Federal (art. 5º, § 2º), além de se achar fundamentada no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 19), como no Pacto de San José de Costa Rica (art. 13), ambos ratificados pelo Estado brasileiro.

23 - A Carta Federal alberga também o direito fundamental a receber informação publicitária adequada, dos pontos de vista quantitativo e qualitativo (art. 220, §§ 3º, II e 4º),

especialmente assegurando a obtenção de propaganda comercial correta e honesta (art. 5º, XXXII).

24 - O âmbito de proteção do princípio da proscrição de censura, nos termos configurados pela Constituição Federal, abrange tanto a censura prévia e a posterior quanto a censura administrativa e a privada.

25 - A interpretação da *constituição da comunicação*, na perspectiva dos princípios constitucionais fundamentais (arts. 1º a 4º), extraindo-se de seus preceitos a força normativa para orientar, a serviço da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito, a prática social dos meios de comunicação de massa, constitui cânone hermenêutico que não deve ser olvidado pelos operadores jurídicos no momento da interpretação-aplicação das normas jurídicas relativas à comunicação social.

26 - Tendo em vista que os destinatários do princípio constitucional da vedação de censura política, ideológica e artística (art. 220, § 2º) são, além do Estado, todo e qualquer ente que esteja em condições de impedir a liberdade de expressão e comunicação, o âmbito de proteção deste princípio abarca também a censura privada praticada no seio das empresas de comunicação contra os próprios agentes profissionais da comunicação.

27 - A Constituição Federal de 1988 rompeu com a prática introduzida pela Constituição de 1934 que consagrava a liberdade de manifestação do pensamento sem dependência de censura e ressalvava a relativa a espetáculos e a diversões públicas. A atual Lei básica admite apenas a classificação da faixa etária a que não se recomendam a apresentação de espetáculos e o acesso a diversões públicas que se mostrem inadequadas. A classificação em questão não se confunde com censura porque é atividade endereçada unicamente a fixar os horários e as faixas etárias, jamais podendo impedir a transmissão ou impor cortes em espetáculo cinematográfico, teatral ou televisivo. Por conseguinte, a Lei de

Imprensa (Lei 5.250/67) não foi recepcionada pela Constituição de 1988 na parte que dispõe que os espetáculos e as diversões públicas ficarão sujeitos à censura (art. 1º, § 2º).

28 - Não há como confundir *censura* com *controle jurisdicional da legalidade no exercício da liberdade de comunicação social*, que é função típica reservada aos juízes e tribunais na democracia constitucional. A primeira é ato de natureza político-administrativa, o segundo, ato judicial. É dizer, não constituem censura as medidas judiciais decretadas para apurar a responsabilidade dos meios de comunicação social no exercício de sua atividade informativa.

29 - O controle jurisdicional do exercício da liberdade de comunicação social, apoiado na prescrição constitucional de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV), confere aos órgãos jurisdicionais não só a tarefa de reparar lesões a direitos como igualmente a incumbência de evitá-las. Dessarte, nos casos de urgência, havendo iminência de lesão a direitos ou a valores constitucionais, por parte de órgãos de comunicação de massa, e para evitar a consumação de atentados com efeitos tanto devastadores quanto irreversíveis, poderá o judiciário conceder medida cautelar para conter *ab initio* ou suspender o exercício irregular da comunicação social.

30 - A hegemonia do sistema comercial de radiodifusão sonora e de sons e imagens é responsável pelo perfil da comunicação social entre nós, caracterizada essencialmente pela oligopolização, ausência de pluralismo e dependência cada vez maior da mídia em relação aos anunciantes.

31 - Um passo em direção à democratização da concessão e da permissão de rádio e televisão é a participação de organizações não-governamentais nos processos de outorga e renovação desses meios e o estabelecimento de critérios para essa outorga como a preferência pela proposta que esteja efetivamente comprometida com as questões locais, culturais e educativas (especialmente demonstrando que tem compromisso com uma programação

educacional adequada a crianças e adolescentes) e por aquela que promova o acesso à propriedade, prioritariamente, para minorias e outros grupos sociais importantes.

32 - Estratégias para melhorar a qualidade da programação das emissoras de televisão são: (i) acordo entre as emissoras para reduzir a violência na televisão, que não deve ser julgado contrário à livre concorrência, mas incentivado legalmente; (ii) cobrança de taxa para anunciar em jornal ou TV e seu uso para financiar programação com finalidades educativas ou culturais; (iii) incentivo fiscal ou financiamento público para a produção de programas educativos dirigidos às crianças; (iv) estabelecimento de critérios para o controle de propaganda comercial nos horários da programação infantil; (v) sagração legal dos direitos do telespectador.

33 - A instauração de órgão administrativo autônomo para regular e fiscalizar o sistema de comunicação social constitui avanço em direção à democratização dos meios de comunicação de massa, porquanto a existência de uma instituição dessa natureza, com atribuição de outorgar concessões e permissões de serviço de radiodifusão (substituindo o atual mecanismo que tem favorecido a barganha política entre o Presidente da República e os parlamentares) e igualmente incumbida de fiscalizar o cumprimento dos princípios constitucionais atinentes à programação das emissoras de rádio e televisão, possibilitaria um outro perfil para a comunicação social no Brasil.

34 - Tendo em vista a sua crescente concentração nas mãos de poucas pessoas e o seu protagonismo na mediação diária da realidade, passa a ter subida importância o reconhecimento, senão a todo cidadão, pelo menos às organizações mais expressivas da sociedade civil, do direito de acesso aos meios de comunicação de massa. Porém a Lei máxima previu, apenas como direitos de acesso aos *media*, o direito de resposta (art. 5º, V) e o direito de acesso dos partidos políticos ao rádio e à televisão (art. 17, § 3º).

35 - O direito de antena dos partidos políticos é uma forma importante de concretização do princípio do pluralismo político (CF, art. 1º). De um lado, ele possibilita às diversas correntes políticas, organizadas em partidos políticos, divulgarem para toda a sociedade as suas idéias e opiniões sobre os problemas econômicos, sociais e políticos. De outro, ele pode contribuir para a cultura política dos cidadãos, porque estimula o debate público entre as concepções políticas existentes, o que é essencial para uma efetiva compreensão quanto às reais alternativas políticas. Em consequência, os cidadãos estarão mais aptos a participarem da vida social e a melhor realizarem as suas opções políticas. Nessa linha, medida salutar seria conceder aos partidos políticos de oposição o direito de resposta e de réplica às declarações políticas do governo, vez que o contraditório estabelecido entre governo e oposição decerto criaria uma oportunidade proeminente para a consecução de debates sobre assuntos de interesse social e, portanto, para o esclarecimento da opinião pública.

36 - É plausível traçar as seguintes notas distintivas entre *restrição e censura*: a primeira possui fundamento constitucional, a segunda é repelida pela Constituição; a restrição é medida legislativa ou judicial necessária para harmonizar a expressão e a comunicação com os direitos de terceiros ou interesses coletivos protegidos pela Lei fundamental, já a censura constitui determinação administrativa proveniente de órgãos públicos vinculados ao Poder Executivo; a restrição, normalmente, apenas condiciona ou comprime o âmbito de proteção da liberdade de expressão e comunicação; a censura, ao contrário, em regra aniquila totalmente a liberdade em questão, desfigurando-a; a restrição está submetida aos limites do *núcleo essencial* (não poderá desfigurar o coração da liberdade) e à *máxima da proporcionalidade* (deverá utilizar os meios adequados, ser necessária aos fins colimados e ser ponderada com os bens e direitos constitucionais em jogo), já a censura é arbitrária e motivada, sobretudo, por razões ideológicas dos detentores do poder político.

37 - A ressalva "observado o disposto nesta Constituição" (art. 220, *caput*) fundamenta as *restrições expressas* previstas diretamente no próprio texto constitucional e aquelas definidas indiretamente pela Carta Magna por meio de reserva de lei à liberdade de expressão e comunicação e à garantia institucional da comunicação social. A locução "nos termos seguintes" (art. 5º, *caput*) também constitui outro fundamento para as aludidas restrições, porquanto, com essa frase, torna-se evidente que a liberdade protegida juridicamente é somente aquela exercida de acordo com a configuração estabelecida no decorrer de todo o texto constitucional.

38 - Restrições previstas diretamente no texto da Constituição Federal à liberdade de expressão e comunicação e à garantia institucional da comunicação social: (i) vedação do anonimato (art. 5º, IV); (ii) inadmissibilidade de invocar a liberdade de expressão de crença religiosa e de convicção filosófica e política para eximir-se de obrigação legal a todos imposta ou para recusar-se o cumprimento de prestação alternativa (art. 5º, VIII); (iii) inviolabilidade dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem (art. 220, § 1º); (iv) restrição ao direito de receber informações de órgãos públicos - sigilo sobre as matérias que sejam imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII); (v) restrições sobre a propriedade dos meios de comunicação social - proibição de monopólio e oligopólio (art. 220, § 5º) e exclusividade do acesso à propriedade, à administração e à orientação intelectual aos brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos (art. 222, *caput*); (vi) restrições à programação das emissoras de rádio e televisão (art. 221); (vii) restrições para a exploração de serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens - outorga do Poder Público para a concessão ou a permissão desse serviço (art. 223, *caput*).

39 - Restrições estipuladas indiretamente pela Constituição por meio de reserva de lei à liberdade de expressão e comunicação e à garantia institucional da comunicação social: (i) exigência de qualificações profissionais para o exercício profissional da comunicação social

(art. 5º, XIII); (ii) restrições à publicidade de atos processuais para a defesa da intimidade ou do interesse social (art. 5º, LX); (iii) restrições às diversões e espetáculos públicos (art. 220, § 3º, I); (iv) restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias (art. 220, § 4º); (v) restrições à garantia institucional da comunicação social no estado de sítio (art. 139, III).

40 - As restrições tácitas, outrossim, podem ser justificadas pelo caráter *prima facie* dos direitos e liberdades assegurados na Constituição. Isto é, a natureza principiológica das normas constitucionais que outorgam direitos fundamentais revela que estes devem ser concretizados da melhor forma possível, consoante as possibilidades jurídicas e fáticas (mandado de otimização). Por conseguinte, as normas constitucionais que consagram a liberdade de expressão e comunicação ou a garantia institucional da comunicação social ordenam, abstratamente, algo para ser cumprido proporcionalmente às condições reais e jurídicas existentes. Dentre estas, deve-se levar em conta os direitos e valores constitucionais que se chocam com o exercício daquela liberdade e garantia em situações concretas. Portanto, somente após o exame das possibilidades fáticas e jurídicas é que a liberdade de expressão e comunicação e a garantia institucional da comunicação social tornam-se definitivas (mandado peremptório).

41 - Restrições tácitas estabelecidas pelo legislador ordinário à liberdade de expressão e comunicação e à garantia institucional da comunicação social: (i) proteção da dignidade da criança e do adolescente - no Estatuto da Criança e do Adolescente o legislador prescreve várias restrições à liberdade expressão e comunicação e à atuação dos meios de comunicação social com o fito de resguardar os princípios constitucionais da dignidade e do respeito à criança e ao adolescente (art. 227, *caput*), especialmente vedando a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional (art. 143) e considerando crimes "produzir ou dirigir

representação teatral, televisiva ou película cinematográfica, utilizando-se de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica" (art. 240), bem como "fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente" (art. 241); (ii) respeito às leis penais - visando harmonizar a liberdade de expressão e comunicação e a garantia institucional da comunicação social com o bem constitucional *segurança pública*, a Lei 5.250/67 proíbe a incitação à prática de qualquer infração às leis penais ou fazer apologia de fato criminoso ou de autor de crime (art. 19); (iii) observância do princípio da presunção de inocência - alguns Estados-membros, preocupados com o freqüente desrespeito ao princípio da presunção de inocência pelos *media*, têm tomado iniciativas. Assim, o Estado do Paraná elaborou Decreto objetivando que os órgãos de segurança não propiciem a exposição ao escárnio e à humilhação de pessoas envolvidas em situação de anti-sociabilidade, a que muitas vezes ficam sujeitas pela ação sensacionalista de programas jornalísticos. Nesse mesmo veio seguiram os Estados do Piauí e de Santa Catarina, promulgando leis com teor idêntico.

42 - A autoridade judiciária poderá restringir a transmissão ao vivo, pela televisão, de audiências e outros atos processuais não só para proteger os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem das partes e das demais pessoas envolvidas no processo, como também para resguardar a própria independência e imparcialidade do Poder Judiciário. Principalmente é importante ponderar sobre a conveniência de transmitir pela televisão o momento em que o órgão judicial começa a deliberar sobre o caso *sub judice*, uma vez que os juízes necessitam de uma atmosfera de sossego para proferirem suas sentenças com imparcialidade e serenidade.

43 - O problema da divulgação de atos processuais que estão em curso pelos órgãos de comunicação de massa envolve considerações, de um lado, sobre a deontologia profissional e a função institucional da mídia, de outro, sobre a independência do Poder Judiciário (interesse

público) e da privacidade das pessoas envolvidas no processo. Por isso, não devem ser evitados os processos paralelos conduzidos pelos *media*, devendo-se compreender que os processos judiciais não são como as eleições, que podem ser ganhas utilizando-se os meios de comunicação social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMO, Cláudio – *A regra do jogo : o jornalismo e a ética do marceneiro*. São Paulo : Companhia das Letras, 1999.

ALEXY, Robert - *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid : Centros de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. *Teoria de la argumentación jurídica*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista da Faculdade de direito da UFRGS*. Porto Alegre, v. 17, pp. 267-279, 1999.

ALMEIDA, André Mendes de – *Mídia eletrônica : seu controle nos EUA e no Brasil*. Rio de Janeiro : Forense, 1993.

ALVES, Ellezer - Mídia e poderes : a política de concessões de rádio e tve - uma abordagem sobre os MCM e o campo dos media: o caso do Piauí. In: ROCHA, Fenelon - *Comunicação e sociedade : a influência da comunicação na imagem, na política e na identidade cultural do Piauí*. Teresina : EdUFPI, 1999, pp. 103-137.

AMARAL, Roberto – Imprensa e controle da opinião pública : informação e representação popular no mundo globalizado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 37, n. 148, pp. 197-218, out./dez. 2000.

AMAT, Octavio - El órgano judicial y los medios de comunicación. *Saint Louis University Law Journal*, v. 42, n. 4, pp. 1255-1259, otoño, 1998.

AMORIM, José Salomão D. - Quem controla a imprensa. *Políticas Governamentais*, v. IX, n. 92, pp. 15-17, jun./jul. 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de - Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra : Almedina, 1998.

ANDRADE, Manuel da Costa - Liberdade de imprensa e tutela penal da privacidade : a experiência portuguesa. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 5, n. 20, pp. 25-57, out./dez. 1997.

_____. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal : uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra : Ed. Coimbra, 1996.

ÁNGEL EKMEKDJIAN, Miguel – *Derecho a la información : reforma constitucional y libertad de expresión – nuevos aspectos*. 2. ed. Buenos Aires : Depalma, 1996.

ARAÚJO, Luiz Alberto David – *A Proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.

ARNT, Ricardo - A desordem do mundo e a ordem do jornal. In: NOVAES, Adauto - *Rede imaginária : televisão e democracia*. 2. ed. São Paulo : Companhia das Letras, Secretaria Municipal de Cultura, 1999, pp. 170-178.

AZAMBUJA, Ruy Rodrigo Brasileiro de - A censura e a constituição. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, v. 20, n. 1/2, pp. 379-381, dez. 1991.

BADENI, Gregorio - Libertad de prensa y libertad de imprenta. *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, t. 50, n. 2, pp. 13-20, ago. 1990.

BALLESTER, Eliel C. – *Derecho de respuesta. Réplica. Retificación : el público, la información y los medios*. Buenos Aires : Astrea, 1987.

BARBI, Lety Maria - *A transparência da Administração Pública brasileira*. Florianópolis, 1991. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Universidade Federal de Santa Catarina.

BARBOS, Mario Portigliatti - Mass media e prevenzione criminologica. *Rassegna Italiana di Criminologia*, Milano, pp. 351-374.

BARBOSA, Rui – *A imprensa e o dever da verdade*. São Paulo : Com-Art, 1990.

_____. *República: teoria e prática : textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na Primeira Constituição Republicana*. Brasília : Câmara dos Deputados, 1978.

_____. *O Liberalismo e a Constituição de 1988 : textos selecionados*. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1991.

_____. *Escritos e discursos seletos*. Rio de Janeiro : Nova Aguilar, 1997.

BARBOSA CASTILLO, Gerardo - Presuncion de inocencia, derecho al honor y libertad de prensa. *Derecho Penal y Criminologia*, v. XIV, n. 47-48, pp. 159-171, may./dic. 1992.

BARROS, Suzana de Toledo - O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2. ed. Brasília : Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO ASENJO, Porfírio; LÓPEZ TALAVERA, Maria del Mar – *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*. Madrid : Fragua, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro – As rádios comunitárias e a Constituição de 1988. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, a. 5, n. 17, pp. 61-73, out./dez. 1996.

_____. A liberdade de expressão e a comunicação social. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, a. 5, n. 20, pp. 48-52, jul./set. 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra - *Comentários à Constituição do Brasil* : promulgada em 5 de outubro de 1988. v. II, São Paulo : Saraiva, 1988-1989.

BATURIN, Y; FEDETOV, M; ENTINE, V - URSS: Un proyecto de ley sobre la libertad de prensa. *Revista Internacional de Derecho Contemporáneo*, Bruselas, pp. 63-68, 1989.

BECKER, Jean-Jacques - A opinião pública. In: RÉMOND, René (org.) - *Por uma história política*. Rio de Janeiro : Ed. UFRJ, 1996, pp. 185-211.

BIRKINSHAW, Patrick - *Freedom of information : the law, the practice and the ideal*. 2. ed. London : Butterworths, 1996.

BOBBIO, Norberto - *Teoria do ordenamento jurídico*. 4. ed. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1994.

BONAVIDES, Paulo - *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Malheiros, 1999.

BOTOMBELE, Charles Bokonga Eranga - Democracy for all : a universal desire or a threat to the survival and development of mankind? *Law and State*, Tübingen, v. 49/50, pp. 7-14, 1994.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1º Região, Gabinete da Revista. *A Constituição na Visão dos Tribunais* : Interpretação e Julgados artigo por artigo. v. I e III, Brasília : Saraiva, 1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. Concedida a ordem, contra 1 voto. *Habeas corpus* nº 3.536. Rui Barbosa e Francisco Valladares. Relator: Ministro Oliveira Ribeiro. 5 maio.1914. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. XXII, pp. 301-304, jul./dez. 1914.

BREYER, Stephen - Los medios de difusión y su relación con las Cortes Supremas. *Saint Louis University Law Journal*, v. 42, n. 4, pp. 1261-1267, outono, 1998.

CADEMARTORI, Sérgio - *Estado de direito e legitimidade* : uma abordagem garantista. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.

_____. *As dimensões jurídico-políticas do segredo*. Florianópolis, 1990. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Universidade Federal de Santa Catarina.

CALDAS, Pedro Frederico - *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo : Saraiva, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto - *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. I e II. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - *Fundamentos da Constituição*. Coimbra : Ed. Coimbra, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – Sobre o tom e o dom. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, a. IV, n. 45, pp. 36-43, set.2000.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra : Almedina, 2000.

_____. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra : Almedina, 1992.

_____. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.) - *Direito constitucional : estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo : Malheiros, 2001, pp. 108-115.

CAPALDI, Nicholas – *Da liberdade de expressão : uma antologia de Stuart Mill a Marcuse*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 1974.

CARLIN, Volnei Ivo - A justiça e a mídia. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 23, pp. 23-29, ago./nov. 1998.

CARMONA SALGADO, Concepcion - *Libertad de expresion e informacion y sus limites*. Madrid : EDERSA, 1991.

CARRILLO, Marc – Los consejos de prensa como forma de autocontrol: propuestas y prevenciones respecto a su viabilidad en España. *Revista de Estudios Políticos : nueva epoca*, Madrid, n. 54, pp. 77-103, nov./dic. 1986.

_____. La cláusula de consciencia de los periodistas en la Constitución Española de 1978. *Revista de Estudios Políticos: nueva epoca*, Madrid, n. 49, pp. 165-182, ene./feb. 1986.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de – *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

CERVINI, Raúl - Incidencia de las "mass media" en la expansion del control penal en Latinoamérica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 2, n. 5, pp. 37-54, jan./mar. 1994.

CHAVES, Antonio – Imprensa. Captação audiovisual. Informática e os direitos da personalidade. *Revista dos Tribunais*, a. 85, v. 729, pp. 11-42, jul. 1996.

CHELI, Enzo - Introduzione. In: CORASANITI, Giuseppe - *Diritto dell'informazione*. 3. ed. Padova : CEDAM, 1999.

CHIOLA, Claudio – *L'informazione nella costituzione*. Padova : CEDAM, 1973.

COELHO, Inocêncio Mártires - Elementos de teoria da constituição e de interpretação constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília : Brasília Jurídica, 2000, pp. 15-99.

COMPARATO, Fábio Konder - Tocando no ponto nevrálgico: a democratização da informação e da comunicação social. *Revista da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 6, pp. 49-58, jul./set. 1987.

_____. É possível democratizar a televisão? In: NOVAES, Adauto (org.) - *Rede imaginária : televisão e democracia*. 2. ed. São Paulo : Companhia das Letras, Secretaria Municipal de Cultura, 1999, pp. 300-308.

_____. A democratização dos meios de comunicação de massa. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.) - *Direito constitucional : estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo : Malheiros, 2001, pp. 149-166.

CONDE-PUMPIDO Ferreiro, Candido – La libertad de informacion y libre circulacion de noticias en España : proclamacion y limites. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXV, pp. 243-262, 1989.

CONTI, Mario Sergio – *Notícias do planalto : a imprensa e Fernando Collor*. São Paulo : Companhia das Letras, 1999.

COOLEY, Thomas – *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2. ed., São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

CORASANITI, G – *Diritto dell'informazione : Linee generali della legislazione e della giurisprudenza costituzionale per l'impresa di informazione e la professione giornalistica*. 3. ed. Padova : Cedam, 1999.

CORNU, Daniel – *Ética da informação*. Bauru : EDUSC, 1998.

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

COX, Archibald – *Freedom of expression*. Cambridge : Harvard University Press, 1981.

CRETELLA JÚNIOR, José - *Elementos de direito constitucional*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu - Democratização dos meios de comunicação. *Revista para Todos*, São Paulo, a. I, n. 1, pp. 19-22, out. 1994.

_____. Estado de direito e cidadania. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.) - *Direito constitucional : estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo : Malheiros, 2001, pp. 194-200.

DANTAS, Josemar. A imprensa e os direitos humanos. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto – *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José, C.R : IIDH, ACNUR, CIVC, CUE, 1996, p. 639-643.

DIMENSTEIN, Gilberto. A imprensa e os direitos humanos: o perigo do silêncio. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto – *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José, C.R : IIDH, ACNUR, CIVC, CUE, 1996, p. 645-650.

DOBROWOLSKI, Silvio - Harmonização, no âmbito do mercosul, das garantias constitucionais e processuais dos direitos fundamentais e o acesso à justiça. *Seqüência*, Florianópolis, a. XX, n. 37, p. 9-20, dez. 1998.

DOTTI, René Ariel – Princípios constitucionais relativos aos crimes de imprensa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, a. 3, n. 10, pp. 116-134, abr./jun. 1995.

DWORKIN, Ronald – *A matter of principle*. Cambridge : Harvard University Press, 1985.
 _____. *Taking rights seriously*. Massachusetts : Harvard University Press Cambridge, 1980.

EIRAS, Agostinho – *Segredo de justiça e controlo de dados pessoais informatizados*. Coimbra : Ed. Coimbra, 1992.

ELLIOTT, Deni - Bases para a responsabilidade dos meios de informação. In: _____. *Jornalismo versus Privacidade*. Rio de Janeiro : Nórdica, 1986, pp. 35-48.

ESTEBAN, Jorge de – *Por una comunicacion democratica*. Valencia : Fernando Torres Editor, 1976.

ELSTER, Jon - Consequences of constitutional choice : reflections on Tocqueville. In: _____. ; SLAGSTAD, Rune (Ed.) - *Constitutionalism and democracy*. New York : Cambridge University Press, 1997, pp. 81-101.
 _____. Introduction. _____. SLAGSTAD, Rune (Ed.) - *Constitutionalism and democracy*. New York : Cambridge University Press, 1997, pp. 1-17.

FAORO, Raimundo - Liberdade de imprensa : considerações históricas sobre um tema atual. *Revista de Cultura Contemporânea*, São Paulo, a. 1, n. 2, pp. 89-93, jan. 1979.

FARIAS, Edilsom Pereira de – *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2000.

_____. Democracia, censura e liberdade de expressão e informação na Constituição Federal de 1988. *Revista da Justiça Federal no Piauí*, Teresina, v. 1, n. 1, pp. 77-88, jul./dez. 2000.

_____. Restrição de direitos fundamentais. *Seqüência*, Florianópolis, n. 41, a. XXI, pp. 67-82, dez./2000.

_____. Hermenêutica constitucional. *Seqüência*, Florianópolis, n. 38, a. XXI, pp. 77-84, jul./1999.

_____. Direito à imagem e cidadania no Brasil. *Revista da OAB-PI*, Teresina, a. III, n. 3, pp. 69-76, 1996.

FASANO, Federico - Las dos caras de la censura. *Nueva Sociedad*, Caracas, n. 74, pp. 129-135, set./oct.1984.

FAYOS GARDÓ, Antonio – *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

FÉDER, João – *Crimes da comunicação social*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

FERNANDES, Newton - A polícia e a imprensa na profilaxia do crime. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 4, n. 15, pp. 304-315, jul./set. 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio – Liberdade de opinião, liberdade de informação : mídia e privacidade. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, a. 6, n. 23, pp. 24-29, abr./jun. 1998.

FERREIRA, Aluizio – *Direito à informação, direito à comunicação* : direitos fundamentais na Constituição brasileira. São Paulo : Celso Bastos Editor, 1997.

FERREIRA, Argemiro - As redes de TV e os senhores da aldeia global. In: NOVAES, Adauto (org.) - *Rede imaginária* : televisão e democracia. 2. ed. São Paulo : Companhia das Letras, Secretaria Municipal de Cultura, 1999, pp. 155-169.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves - *Curso de direito constitucional*. 24. ed. rev, São Paulo : Saraiva, 1997.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo : Saraiva, 1996.

FERREIRA, Pinto - *Curso de direito constitucional*. 8. ed. ampl. e atual. de acordo com as emendas constitucionais e a revisão Constitucional, São Paulo : Saraiva, 1996.

FERREIRA, Rui – Liberdade de expressão e direito à liberdade de manifestação : posituação constitucional em Angola. *Revista da Ordem dos Advogados de Angola*. Luanda, a. I, n. 1, pp. 223-236, 1998.

FISS, Owen – *Libertad de expresión y estructura social*. México, D. F : Distribuciones, 1997.
_____. *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona : Gedisa, 1999.

FRANCO, Benedito Luiz – *Proteção constitucional do sigilo da fonte na comunicação jornalística*. São Paulo : Celso Bastos Editor, 1999.

FONTELES, Marcelino - *Sociologia e cidadania*. Teresina : Capital, 2001.

FORTUNA, Felipe - John Milton e a liberdade de imprensa. In: MILTON, John - *Areopagítica* : discurso pela liberdade de imprensa ao parlamento da Inglaterra. Rio de Janeiro : Topbooks, 1999, pp. 11-32.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo – *Derechos fundamentales y garantías institucionales* : análisis doctrinal y jurisprudencial. Madrid : Civitas, 1994.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo - *La constitucion como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid : Civitas, 1985.

GIANFORMAGGIO, Letizia - L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV seire - LXII, n. 1, pp. 65-103, gen./mar.1985.

GOMES, Luiz Flávio – Liberdade de imprensa, investigação criminal e respeito à pessoa. *Boletim IBCCrim*, a. 5, n. 58, p. 3, set. 1997.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo – *Honor y libertad de expresión*. Madrid : Tecnos, 1987.

_____. La solución del conflicto entre libertad de expresión y honor en el derecho penal español. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXV, pp. 263-275, 1989.

GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique - La libertad interna de los medios privados de comunicación social. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid, n. 2, pp. 21-33, ene./abr. 1989.

GONÇALVES, Maria Eduarda – *Direito da informação*. Coimbra : Almedina, 1994.

GROSSO, Carlo Federico - Sviluppi recenti del diritto penale della informazione a mezzo stampa. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra, vol. LXV, pp. 291-304.

GUERRA, Sidney Cesar Silva – *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago - Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.) - *Direito constitucional : estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo : Malheiros, 2001, pp. 268-283.

HABERMAS, Jürgen – *Direito e democracia : entre facticidade e validade*. v. I e II. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Mudança estrutural da esfera pública : investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1984.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John – *The federalist papers*. New York : Mentor, 1999.

HESSE, Konrad – *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOBSBAWM, Eric – *On the edge of the new century*. New York : The New Press, 2000.

HODGES, Louis W - Definindo a responsabilidade da imprensa : uma abordagem funcional. In: ELLIOTT, Deni - *Jornalismo versus Privacidade*. Rio de Janeiro : Nórdica, 1986, pp. 15-34.

HOLMES, Stephen - Liberal constraints on private power? : reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith - *Democracy and mass media*. New York : Cambridge University Press, 1995, pp. 21-65.

HOWITT, Dennis – *Crime, the media and the law*. Chichester : Wiley, 1998.

HUDON, Edward G - *Imprensa e liberdade*. São Paulo : Lidador, 1965.

HUNGRIA, Nelson – A nova lei de imprensa. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 52, v. 162, pp. 9-15, nov./dez. 1955.

JABUR, Gilberto Haddad – *Liberdade de pensamento e direito à vida privada : conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

JEANNENEY, Jean-Noël - A mídia. In: RÉMOND, René (org.) - *Por uma história política*. Rio de Janeiro : Ed. UFRJ, 1996, pp. 213-230.

JELLINEK, Geog - *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*. Milano : Società Eitrice Libreria, 1987.

JERÓNIMO, Patrícia - Os direitos do homem à escala das civilizações : proposta de análise a partir do confronto dos modelos ocidental e islâmico. Coimbra : Almedina, 2001.

KARAM, Francisco José – *Jornalismo, ética e liberdade*. São Paulo : Summus, 1997.

KELLEY, David; Donway - Liberalism and free speech. In: LICHTENBERG, Judith (ed.) - *Democracy and the mass media*. New York : Cambridge University Press, 1995, pp. 66-101.

KOMMERS, Donald P – *The constitutional jurisprudence of the federal republic of germany*. 2. ed. Duke University Press, 1997.

LAMBERTI, Armando – *L'informazione televisiva tra diritto comunitário e diritto interno*. Milano : Giuffrè, 1997.

LARENZ, Karl - *Metodologia da ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LLAMAZARES CALZADILLA, M. Cruz – *Las libertades de expresion e informacion como garantia del pluralismo democratico*. Madrid : Civitas, 1999.

LEÃO, Anis José – Sobre o projeto de lei de imprensa. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, a. 6, n. 12, pp. 278-291, jan./mar. 1988

_____. *Limites da liberdade de imprensa*. Belo Horizonte : Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, s/d.

LICHTENBERG, Judith - Introdução. In: _____. *Democracy and mass media*. New York : Cambridge University Press, 1995, pp. 1-20.

_____. Foundations and limits of freedom of the press. In: _____. *Democracy and mass media*. New York : Cambridge University Press, 1995, pp. 102-135.

LIMA, Éfren Paulo Porfirio de Sá e MENDES, Frederico de Freitas - O moral e direito à informação jornalística : o segredo da justiça. *Revista da Justiça Federal no Piauí*, v. 1, n. 1, pp. 133-144, jul./dez. 2000.

LIMA, Francisco Meton Marques de - *O resgate dos valores na interpretação constitucional : por uma hermenêutica reabilitadora do homem como "ser-moralmente-melhor"*. Fortaleza : ABC, 2001.

LIMBORÇO, Lauro – O direito de crítica e a lei de imprensa. *Revista dos Tribunais*, a. 75, v. 606, pp. 452-454, abr. 1986.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo – *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

- MACHADO, J. Baptista - *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra : Almedina, 1991.
- MAGALHÃES, Roberto Barcellos de - *Responsabilidade penal e civil por delitos de imprensa*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1995.
- MARANHÃO, Jarbas - Caracterização político-jurídica da liberdade de pensamento : censura e significação da imprensa. *Revista de Sociologia e Política*, n. 6/7, pp. 67-73, 1996.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva – Direitos e deveres no mundo da comunicação : da comunicação clássica à eletrônica. *Carta Mensal*, n. 541, v. 46, pp. 49-80, abr. 2000.
- MARX, Karl – *A liberdade de imprensa*. Porto Alegre : L&PM, 1999.
- MAZZILLI, Hugo Nigro - O público e o privado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 84, v. 714, pp. 476-477, abr. 1995.
- MCLUHAN, Marshall – *Os meios de comunicação como extensões do homem*. São Paulo : Cultrix, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira – Colisão de direitos fundamentais : liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Informativo Consulex*, Brasília, a. VII, n. 43, pp. 1150-1148, out.1993.
- _____. Os direitos individuais e suas limitações : breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília : Brasília Jurídica, 2000, pp. 197-313.
- MILTON, John – *Areopagítica* : discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra. Rio de Janeiro : Topbooks, 1999.
- MILL, John Stuart – *On liberty*. Toronto : Broadview Literary texts, 1999.
- MIRANDA, Darcy Arruda – *Comentários à lei de imprensa*, v. I e II. 2. ed. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1994.
- _____. *Dos abusos da liberdade de imprensa*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1959.
- MIRANDA, Jorge - *Manual de direito constitucional*. v. IV, Coimbra : Ed. Coimbra, 1988.
- _____. O direito de informação dos administrados. In: SARAIVA, Paulo Lopo (coord.) - *Antologia luso-brasileira de direito constitucional*. Brasília : Brasília Jurídica, 1992, pp. 207-212.
- MONIZ, Helena - Direito de resposta : limite à liberdade de imprensa ou proteção do consumidor? *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXII, pp. 273-311, 1996.
- MORAIS, Alexandre – Liberdade de imprensa e proteção à dignidade humana. *Boletim IBCCrim*, a. 5, n. 58, p. 15, set. 1997.
- _____. *Direitos humanos fundamentais*: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo : Atlas, 1997.

MORAIS, Carlos Blanco de - Liberdade religiosa e direito de informação : o direito de antena das confissões religiosas e o serviço público de televisão. In: MIRANDA, Jorge – *Perspectivas Constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. V.II. Coimbra : Ed. Coimbra, 1996, p. 239-302.

MORAIS, Fernando – *Chatô : o rei do Brasil, a vida de Assis Chateaubriand*. 3. ed. São Paulo : Companhia das Letras, 1994.

MORANGE, Jean – *La liberté d'expression*. Paris : Press Universitaires de France, 1993.

MOREIRA, Vital – *O direito de resposta na comunicação social*. Coimbra : Ed. Coimbra, 1994.

_____. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.) - *Direito constitucional : estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo : Malheiros, 2001, pp. 313-336.

MORIN, Edgar – *Cultura de massas no século XX : neurose*. v. I, 9. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1997.

NALINI, José Renato - O juiz e a imprensa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 80, v. 673, pp. 246-251, nov./dez. 1991.

NERY, Sebastião - *Grandes pecadas da imprensa*. 3. ed. São Paulo : Geração Editorial, 2001.

NOVOA MONREAL, Eduardo - *Derecho a la vida privada y libertad de información : un conflicto de derechos*. 5. ed. México, DF : Siglo XXI, 1997.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano – *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo : FTD, 1997.

NUSDEO, Vera Maria de Oliveira - *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, João Gualberto de - *A liberdade de imprensa no Brasil e na Suécia*. São Paulo : Sociedade brasileira de expansão comercial, 1956.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de - O Tribunal do Júri popular e a mídia. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, a. IV, v. I, n. 38, pp. 40-42, fev. 2000.

ORDÓÑEZ, Jaime - Periodismo, derechos humanos y control del poder político. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto – *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. Jan José, C.R : IIDH, ACNUR, CIVIC, CUE, 1996, p. 605 – 638.

PACE, Alessandro – *Stampa, giornalismo, radiotelevisione : problemi costituzionali e indirizzi di giurisprudenza*. Padova : CEDAM, 1983.

PEIXE, José Manuel Valentim; FERNANDES, Paulo Silva – *A lei de imprensa : comentada e anotada*. Coimbra : Almedina, 1997.

PELLET LASTRA, Arturo – *La libertad de expresion*. 2. ed. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1993.

PEREIRA, Almir de Lima - Os limites da liberdade. *Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará*, Belém, a. 34, v. 51, pp. 13-15, 1990.

PEREIRA, Moacir - *O direito à informação na nova lei de imprensa*. São Paulo : Global, 1991.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique - *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 3. ed. Madrid : Tecnos, 1990.

PIAUI. Justiça Federal de 1º Instância, Seção Judiciária do Piauí. Deferimento de liminar. Ação civil pública. Processo 99. 1985-0. Ministério Público Federal e TV Meio Norte, TV Cidade Verde e Estado do Piauí. Juiz: Marcelo Carvalho Cavalcante de Oliveira. 11 maio 1999.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. O passado não está morto : nem passado é ainda. In: DIMENSTEIN, Gilberto - *Democracia em pedaços : direitos humanos no Brasil*. São Paulo : Companhia das Letras, 1996, pp. 07-45.

PINTO, Ricardo Leite - Direito de informação e segredo de justiça no direito português. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a. 51, pp. 509-523, jul. 1991.

_____. Liberdade de imprensa e vida privada. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a. 54, pp. 27-147, abr. 1994.

PINTO, Marcos Barbosa - Liberdade de imprensa e responsabilidade civil dos meios de comunicação. *Revista de direito mercantil industrial, econômico e financeiro : nova série*, São Paulo, a. XXXVI, pp. 171-184, jul./set. 1998.

PIOVESAN, Flávia - *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo : Max Limonad, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti - Liberdade de imprensa. In: *As tendências atuais do direito público : estudos em homenagem ao Prof. Afonso Arinos de Melo Franco*. Rio de Janeiro : Forense, 1976, pp. 185-187.

_____. *Comentários à Constituição de 1946*. 4. ed. rev. e aum. tomo IV, Rio de Janeiro : Borsoi, 1963.

_____. *Comentários à Constituição de 1967 : com a Emenda n. 1, de 1969*. 2. ed. rev. tomos IV e V, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1971-1974.

PONTES, Helenilson Cunha – A liberdade de informação, a livre iniciativa e a Constituição Federal de 1988. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, a. 6, n. 22, pp. 160-176, jan./mar. 1998.

PRICE, Vincent - *La opinión pública : esfera pública y comunicación*. Barcelona : Paidós, 1994.

RAZ, Joseph - Free expression and personal identification. In: WALUCHOW, W. J - *Free expression : essays in law and philosophy*. New York : Oxford University Press, 1994, pp. 1-29.

RAWLS, John - *Political liberalism*. Columbia University Press, 1993.

_____. *A theory of justice*. Cambridge : Harvard University Press, 2000.

REALE JÚNIOR, Miguel - Direito de informação e interesse público. *Revista dos Tribunais*, a. 74, v. 596, pp. 295-301, jun. 1985.

REBOLLO VARGAS, R - *Aproximación a la jurisprudencia constitucional : libertad de expresión e información y límites penales*. Barcelona : PPU, 1992.

REVISTA VEJA - São Paulo : Abril, a. 34, n. 41, pp. 133-134, out. 2001.

RIBEIRO, Alex - *Caso Escola Base : os abusos da imprensa*. 2. ed. Ática : São Paulo, 2000.

RIDOLFI, Claudia - *Persona e mass media : la tutela della persona nelle trasmissioni televisive tra autonomia contrattuale e diritti fondamentali*. Padova : CEDAM, 1995.

ROCHA, José Carlos - A informação e a comunicação na perspectiva constitucional. *Democracia*, Rio de Janeiro, a. 84, n. 1, 79-90, jan./fev. 1990.

ROCHA, José de Albuquerque - *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo : Malheiros, 1995.

ROCHA, Manuel António Lopes - Desenvolvimentos recentes do direito penal da informação (da imprensa). *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXV, pp. 305-338, 1989.

RODRIGUES, Leda Boechat - A Corte Suprema dos Estados Unidos e as liberdades de palavra e de imprensa. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 54, v. 169, pp. 33-46, jan./fev. 1957.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei - *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo : Acadêmica, 1994.

RUIZ VADILLO, Henrique - Desenvolvimentos recientes del derecho penal de la información. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXV, pp. 223-242, 1989.

SAID, Gustavo Fortes - Os mediadores culturais e a globalização : proposta para análise de discurso do jornalismo piauiense. In: ROCHA, Felon (Org.) - *Comunicação e sociedade : a influência da comunicação na imagem, na política e na identidade cultural do Piauí*. Teresina : Edufpi, 1999, pp.59-89.

SALGADO, Concepcion Carmona - *Libertad de expresion e informacion y sus limites*. Madrid : Edersa, 1991.

SAMPAIO, José Adércio Leite - *Direito à intimidade e à vida privada : uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte : Del Rey, 1998.

- SANCHEZ GONZALEZ, Santiago - *La libertad de expresion*. Madrid : Marcial Pons, 1992.
- SANTANA, Selma Pereira de - O princípio constitucional da inocência e a imprensa. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, a. II, v. I, n. 22, pp. 32-33, out. 1998.
- SANTANIELLO, Giuseppe - Le linee di sviluppo della legislazione sui media nel secolo XX. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano, v. 3, pp. 719-744, 1997.
- SANTIAGO, Silvano - Alfabetização, leitura e sociedade de massa. In: NOVAES, Adauto - *Rede imaginária : televisão e democracia*. 2. ed. São Paulo : Companhia das Letras, Secretaria Municipal de Cultura, 1999, pp. 146-152.
- SANTOS, Boaventura de Sousa - *Para um novo senso comum : a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. v. I, São Paulo : Cortez, 2000.
- SANTOS, Lourival J. dos Santos - Censura : liminares contra a imprensa. *Jornal do MPE : Informativo da Procuradoria Geral de Justiça do Piauí*, Teresina, mar./abr. 2001.
- SARAIVA, Wellington Cabral - Ministério Público e liberdade de imprensa. *Informativo Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça*, Brasília, a. I, n. 3, set. 1996.
- SARAIVA, Paulo Lopo - A comunicação social na Constituição Federal de 1988. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.) - *Direito constitucional : estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo : Malheiros, 2001, pp. 409-415.
- SARLET, Ingo Wolfgang - *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.
- SARTORI, Giovanni - *Elementos de teoría política*. Madrid : Alianza, 1992.
- SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto - *La libertad de expresión en el Estado de Derecho : entre la utopía y la realidad*. Barcelona : Ariel, 1987.
- SCHMITT, Carl - *Teoría de la constitución*. Madrid : Alianza.
- SCHMITT, Rosane Heineck - Direito à informação - liberdade de imprensa x direito à privacidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) - *A Constituição concretizada : construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000, pp. 211-241.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão - A criminalidade e os meios de comunicação de massas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 3, n. 10, pp. 135-143, abr./jun. 1995.
- SILVA, José Afonso da - *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo : Malheiros, 1997.
- SLAGSTAD, Rune - Liberal constitutionalism and its critics : Carl Schmitt and Max Weber. In: ELSTER, Jon; _____. (Ed.) - *Constitutionalism and democracy*. New York : Cambridge University Press, 1997, pp. 103-129.

SODRÉ, Nelson Werneck – *História da imprensa no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro : Mauad, 1999.

SOUSA, Nuno e – *A liberdade de imprensa*. Coimbra : Ed.coimbra, 1984.

SUNSTEIN, Cass R – *Democracy and the problem of free speech*. New York : The Free Press, 1995.

TRIBE, Laurence H – *American constitutional law*. 2. ed. New York : The Foundation Press, 1988.

TORRES, José Henrique Rodrigues – A censura à imprensa e o controle jurisdicional da legalidade. *Revista dos Tribunais*, a. 83, v. 705, pp. 24-33, jul.1994.

TOURAINÉ, Alain - *Crítica da modernidade*. 5. ed. Petrópolis : Vozes, 1994.

UCCELLA, Fulvio - Il diritto all'accesso tra dottrina e giurisprudenza : una difficile tematica. *Giustizia civile*, a. XXXIII, pp. 267-277, lugl./ago. 1983.

UNGAR, Sanford J - The role of a free press in strengthening democracy. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.) - *Democracy and the mass media*. New York : Cambridge University Press, 1995, pp. 368-398.

VEGA RUIZ, José Augusto de – *Libertad de expresión, información veraz, juicios paralelos, medios de comunicación*. Madrid : Universitas, 1998.

VENTURA, Adrián R. - La función de la prensa en el control de la corrupción. *Revista del Colegio de abogados de Buenos Aires*, t. 54, n. 1, pp. 85-94, ago. 1994.

VERONESE, Josiane Rose Petry – Os meios de comunicação de massa : uma nova forma de controle social. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 28, n. 112, pp. 445-456, out./dez. 1991.

VIEIRA, Oscar Vilhena - *A Constituição e sua reserva de justiça : um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo : Malheiros, 1999.

_____. *A constituição e sua reserva de justiça : um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo : Malheiros, 1999.

WALKER, Doris Brin - La limitación del discurso racista en los Estados Unidos contra el respeto de la "libertad" de expresión : el punto de vista de un marxista sobre este aparente dilema constitucional. *Revista Internacional de Derecho Contemporáneo*, Bruselas, pp. 69-79, 1989.

WERMIEL, Stephen J - Cobertura de la Corte Suprema de los Estados Unidos por los medios de comunicaciones de noticias. *Saint Louis University Law Journal*, v. 42, n. 4, pp. 1233-1253, otono, 1998.

WOLF, Mauro - *Teorias da comunicação*. 5. ed. Lisboa : Presença, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos - *Ideologia, estado e direito*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

ZACCARIA, Roberto – *Diritto dell'informazione e della comunicazione*. Padova : CEDAM, 1999.

ZAFFORE, Jorge - *La comunicación masiva*. Buenos Aires : Depalma, 1990.

ZANNONI, Eduardo A. ; BÍSCARO, Beatriz R. – *Responsabilidad de los medios de prensa*. Buenos Aires : Astrea, 1993.

ZUÑIGA URBINA, Francisco - Libertad de opinion e informacion : de la libertad de imprenta a la libertad de antena. *Revista de Derecho*, a. LXII, n. 197, pp. 169-187, ene./jun. 1995.