

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

LUCIANA TUDISCO OLIVEIRA MORTE

**LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA E SEUS LIMITES
FRENTE À DEMOCRACIA BRASILEIRA ATUAL**

SÃO PAULO

2013

LUCIANA TUDISCO OLIVEIRA MORTE

**LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA E SEUS LIMITES
FRENTE À DEMOCRACIA BRASILEIRA ATUAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientadora: Prof. Dr. André Ramos Tavares

SÃO PAULO

2013

LUCIANA TUDISCO OLIVEIRA MORTE

**LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA E SEUS LIMITES FRENTE À
DEMOCRACIA BRASILEIRA ATUAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Aprovada em

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. André Ramos Tavares – Orientador
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Gianpaolo Poggio Smanio

Prof. Dr. Guilherme Amorim Campos da Silva

À minha família.

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte de toda sabedoria.

Aos meus pais pela vida e pelos esforços empenhados em minha formação pessoal e educacional.

Ao meu orientador, Dr André Ramos Tavares, minha eterna gratidão, por ter oferecido diretrizes seguras e me auxiliado na conclusão desta empreitada.

Ao meu marido, Rodrigo, pelo incentivo e contribuição emocional.

Aos amigos que apoiaram e, de alguma forma, contribuíram para a conclusão desta pesquisa.

Aos professores e funcionários da Pós-Graduação Mackenzie, pelo incentivo à realização deste trabalho.

*Posso não concordar com nenhuma das
palavras que você disser, mas defenderei
até a morte o direito de você dizê-las.*

(Voltaire)

RESUMO

Tanto a liberdade de expressão quanto a de imprensa estão em evidência no mundo atual. A última possui um papel fundamental na fiscalização e denúncias de crimes e/ou condutas lesivas à sociedade, especialmente, no que diz respeito aos atos do poder público.

Exercer amplamente as liberdades de comunicação, significa resguardar, na sociedade moderna, a formação da opinião pública livre e a solidificação do Estado democrático de direito. Em face dessa relevante função assumida pela liberdade de comunicação, há quem defenda uma plena e ilimitada liberdade, afastando qualquer forma de regulação, fiscalização ou limitação de tal atividade por parte do Estado. No entanto, assim como ocorre com as demais liberdades constitucionais, as liberdades de expressão e de imprensa encontram limites aos seus exercícios.

O presente trabalho tem por objetivo abordar a liberdade de expressão e de imprensa frente aos seus limites.

Palavras-chave: Liberdade – Expressão – Imprensa – Democracia - Limites

ABSTRACT

Both freedom of expression and the press are in evidence in the world today. Freedom of the press has a key role in monitoring and complaints of crimes and / or conduct detrimental to society, especially with regard to acts of public power.

Exercising widely freedom of communication, guard means, in modern society, the formation of public opinion and free solidification of democratic rule of law. Given this important role taken by the freedom of communication, some argue a full and unlimited freedom, ruling out any form of regulation, oversight or limitation of such activity by the state. However, as with other constitutional freedoms, freedoms of speech and press are limits to its exercise.

This work aims to address the freedom of speech and press forward to their limits.

Key- words: Freedom - Expression - Press - Democracy - Limits

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. EVOLUÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	14
1.1. Origem histórica da liberdade de expressão.....	14
1.2. Positivização da liberdade de expressão.....	18
1.3. Liberdade de Expressão como um direito fundamental.....	24
1.4. As liberdades de comunicação e as situações de conflito com outros direitos, liberdades e garantias. A utilização do princípio da proporcionalidade.....	29
1.5. O desenvolvimento dos meios de comunicação e a liberdade de informação jornalística no Brasil.....	36
2. PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA	40
2.1. A liberdade de manifestação de pensamento.....	40
2.2. O direito fundamental à informação.....	42
2.2.1. Lei de Acesso à informação (Lei n. 12.527/2011).....	45
2.3. Proibição à censura.....	48
2.4. Informação e verdade.....	53
2.5. Direito de informação e Internet.....	58
3. REGULAÇÃO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL NO BRASIL	62
3.1. A imprensa como um serviço de utilidade pública.....	62
3.2. Sistemas de concessão, permissão e autorização dos serviços de rádio e televisão no Brasil.....	67
3.3. Vedação ao monopólio e ao oligopólio dos meios de comunicação social.....	72
3.4. Conselho de Comunicação Social brasileiro.....	79
3.5. Responsabilidade civil dos meios de comunicação.....	80
4. LIMITES CONSTITUCIONAIS AO JORNALISMO POLÍTICO BRASILEIRO	83
4.1. Proteção à vida privada.....	83
4.2. Direito à imagem e à honra.....	87
4.3. Hipóteses de restrição à liberdade de programação.....	90

4.4. Jornalismo investigativo nos espaços públicos e privados	93
4.5. Controle pelo Poder Judiciário da liberdade dos meios de comunicação	97
4.5.1. A posição atual do Supremo Tribunal Federal. Análise de caso.....	101
CONCLUSÕES	110
REFERÊNCIAS	113
ANEXO I	119

INTRODUÇÃO

É na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 220, que se encontra a norma fundamental acerca do tema aqui desenvolvido, nos seguintes termos: “*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*”.

O Parágrafo Primeiro do citado dispositivo aponta algumas exceções à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, previstas nos incisos IV, V, X, XIII e XIV do artigo 5º.

A liberdade de informação jornalística alcança qualquer forma de difusão de notícias, comentários e opiniões por qualquer veículo de comunicação.

É indiscutível na atualidade a importância da liberdade de expressão e de imprensa, sendo esta última responsável por um papel fundamental na fiscalização e denúncia de crimes e condutas lesivas à sociedade, especialmente no âmbito do poder público.

O amplo exercício das liberdades de comunicação, imune de censura, assume na sociedade moderna um papel crucial para a formação da opinião pública livre e a solidificação do Estado democrático de direito. Em face dessa relevante função assumida pela liberdade de comunicação, há quem defenda uma plena e ilimitada liberdade, afastando qualquer forma de regulação, fiscalização ou limitação de tal atividade por parte do Estado.

Entretanto, a liberdade de comunicação precisa respeitar outros direitos, outras liberdades de garantias, com o fim de resguardar a ordem jurídico-constitucional em vigor no país.

Haverá colisões de direitos fundamentais e, eventualmente, violação de algum direito no caso de os veículos de imprensa deixarem de observar certos limites decorrentes de outros direitos fundamentais, de titularidade das pessoas (físicas e jurídicas). Com o fim de dirimir tais conflitos, utilizar-se-á, como base, do princípio da proporcionalidade.

Importante também ressaltar que, com o fim de assegurar a máxima amplitude das liberdades comunicativas, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo, seja de forma implícita quanto explícita, a previsão da censura e a liberdade de programação. Neste sentido, torna-se necessário analisar a possibilidade de se impor restrições à liberdade de programação dos meios de comunicação, com o intuito de se resguardar a unidade constitucional.

Com o propósito de assegurar o equilíbrio entre as liberdades comunicativas e os demais direitos fundamentais dos indivíduos e da coletividade, serão analisadas as possibilidades de intervenção estatal para fins de regulamentar a comunicação social, notadamente, a criação do Conselho de Comunicação Social.

Em decorrência do passado recente brasileiro, em virtude do regime ditatorial que vigorou por um período de vinte anos, muitos direitos e liberdades foram suprimidos, tendo sido a imprensa um forte instrumento de resistência e luta pela redemocratização. Há, ainda, sérios resquícios daquele período, os quais servem de fundamento por parte dos órgãos de imprensa para afastar toda e qualquer forma de limitação de conteúdo por aqueles veiculados.

Deste modo, no decorrer do trabalho serão verificados alguns questionamentos, tais como: se há limites para o exercício da liberdade de imprensa; quais são esses limites; em caso de conflito entre as liberdades comunicativas e os demais direitos e garantias constitucionalmente garantidos como deve se posicionar o direito em tese e o Poder Judiciário; se é possível ao Estado impor restrições à liberdade de programação dos meios de comunicação; quais seriam as hipóteses aceitáveis para a imposição de tais restrições.

Diante de tais objetivos e questionamentos, o trabalho foi dividido em quatro partes: no primeiro capítulo será trabalhada a evolução da liberdade de expressão, bem como o desenvolvimento dos meios de comunicação no direito brasileiro; o segundo capítulo analisará alguns aspectos constitucionais da liberdade de informação jornalística, tais como o direito à informação e suas vertentes, a proibição da censura e a importância da informação verdadeira; a terceira parte será destinada à regulação constitucional da comunicação social no Brasil, abordando a importância da vedação aos monopólios e oligopólios dos

meios de comunicação social, a responsabilidade civil de tais meios, bem como os aspectos positivos e negativos do Conselho de Comunicação Social; por fim, o último capítulo será reservado aos limites constitucionais à liberdade de informação jornalística brasileira, com ênfase no controle exercido pelo Poder Judiciário e no atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

1. EVOLUÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

1.1. Origem histórica da liberdade de expressão

A liberdade em si se apresenta como um dos mais relevantes direitos humanos que, ao longo de sua história, a humanidade almejou ver reconhecidos.

A liberdade para se expressar é tão antiga e fundamental para a vida em sociedade, que é possível observar traços de sua presença na sociedade ateniense. Segundo Francesco Nitti¹ a democracia, para os gregos, era a forma de governo que resguardava a todos os cidadãos, indistintamente, a isonomia, a isotimia e a isagoria, e que fizessem da liberdade e do respeito a esta a base sobre a qual repousaria toda a sociedade política.

Desde o nascimento da modernidade, a liberdade de expressão surgiu em um contexto de intenso confronto teológico-político. Entende-se por modernidade, segundo Jonatas E. M. Machado (2002, p.13), a

construção teológica de toda a realidade que caracterizou o mundo medieval, a qual conferia um sentido metafísico unitário a todos os domínios da existência individual e colectiva e aos correspondentes espaços discursivos.²

Referido autor narra, também, que

a problemática da liberdade de expressão deve ser entendida como estando presente noutros direitos fundamentais que concretizam aquele direito nos vários domínios da vida social, como sejam a liberdade de participação política, a liberdade religiosa, a liberdade de aprender e ensinar, a liberdade de criação e divulgação da obra artística, etc. Estes têm por finalidade actualizar a liberdade de expressão nos vários subsistemas de acção social. Do mesmo modo, a liberdade de expressão em sentido amplo não pode desvincular-se do tratamento de outros direitos fundamentais, como o direito de reunião, de manifestação, de associação, de profissão, de iniciativa económica privada, de propriedade, etc., instrumentais para a dinamização dos diferentes domínios do sistema social.³

¹Apud BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 326.

²MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002. p. 13.

³Id. *Ibid.*, p. 16.

A liberdade de expressão tem por principal objetivo a procura da verdade e do conhecimento, assim como o respeito pela consciência individual. Ela baseia-se no pressuposto de que a verdade religiosa, política, científica ou moral deve ser encontrada por meio do livre exame das questões e da livre discussão de ideias, e não por meio da imposição unilateral e dogmática de assuntos ou valores discutíveis.

Prosegue, Jonatas E. M. Machado, narrando que

As raízes da liberdade de expressão poderiam ser procuradas nas costas do Mediterrâneo, incluindo uma referência aos profetas do Velho Testamento, denunciando a iniquidade dos monarcas e da sociedade do seu tempo, e aos filósofos e sofistas gregos, discutindo e apregoando as suas concepções do mundo na praça pública. Todavia, nem uns nem outros conseguiram definir a realidade comunicativa do seu tempo e da história do ocidente e destronar as concepções de tipo teocrático que compreendiam a comunidade como uma unidade político-espiritual onde o respeito pela consciência individual não tinha lugar, as quais acabaram por justificar a adoção de práticas censórias e, mais tarde, o recurso aos autos de fé.⁴

O poder da imprensa escrita teve início com a Reforma, tendo a Bíblia como veículo de divulgação em massa. Em verdade, as primeiras formas de imprensa surgiram na China, séculos antes, entretanto, foi a Reforma quem incentivou a expressão de opiniões e discussão de ideias de modo mais rápido.⁵

Com a Revolução Industrial a imprensa artesanal cedeu lugar para a imprensa industrial, caracterizada, principalmente, pela produção em grande escala.

A Constituição Americana possui grande importância, no tocante à liberdade de expressão. Quando de seu surgimento, “dir-se-ia que a Constituição americana veio dar corpo ao triunfo de uma concepção libertária em matéria de liberdade de expressão e de imprensa”.⁶ Entretanto, percebeu-se que, em verdade, para referida Constituição o significado de liberdade de expressão reduzia-se à ausência de censura prévia.

⁴MACHADO, Jónatas E. M. op. cit., p. 18.

⁵Id. Ibid., p. 48-49.

⁶Id. Ibid., p. 62.

Um fato importante no tocante à Constituição americana, diz respeito ao “Sedition Act”, aprovado pelo Congresso, em 1798. Este ato reconheceu a ilegalidade do ato de escrever, imprimir, proferir ou publicar materiais com conteúdo falso, escandaloso e malicioso contra os órgãos legislativos ou executivos. Neste mesmo ano, foi publicado o “Alien Act”, o qual conferia ao Presidente a possibilidade de expulsar estrangeiros perigosos e ordenar a prisão dos súditos de nações estrangeiras em guerra.

Com a posse do Presidente Thomas Jefferson, em 1800, a reação republicana favoreceu a defesa da liberdade de expressão e de imprensa. Começou-se a consolidar o entendimento de que a autodeterminação democrática de um povo está intimamente ligada à “existência e manutenção de uma esfera de discurso público livre e aberta”.⁷

Outro documento que deve ser citado, por oferecer uma especial atenção à liberdade de expressão, é a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789, a qual afirma que “Ninguém pode ser perturbado por suas opiniões, mesmo religiosas, desde que a sua manifestação não inquiete a ordem publica estabelecida pela lei”.

A citada Declaração dispõe, ainda, em seu artigo 11 que

a livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode pois falar, escrever, exprimir-se livremente, sujeito a responder pelo abuso dessa liberdade nos casos determinados pela lei.

Já o art. 14 da Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776, elevou a liberdade de imprensa como uma das mais fortes liberdades frente ao Estado, somente podendo ser restringida pelos governos despóticos.

Conclui-se, assim, que o direito à liberdade de expressão consolidou-se, apenas, com as revoluções francesa e norte-americana, no século XVIII.

No tocante às dimensões dos direitos fundamentais, a primeira delas corresponde àqueles direitos básicos dos indivíduos relacionados a sua liberdade, considerada em seus vários aspectos. Tal geração trata dos postulados dos

⁷MACHADO, Jónatas E. M. op. cit., p. 67.

cidadãos em face da atuação do poder público, procurando limitar as ações do governante, de modo que este respeite as liberdades individuais da pessoa humana. São direitos, portanto, que trazem uma limitação do poder público, uma prestação negativa em relação ao indivíduo.⁸

Os direitos individuais não eram iguais para todos, vez que a igualdade era a meta mais difícil, devido à crescente divisão social. Entretanto, mudanças ocorreram e o conceito de liberdade passou para liberdades, “positiva” e “negativa”. Segundo Norberto Bobbio⁹, a liberdade “positiva” traduz a idéia de participação política dos indivíduos enquanto membros de um Estado. Já a “negativa” se resume em poder fazer ou ser aquilo que se quer, sem ser impedido por outrem, ou de não fazer ou agir, sem vir a ser obrigado.

Começou-se a perceber que o valor da liberdade humana não se expressava de uma forma unitária, mas sim múltipla. Isso permitiu o desenvolvimento de teorias que acarretaram, ainda no século XVIII, o reconhecimento de outras liberdades, derivadas daquele valor primordial, com destaque para a liberdade de religião, liberdade de iniciativa econômica e a liberdade de comunicação e expressão.

Movimentos e documentos gerados ainda no período do Iluminismo, associados aos acontecimentos posteriores, tais como o nazismo e outras formas de totalitarismo, influenciaram decisivamente na inclusão de liberdades vinculadas à comunicação e expressão, também no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, como forma de reconhecer o valor dos meios de comunicação para a manutenção de uma sociedade bem informada e da indispensabilidade da liberdade de informação jornalística¹⁰.

⁸SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Controle judicial dos limites constitucionais à liberdade de imprensa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 95.

⁹BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 95-96.

¹⁰SOUZA, Sérgio Ricardo de. op. cit., p. 96-97.

1.2. Positivização da liberdade de expressão

A primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos de 1787, consagrou a liberdade de expressão, nos seguintes termos:

É vedado ao Congresso estabelecer qualquer religião de Estado ou proibir o livre exercício de qualquer culto e restringir a liberdade de palavra e de imprensa, o direito dos cidadãos de se reunirem pacificamente e o de apresentarem petições ao Governo para reparação de injustiças.

Inúmeros documentos legais do século XX, consagraram a liberdade de expressão. O primeiro deles foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que dispôs, em seu art. 19, que “todo homem tem direito de opinião e expressão”.

Outro documento relevante que pode ser citado é o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, que determina em seu art. 18-1 que “toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião” e em seu art. 19-2 que “toda pessoa terá direito à liberdade de expressão”. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, também tratou do tema em seu art. 13, o qual diz que “toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão”¹¹.

Há mais um documento internacional que não pode deixar de ser citado, que é a Declaração de Chapultepec, de 07 de julho de 1996. Tal documento foi criado por jornalistas, escritores e juristas, e contém 10 princípios fundamentais que devem nortear a liberdade de expressão e de imprensa. Os princípios por ela elencados são, em síntese:

- I – As liberdades de imprensa e de expressão são pressupostos de uma sociedade livre;
- II – O direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente pertence a todos;

¹¹STROPPIA, Tatiana. *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010. p. 59 e 60.

- III – A informação gerada pelo setor público deve estar disponível a todos os cidadãos e nenhum jornalista poderá ser compelido a revelar suas fontes de informação;
- IV – Atos de violência e a impunidade dos agressores, afetam diretamente a liberdade de expressão e de imprensa; tais atos devem ser investigados com presteza e punidos severamente;
- V – A censura prévia, as restrições à circulação dos meios ou à divulgação de suas mensagens, a imposição arbitrária de informação, a criação de obstáculos ao livre fluxo informativo e as limitações ao livre exercício e movimentação dos jornalistas se opõem diretamente à liberdade de imprensa;
- VI – Os meios de comunicação e os jornalistas não devem ser objeto de discriminações ou favores em função do que escrevam ou digam;
- VII – Atos políticos e governamentais não devem ser utilizados para premiar ou castigar os meios de comunicação ou os jornalistas;
- VIII – A incorporação de jornalistas a associações profissionais ou sindicais e a filiação de meios de comunicação a câmaras empresariais devem ser estritamente voluntárias;
- IX – A credibilidade da imprensa está ligada ao compromisso com a verdade, à busca de precisão, imparcialidade e equidade e à clara diferenciação entre as mensagens jornalísticas e as comerciais;
- X – Críticas ao poder público devem ser permitidas.¹²

A Declaração de Chapultepec é uma carta de princípios e coloca

[...] uma imprensa livre como uma condição fundamental para que as sociedades resolvam os seus conflitos, promovam o bem-estar e protejam a sua liberdade. Não deve existir nenhuma lei ou ato de poder que restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa, seja qual for o meio de comunicação.

¹²DECLARAÇÃO de Chapultepec. ANJ: Associação Nacionais de Jornais. Disponível em: <<http://www.anj.org.br/programas-e-acoas/liberdade-de-imprensa/declaracao-de-chapultepec>>. Acesso em: 14 abr. 2012.

O documento foi adotado pela Conferência Hemisférica sobre liberdade de Expressão realizada em Chapultepec, na cidade do México, em 11 de março de 1994.

Não se trata, em verdade, de um documento de governo, como são os acordos internacionais. O compromisso imposto pela Declaração de Chapultepec foi assumido pelo Brasil quando o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso assinou a declaração em 9 de Agosto de 1996. O presidente Luis Inácio Lula da Silva deu continuidade ao trabalho, renovando o compromisso no dia 03 de Maio de 2006.

No tocante à positivação da liberdade de expressão, o Brasil, assegura tal liberdade desde a Constituição do Império, de 1824 (art. 179, §4º), passando pela Constituição Republicana de 1891 (art. 72, §12), pela Constituição de 1934 (art. 113, 8º), pela Constituição de 1946 (art. 141, §5º), pela Constituição de 1967 (art. 150, §8º) e pela Emenda Constitucional nº 01/69 (art. 153, §8º)¹³.

A Carta de 1824, em seu artigo 179, incisos IV e V, tratou a liberdade como uma das bases dos direitos civis e políticos dos cidadãos, ao lado da segurança individual e da propriedade. Assegurou a liberdade de pensamento, de expressão, religiosa e de imprensa, trazia, ainda, uma vedação expressa à censura. Entretanto, a liberdade de expressão não era encarada como um direito absoluto, uma vez que o autor seria responsabilizado por eventuais abusos cometidos, na forma da lei.¹⁴

A próxima Constituição brasileira, a de 1891, também assegurou a liberdade de pensamento, de imprensa, de expressão e religião, em seu artigo 72, §§12, 28 e 29. Assim como a anterior, também trazia vedação expressa à censura e previa a responsabilização dos autores por eventuais abusos cometidos. Aparece pela primeira vez no Texto Constitucional a vedação ao anonimato, no citado §12, vedação esta que pode ser considerada uma restrição à liberdade de expressão.¹⁵

¹³STROPPIA, Tatiana. op. cit., p. 60.

¹⁴MEYER-PFLUG, Samatha Ribeiro. *Liberdade de expressão e o discurso do ódio*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 57.

¹⁵BRASIL. Presidência da República. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 14 abr. 2012.

O artigo 113 e parágrafos 4º, 5º e 9º da Constituição de 1934 garantiram a liberdade de consciência, de religião, de pensamento e, também, vedava a censura. Entretanto, tal vedação não era absoluta, pois trazia como exceção a censura a espetáculos e diversões públicas. A previsão da responsabilização por eventuais abusos e a proibição ao anonimato foram mantidas. Era garantido, ainda, o direito de resposta e vedada a propaganda de guerra ou com vistas a subverter a ordem política e social.¹⁶

A Carta de 1937 assegurava a liberdade religiosa, de culto e a de pensamento em seu artigo 122, parágrafos 4º e 15. Entretanto, a liberdade de pensamento somente poderia ser exercida mediante as condições e limites previstos em lei, sendo que o próprio §15 trazia alguns limites expressos ao seu exercício.

Dentre as condições trazidas pelo citado parágrafo, encontra-se a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinema e da radiodifusão com a finalidade de garantir a paz. A liberdade de imprensa também sofreu restrições e a sua função pública foi reforçada, ao dispor sobre a impossibilidade de se recusar a veicular comunicados de governo.¹⁷ Apenas, para contextualizar, o Brasil vivia, politicamente, um período ditatorial, comandado pelo Presidente Getúlio Vargas.

A próxima Constituição Federal a ser analisada é a de 1946. Referido documento teve como traço fundamental a restauração das linhas da Constituição de 1891, bem como algumas disposições da Constituição de 1934. Ela estabelecia em seu artigos 141, §§5º, 6º, e 173, caput, a liberdade de “manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma

¹⁶BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 14 abr. 2012.

¹⁷BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 14 abr. 2012.

que a lei preceituar pelos abusos que cometer”.¹⁸ Ressalvou a proibição ao anonimato e assegurado o direito de resposta.

A Constituição de 1967, na mesma linha da Constituição anterior, também resguardou a liberdade religiosa, de culto, de pensamento, de convicção política ou filosófica e o direito de informação. Previu, ainda, a proibição à censura, com a exceção às diversões e espetáculos públicos e fixou a responsabilização por eventuais abusos de direito.

Durante a vigência da ditadura militar, foi editado o Ato Institucional 5, de 13.12.1968, que, repetindo o teor do disposto no art. 15 do Ato Institucional 2/1965, acrescentou no §1º do seu artigo 5º o que segue: “O ato que decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativas ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados”.¹⁹

A EC 1, de 17.10.1969, em nada alterou, no tocante à liberdade de expressão, o teor dos dispositivos do texto original da Constituição de 1967.²⁰

Levando-se em consideração o momento político que o Brasil vivia, ou seja, o regime militar, nota-se a ocorrência de uma ampla restrição ao exercício da liberdade de expressão, quando comparado com as Constituições anteriores. Durante a vigência da ditadura militar foi editada a Lei 5.250, de 09.02.1967, a qual regulou a liberdade de manifestação do pensamento e de informação e disciplina a censura prévia aos espetáculos e diversões públicas.²¹

A volta do regime democrático se deu com a promulgação da Constituição de 1988, “a Constituição Cidadã”. A Carta de 1988 privilegiou os valores democráticos e um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, tanto de ordem individual, como social e político.

¹⁸BRASIL. Presidência da República. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 14 abr. 2012.

¹⁹BRASIL. Senado Federal. *Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968*. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=5&tipo_norma=AIT&data=19681213&link=s>. Acesso em: 14 abr. 2012.

²⁰BRASIL. Presidência da República. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_antecor1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 15 abr. 2012.

²¹BRASIL. Presidência da República. Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 15 abr. 2012.

Na Constituição Federal de 1988, a liberdade de expressão encontra seu fundamento basilar no inciso IX do art. 5º. Outros dispositivos constitucionais também asseguram tal direito, tais como, o inciso IV do art. 5º e o artigo 220, caput e §2º. Além de resguardarem o direito de expressão, os dois último dispositivos vedam, respectivamente, o anonimato e a censura.

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 130, decidiu que a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) não foi recepcionada pela atual Constituição Federal.

Os ministros destacaram no acórdão que é necessário assegurar, primeiramente, a livre e plena manifestação do pensamento, da criação e da informação para, somente depois, cobrar do ofensor eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, “ainda que também densificadores da personalidade humana”. Asseguraram que “Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica”.

Ficou consignado, também, que, no caso de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, “subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos”. Para o STF a crítica jornalística sobre esses agentes não é suscetível de censura, embora não esteja livre de reparação por danos morais.

Tal trecho é de suma importância, em especial, para a presente pesquisa.

A não recepção da Lei de Imprensa tem, ainda, outra consequência importante, qual seja, a elevação da proteção à liberdade de informação ao nível constitucional.

Com o retorno do regime democrático, as liberdades, em especial a liberdade de expressão e de informação, as quais interessam ao presente trabalho, ganharam força e espaço.

As peculiaridades e características referentes às citadas liberdades serão desenvolvidas no decorrer desta pesquisa.

1.3. Liberdade de Expressão como um direito fundamental

A primeira dificuldade encontrada consiste em definir “liberdade de expressão”. Tal liberdade pode encontrar diversos sinônimos.

O professor André Ramos Tavares esclarece que a liberdade de expressão possui uma dimensão substantiva e uma instrumental. Ele afirma que,

“A idéia de uma dimensão substantiva, etimologicamente falando, por si só, é capaz de exteriorizar a sua importância, já que ventila o ideário da essencialidade de algo”²².

Acrescenta que tal dimensão refere-se à autodeterminação do indivíduo.

Já, a dimensão instrumental complementa a substantiva. O citado professor aduz que,

“É em decorrência dessa dimensão que surgem as liberdades de comunicação, imprensa, de radiodifusão, de informar, dentre outras coadunadas com a idéia de “veicular informações” (...)”²³.

Em sua outra obra, *Curso de Direito Constitucional*, o professor André Ramos Tavares afirma que o termo liberdade de expressão engloba tanto a liberdade de pensamento, restrita aos juízo intelectivos, quanto a exteriorização de sensações²⁴.

A liberdade de expressão²⁵ é elevada, em grande parte dos países civilizados, ao patamar de um direito fundamental. O presente subtítulo pretende

²²TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional brasileiro concretizado*. São Paulo: Método, 2006. p. 107.

²³Id. *Ibid.*, p. 110.

²⁴TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 478.

²⁵Cabe aqui tecer algumas distinções entre as expressões que serão utilizadas no decorrer do trabalho.

analisar as justificativas que levaram a liberdade de expressão, em seu sentido amplo, a ser tida como um dos direitos fundamentais de um Estado.

Vários fundamentos justificam o *status* de direito fundamental atribuído à liberdade de expressão. Segundo Ronald Dworkin (2006, p.318), os direitos fundamentais podem se enquadrar em duas grandes categorias²⁶.

Sob a perspectiva da primeira categoria, a liberdade de expressão possui uma importância meramente instrumental, ou seja, trata-se de um meio para a realização de um fim. Já, de acordo com a segunda categoria, referida liberdade é importante por si só.

São quatro os argumentos utilizados para fundamentar a liberdade de expressão, segundo Eric Barendt²⁷.

O primeiro argumento esclarece que a liberdade de expressão é um direito fundamental por garantir uma autossatisfação individual (*self-fulfiment*). O segundo assinala ser a liberdade de expressão um importante instrumento para a descoberta da verdade. O terceiro fundamento, relevante principalmente para o

O primeiro conceito a ser esclarecido é o de “liberdade de pensamento”, o qual pode ser entendido como gênero do qual decorrem as demais liberdades que aqui serão trabalhadas. O pensamento, enquanto mera cogitação, é completamente livre ao homem, ante a impossibilidade de invasão de seu mundo interior. A liberdade de opinião pode ser considerada sinônima da liberdade de expressão. Neste âmbito, a normatização se faz desnecessária.

Contudo, não é suficiente o direito à consciência humana em sua forma interior; o homem pretende ir além do simples direito de ter suas opiniões próprias, anseia pela possibilidade de exteriorizar tais pensamentos. É aqui que encontramos o segundo conceito a ser esclarecido, qual seja, o de “liberdade de expressão” ou “liberdade de comunicação”. Por tais liberdades se entende o direito de exteriorizar opiniões livremente. Entretanto, o homem não se encontra sozinho em uma determinada sociedade. A expressão de uma opinião pode vir a ser ofensiva a outra pessoa ou a um determinado grupo. Assim, nesta seara será necessária a interferência da lei.

Um terceiro conceito que merece esclarecimentos é o de “liberdade de imprensa”. Antes de adentrar ao conceito, cabe ressaltar que referida liberdade não é privativa de jornalistas e donos de empresas de jornal, mas sim um direito de cada cidadão a receber informações corretas e imparciais. Jornalistas e empresas de jornal têm seu direito de exercer a atividade de informar, entretanto, estes têm acima de tudo um dever de informar a sociedade dos acontecimentos em sua forma clara, objetivamente, sem alteração do seu sentido real, desprendida de interesses e manipulações. Em síntese, a liberdade de informação possui duas faces: o direito de quem informa e o de quem é informado. “Liberdade de imprensa” foi, inicialmente, associada à prensa, ou seja, à informação escrita.

Atualmente, é mais apropriada a expressão “liberdade de informação jornalística”, tendo em vista que a informação impressa tem perdido espaço para a informação virtual ou televisiva. Desta forma, conceitualmente, “liberdade de informação jornalística” possui uma amplitude maior do que “liberdade de imprensa”, embora ambos os conceitos, na essência, refiram-se à mesma coisa.

²⁶ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 318.

²⁷ *apud* CHEQUER, Claudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie* (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011. p. 17.

tema desenvolvido no presente trabalho, refere-se à importante atribuída à liberdade de expressão dentro de uma democracia, de modo a possibilitar a participação do cidadão no papel democrático. Por fim, o quarto fundamento refere-se ao controle da atividade governativa.

Passa-se, agora, à análise pormenorizada de cada um desses fundamentos.

Com relação ao primeiro, assinala Cláudio Chequer que,

[...] Diferentemente das outras teorias, que consideram importante a liberdade de expressão para a descoberta da verdade ou para a manutenção da democracia, essa análise racional não é consequencialista, embora possa ser defendida em termos utilitários. Essa teoria estima a liberdade de expressão como um valor intrínseco, um bem independente para o desenvolvimento de indivíduos mais reflexivos e maduros e, portanto, beneficiar toda a sociedade²⁸.

A teoria da autossatisfação entende que a liberdade de expressão é um instrumento para a autorealização das pessoas.

Entretanto, críticas são feitas a essa teoria. Em síntese, os questionamentos levantados pelos críticos questionam o fundamento para a proteção específica da liberdade de expressão, as razões pelas quais tal liberdade poderia ser restringida, o que fazer no caso de um conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade humana e o peso que deverá ser atribuído aos direitos daqueles que participam do processo comunicativo²⁹.

O segundo argumento citado aponta que a liberdade de expressão é um importante instrumento para a descoberta da verdade.

A liberdade de expressão pressupõe a busca pela verdade, o livre debate de ideias, a participação mais efetiva dos cidadãos perante a coisa pública. Entende-se a liberdade de expressão não como um bem individual, mas sim como um bem social.

Segundo essa teoria, o julgamento feito, por mais íntegro e racional que seja, só será válido se levar em consideração todos os fatos e fundamentos

²⁸CHEQUER, Claudio. op. cit., p. 19.

²⁹Id. Ibid., p. 20-21.

que podem ser colocados a favor ou contra uma enunciação. Ou seja, os julgamentos humanos estão sujeitos a erros em razão de estarem condicionados a uma razão emocional ou pessoal.

Assim, aquele que procura conhecer a verdade, deverá considerar todos os aspectos envolvidos na questão, especialmente, procurar entender as razões daqueles que sustentam uma posição contrária à defendida.

Essa busca por pontos de vistas diferentes é necessária porquanto os julgamentos estão sujeitos a mudanças.

Interessante apontar mais uma colocação de Cláudio Chequer, segundo a qual,

Algumas das verdades mais aceitas têm se transformado em erros, em mentiras. Alguns dos mais significantes avanços do conhecimento humano – de Copérnico a Einstein – resultaram da desconfiança em relação a inquestionáveis afirmações. Nenhuma opinião pode estar imune à provocação ou à recusa³⁰.

Criticas também são feitas a esta teoria. A primeira delas consiste no fato de que essa teoria seria sustentada por falhas de mercado e de contrato. Já a segunda diz respeito ao valor atribuído às ideias, que deixariam de ter um valor intrínseco para ter um preço variável.

Apenas para esclarecer, a metáfora do mercado livre das ideias (*free marketplace of ideas*) é uma teoria norte-americana, trabalhada por Oliver Wendell Holmes. Tal teoria conduz a resultados diversos daqueles que procedem da teoria da procura da verdade³¹.

A Constituição Federal brasileira atual, segundo Gustavo Binbenbojm³², constitui um sistema que reclamam a adoção de uma versão brasileira da chamada *fairness doctrine*³³. Esta doutrina consiste em uma forma não autorizada pela Constituição de o governo intervir na esfera privada de escolha dos

³⁰CHEQUER, Claudio. op. cit., p. 23.

³¹MACHADO, Jónatas E. M. op. cit., p. 246-247.

³²BINENBOJM, Gustavo. *Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e Brasil*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=328>. Acesso em: 12 maio 2012.

³³CHEQUER, Claudio. op. cit., p. 28.

produtores de audiência. Ou seja, a Constituição Federal atual determina que o Estado torne efetivas a democracia e a autonomia comunicativa dos cidadãos.

Por fim, quanto ao fundamento ora em análise, interessante transcrever trecho dos ensinamentos de Jonatas Machado,

Problema diferente é saber se não haverá, parafraseando Voltaire, *verdades que apenas se devem dizer em voz baixa*, se é sempre desejável que a verdade venha de cima. Com efeito, são freqüentes os casos em que a primazia é concedida a outros valores, como sejam a tolerância, a coexistência pacífica, a igual liberdade de todos os cidadãos, o sigilo profissional, etc³⁴.

Expressar a verdade, em especial quando a questão envolve interesse público, é fundamental, mas até que ponto a verdade se sobrepõe aos demais valores, tais como, citado no trecho acima, a paz social e a tolerância? Esta questão será trabalhada no decorrer do trabalho.

O terceiro argumento refere-se à importância atribuída à liberdade de expressão dentro de uma democracia, de modo a possibilitar a participação do cidadão no papel democrático.

Esta é uma das teses mais aceitas acerca dos fundamentos da liberdade de expressão, ou seja, a liberdade de expressão é vista como uma das conseqüências do sistema democrático de tomada de decisões, em face da contribuição dada à formação da opinião pública sobre os debates políticos.

Os Estados Unidos, por exemplo, adotaram a liberdade de expressão como um direito preferencial, uma vez que tal liberdade constitui um direito fundamental intrinsecamente relacionado a valores democráticos.

Jonatas Machado afirma que “Todas as formas de participação política democrática perdem o seu sentido útil se não existir liberdade de expressão”³⁵.

Por fim, o quarto argumento citado refere-se ao controle da atividade governativa, ou seja, a liberdade de expressão é uma condição essencial para garantir a estabilidade governamental.

³⁴MACHADO, Jónatas E. M. op. cit., p. 245.

³⁵Id. Ibid., p. 261.

A liberdade de expressão constitui um mecanismo fundamental de crítica e controle do exercício dos poderes públicos.

A existência de um diálogo fortalece o Estado, fazendo com que a sociedade fique mais harmônica, tendo em vista que suprimir a discussão tornará impossível existir um julgamento racional. Os que partilham desse entendimento defendem que a liberdade de expressão produzirá mais estabilidade e menos violência por, no mínimo, dois motivos: [i] as pessoas depositam mais confiança nos governos dispostos a ouvir e considerar os argumentos por elas trazidos; e [ii] a oportunidade oferecida às pessoas para fazerem objeções às políticas governamentais³⁶.

Em suma, o último argumento estudado ressalta que a liberdade de expressão contribui para a promoção da tolerância, além de sustentar que a discussão pública parece ser a forma mais legítima de deliberação em assuntos de interesse coletivo.

1.4. As liberdades de comunicação e as situações de conflito com outros direitos, liberdades e garantias. A utilização do princípio da proporcionalidade

Assim como ocorre com os demais direitos fundamentais, as liberdades de comunicação não são absolutas e ilimitadas.

Chassan dizia que

a liberdade ilimitada da palavra e da imprensa, isto é, a autorização de tudo dizer e tudo publicar, sem expor-se a uma repressão ou a uma responsabilidade qualquer, é, não uma utopia, porém, uma absurdidade que não pode existir na legislação de nenhum povo civilizado³⁷.

³⁶CHEQUER, Claudio. op. cit., p. 33.

³⁷apud, JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 188.

Leis que restringem direitos, liberdades e garantias somente são admissíveis quando expressamente previstas na Constituição. Segundo Jonatas E.M. Machado,

A doutrina constitucional distingue, a este propósito, entre limites constitucionalmente expressos e limites constitucionalmente autorizados. Os primeiros são operados imediatamente no plano constitucional, podendo dizer-se que resultam de uma ponderação de bens realizada pelo legislador constituinte na própria configuração definitiva do âmbito de protecção dos direitos fundamentais³⁸.

No sistema constitucional, todas as normas positivadas têm o mesmo *status* hierárquico. Entretanto, no exercício da ponderação, os princípios constitucionais poderão ter pesos abstratos diferentes, sendo este um fator a ser considerado. Deve-se observar, ainda, o grau de interferência sobre o direito preterido pelo outro escolhido. A ponderação deverá ainda levar em conta a própria confiabilidade das premissas que embasarão os argumentos para aplicação da proposta para os direitos em colisão.³⁹

De acordo com J.J. Gomes Canotilho (2003, p.1270), haverá uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental de um indivíduo colidir com o exercício de um direito fundamental de outro indivíduo. Referido constitucionalista ressalta, ainda, que não estaremos diante de um “cruzamento” ou “acumulação” de direitos, mas diante de um autêntico conflito de direitos, de um choque. Destaca também que terá lugar a “colisão de direitos em sentido impróprio” quando o exercício de um direito fundamental entrar em conflito com outros bens constitucionalmente protegidos, nomeadamente, bens jurídicos da comunidade e do Estado⁴⁰.

No direito brasileiro, a liberdade de expressão encontra limites previstos diretamente pelo constituinte, assim como quando esta liberdade colide com outros direitos, garantias ou liberdades de mesmo *status*.

³⁸MACHADO, Jónatas E. M. op. cit., p. 709.

³⁹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 276.

⁴⁰CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1270 e SS.

O artigo 220 da Carta brasileira de 1988, ao mesmo tempo em que proclama que não haverá restrições ao direito de manifestação de pensamento, criação, expressão e informação em seu parágrafo 1º, permite interferências legislativas previstas em seu artigo 5º, como a proibição do anonimato, conforme disposto no inciso IV, impõe o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem (inciso V), a preservação da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (inciso X), a exigência de qualificação profissional dos que se dedicam aos meios de comunicação (inciso XIII) e para assegurar a todos o direito de acesso à informação (inciso XIV).

Outras restrições constitucionais são previstas à liberdade de expressão e comunicação, tais como, a restrição legal à publicidade de bebidas alcoólicas, tabaco, medicamentos e terapias (artigo 220, §4º), a imposição aos meios de comunicação do “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”, atribuindo à lei federal a tarefa de estabelecer os meios para defender tais valores, segundo dispõe o artigo 220, §3º, inciso II.

Importante salientar que inexistente no sistema constitucional brasileiro um direito fundamental que seja absoluto, com atuação ilimitada.

Quando há colisão entre dois direitos, garantias ou liberdades constitucionais, ou seja, de mesmo status, o aplicador da norma jurídica utiliza-se do princípio da proporcionalidade.

A aplicação do princípio da proporcionalidade apresenta-se como um dos temas mais relevantes, dentre os pertencentes ao direito constitucional moderno.

Como anteriormente afirmado, não existem direitos, liberdades ou garantias absolutas. Por esse motivo, necessária se torna a atribuição de competência ao Estado para, resguardando direitos, balizar os limites de abrangência entre os interesses particulares e comunitários e, assim, “inevitavelmente, restringirá direitos fundamentais, a fim de assegurar a maior eficácia deles próprios, visto não poderem todos, concretamente, serem atendidos absoluta e plenamente”⁴¹.

⁴¹GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: RCS Ed., 2007. p. 75.

Antes de se adentrar ao estudo do princípio da proporcionalidade, necessário se faz esclarecer que uma parte da doutrina entende que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são institutos distintos. Para os seguidores desta corrente doutrinária, uma das afirmações feitas é a de que a razoabilidade é gênero do qual a proporcionalidade é espécie. Outra diferenciação que merece ser destacada é o fato de que o princípio da razoabilidade surgiu no direito americano, com o intuito de coibir os excessos do Poder Público, por meio da interpretação e aplicação deste⁴². Já o princípio da proporcionalidade nasceu no direito alemão.

Gisele Santos Fernandes Góes (2004, p.59), discorrendo sobre o tema, concluiu “que a raiz histórica da razoabilidade é o princípio do devido processo legal, enquanto a da proporcionalidade foram os anseios do Estado de Direito pós Segunda Guerra Mundial”⁴³.

O fundamento do princípio da proporcionalidade é apreendido de forma diversa pela doutrina. Uma parte dela afirma que tal princípio residiria nos direitos fundamentais. Por outro lado, há quem defenda que ele configuraria expressão do Estado de Direito, tendo em vista inclusive o seu desenvolvimento histórico a partir do Poder de Polícia do Estado⁴⁴.

O princípio ora analisado apresenta-se como um instrumento perfeitamente hábil para resguardar os direitos fundamentais contra a ação ilimitada do Estado sobre estes direitos. Tem, também, a missão de solucionar conflitos existentes entre aqueles direitos, por intermédio de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso em concreto.

A doutrina constitucional mais moderna defende que quando tratar-se de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se buscar não apenas a “admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade”⁴⁵.

⁴²CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit., p. 267.

⁴³GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 59.

⁴⁴CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit., p. 266.

⁴⁵MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 321.

Duas correntes doutrinárias diversas tratam da natureza jurídica do princípio da proporcionalidade. A primeira delas, denominada de material ou substancialista, defende que incumbe ao intérprete a aplicação de uma medida de justiça, destacando os critérios e pontos de vista materiais que fundamentem a decisão que comporá a lide. Já, a segunda corrente, entende que o princípio da proporcionalidade é um procedimento cujo objetivo é alcançar a decisão do caso concreto. A aplicação da proporcionalidade nesta visão procedimental entra em contato com as normas substanciais e as revela em sentido, quando trabalha com a adequação, a necessidade e a lei da ponderação.⁴⁶

Ainda, sobre o princípio da proporcionalidade discorre Guerra Filho que:

Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, ao quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, preconiza-se o recurso a um “princípio dos princípios”, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma “solução de compromisso”, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo o(s) outros(s), e jamais lhe(s) faltando totalmente com o respeito, isto é, ferindo-lhe(s) seu “núcleo essencial”, onde se acha insculpida a dignidade humana. Aquele princípio, embora não esteja explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento jurídico, é uma exigência inafastável da própria opção política maior de nosso legislador constituinte, a de instituir “Estado Democrático de Direito” (v. o “Preâmbulo” da Constituição da República de 1988), pois sem a sua utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa que é a “fórmula política” (Pablo Lucas Verdú) mais avançada da atualidade, a qual postula o respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos, a fim de que haja o maior atendimento possível de certos princípios – onde esses interesses se traduzem em valores -, com a mínima desatenção dos demais⁴⁷

A Constituição Federal de 1988, como acima exposto por Guerra Filho, não menciona expressamente o princípio da proporcionalidade. No entanto, referido princípio é muito utilizado, na prática, pelo Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal adotou a denominação clássica de princípio da proporcionalidade. A egrégia Corte utilizou, pela primeira vez, tal

⁴⁶GÓES, Gisele Santos Fernandes. op. cit., p. 63.

⁴⁷GUERRA FILHO, Willis Santiago. op. cit., p. 270.

princípio em sede de controle de constitucionalidade no ano de 1993. No entanto, a primeira referência a algum significado do princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF data do ano de 1953, no Recurso Extraordinário de nº 18.331 da relatoria do Ministro Ozimbo Nonato, recurso esse relacionado à proteção do direito de propriedade⁴⁸.

O critério da proporcionalidade está intimamente ligado ao aspecto material do conceito de isonomia, no sentido de uma justa forma de distribuição dos direitos e deveres.⁴⁹

André Ramos Tavares elenca três elementos da proporcionalidade. O primeiro deles relaciona-se à “necessária correlação entre os meios e os fins a serem atingidos, de forma que os meios escolhidos sejam aptos a atingir o fim determinado”.⁵⁰

O segundo elemento corresponde à necessidade de se optar pelo meio mais adequado para atingir o fim almejado. E, por fim, o terceiro elemento equivale à proporcionalidade em sentido estrito. O citado professor explica que tal critério representa um equilíbrio entre os valores do ordenamento jurídico, objetivando encontrar a mais oportuna relação entre meios e fins⁵¹.

Ante a ausência de previsão expressa do princípio da proporcionalidade, a doutrina diverge acerca de seu conceito e alcance.

Uma corrente doutrinária, defendida por Paulo Bonavides⁵², Eros Roberto Grau, Edmilson Pereira de Farias e Willis Santiago Guerra Filho, entende que o princípio sob análise decorre do §2º do art. 5º, o qual dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”⁵³. Deste modo posicionam-se por entender que este dispositivo traz um rol meramente exemplificativo dos direitos e garantias fundamentais, não se esgotando no citado artigo.

⁴⁸GUERRA FILHO, Willis Santiago. op. cit., p. 314.

⁴⁹TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 630.

⁵⁰Id. Ibid., p. 634.

⁵¹Id. Ibid., p. 636.

⁵²BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 353.

⁵³GUERRA FILHO, Willis Santiago. op. cit., p. 79.

Guerra Filho, defensor desta primeira corrente, afirma que a ausência explícita do princípio sob análise da Carta de 1988, não representa um obstáculo ao reconhecimento de sua existência positiva,

pois ao qualificá-lo como 'norma fundamental', nos termos da Teoria Pura kelseneana, se lhe atribui o caráter ubíquo de norma a um só tempo 'posta' (positivada) e 'pressuposta' (na concepção instauradora da base constitucional sobre a qual repousa o ordenamento jurídico com um todo). Por isso, haveria mesmo uma incompatibilidade sua com uma prescrição na forma de uma proposição normativa, pois trata-se de um princípio denominado 'aberto' por LARENZ, em contraposição àqueles formulados normativamente (*rechtssaförmige Prinzipien*)⁵⁴.

A segunda corrente, majoritária no país, defende que a proporcionalidade em nível constitucional é fundamentada no devido processo legal, presente no inciso LIV do artigo 5º, da Carta de 1988, o qual dispõe que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem devido processo legal". Esta linha de pensamento é adotada por Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Arminio Tavares Buechele e Raquel Denise Stumm. Esta última autora entende que

a fundamentação do princípio da proporcionalidade, no nosso sistema, é realizada pelo princípio constitucional expresso do devido processo legal. Importa aqui a sua ênfase substantiva, em que a preocupação com a igual proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados⁵⁵.

Esta segunda corrente entende que, sob a Constituição de 1988, o fundamento do princípio da proporcionalidade sofreu uma alteração quando, ao apreciar a arguição de inconstitucionalidade do art. 5º e seus Parágrafos e incisos da Lei nº 8.713, de 30/09/1993, destinada a disciplinar a participação de partidos políticos nas eleições, o STF destacou a desproporcionalidade da lei tendo em vista o princípio do devido processo legal na sua acepção substantiva.

Há, ainda, uma terceira corrente, cujos defensores são Nelson Nery Júnior e Helenilson Cunha Pontes. Entendem que a proporcionalidade está

⁵⁴GUERRA FILHO, Willis Santiago. op. cit., p. 106.

⁵⁵Apud GÓES, Gisele Santos Fernandes. op. cit., p. 74.

inserida no princípio jurídico do Estado de Direito⁵⁶. Tal teoria foi desenvolvida por Konrad Hesse, sendo também a opinião do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

Por fim, a quarta corrente doutrinária que o fundamento do princípio da proporcionalidade é plural, ou seja, encontra respaldo em diversas disposições legais presentes na Carta de 1988. Dentre os defensores desta posição encontram-se Celso Antônio Bandeira de Mello e Suzana de Toledo Barros.

Para Gisele Santos Fernandes Góes somente com a delimitação da justificativa do princípio da proporcionalidade, sua aplicabilidade obterá o vigor necessário para impor seu respeito e observação pelo Poder Judiciário Brasileiro. De acordo com a citada autora, as teses amparadas no artigo 5º, §2º da Constituição Federal, no devido processo legal e plural são insuficientes para podermos chegar à real compreensão da dimensão do princípio sob estudo⁵⁷.

Por fim, importante ressaltar que o princípio da proporcionalidade tem sido utilizado na jurisprudência do STF como um instrumento para dirimir colisões entre direitos fundamentais⁵⁸, dentre eles, as colisões existentes entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, por exemplo.

1.5. O desenvolvimento dos meios de comunicação e a liberdade de informação jornalística no Brasil

Com o intuito de iniciar a explanação do encadeamento histórico da evolução dos meios de comunicação social, interessante citar um dos ensinamentos proferidos por Jónatas E.M. Machado, *in verbis*:

A invenção de impressoras mecânicas rotativas conduziu à subalternização da impressão individual e à emergência de grandes grupos empresariais subordinados à racionalidade económica. A lógica industrial e comercial, de produção e

⁵⁶GÓES, Gisele Santos Fernandes. op. cit., p. 75. A autora assevera que “o fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade encontra-se no conteúdo do princípio do Estado de Direito”.

⁵⁷Id. Ibid., p. 76-77.

⁵⁸ADI 3.105/DF, Rel. Cezar Peluso, julgada em 18-8-2004, DJ de 18-2-2005; ADI 3.324/DF, Rel. Marco Aurélio, julgada em 16-12-2004, DJ de 5-8-2005; HC 87.776/SP, Rel. Ricardo Lewandowski, julgado em 26-6-2006; ADI 3.453/DF, Rel. Cármen Lúcia, julgada em 30-11-2006.

distribuição em massa, com baixos custos marginais e procura do lucro, acabou por dominar a comunicação social e ocupar um lugar central na delimitação do âmbito normativo do direito à liberdade de expressão. A liberdade de expressão, originariamente associada à protecção do orador ou do escritor individual passou a confrontar-se com um novo fenómeno, o da comunicação cada vez mais institucionalizada, profissionalizada, altamente dependente, para sua eficácia, da posse de avultados recursos económicos. Daqui evoluiu-se para a massificação e para a comercialização da comunicação social. Esta íntima relação que se estabeleceu entre as mudanças tecnológicas e as transformações económicas e sociais determina de forma decisiva a disciplina jurídica da liberdade de expressão em sentido amplo, aspecto que se torna particularmente visível com a emergência das tecnologias audiovisuais⁵⁹.

O surgimento e a propagação do rádio ocorreu na Europa, nos anos 20 e 30 do século passado. A população, recém saída de uma das mais sangrentas guerras vivenciadas até então, envolta nos graves reflexos da mais severa crise económica do século XX, vivenciada em 1929, estava empobrecida, com governos fragilizados.

Neste mesmo contexto histórico, encontrava-se a União Soviética, cuja ideologia adotada era contrária ao ideal de democracia. Já a França, que até 1940 era o único país europeu a resistir aos regimes totalitaristas, acabou se dobrando ao general Pétain, momento em que a radiodifusão havia sido estatizada e a imprensa desaparecia naquele país.

Este mostrava-se como um momento inoportuno para se defender a existência de imprensa e radiodifusão livres na Europa.

Na Grã-Bretanha, em cerca de 1920, defendeu-se a ideia de que a importância dos meios de comunicação era tamanha que a sua utilização não deveria ser entregue aos particulares. Segundo Jónatas E.M. Machado, “(...)a obtenção de um posto de locutor na BBC” (*British Broadcasting Corporation*) “era considerada uma ambição digna de um intelectual universitário”⁶⁰.

No tocante à televisão, cujas primeiras aparições com emissões regulares em 1935 na Alemanha, 1939 nos Estados Unidos, 1946 na Inglaterra e 1949 na França, defendeu-se a intervenção estatal neste domínio porquanto

⁵⁹MACHADO, Jónatas E. M. op. cit., p. 323.

⁶⁰Id. ibid., p. 327.

havia a ideia de escassez do espectro radioelétrico, assim como buscava-se a proteção dos direitos dos telespectadores e o impacto especial da televisão sobre a opinião pública.

Em relação ao surgimento da televisão, assim como a intervenção estatal para regulação desta, especialmente na experiência americana, pode-se destacar que a escassez do espectro radioelétrico explicava o desvio, neste domínio, à regra da liberdade de iniciativa privada observada na imprensa escrita, assim como à adoção deste mesmo sistema para a regulação da rádio.

No Brasil a primeira transmissão de rádio se deu em 1922 e a primeira operação de emissora de televisão sido transmitida para a cidade de São Paulo, em 18/09/1950. Assim, somente a partir da Constituição de 1934 foi possível prever o alcance das divulgações feitas pelo sistema radiofônico⁶¹.

Já, a primeira transmissão de televisão no Brasil foi realizada no ano de 1950, por meio de um operador privado e com intenções comerciais. Somente em 1967 o governo comprou a emissora dos Diários Associados, a qual estava imersa em dívidas. Em 1969, após analisados e resolvidos os problemas jurídicos e financeiros, o Estado brasileiro criou a Fundação Padre Anchieta e a TV Cultura. Em 16/07/1969 iniciou o funcionamento do primeiro operador público. Em 1975, sete dos vinte e um estados brasileiros já tinham o seu canal educativo regional estatal⁶².

Constata-se, assim, que no Brasil, desde seu nascimento, o acesso à televisão por operadores privados se fez presente e garantido. O artigo 222 da Constituição Federal em vigor garante a existência de uma ordem dual da radiodifusão na ordem constitucional brasileira. Desta forma, além dos operadores privados, há os operadores públicos, tais como, a TV Justiça, a TV Senado e, em alguns municípios, há emissoras do poder legislativo municipal, emissoras essas que, além de ampliar os canais de informação, discussão e entretenimento, aproximam a população da administração do país, aumentando sua participação na discussão política, o que reforça a democracia e a cidadania.

⁶¹SOUZA, Sérgio Ricardo de. op. cit., p. 97.

⁶²OTONDO, Teresa Monteiro. Experiência: TV Cultura: a diferença que importa. In: RINCÓN, Omar (Org.). *Televisão pública: do consumidor ao cidadão*. São Paulo: Friedrich Ebert Stiftung, 2002. p. 271-272.

Entretanto, a utilização incorreta da força midiática da televisão pode representar um perigo para a democracia. Tal perigo acarreta na necessidade de se exercer um controle por parte do Estado sobre os veículos midiáticos, não podendo o Direito ficar alheio a uma questão tão significativa para a vida em sociedade⁶³.

A regulação da mídia por parte do Estado será tratada em capítulo destacado.

Pelo exposto, vislumbra-se, de forma sucinta, o surgimento dos meios de radiodifusão. O estudo da evolução de tais meios se mostra intimamente relacionado ao tema ora em estudo, vez que, a evolução dos veículos de comunicação fez com que a legislação precisasse se adaptar. Um exemplo disso é, conforme será analisado mais a frente, a necessidade de se estabelecer um marco civil da internet.

⁶³SOUZA, Sérgio Ricardo de. op. cit., p. 100.

2. PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA

2.1. A liberdade de manifestação de pensamento

O pensamento, por si só, pouco ou nada representa. Antes de exteriorizado é indiferente perante a sociedade.

Por meio da liberdade de pensamento decorrem diversas maneiras de manifestação de outras liberdades. A Constituição Federal estabelece, em seu art. 5º, IV que “É livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato”.

O que interessa ao presente capítulo são as consequências da manifestação do pensamento.

O ser humano tem a liberdade de escolher um ideal a ser seguido, bem como recusar algumas ideias.

Segundo Gilberto Haddad Jabur,

A liberdade de manifestação do pensamento é, fora de dúvida, a maior conquista da história contemporânea. Em busca dela idealistas derramaram sangue, povos e nações depuseram governantes, várias centenas de anos foram consumidas até que os valores humanos elementares, como a liberdade de expressar-se livremente, sem medo ou sanção, fossem legitimamente conquistados e solidamente reconhecidos pela maioria das nações.⁶⁴

Assim como os demais direitos constitucionais, a liberdade de manifestação de pensamento não é um direito absoluto. O próprio inciso IV supra citado estabelece como limitação a vedação ao anonimato.

Tal vedação tem por escopo assegurar o direito de resposta, proporcional ao agravo, e ainda uma eventual indenização por danos material, moral ou à imagem, conforme assegura o inciso V do artigo mencionado.

⁶⁴JABUR, Gilberto Haddad. op. cit., p. 156.

A liberdade de pensamento não teria valor se não existisse a possibilidade de expressar-se. É da natureza humana a socialização; é tendência natural do homem a busca por expressar opiniões, a troca de ideias com seus pares.

Sendo um direito individual (se expressar) e, ao mesmo tempo, coletivo (receber a expressão do pensamento alheio), urge necessária a interferência da lei, a fim de garantir a cada pessoa esta liberdade de expressão.

A liberdade de pensamento nesta seara já necessita de proteção jurídica. Não se trata mais de possuir convicções íntimas, o que pode ser atingido independentemente do direito. Agora não. Para que possa exercitar a liberdade de expressão do seu pensamento, o homem, como visto, depende do direito. É preciso, pois, que a ordem jurídica lhe assegure esta prerrogativa e, mais ainda, que regule os meios para que se viabilize esta transmissão.⁶⁵

É preciso considerar que o a vida em sociedade leva o indivíduo a conviver, inevitavelmente, com pessoas de diferentes pensamentos, fato esse que pode vir a ocasionar conflitos de diferentes proporções, ou seja, desde uma “discussão de bar” até o início de uma guerra mundial.

Neste sentido, a imposição de limites e regras legais se torna necessária.

A liberdade de manifestação de pensamento é um dos maiores patrimônios de uma sociedade que habita em um Estado Democrático de Direito, devendo ser garantida, inclusive, nas situações em que cause resistência e inquietação em seu meio social, uma vez que a promoção da Democracia somente se fará por intermédio do respeito e tolerância entre as mais variadas vertentes filosóficas e culturais, formando um verdadeiro pluralismo de ideias e pensamentos.

Jorge Miranda assegura que a liberdade de manifestação de pensamento abrange todas as formas de exteriorização da vida das pessoas, abrangendo crenças, convicções, ideias, ideologias, opiniões, sentimentos, emoções e atos de vontade, revestindo-se das mais diversas formas.⁶⁶

⁶⁵BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. Sao Paulo: Saraiva, 1996. p. 174.

⁶⁶MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed. , 2000. t. 4, p. 453.

A liberdade de manifestação de pensamento garante ao seu beneficiário o direito de livremente exteriorizar suas opiniões e crenças, de gozar da liberdade de dizer o que acredita ser verdadeiro. Por outro lado, tal liberdade também garante ao indivíduo o direito de ter sua opinião, mas mantê-la em segredo, não podendo ser compelido a torná-la pública.

No entanto, a liberdade de manifestação de pensamento, como já assinalado anteriormente, não deve ser vista como um direito absoluto.

Jónatas Machado afirma, ainda, que o titular da liberdade de manifestação de pensamento somente tem o direito de falar para quem efetivamente queira lhe ouvir.⁶⁷

O próximo título abordará com mais profundidade o direito à informação.

2.2. O direito fundamental à informação

O direito de informação é composto por três níveis, a saber, o “direito de informar”, o “de se informar” e o “de ser informado”.

Ao exercer o primeiro dos níveis, o indivíduo usufruirá da liberdade de transmitir, de passar adiante as informações a que tenha acesso. No segundo, o sujeito exercerá o direito de buscar informações, notícias e não poderá ser privado de buscá-las. Por fim, o terceiro refere-se a uma versão positiva do direito de informar, momento em que caberá aos meios de comunicação e ao poder público o dever de manter o cidadão informado de modo adequado e verdadeiro.⁶⁸

Dentro do tema “direito fundamental à informação” é importante destacar que A Constituição Federal de 1988 também assegurou a proteção ao cidadão nos casos de informação relativa ao próprio indivíduo interessado, constante, por exemplo, em bancos de dados ou cadastros públicos/privados.

⁶⁷MACHADO, Jónatas E. M. op. cit., p. 427.

⁶⁸MIRANDA, Jorge. op. cit., p. 455.

Sobre o assunto, André Ramos Tavares destaca que a proteção constitucional não alcança as informações falsas ou não comprovadas. Ao contrário, a “informação há de ser objetiva, clara e isenta. Informação não é opinião. Esta é protegida pela liberdade de pensamento.”⁶⁹

Com o fim de regular tal vertente do direito à informação, em 2011, foi publicada a Lei 12.527, cujo artigo 1º disciplina:

Art. 1.º Esta Lei dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5o, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

Citada lei será abordada em tópico próprio.

Acerca da garantia constitucional em análise, é necessário compreender que, para que alguém seja investido no direito de receber informações, simultaneamente, atribui-se a outrem o direito de informar.

A garantia da liberdade de informar e o direito de ser informado são elementos fundamentais no processo de formação da opinião pública. O direito de informar encontra-se intimamente ligado à liberdade de imprensa e de comunicação social, assim como ao direito dos jornalistas.

Alexandre Sankiewicz fixa algumas vantagens relacionadas ao direito de informação:

A exposição a diferentes ideias traz também o mérito de acarretar o crescimento da tolerância política. Após ouvir uma variedade de opiniões, incluindo aquelas que diverjam da própria, pessoas tendem a ter mais respeito a visões distintas e ao menos considerá-las como plausíveis. Um importante resultado do aumento dessa tolerância é o crescimento da vontade que as pessoas têm de estender liberdades civis mesmo àqueles grupos que tenham visões radicalmente distintas das suas. Nesse sentido, os fóruns públicos de discussão não são apenas essenciais como muito bem-vindos para o funcionamento do sistema democrático.⁷⁰

⁶⁹TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 498.

⁷⁰SANKIEWICZ, Alexandre. *Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 42.

A imprensa livre e as eleições periódicas podem ser consideradas um forte incentivo para escutar os anseios populares, uma vez que os representantes governamentais enfrentam a crítica popular e precisam buscar apoio para as próximas eleições. Uma vez ausentes imprensa livre e eleições periódicas, os governos conseguem fugir da pressão popular, deixando de responder aos problemas sociais.

Por meio da colocação supra é possível compreender que uma democracia efetiva deve estar interligada à liberdade de expressão e ao bem-estar dos cidadãos.

A consagração da liberdade à informação pelo Estado consiste em um dever de abstenção e, ao mesmo tempo, em um dever de prestação.

Luis Gustavo de Carvalho assinala que:

A convação do Estado Liberal em um Estado Social exige uma retomada de posição em face à liberdade de informação e um redimensionamento de sua expressão na sociedade.⁷¹

O mesmo autor acrescenta que:

É necessário adicionar à livre imprensa um componente novo que faça se harmonizar com uma nova realidade política e passe a servir de instrumento de implementação do Estado Social, porque não basta assegurar uma imprensa livre, sem o dever de informar e sem o direito do público de participar do processo informativo

(...)

O postulado liberal da livre informação só garante que o informador noticie o que ele quiser noticiar, da maneira como quiser e no momento que entender oportuno. O componente social será o responsável pelo direito do informador de pesquisar e pelo dever de o Poder Público permitir ser pesquisado, pelo direito do público de receber informação, pelo direito desse público de selecionar a informação que deseja receber e, talvez o mais importante, pelo direito do público à informação verdadeira.⁷²

⁷¹CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2003. p. 81.

⁷²Id. Ibid., p. 82.

Um dos principais fundamentos do direito à informação é legitimar a democracia em um determinado Estado. Sobre o assunto, Gilberto Haddad Jabur esclarece que:

A imprensa mantém e sustenta a democracia. Mas, movidos pelo descuido, pela pressa (pretextando a exclusividade ou revelação primeira da notícia), pelos interesses capitalistas ou simples malsãos, os órgãos de comunicação perdem, com frequência, sua legítima função social.⁷³

Nesse sentido, a o direito à informação exercido pela imprensa assume um papel importantíssimo, vez que é o meio de transmissão e formação de opiniões, bem como de conhecimento dos fatos que assolam o país.

2.2.1. Lei de Acesso à informação (Lei n. 12.527/2011)

Em 18 de novembro de 2011 foi sancionada a Lei n. 12.527, a qual regulamentou o acesso à informação e entrou em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a publicação.

A lei ora em análise tem por objetivo, assim como a Lei da Comissão da Verdade, ambas sancionadas na mesma data, a transparência total do Estado brasileiro, além de possibilitar à população uma constante fiscalização das despesas estatais⁷⁴.

Cabe, de antemão, esclarecer que, por se tratar de uma lei cuja publicação se deu há, aproximadamente, um ano, ainda não estão disponíveis materiais doutrinários ou científicos acerca do assunto, motivo pelo qual o presente subtítulo terá por base a própria lei, materiais sem cunho científico, bem como as impressões extraídas por esta autora.

Referida lei representa um avanço para a democracia brasileira. A partir de sua entrada em vigor, os órgãos públicos não mais poderão deixar de informar os cidadãos sobre os atos por aqueles praticados.

⁷³JABUR, Gilberto Haddad. op. cit., p. 160.

⁷⁴TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 499.

Segundo reportagem divulgada na revista *Época*,

A Lei de Acesso à Informação é resultado de um processo histórico, cujo marco inicial foi a Constituição de 1988. A partir dela, novas instituições e direitos dos cidadãos foram incorporados, nos últimos 20 anos, à vida política brasileira. De forma gradual, órgãos de controle, como Ministério Público, Tribunal de Contas da União (TCU), Controladoria-Geral da União (CGU) e, mais recentemente, uma Polícia Federal renovada e autônoma, tornaram-se instrumentos poderosos de fiscalização do poder público.⁷⁵

Antes de adentrar ao texto legal, importante informar como decorreu o processo legislativo. Quanto ao histórico da lei em análise, segue abaixo texto extraído da internet:

O projeto de lei de acesso a informações públicas (PLC 41/2010) ficou parado no Senado de abril de 2010, quando foi aprovado em regime de urgência pela Câmara dos Deputados, até outubro de 2011.

Três Comissões do Senado (Constituição e Justiça, Direitos Humanos e Participação Legislativa e Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática) já o aprovaram, fazendo apenas ajustes de redação.

Ao chegar à Comissão de Relações Exteriores, já um ano depois de estar no Senado (abril de 2011), o andamento do projeto travou. O presidente da Comissão, senador Fernando Collor (PTB-AL), levou quatro meses para assumir a relatoria da matéria (agosto de 2011).

Collor, então, apresentou um substitutivo ao texto aprovado na Câmara, propondo alterações profundas que, se adotadas, provocariam o retorno do projeto de lei à Câmara. Entre as mudanças, o senador sugeriu que o sigilo de documentos oficiais seja mantido por tempo indeterminado.

Desde então, o PLC 41/2010 ficou parado na Comissão de Relações Exteriores, até que foi determinado o cumprimento do Regimento Interno e a votação do projeto em turno único, por causa do regime de urgência no qual ele tramitava. A votação, no entanto, foi sendo adiada ainda por um mês: de 22 de setembro a 25 de outubro, o PLC 41/2010 entrava na Ordem do Dia, mas não era apreciado em Plenário.

⁷⁵ABRUCIO, Fernando. A Lei de Acesso à Informação e a cidadania. *Época*, São Paulo, 16 jun. 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/opiniao/fernando-abrucio/noticia/2012/06/lei-de-acesso-informacao-e-cidadania.html>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

Finalmente, na noite de 25 de outubro de 2011, o projeto de lei foi aprovado pelo Senado sem alterações no texto aprovado na Câmara.⁷⁶

Uma das intenções da Lei de Acesso à Informação é tornar os atos públicos mais transparentes, o que levará o cidadão a tomar conhecimento da maneira como vem sendo administrada a máquina pública, legitimando-o a cobrar dos governantes uma boa e legítima administração, seja por meio do voto, seja por meio dos demais mecanismos constitucionais de exercício da cidadania. O acesso passa a ser a regra e o sigilo a exceção.

De acordo com o artigo 1º, estão sujeitos à lei em análise os órgãos públicos dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) dos três níveis de governo (federal, estadual, distrital e municipal), os Tribunais e Contas e os Ministérios Públicos. Também as autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e “demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios” também estão sujeitos à lei.

Por fim, entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos diretamente ou por meio de subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes e outros instrumentos devem divulgar informações relativas ao vínculo com o poder público.

Os artigos 3º e 8º preveem que informações de interesse público deverão ser divulgadas “independentemente de solicitações”.

Ao órgão público é possibilitado recusar, total ou parcialmente, o fornecimento da informação, segundo o artigo 11. Todavia, deverá justificar por escrito a negativa e informar ao requerente que há possibilidade de recurso, indicando qual o prazo e as condições para interpor recurso.

Em contrapartida, o requerente tem o direito de obter a íntegra da decisão denegou o acesso, segundo o artigo 14.

⁷⁶ABRAJI realiza pesquisa sobre uso da Lei de Acesso por jornalistas. *Fórum de Direito de Acesso a Informações Públicas*. Disponível em: <www.informacao publica.org.br>. Acesso em: 20 nov. 2012.

O artigo 24 prevê três tipos de documentos confidenciais. O primeiro deles é o “ultrassegredo”, cujo sigilo perdura por vinte e cinco anos, renovável pelo mesmo prazo. O segundo documento considerado confidencial é o “segredo”, com sigilo de quinze anos, não renovável. Por fim, há o documento “reservado”, com sigilo de cinco anos também não renovável. Passado o prazo previsto, o documento é liberado automaticamente.

Os órgãos e entidades públicas divulgarão, anualmente, uma lista com a quantidade de documentos classificados no período como reservados, secretos e ultrassegredos.

É possível concluir que a lei ora em análise busca conceder transparência aos atos de interesse público. Os números têm mostrado que referida lei, como se diz vulgarmente, “pegou”, uma vez que, apesar de o pouco tempo em vigência, inúmeros pedidos foram realizados.

2.3. Proibição à censura

Apesar do avanço atual no tocante à transparência dos atos públicos, não se pode deixar de tratar de um dos temas que antecedeu tal progresso, qual seja, a censura.

A censura inclui-se dentre os métodos inconstitucionais de restrição à liberdade de informação.

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho esclarece que,

Na verdade, a imprensa já nasceu censurada. Desde o seu princípio, entendeu-se que devia ser controlada pelo Estado, e assim o foi efetivamente, mesmo na pátria da liberdade de imprensa, a Inglaterra. Nesse país, era o próprio rei que a controlava, concedendo licença para a instalação das prensas ou censurando o impresso. A partir de 1641, o controle passou ao Parlamento, até que foi extinto em 1695, com a não renovação do Licencing Act.⁷⁷

⁷⁷CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. op. cit., p. 129.

O mesmo autor acrescenta:

Diversos foram os métodos empregados para amordaçar a imprensa, alguns deles recolhidos por Gregório Badeni⁷⁸, como o monopólio; as subvenções governamentais; a violação do segredo profissional; a difusão obrigatória de fatos, opiniões e propagandas; proibição de criar novos meios de imprensa; privilégios ou restrições governamentais para o emprego de tecnologias de comunicação; aplicação de medidas fiscais que importam em restrição etc.⁷⁹

Durante muitos séculos a censura foi a principal forma de restrição da liberdade de expressão. Por outro lado, a censura serviu de motivação para a evolução doutrinária da liberdade de expressão.

A censura pode ser subdividida em prévia e posterior ao fato. Segundo Jónatas Machado,

A primeira consiste na sujeição a um controlo preventivo das mensagens cuja comunicação se pretende realizar. A segunda consiste na condenação a uma sanção penal, civil ou de mera ordenação social, ocorrida num momento previsível, posterior à comunicação. A luta pela liberdade de expressão consistiu, durante séculos, no combate à censura prévia, a única considerada como censura propriamente dita.⁸⁰

Até os dias de hoje, há uma tendência da doutrina em fazer a distinção acima trazida.

Dentro da censura prévia existem algumas distinções a ser feitas. A primeira delas diz respeito à diferença entre censura político-administrativa, legislativa e judicial. A primeira pode ser associada a práticas de cunho absolutista e ditatorial. Já a segunda e a terceira são vistas como instrumentos de proteção de alguns bens fundamentais. A censura legislativa corresponde à regulamentação de restrições do conteúdo e programação dos veículos de comunicação. No tocante à censura judicial, pode-se dizer que ela fundamenta-se na atribuição judicial para decidir sobre a publicação de um determinado conteúdo.

⁷⁸BADENI, Gregório. *Libertad de prensa*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002. p. 114.

⁷⁹CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. op. cit., p. 130.

⁸⁰MACHADO, Jónatas E. M. op. cit., p. 492.

Uma segunda distinção que pode ser realizada dentro da censura prévia consiste em diferenciar as formas de censura definitivas, de um lado, e as temporárias de outro. Jónatas E.M. Machado define tais formas como:

No primeiro caso estamos diante de um caso típico de recusa de autorização para a publicação, acompanhada dos correspondentes meios coercitivos adequados para impedir a materialização. No segundo caso deparamos com a suspensão provisória da publicação.⁸¹

A doutrina ainda realiza outras distinções dentro do conceito “censura”. No entanto, para o presente trabalho, as distinções trazidas são suficientes.

Por meio da promulgação da Constituição Federal de 1988 diversos direitos e garantias fundamentais foram positivados. O cuidado tido pelo legislador originário ao descrever pormenorizadamente cada uma destas liberdades se deu em face do momento histórico em que o Brasil se encontrava, ultrapassando um regime ditatorial, protagonizado por militares que aplicaram um regime autoritário, suprimindo e cessando os direitos e liberdades individuais.

Deste modo, foi preceituado o inciso IX, do artigo 5º da CF/88, segundo o qual “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Merece destaque, também, o artigo 220, §2º da Carta Maior, no qual ficou estabelecido que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Por meio da análise de tais dispositivos é possível concluir que a Constituição Federal brasileira repudia qualquer forma de censura.

Entretanto, a proibição da censura imposta pelo legislador originário foi inserida no artigo que trata da liberdade de expressão e não nos dispositivos referentes à liberdade de imprensa. Embora a imprensa não possa sofrer censura em sua manifestação de pensamento, algumas limitações lhe são aplicadas.

Um ponto que necessita de análise, dentro do tema da censura *versus* imprensa, diz respeito às restrições à publicidade, se tais limitações configuram censura.

⁸¹MACHADO, Jónatas E. M. op. cit., p. 493.

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 220, Parágrafo 3º, inciso II, bem como no Parágrafo 4º permite que sejam impostas restrições à propaganda de produtos, práticas de serviços nocivos à saúde e ao meio ambiente, assim como a do tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias que também sejam nocivas à saúde e ao meio ambiente.

As restrições à publicidade estão intimamente relacionadas à liberdade de expressão comercial.

Segundo o professor André Ramos Tavares, a liberdade de expressão comercial

(...) compreende o direito de o particular, seja ele pessoa física, seja ele pessoa jurídica, veicular sua identidade comercial – por meio de sua marca ou produtos que o caracterizam – nos canais de comunicação social⁸².

Sobre o assunto, o referido professor destaca que a Constituição Federal, ao regulamentar a comunicação social, também se preocupou com o pólo passivo da comunicação e não somente com o ente comunicante e com os meios de comunicação. Assim, o artigo 221 da Constituição estabeleceu diretrizes ao conteúdo da comunicação⁸³.

Embora existam tais diretrizes, o professor André Ramos Tavares assevera que,

(...) a proteção constitucional a certos valores ou “finalidades de programação”, bem como a determinados destinatários, sejam eles crianças, jovens ou consumidores, não autoriza interferência estatal – seja ela legislativa, regulamentar ou administrativa – de cariz proibitivo. Os limites erigidos constitucionalmente ao exercício da liberdade de expressão, mormente no âmbito da comunicação social, são eminentemente restritivos (e não proibitivos), importando em limitações tópicas e específicas, e não em uma proibição – absoluta – quanto ao próprio conteúdo de dada comunicação. (...) ⁸⁴

⁸²TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional da empresa*. São Paulo: Método, 2013. p. 207.

⁸³Id. *Ibid.*, p. 211.

⁸⁴Id. *ibid.*, p. 212.

Vislumbra-se, portanto, que o objetivo da citada norma constitucional é o de, apenas, limitar a liberdade de expressão comercial e não o de proibi-la.

Com o fim de cumprir os dispositivos constitucionais supra citados, foi editada a Lei nº 9.294/96, alterada, posteriormente, pela Lei nº 10.167/2000, a qual restringiu a publicidade destes produtos.⁸⁵

Acerca de tal restrição, há um caso atual que merece ser citado. Trata-se do veto dado pelo governador de São Paulo, Geraldo Alckmin, em 29 de janeiro de 2013, ao projeto de lei apresentado pelo deputado estadual Rui Falcão (PT) em 2008.

Em síntese, o projeto proibia a veiculação de anúncios de alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio entre as 6h e as 21h no rádio e na televisão, embora não especificasse quais alimentos se enquadrariam nessa classificação.

Segundo as assessorias jurídica e parlamentar do governador, o veto ao projeto foi recomendado, devido à inconstitucionalidade do texto, vez que cabe à União legislar sobre publicidade⁸⁶.

Discute-se, também, uma obrigação positiva, qual seja, a obrigação de publicar, como um meio de censura. A Constituição brasileira, em regra, não impõe à imprensa a obrigação de publicar, exceto no caso de direito de resposta, previsto no artigo 5º, inciso V.

Pode-se concluir que, para que o Estado efetivamente garanta a liberdade de expressão e manifestação de pensamento, em sua forma mais ampla e irrestrita, deve-se evitar a utilização de mecanismos que imponham uma limitação prévia ao conteúdo difundido pelos indivíduos e veículos de comunicação.

No entanto, embora a limitação prévia seja, em regra, vedada, existem limitações e conseqüências à liberdade de imprensa, as quais serão vistas no decorrer deste trabalho.

⁸⁵ MACHADO, Jónatas E. M. op. cit., p. 130-131.

⁸⁶ Fonte: GOVERNO mantém publicidade infantil de *junk food*. Folha de S. Paulo, 30 jan. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/1222604-governo-mantem-publicidade-infantil-de-junk-food.shtml>>. Acesso em: 28 fev. 2013.

2.4. Informação e verdade

Um grande problema relacionado ao tema ora em análise diz respeito ao conceito e às vertentes da verdade.

Quando se relaciona a liberdade de expressão com o direito constitucional de liberdade de imprensa, a informação não pode deixar de ser autêntica, verdadeira e completa⁸⁷.

Uma das diferenças entre a liberdade de expressão da liberdade de imprensa é a exigência da verdade para esta última.

Entretanto, a verdade não é algo objetivo. Um fato que é verídico para um, pode não corresponder à realidade para outrem.

Pela teoria consensual da verdade, adotada, dentre outros, por Habermas, um indivíduo somente poderá atribuir um predicado a um objeto se outro indivíduo que ingressar no diálogo puder fazer o mesmo. Ele entende que a condição para a verdade das proposições é o acordo potencial entre todos os demais⁸⁸.

Jónatas E.M. Machado aduz que

(...)numa sociedade aberta e pluralista a questão da verdade permanece em aberto, não dispondo os poderes públicos sequer da competência para controlar afirmações (...).⁸⁹

Complementa dizendo que, “Numa sociedade aberta, a sua discussão deve reservar-se para as diferentes visões compreensivas do mundo que se digladiam entre si.”⁹⁰

Grandinetti, sobre o assunto, acrescenta:

Lembremos que a liberdade de informação pretendida pelo constituinte brasileiro vai além da liberdade formal para uma liberdade material, que importa em uma verdadeira qualidade da notícia transmitida: a qualidade da verdade. Esta é a liberdade

⁸⁷CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. op. cit., p. 91.

⁸⁸HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 26-34.

⁸⁹MACHADO, Jónatas E. M. op. cit., p. 244.

⁹⁰Id. Ibid.

garantida, a que presta o serviço público de contribuir para a democracia, para a participação, para a igualdade, para a justiça, valores todos compatíveis com a verdade. Esta é que é a liberdade que deve ser perseguida.⁹¹

Algumas vezes a verdade se depara com outros valores, tais como a segurança pública, os direitos da personalidade, os segredos de Estado, dentre outros.

Surge a dúvida: qual valor deve prevalecer? Acredita-se que não há uma resposta pronta e única. O caso a caso dirá qual valor prevalecerá.

Quando, na divulgação de um fato, a verdade conflitar com direitos individuais, deverá prevalecer o interesse público.

Segundo Luis Gustavo Grandinetti Castanho Carvalho,

O problema deve realmente ser resolvido à luz da doutrina da responsabilidade civil, quando causar dano patrimonial ou moral. A imprensa tem o dever de averiguar a veracidade da notícia.(...)⁹²

O mesmo autor complementa que,

Inúmeras notícias são inexatas mas não causam qualquer tipo de dano pessoal a ninguém. Apenas atentam contra a credibilidade do jornal que a divulgou. Não raro, a imprensa dá informações absolutamente equivocadas sobre o Direito, a Medicina, a Economia, a Política, levando a erro inúmeros leitores. Outras vezes, os fatos são distorcidos para forjar a opinião pública de uma ou de outra maneira. E não há, nesses casos, qualquer direito à indenização. Há, contudo, séria mácula na imprensa como instituição.⁹³

Quando há um fato cujo interesse público sobressai-se ao particular, é dever dos veículos de comunicação divulgá-lo, mesmo que tal divulgação venha a ferir direitos da personalidades dos indivíduos envolvidos no fato. Neste caso, se a ofensa pessoal restar demonstrada, o ofendido terá direito a perceber indenização. Entretanto, um fato público não deve ser censurado sob o fundamento de ferir direitos individuais.

⁹¹CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. op. cit., p. 98-99.

⁹²Id. Ibid., p. 95.

⁹³Id. Ibid., p. 96-97.

A palavra informação está relacionada com notícias, acontecimentos, enquanto que expressão tem o sentido de qualquer manifestação de pensamento.

Luis Gustavo G.C. Carvalho defende que existe, ao menos, uma importante diferença entre expressão e informação: a exigência de veracidade e imparcialidade da informação. Referido autor aprofunda dizendo que a expressão de uma ideia ou opinião não necessita corresponder, necessariamente, aos fatos ou mesmo ser imparcial. Já, no tocante à informação, ele aduz que não pode ser confundida com uma simples manifestação de pensamento⁹⁴.

Informação é mais ampla do que imprensa. A imprensa é responsável por ordenar a sociedade, difundindo os acontecimentos socialmente relevantes⁹⁵.

A informação verdadeira é, em verdade, um direito difuso, ou seja, trata-se de um direito que pertence a um número indeterminável de pessoas.

Sobre o assunto, vale citar trecho da obra de Luis Gustavo Grandinetti Castanho Carvalho:

Em criativo artigo jornalístico, Barbosa Moreira teve a oportunidade de demonstrar que os programas de televisão inserem-se entre os direitos difusos e que as emissoras de televisão são passíveis de ação judicial com o fim de adequar a sua programação aos ditames do artigo 221 da Constituição brasileira. Neste escrito, o Professor destrinchou o conceito que examinamos, aplicando-o aos programas de televisão, e concluiu: “transindividual; não pertence, de modo particularizado, a mim, ao leitor ou a qualquer outro telespectador atual ou potencial, e sim a um conjunto indeterminado... de seres humanos. Esses seres humanos acham-se ligados entre si pela mera circunstância de fato de possuírem aparelho de televisão ou costumarem tomar uma carona no aparelho do amigo, do vizinho, do namorado, do clube, do bar da esquina ou do salão de barbeiro. E não há dúvida de que é indivisível o objeto de semelhante interesse, no sentido de que cada canal, num dado momento, transmite a todo o mundo a mesma e única imagem, o mesmo e único som, nem se concebe modificação que se dirija só ao leitor, ou só a mim.”⁹⁶

O direito difuso à informação verdadeira pode ser tutelado, principalmente, por meio da Ação Civil Pública, prevista na Lei n. 7.347/85.

⁹⁴CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. op. cit., p. 24.

⁹⁵Id. Ibid., p. 100.

⁹⁶Id. A Constituição e a TV. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 28 abr. 1992 e de 20 abr. 1992.

Outra maneira de proteger a informação verdadeira é por meio da previsão do direito de resposta. Trata-se de uma forma extrajudicial de defesa, de modo a possibilitar ao veículo de imprensa que repare a inexatidão da informação.

Há, ainda, um outro meio de tutelar o referido direito difuso, qual seja, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). Em seu artigo 6º, referido documento estabelece o direito à adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. Já, o artigo 22, estabelece que o prestador de serviços deve oferecer um serviço adequado, eficiente, seguro e, se essencial, contínuo.

Há, todavia, uma maneira preventiva de resguardar a verdade da informação, qual seja, garantir a pluralidade das fontes de informação. Sobre o assunto, Vera Lopes afirma:

À unanimidade todos concordam em que a melhor forma de garantir a busca da verdade é assegurar a pluralidade de fontes de informação, impedindo a formação de monopólios e oligopólios, a fim de que os indivíduos possam escolher dentre as varias versões apresentadas de um dado acontecimento e suas interpretações possíveis, a que melhor lhe parecer e, assim estar apto a formar suas próprias opiniões, as quais poderão ser objeto, por seu turno, da liberdade de expressão.⁹⁷

Sobre a importância da garantia da pluralidade da informação, Luiz Gustavo G.C. Carvalho afirma:

Essa situação de monopolização da imprensa é inevitável em uma economia de mercado livre e contra ela o Direito tem reduzida eficácia, mesmo proibindo expressamente o monopólio. Se o direito de informar torna-se próprio de certa casta da população, é óbvio que esta camada social vai deter, praticamente, o monopólio da informação de massa.⁹⁸

A verdade, entretanto, deixa prevalecer quando a informação é, meramente, de cunho pessoal.

⁹⁷ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 208.

⁹⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*, cit., p. 92.

Acerca do assunto, Liliana Minardi Paesani aduz,

Certas manifestações da pessoa destinam-se a conservar-se completamente inacessíveis ao conhecimento dos outros, quer dizer, secretas; não é apenas ilícito divulgar tais informações, mas também tomar delas conhecimento, e revelá-las, não importa a quantas pessoas. Entretanto, essas mesmas informações respeitantes à esfera íntima da vida privada podem ser consideradas lícitas, quando justificadas por um legítimo interesse do sujeito que as recebe; trata-se de saber se o fim a que a informação serve tem maior valor que o interesse do sujeito ao qual se refere essa informação.⁹⁹

A autora complementa que,

O direito à privacidade ou direito ao resguardo tem como fundamento a defesa da personalidade humana contra injunções ou intromissões alheias. Esse direito vem assumindo, aos poucos, maior relevo, com a expansão das novas técnicas de comunicação, que colocam o homem numa exposição permanente.

(...)

Entretanto, podem ser impostos limites à normal esfera de privacidade até contra a vontade do indivíduo, mas em correspondência à sua posição na sociedade, se for de relevância pública. Nesses casos, será possível individualizar, se há interesse público em divulgar aspectos da vida privada do indivíduo. O interesse será relevante somente com relação à notícia cujo conhecimento demonstre utilidade para obter elementos de avaliação sobre a pessoa como personalidade pública, limitando, desta forma – e não eliminando – a esfera privada do próprio sujeito¹⁰⁰

O direito à privacidade pode ser considerado como um limite natural ao direito à informação verdadeira.

Conclui-se que os veículos de informação prestam um serviço público, o qual, portanto, deve ser adequado, de modo a possibilitar que a opinião pública seja formada sobre fatos reais.

A verdade, quando relacionada ao interesse público, deve prevalecer sobre os direitos da personalidade, direitos individuais.

⁹⁹PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 33.

¹⁰⁰Id. *Ibid.*, p. 34.

Já, quando em conflito com outros direitos, também de interesse público, tais como a segurança do Estado, deve ser sopesado no caso prático.

2.5. Direito de informação e Internet

É fato que a divulgação da informação pelos meios virtuais ganhou muito espaço na última década.

Os veículos de comunicação impressos, embora existentes, não são únicos e, talvez, nem mais os principais, meios de divulgação da informação.

O mundo virtual, a internet, surgiu no auge do processo de barateamento das comunicações, ao longo do século XX. A utilização desse benefício passou de 140 milhões de usuários em 1998, para mais de 800 milhões nos anos seguintes.¹⁰¹

O elemento primordial que fez com que a internet se transformasse em um instrumento de comunicação de massa foi o World Wide Web (WWW).

De acordo com Liliansa Minardi Paesani,

O WWW nasceu no ano de 1989 no Laboratório Europeu de Física de altas energias, com sede em Genebra, sob o comando de T. Berners-Lee e R. Cailliau. É composto por hipertextos, ou seja, documentos cujo texto, imagens e sons são evidenciados de forma particular e podem ser relacionados com outros documentos. Com um clique no mouse o usuário pode ter acesso aos mais variados serviços, sem necessidade de conhecer os inúmeros protocolos de acesso.¹⁰²

O conceito de internet não é claro. Segundo o dicionário Michaelis, internet é conceituada como uma “Rede remota internacional de ampla área geográfica, que proporciona transferência de arquivos e dados, juntamente com funções de correio eletrônico para milhões de usuários ao redor do mundo.”¹⁰³

¹⁰¹ PAESANI, Liliansa Minardi. op. cit., p. 11.

¹⁰² Id., loc. cit.

¹⁰³ INTERNET. *Michaelis*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=Internet&CP=94556&typeToSearchRadio=exactly&pagRadio=50>>. Acesso em: 24 out. 2013.

A internet possui várias funções como, por exemplo, o correio eletrônico, comércio eletrônico, centro de pesquisa, debates eletrônicos, alguns Estados possibilitam o voto virtual (Estado de Genebra, *v.g.*).

A internet não possui um dono, tampouco é financiada por instituições ou governos. Há, apenas, dois órgãos que desempenham a função de direção, controle e funcionamento da rede, quais sejam, Internet Society (Isoc - órgão internacional de natureza cooperativa, com o objetivo de estudar a evolução da Internet) e Internet Engineering Task Force (IETF). Questão polêmica relacionada à internet diz respeito à ausência de legislação supranacional para discipliná-la, o que torna dificultosa a solução de conflitos, pelo judiciário, que envolvam a rede e os direitos nacionais.

A regulamentação da comunicação eletrônica é recente em todo o mundo.

No Brasil, em 1995, o Ministério das Comunicações, bem como o Ministério da Tecnologia, emitiram nota conjunta com a finalidade de prestar esclarecimentos. Referido documento ressalta a importância estratégica do país em tornar a Internet disponível nos mais diversos segmentos da sociedade.

A Portaria Interministerial nº 147, de 31 de maio de 1995, criou um Comitê Gestor da Internet, o qual conta com a participação do Ministério das Comunicações e do Ministério da Tecnologia, de representantes de provedores de acesso ou de informações, de representantes de usuários, de comunidade acadêmica e de entidades operadoras de (backbones).

O Conselho de Comunicação Social brasileiro será analisado em capítulo próprio.

A internet, por ser de acesso universal e ilimitado, é um meio que facilita a violação dos direitos à paternidade da obra e do inédito.

Uma questão difícil de ser solucionada é a quem será atribuída a responsabilidade civil por dano provocado por meio da internet.

O primeiro problema a ser enfrentado dentro deste tema diz respeito aos fornecedores de serviços da internet, cuja responsabilidade é vista como alternativa ou concorrente do sujeito que cometeu o ilícito.

A internet pode ser considerada, por um lado, como a mídia que possui os melhores meios de proteção de privacidade e integridade; por outro lado, é a mais suscetível a ataques, invasões e outros tipos de danos.

Sobre o assunto, Lílana Minardi Paesani esclarece que,

O Código Civil não tratou especificamente da matéria eletrônica, mas algumas disposições adaptam-se perfeitamente nas questões jurídicas referentes à internet. Com relação ao comércio internacional que envolve linhas de comunicação de vários países, a questão deveria ser definida por normas supranacionais. No âmbito interno, a incidência do Código de Defesa do Consumidor no campo informático tem sido incipiente na aplicação da responsabilidade objetiva.¹⁰⁴

Entretanto, no que toca à responsabilidade civil dos provedores a solução não é tão simples.

Acrescenta a citada autora que,

Os provedores são parte da relação contratual de difícil colocação jurídica. O contrato com o gestor da rede de telecomunicação que oferece um número considerável de linhas para possibilitar o desempenho da atividade será, inicialmente, um contrato de locação que, conforme o entendimento do Código Civil, deveria desenvolver uma função social.¹⁰⁵

Quando a Internet se torna um substituto da televisão, jornal ou rádio, as perdas ocorridas pela concentração em um meio específico podem ser compensadas pela competição com outros veículos de mídia.¹⁰⁶

Ante a ausência de regulamentação do assunto, uma indagação que se faz é como a internet conseguiu se sustentar, até hoje, sem uma estrutura mínima de normas.

Com o fim de regulamentar o assunto, está em tramitação o Projeto de Lei nº 2.126/2011, do Poder Executivo, conhecido como M"arco Civil da Internet". Trata-se de um projeto de lei que estabelece os princípios, as garantias, os direitos e os deveres dos usuários e dos provedores de Internet no Brasil.

¹⁰⁴PAESANI, Lílana Minardi. op. cit., p. 73.

¹⁰⁵Id., loc. cit.

¹⁰⁶MACHADO, Jónatas E. M. op. cit., p. 1012.

O Marco Civil tem a intenção de reunir os princípios que vão guiar as leis e futuras decisões envolvendo a internet no Brasil, o que inclui uma série de princípios fundamentais.

De acordo com o Ministério da Justiça, o projeto “estabelece direitos e responsabilidades de usuários, provedores e poder público no uso da internet”.¹⁰⁷

O Projeto nº 2.126/2011 do Poder Executivo, até o momento, não foi sancionado. Referido Projeto teve por base o documento do Comitê Gestor da Internet no Brasil (C.G.I. br).

Da análise do inteiro teor do citado Projeto, é possível depreender-se que serão respeitados princípios como a liberdade de expressão, diversidade, exercício da cidadania, proteção à privacidade de dados pessoais, etc (art. 3º).¹⁰⁸

Até o fechamento deste trabalho, o Marco Civil da Internet continua em tramitação perante a Câmara dos Deputados.

¹⁰⁷ DEMETRIO, Amanda. *Entenda o Marco Civil da internet e como ele muda sua rotina na web*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2012/07/entenda-o-marco-civil-da-internet-e-como-ele-muda-sua-rotina-na-web.html>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

¹⁰⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei. *Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9833CCDEDE458F-FC02F02902DC2E76F5.node2?codteor=912989&filename=PL+2126/2011>. Acesso em: 14 abr. 2012.

3. REGULAÇÃO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL NO BRASIL

3.1. A imprensa como um serviço de utilidade pública

O surgimento do Estado Democrático de Direito está ligado, dentre outros aspectos, à necessidade de propiciar a mais ampla participação popular no processo democrático, ou seja, nas decisões governamentais, no controle da Administração Pública, etc.

José Afonso da Silva entende que a democracia, em um Estado Democrático de Direito, deve ser

participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório; pluralista porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de libertação da pessoa humana das formas de opressão que não dependem apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especificamente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.¹⁰⁹

Com a consagração da democracia, é possível afirmar que o povo é o titular da vontade soberana do Estado.

Importante assinalar também que, conforme Bobbio, a esfera política está incluída em uma esfera mais ampla, qual seja, a esfera da sociedade em seu conjunto, inexistindo decisão política que não esteja condicionada ou determinada pelo que acontece com a sociedade civil¹¹⁰.

Por meio das colocações acima é possível concluir que o direito à informação é mecanismo imprescindível para o processo democrático.

¹⁰⁹SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2004. p. 105.

¹¹⁰BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 156.

Há diversas formas de viabilizar o direito à informação. Aqui pretende-se analisar a informação veiculada pela imprensa e não a informação fornecida pelos órgãos públicos, diretamente ao cidadão, como prevista na Lei 12.527/2011, como já analisado.

No entanto, o objetivo desta pesquisa não é trabalhar os meios de comunicação de massa, em sua totalidade, mas sim aquela feita por meio do rádio e da televisão, por se relacionar intrinsecamente com o Poder Público, vez que decorre de concessões dele.

Em razão das inúmeras transformações ocorridas no mundo, o Estado se viu obrigado a atuar em áreas antes reservadas à iniciativa privada.

A imprensa desenvolve um serviço de utilidade pública. No entanto, questão complexa a ser resolvida diz respeito à diferença existente entre interesse público e interesse do público.

Gilberto Haddad Jabur assinala que

O verdadeiro interesse público deverá ser não só público, mas inequivocamente público. Não basta interessar ao público, conjunto de cidadãos de uma comunidade¹¹¹.

Segundo o mesmo autor, a mera curiosidade é “insuficiente para legitimar qualquer publicação que pretenda atender a anseios autenticamente sociais.”¹¹² Ainda, estabelece uma fórmula para caracterizar o interesse público legítimo, ou seja, devem estar presentes a verdade, necessidade, utilidade e adequação.

A verdade já foi objeto de capítulo próprio. Passa-se, portanto, à análise dos demais requisitos.

No tocante à necessidade, a informação deve

mostrar-se indispensável ao desenvolvimento social e à formação saudável da opinião, da crítica justificada, das forças propulsoras do aperfeiçoamento das instituições democráticas solidificadas entre nós.¹¹³

¹¹¹JABUR, Gilberto Haddad. op. cit., p. 341.

¹¹²Id., loc. cit.

¹¹³Id. Ibid., p. 343.

A utilidade, segundo o mesmo autor, significa que a notícia a ser veiculada

deve corresponder a interesses superiores, distantes da curiosidade pura, do desejo de conhecer o que é dos outros, sem conteúdo ou serventia socialmente justificáveis.¹¹⁴

Por fim,

a medida da adequação é encontrada no respeito aos direitos personalíssimos e no grau de interesse público efetivo pela notícia. Em outras palavras, a adequação ocorre na proporção da necessidade e da utilidade de se publicar um fato ou levantar uma crítica de um interesse efetivamente público.¹¹⁵

Guilherme Döring Cunha Pereira entende que, dentro do papel político exercido pelos meios de comunicação, pode-se estabelecer duas vertentes:

(...) de um lado, subministrar aquele conjunto de informações acerca da coisa pública, em todos os seus aspectos, necessárias para um responsável exercício dos direitos de cidadania, muito especialmente o de voto; e, de outro, exercer constante monitoramento do poder, isto é, atuar como fiscal permanente do governo.¹¹⁶

Através desta afirmação percebe-se que a imprensa é uma das bases de qualquer regime democrático.

Entretanto, um problema a ser enfrentado é encontrar o conceito de serviço público.

Nos termos do artigo 223¹¹⁷ da Constituição brasileira, o rádio e a televisão, pelo menos em tese, devem desenvolver um serviço público, ou seja,

(...) é a íntima relação da radiodifusão com o sistema democrático de Estado, na medida em que se relaciona com a liberdade de

¹¹⁴JABUR, Gilberto Haddad. op. cit., p. 343-344.

¹¹⁵Id. ibid., p. 345.

¹¹⁶PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 42.

¹¹⁷Art. 223. 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 complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

opinião e de expressão, de imprensa, a forma republicana de Estado e o controle da sociedade sobre esse.¹¹⁸

A autora complementa aduzindo que,

(...) O rádio e a televisão estão diretamente conectados a todos os aspectos relevantes da formação política, cultural e social dos cidadãos.

Assim, a presença do Estado na prestação desses serviços públicos deve estar devidamente adaptada a tais especificidades, sob pena de possibilitar uma política autoritária pelo uso dos meios de comunicação de massa, seja em prol das forças políticas dominantes, seja para favorecer interesses imediatamente econômicos envolvidos na atividade, os quais, como visto, soem gerar alto grau de externalidades.¹¹⁹

Importante ressaltar que o serviço de radiodifusão não deve ser prestado apenas em benefício do concessionário. Acima de tudo, deve ser prestado em benefício de toda a sociedade. Neste ponto, a autorização pode ser considerada como um instituto cuja finalidade foge de tal finalidade, pois se destina mais às hipóteses em que o interesse preponderante maior é o do concessionário.

Vera M. O. N. Lopes, sobre o assunto, complementa:

(...) por outro lado, a estabilidade conferida pela concessão pode salvaguardar o concessionário, o que não é um malefício em função das possíveis ingerências antidemocráticas e de toda sorte de arbitrariedades, por outro a extrema precariedade da autorização pode ser muito mais maléfica do que benéfica, ao possibilitar ações extremamente autoritárias do concedente ou então uma atuação vinculada aos interesses políticos e econômicos os mais distantes possíveis do interesse social, como tem sido a tradição no Brasil¹²⁰.

Há a necessidade de democratizar os meios de comunicação de massa, uma vez que constituem um privilegiado meio de informação, sendo este o elemento que contribui para a formação da consciência individual, política e social do indivíduo.

¹¹⁸ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. op. cit., p. 153.

¹¹⁹ Id., loc. cit.

¹²⁰ Id. Ibid., p. 159-160.

Em um Estado Democrático de Direito a participação da sociedade é fundamental em todas as esferas para que aquela possa, efetivamente, influenciar nos rumos do Estado e da própria sociedade.

Importante ressaltar que a maior problemática no sentido da regulação apresenta-se perante os serviços de radiodifusão, uma vez que, para a imprensa escrita, nomeadamente jornais, revistas e livros, foi consagrado no texto constitucional uma ampla liberdade de expressão e de imprensa através do direito de fundar jornais e publicar quaisquer outros materiais impressos sem que o Estado tenha que autorizá-los previamente.

Embora a imprensa deva desenvolver uma atividade pública, não se pode deixar de lado a necessidade de independência dos meios de comunicação perante o Estado.

Para se alcançar a independência perante o poder político, mais especificamente dos órgãos ligados ao governo, necessária será a igualdade de tratamento independentemente da orientação editorial assumida, proibição de discriminação no acesso aos apoios públicos, tais como subvenções e isenções. Tal garantia aqui defendida também deve ser estendida aos órgãos de comunicação social públicos, assegurando-lhes autonomia de orientação perante o Governo e a Administração.¹²¹

Em face da importância assumida pelos meios de comunicação, o Estado deve impedir a concentração da mídia nas mãos de um ou de poucos, visando assegurar níveis satisfatórios de pluralismo midiático.

A questão referente à concentração será abordada em tópico próprio.

¹²¹CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 585.

3.2. Sistemas de concessão, permissão e autorização dos serviços de rádio e televisão no Brasil

Por meio de uma análise histórica da regulamentação da comunicação social no Brasil, é possível depreender-se que tal regulamentação ocorreu de maneira tardia.

A primeira transmissão de rádio no Brasil ocorreu em 07 de setembro de 1922, na comemoração ao centenário da independência. Entretanto, a regulação do setor somente iniciou-se por intermédio dos Decretos nºs 20.047, de 1931 e 21.111, de 1932, ambos editados pelo presidente Getúlio Vargas. Importante assinalar que esse último já elevava, em seu artigo 11, o serviço de rádio a serviço de interesse nacional e de finalidade educativa.

A primeira estação de rádio inaugurada no Brasil foi a Rádio Sociedade do rio de Janeiro, em 1923.¹²²

Nascido como um meio de divulgação para a elite, o rádio se popularizou ao introduzir a publicidade. Passou a especializar-se, diversificando em sua programação. Por outro lado, o rádio mostrou-se melhor meio de divulgação de produtos, quando comparado à publicidade impressa, vez que conseguia atingir os analfabetos.

A utilização do rádio para fins políticos foi concomitante ao seu aparecimento.

No tocante à televisão, conforme já assinalado em capítulo anterior, a primeira emissora surgiu em 1950, a TV Tupi de São Paulo, montada por Assis Chateaubriand. Aqui valem as mesmas considerações feitas acerca do rádio.

Passa-se a uma breve análise acerca da evolução constitucional sobre a regulamentação dos veículos de comunicação.

A Constituição de 1891, por ser anterior ao surgimento do rádio e da televisão, apenas mencionou que a competência para legislar sobre serviço de correios e telégrafos era do Congresso Nacional.

¹²²LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. op. cit., p. 279.

A próxima Constituição, de 1934, foi a primeira a tratar sobre o assunto das telecomunicações. Referida Carta atribuía à União a competência de explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea¹²³. Consagrava, ainda, a competência estadual supletiva (art. 5º, §3º).

A mesma sistemática foi mantida pela Constituição de 1937. Foi a primeira Constituição a utilizar a expressão radiodifusão, ao invés de radiocomunicação.

O artigo 5º, XII da Constituição de 1946 previa a competência da União para explorar diretamente ou mediante concessão ou autorização os serviços de telégrafos, radiocomunicação e radiodifusão, etc. Durante a vigência da Carta ora em análise foi promulgado o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62).

A Constituição de 1967 manteve a competência da União para a exploração dos serviços de telecomunicações, diretamente ou por meio de autorização/concessão¹²⁴. No entanto, a concessão e a instalação de meios de comunicação em áreas indispensáveis à segurança nacional, deveriam ser precedidas de autorização do Conselho de Segurança Nacional, conforme previa o artigo 90, II, “a”.

No tocante à Emenda nº 01 de 1969, as disposições constitucionais imediatamente anteriores foram mantidas.

A atual Constituição Federal regulamenta o assunto ora em questão no Capítulo V do Título VIII, cujo título é “Comunicação Social”.

O artigo 21, inciso XII da atual Constituição Federal estabelece a competência, tanto legislativa quanto material, da União. Assevera que a ela compete a exploração direta, ou mediante autorização, concessão ou permissão, dos serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de

¹²³CF/1934. Art 5º - Compete privativamente à União: (...)VIII - explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias-férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais, ou transponham os limites de um Estado;

¹²⁴CF/1969. Art 8º - Compete à União: (...)XV - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão: a) os serviços de telecomunicações.

telecomunicações. Por sua vez, o art. 22, IV, atribui à União competência para legislar sobre telecomunicações e radiodifusão.¹²⁵

Uma inovação foi introduzida no artigo 49, XII, ao conferir competência exclusiva ao Congresso Nacional para apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e de televisão, as quais antes dependiam, apenas, do Executivo. Tal inovação representa um respeito ao regime democrático, vez que dois Poderes são responsáveis pelas concessões.

O artigo 220, em seu §3º, I, prevê a chamada censura classificatória, a qual atribui à lei federal a regulamentação das diversões e espetáculos públicos, competindo ao Poder Público informar a natureza, horários e locais que se ajustem à sua exibição. Referido inciso proíbe qualquer espécie de censura, sendo possível, apenas, estabelecer uma classificação de programas e espetáculos. O inciso II do mesmo dispositivo atribui à lei federal o estabelecimento de meios legais para proteção de pessoas e da família, no tocante aos programas de rádio e televisão.

Já, o §5º, do artigo 220 prevê a proibição de os meios de comunicação social serem objeto de monopólio ou oligopólio.

Por fim, o último inciso do art. 220 dispõe que a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade, constituindo mais uma manifestação o princípio da liberdade de imprensa.

O artigo 221 traz os princípios que devem ser observados na produção e programação das emissoras de rádio e televisão, a saber:

Art. 221. 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.

¹²⁵LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. op. cit., p. 285.

O instrumento de concessão ou permissão deverá observar estritamente tais princípios, além dos princípios gerais previstos na Constituição Federal. No entanto, outras exigências podem ser apresentadas no edital convocatório das licitações que antecederem tais concessões/permissões.

Compete ao Poder Executivo delegar e renovar a concessão ou permissão ora em estudo. O artigo 223 da Constituição Federal, em seu §1º, estabelece que cabe ao Congresso Nacional a apreciação do ato de delegação da concessão, permissão ou renovação no mesmo prazo estabelecido no artigo 64, §§2º e 4º (prazo para os projetos de lei de autoria do Presidente em que tenha sido solicitada urgência), qual seja, quarenta e cinco dias para a Câmara e para o Senado.

No tocante à delegação e à renovação o ato somente produzirá efeitos após ser deliberado pelo Congresso Nacional, conforme estabelecido pelo §3º do citado artigo 223.

O cancelamento da concessão e da permissão constitui um dos principais embaraços à instauração de uma verdadeira política pública de comunicação social. O §4º do art. 223 da Constituição Federal estabelece que o cancelamento de concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

Tal cancelamento antes do prazo somente poderá se dar em três hipóteses, a saber, ilegalidade do ato ou do contrato de permissão ou concessão, inadimplemento do concessionário ou permissionário em relação às obrigações e deveres assumidos por ocasião da delegação ou, então, por motivo de interesse público.

Já, a ilegalidade ocorrida na delegação do serviço implica na obrigação de o Poder Público anular o contrato, em decorrência do previsto no art. 37, caput da Constituição. A anulação pressupõe uma ilegalidade e não, somente, inconveniência ou inoportunidade.

No entanto, um grande problema presente é o longo prazo conferido às concessões e permissões, o que dificulta uma avaliação contínua pela sociedade.

Além da hipótese de ilegalidade na delegação do serviço, existe a possibilidade de o poder concedente retomar ou cassar a concessão/permissão em face do descumprimento, pelo concessionário/permissionário, das obrigações fixadas.

O artigo 175 da Constituição Federal dispõe que a regulamentação das concessões é sempre feita por lei. Tal disposição é prevista desde a Constituição de 1934.

Compete ao poder concedente, dentre outras atribuições, fiscalizar, alterar unilateralmente, rescindir, bem como retomar o serviço se assim o exigir o interesse público.

Ao ter como objeto direto a divulgação de informações, ideias e debates, promovendo a liberdade de expressão, os meios de comunicação de massa, em especial os de radiodifusão, estão intimamente ligados aos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, que buscam o pluralismo político e o desenvolvimento da cidadania, e estes só se fazem com a garantia de amplo acesso a todos os meios de informação e educação, garantia de livre circulação de ideias e apresentação de todos os pontos de vista relevantes sobre os assuntos de interesse social, sem qualquer tipo de censura.

Porém, os meios de comunicação social não se destinam apenas à informação, mas também ao lazer e à divulgação de cultura, relacionando-se com outros objetivos e funções do Estado brasileiro, tais como a dignidade humana e a cidadania.¹²⁶

Partindo-se do pressuposto de que os meios de comunicação de massa relacionam-se intimamente com valores relacionados à democracia - como a liberdade de opinião, de expressão e de imprensa-, tais meios também servem para fazer valer os objetivos do Estado brasileiro, previstos no artigo 3º da Constituição.

A partir de tais premissas é possível concluir que o Estado deve assegurar uma organização eficiente dos meios de comunicação de massa, de modo a contribuir para a promoção da dignidade humana e para o desenvolvimento da democracia.

¹²⁶LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. op. cit., p. 151.

Estará, ainda, assegurando a necessária emancipação dos indivíduos e promovendo sua autonomia, na medida em que serão capazes de formar suas próprias convicções acerca dos mais diversos assuntos.

3.3. Vedação ao monopólio e ao oligopólio dos meios de comunicação social

Em continuidade ao assunto, passa-se agora à análise da vedação constitucional ao monopólio e ao oligopólio dos meios de comunicação.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu à União competência para explorar diretamente, ou mediante concessão, permissão ou autorização, os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 21, XII, “a”).

Por outro lado, o art. 22, IV, da Constituição estabelece que compete à União, privativamente, legislar sobre telecomunicações e radiodifusão.

Uma novidade trazida pela Carta Maior foi a atribuição ao Congresso Nacional de competência exclusiva para apreciar os atos de concessão e renovação de concessão das emissoras de rádio e televisão, antes processadas exclusivamente pelo Poder Executivo. Já, a legislação infraconstitucional acerca do assunto não sofreu grandes transformações.

De acordo com o art. 5º, III, do Decreto n. 52.795, de 1963, concessão é “a autorização outorgada pelo poder competente a entidades executoras de serviços de radiodifusão sonora de caráter nacional ou regional e de televisão”; permissão é “a autorização outorgada pelo poder competente a entidade para a execução de serviços de radiodifusão de caráter local” e autorização é “o ato pelo qual o Poder Público competente concede ou permite a pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, a faculdade de executar e explorar, em seu nome ou por conta própria, serviços de telecomunicações, durante um determinado prazo”.

A sistemática legal impõe o uso da concessão, em qualquer hipótese, para a outorga dos serviços de televisão e de rádio de alcance nacional e regional, ao passo que a permissão é utilizada para serviços de rádio de alcance

local. Por fim, o instituto da autorização, até recentemente, não era utilizado para os serviços de radiodifusão.¹²⁷

Segundo Fábio K. Comparato, a expressão pública do pensamento passa pela mediação das empresas de comunicação de massa e quem as controla dispõem de liberdade de expressão. Os demais não. Em face disso, o citado autor entende que há a necessidade de se reconhecer, pelo menos às entidades mais representativas da sociedade civil, a legitimação para usar dessas organizações com o fim de transmitir livremente suas mensagens¹²⁸.

Um problema que deve ser enfrentado quando os meios de comunicação de massa ficam nas mãos do Estado ou de grandes conglomerados econômicos, é o de que sempre haverá a possibilidade de manipulação da opinião pública.¹²⁹

Sobre a influência da mídia sobre a opinião pública, Alexandre esclarece:

Há um grande numero de evidências que comprovam a capacidade de a mídia influenciar a opinião pública. Um dos fenômenos de especial importância é a determinação da agenda: os assuntos escolhidos pelos meios de comunicação são os considerados de especial importância. As pessoas não apenas acreditam que esses temas são os mais relevantes como cobrarão do governo maior dedicação aos problemas destacados. A escolha da emissora ou do jornal confere ao público uma percepção sobre prioridades e, por consequência, afeta o comportamento do Executivo e Legislativo.(...)¹³⁰

O dispositivo constitucional que mais interessa ao presente capítulo é o previsto no §5º, do artigo 220. Tal dispositivo prevê a proibição de os meios de comunicação social serem objeto de monopólio ou oligopólio.

Segundo Alexandre Sankievicz, “Há monopólio quando uma empresa possui a titularidade exclusiva para a produção de um determinado bem ou

¹²⁷SANKIEVICZ, Alexandre. op. cit., p. 138.

¹²⁸COMPARATO, Fábio Konder. *É possível democratizar a televisão?* rede imaginária – televisão e democracia. São Paulo: Companhia das Letras e Secretaria Municipal de Cultura, 1991. p. 306.

¹²⁹LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. op. cit., p. 216.

¹³⁰SANKIEVICZ, Alexandre. op. cit., p. 43.

serviço.”¹³¹ Esclarece que o oligopólio consiste na “estrutura de mercado com um pequeno número de ofertantes”.¹³²

O mesmo autor faz uma importante ressalva interligando o assunto ora em discussão com o da censura, já trabalhado:

Se o sistema de liberdade de expressão focar exclusivamente na proibição da censura, ele correrá o risco de permitir a concentração do mercado de comunicação social na mão de poucos agentes econômicos torne-se uma ameaça à própria liberdade de expressão. Se uma das mais fortes críticas desferidas aos regimes socialistas sempre disse respeito justamente à impossibilidade do dissenso, em razão do controle estatal dos meios de comunicação, a existência de monopólio e oligopólios nesse setor por ser tão maléfica para a democracia quanto o antigo controle da comunicação social pelo Estado.¹³³

Habermas descreveu o papel atual dos meios de comunicação da seguinte maneira:

Nas sociedades modernas, as empresas de comunicação passaram de meras instituições publicadoras de notícias para, além disso, serem porta-vozes e condutores da opinião pública e meios de luta política partidária.¹³⁴

A função da liberdade de expressão, de acordo com a Constituição Federal de 1988, é a de criar uma sociedade pluralista, onde todos os membros da sociedade possam participar efetivamente da política e dos rumos a serem tomados pelos governantes. Ou seja, significa garantir que o cidadão brasileiro deixe de ser mero espectador e assuma a função ativa dentro da democracia.

Há alguns fatores que contribuem com a tendência humana ao consenso.

Segundo Alexandre Sankiewicz,

O primeiro refere-se à falta de informação sobre determinado tema. Se não temos dados suficientes sobre algum assunto e um número de pessoas parece acreditar que determinada proposição

¹³¹SANKIEWICZ, Alexandre. op. cit., p. 87-88.

¹³²Id. ibid., p. 88.

¹³³Id. ibid., p. 36.

¹³⁴HABERMAS, Jurgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 214.

é verdadeira, há uma razão para acreditar que essa proposição realmente seja verdadeira. Afinal, a maioria das coisas que pensamos não são pensadas pela primeira vez por nós mesmos, mas são conseqüências daquele que aprendemos com o que outros fazem e pensam.¹³⁵

De acordo com o mesmo, o segundo fator consiste no desejo de manter a boa impressão sobre nós. “O desejo de manter boa reputação em relação aos outros produz conformismo, elimina o dissenso e desencoraja o debate.”¹³⁶

Outra conseqüência importante advinda do monopólio das atividades dos meios de comunicação que merece ser abordada é a concentração política.

Tal concentração, segundo Alexandre Sankievicz,

implica a impossibilidade prática de conhecer uma verdade que não seja a patrocinada pela ideologia oficial, em detrimento das possibilidades de crítica ou mesmo do escrutínio dos órgãos públicos. Os meios de comunicação dominados pelo Estado significam o reino do sigilo, pois o controle mina a capacidade da mídia para expor os desvios das autoridades governamentais, afastando uma das maiores razões para a sua proteção constitucional. Não é por outro motivo que, historicamente, os governos autoritários tendem a exercer forte controle sobre os órgãos de comunicação.¹³⁷

Referido autor complementa que,

Ademais, no âmbito do discurso, compete aos indivíduos, na qualidade de emissores, distribuidores e receptores da comunicação, o impulso decisivo sobre o conteúdo das ideias e opiniões que devem ser gerados, divulgadas e acolhidas, e não ao Estado ou a qualquer autoridade de forma hierarquizada, centralizada e unilateral.¹³⁸

Os veículos de comunicação, cujos recursos são originários dos próprios consumidores, conseguem uma solução parcial para os problemas causados pelas regras de mercado. Tais veículos procuram dar preferência aos interesses dos expectadores, e não dos anunciantes. No entanto, uma ressalva

¹³⁵SANKIEVICZ, Alexandre. op. cit., p. 61.

¹³⁶Id. Ibid., p. 61.

¹³⁷Id. Ibid., p. 68.

¹³⁸Id. Ibid., p. 69.

que deve ser feita é que a maior parte da população que Possui acesso a tais veículos é composta pelas classes media e alta, o que faz com que os programas desenvolvidos por esses veículos reflitam os desejos de quem tem mais recursos financeiros.

Assim, pode-se concluir que o modelo baseado na obtenção de recursos diretamente do consumidor tende a criar uma assimetria de informação entre aqueles que podem pagar por notícias e entretenimento e os que não podem fazê-lo.

A liberdade de expressão não impede os governos de incentivar a promoção de conteúdos que produzam externalidades positivas.

O consenso sobre a ampla capacidade da mídia para produzir externalidades positivas e a ideia de que uma regulação apropriada pode aumentar a probabilidade dessa ocorrência é outro motivo para a rejeição de um setor de comunicação fundado puramente em regras de mercado.¹³⁹

Outros aspectos negativos acerca dos monopólios e oligopólios podem ser elencados.

O primeiro deles diz respeito à diminuição da diversidade de informação ofertada na esfera pública com conseqüências ruins para a democracia participativa. As concentrações ilegais terão conseqüências muito além do mero aumento do preço do jornal. Elas podem afetar o pluralismo, a veracidade e a objetividade da informação divulgada.

Em verdade, a concentração econômica na comunicação social, corresponde à concentração de influências.

O item 12 da declaração de princípios sobre liberdade de expressão, aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos assim dispõe:

Os monopólios ou oligopólios na propriedade e controle dos meios de comunicação devem estar sujeitos a leis anti-monopólio, uma vez que conspiram contra a democracia ao restringirem a pluralidade e a diversidade que asseguram o pleno exercício do direito dos cidadãos à informação. Em nenhum caso essas leis devem ser exclusivas para os meios de comunicação. As concessões de rádio e televisão devem considerar critérios

¹³⁹SANKIEVICZ, Alexandre. op. cit., p. 78.

democráticos que garantam uma igualdade de oportunidades de acesso a todos os indivíduos.

Existem três tipos de concentração, a saber, horizontal, vertical e diagonal.

Alexandre Sankievicz esclarece que,

Na concentração horizontal, três grandes modelos são usados para medir o nível de concentração. O primeiro ampara-se no índice de audiência ou porcentagem de espectadores que é atingido por determinado canal de rádio ou televisão ou no número de jornais ou revistas vendidos por determinada empresa.¹⁴⁰

O segundo modelo leva em consideração quantos concessionários há no mercado de mídia. Por fim, o terceiro modelo pondera a participação da concessionária no total de receitas publicitárias geradas pelo mercado.

A concentração vertical refere-se a empresas que operam no mercado de produção e distribuição de conteúdo, sendo certo que a maior parte dos países europeus possui regulação nesse nível.¹⁴¹

O último tipo de concentração, qual seja, a diagonal, consiste na relação horizontal existente entre os mercados gráficos e de radiodifusão. É também chamada de propriedade cruzada.

No Brasil, a concentração dos meios de comunicação é regulamentada pelo Decreto-Lei nº 236/1967, o qual complementou e modificou o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62). Referido Decreto-Lei limitou o número de outorgas de radiodifusão por entidades. Entretanto, não previu regras para a propriedade cruzada, concentração vertical, nem estabeleceu limites máximos para o percentual de audiência¹⁴².

¹⁴⁰SANKIEVICZ, Alexandre. op. cit., p. 91.

¹⁴¹Id. Ibid., p. 92.

¹⁴²Id. Ibid., p. 93.

Dentro de um sistema capitalista o objetivo das empresas é maximizar os lucros. Portanto, assim como em outros setores, os grupos de comunicação procuram crescer, a fim de aumentar a competitividade.

Entretanto, não é possível afirmar que há uma relação direta entre a desconcentração e o pluralismo, ou seja, a simples existência de inúmeras concessionárias do serviço de comunicação não assegura a diversidade de informação.

Por outro lado, Jónatas Machado entende que a concentração não trará, necessariamente, danos à competitividade, desde que seja assegurada a possibilidade de novos atores ingressarem nesse mercado.

A Lei nº 8.884/1994 estabelece que a defesa da concorrência deve ser orientada pela liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Tal lei é perfeitamente aplicável ao mercado de comunicações, em especial, no tocante à regulação da concorrência.

Sobre o assunto, Alexandre esclarece:

(...)Eventuais transferências de concessões e permissões entre empresas de radiodifusão, mudanças de capital social, incorporações etc., desse modo, além da autorização do Ministro das Comunicações, necessitariam, de acordo com essa interpretação, da autorização do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência nos casos do art. 54, §3º, da Lei n. 8.884/1994. Nada impediria também que a Secretaria de Direito Econômico ou o Ministério Público viessem a atuar de ofício com base na Lei n. 8.884/1994 em casos de concentrações excessivas, propriedades cruzadas ou abuso de poder econômico no campo da comunicação social.

(...)

O próprio CADE já analisara atos de concentração de empresas que atuam no campo da comunicação social. No ato de concentração n. 53500.002423/2003, o CADE examinou os efeitos da operação de integração de duas empresas americanas que, no país, veio a acarretar a fusão entre a Sky Brasil e a Direct TV, fazendo considerações interessantes sobre o mercado de comunicação.¹⁴³

¹⁴³SANKIEVICZ, Alexandre. op. cit., p. 175-176.

O CADE assinala, ainda, que há dois efeitos negativos advindos da concentração no mercado de mídia, a saber, a redução da pluralidade e da diversidade de conteúdos.

Para concluir este tópico, é possível afirmar que a Lei 8.884/94 também representa um importante instrumento na prevenção e erradicação de monopólios e oligopólios no mercado de comunicação. Ainda, importante ressaltar que a presença do Estado no setor de comunicações é necessária, a fim de viabilizar o desenvolvimento, corrigir falhas e garantir os direitos constitucionalmente previstos, em especial, a igualdade material dos cidadãos.

3.4. Conselho de Comunicação Social brasileiro

Nos termos do art. 224 da Constituição Federal, o Conselho de Comunicação Social é o órgão que, na forma da lei, é responsável por auxiliar o Congresso Nacional em matérias que envolvam a regulação do setor.

A Lei nº 8.389/91 institui o Conselho de Comunicação Social, como órgão auxiliar do Congresso Nacional. Dentre suas atribuições estão a elaboração de pareceres, estudos, recomendações e outras solicitações que lhe forem encaminhadas pelo Congresso Nacional, a respeito do capítulo constitucional referente à comunicação, segundo dispõe o seu art. 2º.

Embora já estivesse previsto no texto original da Constituição Federal de 1988, referido Conselho somente veio a ser instalado em 2002. Nos dois primeiros anos de funcionamento, o Conselho chegou a trabalhar questões importantes, tais como a concentração da mídia brasileira, a implementação da TV digital e a situação das rádios comunitárias¹⁴⁴. A última gestão do Conselho ocorreu em 2006.

O acórdão destacou que a cadeia produtiva da indústria da mídia envolve três fases: a produção da informação; o empacotamento do conteúdo em canais de televisão, filmes, DVDs, etc; e a distribuição pelos meios de comunicação. O CADE entende que as três fases possuem a mesma importância.

¹⁴⁴PIERANTI, Octavio Penna. *O Estado e as comunicações no Brasil. Cadernos Ebape.br*, v. 4, n. 3, out. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cebape/v4n3/v4n3a08.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2012.

Em 17 de julho de 2012 o Conselho de Comunicação Social foi retomado, com o intuito de auxiliar o Congresso Nacional em assuntos relativos à mídia.

A cada dois anos a presidência do Senado indicará os novos integrantes do Conselho, dentre representantes de setores da radiodifusão e membros da sociedade civil. A atual gestão, eleita pelo presidente do Senado, José Sarney, foram escolhidos Dom Orani João Tempesta, arcebispo do Rio de Janeiro, como presidente e Fernando Cesar Mesquita, secretário de Comunicação Social do Senado, como vice-presidente.

A escolha de um arcebispo levantou polêmica, uma vez que o Estado brasileiro é laico. No entanto, ainda é muito cedo para concluir se a escolha foi ou não acertada.

Tendo em vista que o Conselho de Comunicação Social, embora já previsto na Constituição Federal de 1988, tenha sido instalado somente há alguns meses, seria precoce emitir opiniões sobre a viabilidade ou não de tal órgão.

A princípio, é possível afirmar, apenas, que a existência de um órgão de controle e auxílio é algo positivo, especialmente considerando-se que é composto por especialista no assunto, reforçando uma legitimidade técnica.

3.5. Responsabilidade civil dos meios de comunicação

O atual Código Civil, no artigo 389, estabelece que: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos [...]”

O instituto da responsabilidade civil, por fazer parte do direito das obrigações, implica na obrigação de reparar o dano ocasionado.

Para configurar a responsabilidade civil, alguns pressupostos são necessários, dentre eles a existência de um nexo causal entre o ato e o dano por ele produzido. Sem essa relação de causalidade, não se admite a obrigação de indenizar.

Dentro do assunto responsabilidade civil dos meios de comunicação é importante discorrer sobre o direito de consciência conferido ao jornalista.

O art. 13 do Código de Ética dos jornalistas brasileiros¹⁴⁵ conceitua a cláusula de consciência como o direito de o jornalista se recusar a executar tarefas em desacordo com os princípios do referido código, bem como de informações que contrariem suas convicções.

Segundo Alexandre,

O direito à liberdade de consciência tem como finalidade proteger o jornalista no seio do órgão de comunicação social onde exerce a sua atividade, de modo a diminuir as pressões econômicas e políticas a que eventualmente esteja sujeito. Ao se tornar instrumento fundamental de proteção da autonomia e dignidade jornalista perante o proprietário da empresa, o direito à liberdade de consciência acaba por diminuir a influência do poder sobre a redação, reduzindo eventual influência de anunciantes e governantes sobre o conteúdo da programação. Quanto maior a concentração do mercado, mais relevante torna-se esse tipo de direito, pois menor será a mobilidade do jornalista para exercer seu trabalho em diferentes fontes de informação.¹⁴⁶

A responsabilidade civil decorrente de abusos cometidos pelos veículos de comunicação implica na colisão de dois direitos fundamentais, quais sejam, a liberdade de informação e os direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada).

Por um lado, a atividade jornalística deve ser livre, de modo a informar a sociedade acerca dos fatos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito. De outro, o direito de informar não é absoluto, vedando-se a divulgação de notícias falsas e desnecessárias, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à imagem dos indivíduos.

O artigo 5º, V e X da Constituição Federal traz três modalidades de dano que podem decorrer do exercício da liberdade de imprensa: o dano moral, o

¹⁴⁵Art. 13. A cláusula de consciência é um direito do jornalista, podendo o profissional se recusar a executar quaisquer tarefas em desacordo com os princípios deste Código de Ética ou que agridam as suas convicções.

Parágrafo único. Esta disposição não pode ser usada como argumento, motivo ou desculpa para que o jornalista deixe de ouvir pessoas com opiniões divergentes das suas.

¹⁴⁶SANKIEVICZ, Alexandre. op. cit., p. 203.

dano material e o dano à imagem. O primeiro deles corresponde à uma lesão eminentemente subjetiva, atingindo apenas a vítima. O segundo, é aquele cuja repercussão tem cunho pecuniário, sendo, portanto, passível de quantificação. Por fim, o dano à imagem se refere aos atentados cometidos contra a valoração de alguém perante terceiros, no que diz respeito às suas características subjetivas e abstratas¹⁴⁷.

A não recepcionada Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) previa a obrigação de indenizar por danos morais e materiais, isolada ou cumulativamente, nos casos de injúria, calúnia e difamação.

Ante a não recepção da citada lei, a responsabilidade civil dos meios de comunicação passa a ser regida pela legislação comum, ou seja, pelo Código Civil.

Trata-se de uma responsabilidade extracontratual e subjetiva, seja pela previsão do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, seja pela importância conferida pela Constituição Federal à liberdade de imprensa. Deste modo, necessária a comprovação da culpa do meio de comunicação, bem como do autor da matéria, a fim de verificar eventual ato ilícito cometido pela imprensa.

Ante o exposto, não é o intuito deste trabalho aprofundar a legislação ordinária acerca da responsabilidade civil. Competia, apenas, ao presente título esclarecer que, ante a não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988, passa-se a aplicar a legislação comum à responsabilidade civil dos veículos de comunicação.

¹⁴⁷MOREIRA, Luiz Roberto Curado. A problemática do dano à imagem. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3189>>. Acesso em: 03 out. 2012.

4. LIMITES CONSTITUCIONAIS AO JORNALISMO POLÍTICO BRASILEIRO

4.1. Proteção à vida privada

No período em que vigeu o Estado Liberal de Direito as limitações às liberdades eram mínimas, inclusive a de expressão.

Com o surgimento do Estado Social, houve uma ampliação do rol de limitações dos direitos relacionados à liberdade, tendo em vista que a igualdade efetiva passou a ser exigida. Entretanto, percebeu-se que essas limitações não poderiam ser absolutas. Buscou-se, então, conciliar a liberdade individual com a liberdade social.

O desenvolvimento dos meios de comunicação de massa foi marcado, dentre outros motivos, pela invasão da vida privada e da intimidade do indivíduo. Os ordenamentos jurídicos democráticos passaram a preocupar-se, então, com a conciliação entre a liberdade de expressão e informação e a tutela da vida privada.

O direito brasileiro, em sua Constituição Federal, artigo 5º, inciso X, assegura a tutela à vida privada e à intimidade, assegurando o direito à indenização por danos materiais ou morais que decorram de sua violação. Já, o inciso IX do mesmo dispositivo constitucional, garante a liberdade de comunicação, vedada a censura prévia.

Uma grande questão que deve ser trabalhada é como equilibrar tais direitos.

Em regra, seria poderia dizer que, quando um fato só disser respeito ao indivíduo e a sua família, esse fato estaria resguardado do direito de informação.

Entretanto, quando tais fatos ou condutas repercutam na vida política da sociedade, o interesse coletivo sobrepõe-se ao individual.

A proteção à vida privada constitui espécie do gênero direitos da personalidade.

Acerca da ponderação de direitos, Luis Gustavo G.C. Carvalho esclarece,

(...) que a ponderação de bens não é o método para estabelecer qual o bem mais valioso, mas para estabelecer se a restrição ao direito fundamental, em razão de um bem constitucional, é adequada, e se sua constitucionalidade se traduz em autorização legal para limitar o direito fundamental.¹⁴⁸

Quem muito bem trabalhou o tema da ponderação no direito brasileiro foi Daniel Sarmiento¹⁴⁹. Segundo este autor, a ponderação caracteriza-se como uma técnica para resolver o conflito entre dois princípios constitucionais. Entretanto, antes da ponderação, é preciso estabelecer os limites iminentes dos direitos fundamentais eventualmente em choque. Após, tem lugar a ponderação de interesses.

Em uma primeira etapa, estabelece-se, o peso de cada interesse constitucional envolvido, adotando-se, para tanto, a escala de valores subjacentes à Constituição. Concluída a primeira etapa, confere-se o peso específico dos interesses em conflito, diretamente avaliado do confronto do caso concreto. Por fim, utiliza-se o princípio da proporcionalidade, bem como os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Dentro da esfera da proteção à vida privada é importante destacar o direito à intimidade.

A professora Ada Pellegrini Grinover¹⁵⁰ o definiu como

a esfera de que o indivíduo necessita vitalmente para poder livre e harmoniosamente desenvolver sua personalidade, ao abrigo de interferências arbitrárias.

A atuação do direito à intimidade se dá em dois planos distintos: primeiro, como um obstáculo dirigido para limitar a intervenção do Estado; segundo, dirigido aos demais indivíduos, como a imposição de um dever de

¹⁴⁸CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*, cit., p. 41.

¹⁴⁹SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

¹⁵⁰GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982. p. 85.

abstenção, de não intromissão na vida alheia.

Luis Gustavo G.C.Carvalho esclarece que,

A origem do respeito à intimidade é atribuída, primeiramente, ao Cristianismo que assentou as bases dos conceitos de liberdade e dignidade humanas. Não havia, propriamente, uma preocupação com a intimidade humana, diretamente considerada, mas com a dignidade humana, da qual decorreu, posteriormente, a preocupação com a intimidade. O reconhecimento deste direito só surgiu recentemente.¹⁵¹

Em um salto na história do direito à intimidade, é preciso dizer que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, no artigo 12, dispunha sobre a proteção da intimidade.

De início o direito à intimidade serviu de limite ao Poder Público, mas com um sentido conservados, como proteção aos bens particulares.

Acrescenta Luis Gustavo G.C.Carvalho que,

(...) Numa etapa posterior, a intimidade foi empregada como escudo para proteger o cidadão do controle ideológico do Estado. Somente nos últimos anos é que a doutrina desperta o direito da intimidade como limite aos abusos praticados pelo poder da imprensa e às invasões de terceiros.¹⁵²

No subtítulo ora em estudo é importante considerar que a vida privada é um limite à liberdade de informação jornalística. Até mesmo a pessoa pública tem direito a uma esfera de privacidade, de modo que sua intimidade não seja devassada pelos órgãos de imprensa. No caso de um notório político, por exemplo, sua família e seus hábitos íntimos não podem ser divulgados pelos veículos de comunicação. O que pode (e deve) ser divulgado é a parte de sua vida que esteja intimamente ligada à função por ele exercida, às suas atividades políticas e a estas correlatas.

Parte da doutrina, dentro da qual se inclui Aguilera Fernández¹⁵³, prefere ao direito à intimidade, em detrimento da liberdade de informação, quando

¹⁵¹CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*, cit., p. 55.

¹⁵²Id. Ibid., p. 56.

¹⁵³FERNANDÉZ, Aguilera. *La libertad de expresión del ciudadano y La libertad de prensa o información*. Ed. Comades, 1990. p. 114-115 e 139.

conflitantes. No entanto, tal preferência seria invertida quando o assunto envolva interesse público, como no caso de um notório político.

Um caso recente e de grande repercussão envolvendo o conflito entre a liberdade de informação e o direito à vida privada ocorreu no Brasil.

Em 2011 o jornalista Gustavo Nogueira Ribeiro, repórter da revista VEJA, hospedou-se em uma suíte do Hotel Nahoum e foi acusado de ludibriar uma camareira para tentar ingressar na suíte do ex Ministro José Dirceu, com o fim de apurar informações para uma reportagem sobre as atividades desse último, em Brasília.

O caso foi registrado por meio de Boletim de Ocorrência e vem sendo investigado pela Polícia Federal.¹⁵⁴

Trata-se, neste caso, de uma violação ao direito de intimidade, passível de sanção, uma vez que o interesse público não restou demonstrado.

A Constituição Federal de 1988 assegura o direito à intimidade no inciso X, do artigo 5º¹⁵⁵, de modo a estabelecer um limite à liberdade de imprensa.

Há, ainda, outro dispositivo legal que busca a proteção da vida privada, qual seja, o artigo 21 do Código Civil¹⁵⁶.

A regra é a ampla liberdade de informação que somente deve ser mitigada quando não houver possibilidade de agir de outro modo ou em casos verdadeiramente graves.

Em alguns casos a violação do direito à intimidade pode até restar demonstrado. No entanto, caso haja um interesse público por trás de tal violação, aquele interesse deve prevalecer, sem prejuízo de uma reparação civil ao indivíduo prejudicado.

¹⁵⁴DIRCEU, José. Repórter da Veja é flagrado em atividade criminosa. *Portal Vermelho*, 29 ago. 2009. Disponível em: <http://www.vermelho.org.br/noticia.php?id_secao=6&id_noticia=162545>. Acesso em: 10 out. 2012.

¹⁵⁵Artigo 5º, inciso X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

¹⁵⁶Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

4.2. Direito à imagem e à honra

O direito à imagem é mais uma espécie do gênero direitos da personalidade.

Aqui também existe a problemática da conciliação entre tais direitos e a liberdade de expressão/informação.

O problema da violação ao direito de imagem surgiu com a criação da câmera fotográfica, segundo Eduardo N. Monreal¹⁵⁷, pois antes de seu surgimento, somente era possível obter retrato se alguém posasse.

O direito à imagem, tratado pela Constituição brasileira como um direito autônomo, não se confunde com o direito autoral. O titular da imagem não detém um direito autoral, uma vez que a imagem lhe pertence. O direito autoral pertence, por exemplo, àquele que tira a fotografia¹⁵⁸.

Segundo Hermano Duval¹⁵⁹, os limites ao direito à imagem, no direito brasileiro, são os acontecimentos da atualidade, as pessoas públicas, a cultura e as obras didáticas ou científicas. Notaroberto Barbosa¹⁶⁰ acrescenta o interesse público, a caricatura e o humorismo.

Uma questão que se põe diz respeito ao direito à imagem quando se está diante de um fato com caráter jornalístico. Eduardo N. Monreal entende que o direito à imagem inexistente neste caso, desde que os fatos observem os requisitos da informação jornalística, quais seja, veracidade sobre o fato informado, interesse público no fato veiculado e que não ocasione um dano aos interesses coletivos¹⁶¹.

Outro ponto relevante que merece ser tratado no presente capítulo refere-se ao direito de imagem do homem público. Pelo já discorrido até aqui, é possível afirmar que a pessoa pública perde seu direito à imagem, uma vez que a

¹⁵⁷NOVOA MONREAL, Eduardo. *Derecho de la vida privada y libertad de información, un conflicto de derechos*. 3. ed. México: Siglo Veintiuno, 1987. p. 64-65. (Nueva Criminología).

¹⁵⁸CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*, cit., p. 60-61.

¹⁵⁹DUVAL, Hermano. *Direito a imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988.

¹⁶⁰BARBOSA, Álvaro Antonio do Cabo Notaberto. *Direito à própria imagem*. São Paulo: Saraiva, 1989.

¹⁶¹NOVOA MONREAL, Eduardo. op. cit., p. 70 e 156.

sociedade tem o direito de estar informada sobre suas atividades públicas. O homem público, portanto, perde o direito de opor-se à captação e difusão de sua imagem, exceto no que diz respeito à sua vida privada. Ou seja, para o que o direito à imagem do homem público seja “violado”, é preciso que a informação veiculada diga respeito à sua vida pública, deve estar presente o interesse público na veiculação da imagem.

É muito comum, principalmente nos dias atuais com a inclusão digital, serem veiculadas informações de caráter pessoal de pessoas públicas. Pelo até agora exposto, é possível afirmar que, nesses casos, o homem público tem o direito de opor-se a tais divulgações, bem como de pleitear uma reparação pelos danos, morais ou patrimoniais, que vier a sofrer.

O direito à imagem está previsto no artigo 5º, incisos X e XXVIII¹⁶² da Constituição Federal brasileira. Também está previsto no artigo 20¹⁶³, do Código Civil.

Questão a ser debatida acerca do citado artigo é saber se o legislador pretendeu exercer a ponderação de interesses entre a liberdade de informação e o direito de imagem, retirando o exercício de tal ponderação do interprete ou do Judiciário.

De acordo com Luis Gustavo G. C. Carvalho,

(...) o dispositivo privilegiou demasiadamente o direito da personalidade em detrimento da liberdade de informação, exorbitando a pauta axiológica que se extrai da Constituição.¹⁶⁴

O Conselho da Justiça Federal interpretou o artigo 20 do Código Civil da seguinte maneira:

¹⁶²Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; (...)

¹⁶³Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

¹⁶⁴CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*, cit., p. 65.

A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações. – Súmula 279, CJF.

Em face dessa preponderância do direito à imagem sobre os demais, preponderância esta não estabelecida pela Constituição Federal, é importante ressaltar que o artigo 20 do Código Civil deve ser compatibilizado com a Constituição, de modo a compatibilizar, caso a caso, o direito à imagem com o direito de informação. Aquele não deve sempre preponderar sobre o último.

No tocante à honra, Luis Gustavo G. C. Carvalho traz o conceito fornecido por Adriano de Cupis como a “dignidade pessoal refletida na consideração de terceiros e no sentimento da própria pessoa”¹⁶⁵.

O Código Penal brasileiro, na Parte Especial, Título I, Capítulo V, prevê os crimes contra a honra. Dentro de tal capítulo, há os crimes de calúnia e difamação, que protegem a honra objetiva, e o crime de injúria, o qual tutela a honra subjetiva.

Essa subdivisão da honra, em objetiva e subjetiva, tem suas raízes no direito alemão do início do século XX.

De uma maneira simplificada, a honra objetiva pode ser conceituada como uma consideração social, é o apreço moral da pessoa física perante seu meio civil de convivência, a reputação do indivíduo. Já, a honra subjetiva corresponde ao sentimento de cada um a respeito de seus atributos físicos, intelectuais, morais e demais dotes da pessoa humana. É aquilo que cada um pensa a respeito de si mesmo em relação a tais atributos.¹⁶⁶

Somente as limitações previstas na Constituição Federal permitem restrições à liberdade de informação.

Dentro desse subtítulo é preciso trabalhar, mesmo que brevemente, o

¹⁶⁵CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*, cit., p. 67.

¹⁶⁶JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 201.

direito de resposta.

A Constituição brasileira enquadra tal direito como um direito fundamental, ao incluí-lo em seu artigo 5º, inciso V¹⁶⁷.

Um dos fundamentos para a existência do direito de resposta é o fato de que a liberdade de informação não é privativa do informador, mas sim de todos que por ele são citados. Se o fato é equivocado, assiste direito de retificá-lo, tanto por parte do informador (direito de revisão de seus atos), quanto por parte do objeto da informação.

O exercício do direito de resposta evita o acionamento injustificado do Poder Judiciário, vez que as partes se compõem extrajudicialmente.

Entretanto, algumas críticas são feitas ao direito de resposta. A primeira delas diz respeito à uma possível violação à liberdade de imprensa. Um argumento que pode ser utilizado para rebater tal crítica é a afirmação de que a liberdade de imprensa é um bem de todos e não apenas do órgão de informação.

Uma segunda crítica diz respeito à violação ao direito de propriedade, uma vez que o órgão é de propriedade particular do editor. O mesmo argumento utilizado no parágrafo anterior refuta a presente crítica.

Assim como ocorre com o direito à vida privada, o direito à imagem e à honra são limitados e podem ser restringidos quando a sua violação estiver em conflito com o interesse público. Todavia, tal premissa não pode ser considerada regra, devendo ser analisada caso a caso.

4.3. Hipóteses de restrição à liberdade de programação

Existem algumas poucas hipóteses que ensejam a restrição da liberdade de programação conferida aos veículos de comunicação social. Passa, a partir de agora, a analisar algumas delas.

A fim de iniciar este ponto, é importante destacar o artigo 1º, inciso III

¹⁶⁷Art. 5º, V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

da Constituição Federal, o qual prevê a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos basilares.

Diante desta imposição constitucional, a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada pelos gestores da máquina estatal, bem como por toda a sociedade.

Relativamente ao conceito de dignidade da pessoa humana, urge mencionar que este deverá ser visto desvinculado de qualquer concepção pré-estabelecida, fechada e heterônoma sobre o sentido existencial e ético da vida, não devendo atender a moldes pré-determinados.

Entretanto, apesar das diversas concepções de mundo, vinculadas a questões culturais, religiosas, morais, etc, o princípio ora em estudo não se apresenta como um conceito vazio.

Dentro do assunto liberdade de expressão, o valor da dignidade da pessoa humana funciona inicialmente como fundamento daquela liberdade, mas também assume um caráter de limite do seu exercício que deverá respeitar as garantias fundamentais dos indivíduos.

Conforme já assinalado no presente trabalho, não se justifica o ataque à esfera íntima de um cidadão em detrimento da informação para a coletividade, quando aquela não tiver relevância para o bem estar coletivo e interesse social. Somente será observada a predominância do interesse coletivo ao particular quando realmente o conteúdo veiculado apresentar feições de interesse público, merecendo especial destaque às informações voltadas para assuntos do Estado, bem como de agentes políticos e pessoas públicas.

Contudo, as restrições à liberdade de programação com fundamento na dignidade da pessoa humana não podem ser postas numa base muito abstrata, sob pena de não serem juridicamente operativas, nem mesmo atender aos critérios caracterizadores do ordenamento jurídico estabelecido na certeza, segurança e controlabilidade.¹⁶⁸

Assim, para se aceitar a restrição à liberdade de programação com base na dignidade da pessoa humana, necessário se estar diante de casos

¹⁶⁸CANOTILHO, J.J. Gomes; MACHADO, Jónatas E.M. *Reality shows e liberdades comunicativas*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. p. 48.

extremos.

Outra possibilidade de restrição à liberdade de programação é a proteção aos bens relativos à infância e juventude. Tais bens encontram-se abrangidos pelo próprio valor da dignidade da pessoa humana.

A principal justificativa da citada restrição ampara-se na prevenção de lesões de difícil reversibilidade no desenvolvimento da personalidade das crianças e dos adolescentes, face à realidade de estarem em fase de formação do caráter e amadurecimento, o que os torna mais sugestionáveis e vulneráveis.

Um ponto que merece destaque é a exposição cada vez maior dos meios de radiodifusão, que diante da falta de tempo ou mesmo por despreparo dos responsáveis, têm acesso a esses instrumentos tecnológicos.

A Constituição Federal, por meio do artigo 221, assevera que “a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios”, complementando, através do inciso I, que aqueles deveriam dar preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, bem como observar (inciso IV) o “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

O artigo 227 da Carta Maior destaca, ainda, que

é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à alimentação, à educação, ao lazer (...) além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Com o fim de alcançar tais objetivos, a Constituição Federal, em seu artigo 21, inciso XVI, atribuiu à União a competência para “exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão”.

Tal atribuição não deve ser confundida com censura. O objetivo do preceituado dispositivo constitucional não é o de determinar de forma autoritária a conduta das emissoras no que tange à programação, mas sim fornecer informações ao público, de modo a possibilitar que este venha a optar, conscientemente, para si e para seus filhos e dependentes.

Na legislação infraconstitucional também são encontrados tais limites. É o caso, por exemplo, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90, artigos 74 e 76), onde são estabelecidos os limites legais para a classificação indicativa da programação.

Pelo analisado, pode-se concluir que existe uma dificuldade de interpretar e concretizar parâmetros genéricos para a proteção da criança e do adolescente, assim como, construir normas precisas e objetivas para resguardar os direitos em debate.

Mesmo diante de tais dificuldades, a imposição de tais limites à liberdade de programação é bastante razoável, devendo ser interpretados visando a unidade da ordem constitucional e o desenvolvimento do Estado democrático.

4.4. Jornalismo investigativo nos espaços públicos e privados

A faculdade de investigar relaciona-se com o dever de deixar-se investigar.

Segundo a doutrina, o primeiro país a cuidar da faculdade de investigar foi a Suécia, no século XVIII, e, desde cedo, demonstrou preocupação com a transparência administrativa. Após, outros países seguiram tal tendência, como Estados Unidos e França¹⁶⁹.

Um marco importante para a questão ora em análise é o caso Watergate, da década de 70. O episódio retrata a escuta ilegal e a violação da sede do partido democrata, supostamente por elementos vinculados à Casa Branca. A atuação dos jornalistas Bob Woodward e Carl Bernstein resultaram na renúncia do Presidente Nixon.

Desse acontecimento, duas características podem ser vistas. A primeira delas diz respeito à liberdade plena dos repórteres que desenvolveram a investigação, com responsabilidade e ética, visando à colheita de prova dos fatos. Uma segunda característica é a posição transparente do jornal e de sua

¹⁶⁹CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*, cit., p. 86-87.

proprietária, que não dificultaram a atuação dos jornalistas.

O caso Watergate ajudou a transformar alguns jornalistas investigativos em nomes de peso e marcas lucrativas.

Titular da faculdade de investigar é o homem – pela Constituição brasileira é o nacional e o estrangeiro residente no país - , mas usualmente a sociedade a delega aos profissionais do jornalismo.

A faculdade é completada pelo direito de certidão e de informação (Constituição Federal, artigo 5º, incisos XXXIII e XXXIV), este último especificamente dirigido em face do Poder Público.

No entanto, o direito de investigar, assim como outros, não é absoluto. Na Constituição brasileira, há uma restrição específica, no artigo 5º inciso XXXIV, e consiste na segurança da sociedade e do Estado. Outras restrições advêm dos demais direitos fundamentais, como a intimidade, a honra, a imagem etc, conforme já trabalhado em capítulos anteriores.

Luis Gustavo G.C. Carvalho esclarece que a faculdade de informar encontra-se ao lado do direito de informar. Sobre o assunto ele esclarece que,

A faculdade de informar é justificada pela delegação tácita, de vez que seu titular é a coletividade que a exerce por meio dos profissionais da imprensa. É uma consequência natural da liberdade de pensamento.

A questão que se coloca é o aspecto negativo, ou seja, a existência de uma faculdade de não informar. É evidente que a imprensa tem a faculdade de selecionar o que vai divulgar. Seria praticamente impossível impedir que isso acontecesse, pelo simples fato de ser impossível comprovar quais fatos o órgão de imprensa tem conhecimento e não quer publicar e quais não tem conhecimento. Reconhece-se, assim, a favor da imprensa, uma competência para votar que matérias quer publicar.¹⁷⁰

A imprensa, de modo geral, tem de o dever de ser acessível ao público, uma vez que desempenha um serviço público. Tal participação popular é fundamentada no pluralismo da sociedade democrática.

¹⁷⁰CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*, cit., p. 89-90.

Em nome do desempenho de um serviço público, a imprensa tem o direito de praticar investigações, de modo a informar a sociedade acerca de fatos de relevante interesse público.

No entanto, esse poder de investigação é limitado pelos demais direitos constitucionais, dentre eles, pela inviolabilidade do domicílio, prevista no artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal.¹⁷¹

(...) Quanto a Constituição autoriza o ingresso em domicílio em caso de flagrante delito, não o faz apenas ao agente público encarregado de segurança pública, mas para qualquer cidadão, tanto que o Código de Processo Penal estatui que qualquer do povo pode dar ordem de prisão em flagrante (artigo 301). Ora se qualquer do povo está legitimado a ingressar em domicílio alheio e até dar voz de prisão, não viola a Constituição permitir-se que os órgãos da imprensa filmem e gravem situações de flagrância no interior de residências e posterior divulgação pública. Consiste isso uma forma constitucional de a sociedade prevenir-se de crimes e de reprimi-los. Assim, a única possibilidade legítima de filmagem e/ou gravação em ambiente particular, de modo clandestino, é, justamente o estado de flagrância.¹⁷²

O mesmo autor acrescenta:

Já o ingresso em domicílio para acompanhamento de diligência judicial ou policial de busca e apreensão, essa não é possível tolerar-se. Não haveria aí nenhum propósito de prevenir crimes, pois as autoridades encarregadas já estariam agindo, inclusive quebrando a proteção constitucional do domicílio. Ademais, quando o Judiciário quebra qualquer sigilo constitucional, o faz para fins de prova no processo e somente para esse fim, não podendo ocorrer a utilização da diligência para outro desiderato.¹⁷³

Em espaços privados, portanto, a investigação se torna ainda mais limitada. Já em locais públicos a investigação jornalística se torna viável, desde que outras garantias constitucionais não sejam violadas.

Tema relacionado à investigação jornalística diz respeito ao sigilo da fonte. A faculdade de investigar está intimamente ligada ao direito de informação.

¹⁷¹ Art. 5º, XI - 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;

¹⁷² CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*, cit., p. 160-161.

¹⁷³ Id. *Ibid.*, p. 162.

No entanto, tal faculdade implicará a garantia de sigilo quanto às fontes informativas utilizadas pelo profissional da imprensa.¹⁷⁴

Luis Gustavo G.C.Carvalho complementa aduzindo:

É que o jornalista, que tem por objetivo a busca de informações, ficaria limitado se estivesse sempre obrigado a declinar a fonte de suas investigações. Esta obrigação representaria uma indesejável perda de informações úteis à sociedade, como as de corrupção, de falcatruas, de toda a ordem, de inexistência de licitação quando obrigatória, que hoje são denunciadas quase que diariamente pela imprensa.

Desta forma, ganha a sociedade com a informação, protege-se a fonte e, se a informação for verdadeiramente abusiva, punir-se-á o jornalista e/ou o órgão da imprensa, já que estes não podem escudar-se no sigilo da fonte, que somente é dirigido à própria fonte, e não a quem dela se serve para notícias¹⁷⁵.

Na verdade, para o jornalista, o sigilo da fonte representa um dever de não divulgar a identidade desta, cujo descumprimento poderá tipificar o crime de violação de segredo profissional descrito no artigo 154 do Código Penal.¹⁷⁶

A Constituição brasileira, no inciso XIV do artigo 5º¹⁷⁷, eleva o direito ao sigilo da fonte à condição de um direito fundamental. Conseqüentemente, não poderia uma lei infraconstitucional estabelecer exceções.

A investigação jornalística decorre diretamente da cidadania, quando se tem em mente uma sociedade democrática, caracterizada pelo sistema representativo.

Embora a Constituição Federal assegure a todos os cidadãos o acesso à informação, na prática, tal acesso se torna dificultoso. Assim, não podendo os cidadãos, por si, supervisionarem e fiscalizarem diretamente a administração pública, tal fiscalização é transferida, tacitamente, aos profissionais da informação.

¹⁷⁴CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*, cit., p. 125.

¹⁷⁵Id. Ibid., p. 165.

¹⁷⁶Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

¹⁷⁷Art. 5º, XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Tanto isso é verdade que Rui Barbosa constatou que:

A imprensa é a vista da Nação. Por ela é que a Nação acompanha o que lhe passa ao perto e ao longe, enxerga o que lhe malfazem, devassa o que lhe ocultam e tramam, colhe o que lhe sonegam, ou roubam, percebe onde lhe alvejam, ou nodoam, mede o que lhe cerceiam, ou destroem, vela pelo que lhe interessa, e se acautela do que a ameaça.¹⁷⁸

Conclui-se, assim, que a investigação jornalística é ato legítimo e necessário à efetivação dos valores democráticos. No entanto, ela deve se pautar nos limites impostos pela Constituição Federal, conforme já exposto.

4.5. Controle pelo Poder Judiciário da liberdade dos meios de comunicação

O controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a liberdade de expressão dos meios de comunicação envolve o conflito de valores principiológicos, os quais não possuem uma solução pré-determinada. Sempre será necessária a análise do caso concreto, antes de o Judiciário concluir entre a prevalência de um valor constitucionalmente garantido sobre os demais.

No tocante à legitimidade do Poder Judiciário, Sérgio Ricardo de Souza assinala que:

(...) ressalte-se que os membros do Poder Judiciário são selecionados em conformidade com as regras e princípios estabelecidos pelos constituintes, representantes do povo, dentro das regras democráticas adotadas pelo sistema constitucional brasileiro, apresentando-se, assim, como uma legitimidade extraída, também, da soberania popular, não estando isentos de prestar contas de suas ações ao detentor do Poder – o povo.¹⁷⁹

Deste modo, uma vez que o Judiciário é provocado a dirimir conflito aparente entre a liberdade de expressão e um direito da personalidade ameaçado, não poderá se omitir de seu poder-dever de prestar a tutela jurisdicional respectiva.

¹⁷⁸BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*. São Paulo: Ed. Papagaio, 2004. p. 37.

¹⁷⁹SOUZA, Sérgio Ricardo de. *op. cit.*, p. 152.

Por meio da análise da jurisprudência brasileira não é possível identificar uma tendência dos Tribunais, se prevalece o direito à informação ou o direito individual da personalidade. O caso a caso é que determina qual direito prevalecerá.

Luis Gustavo G.C. Carvalho faz uma observação importante acerca do controle prévio exercido pelo Judiciário sobre os veículos de comunicação:

(...) a proibição liminar de publicação de determinada informação, por parte da imprensa, é medida de excepcional gravidade, reservada a alguns poucos e extremos casos em que não for possível compor o interesse à intimidade de outro modo.

A proibição de publicar torna-se mais gravosa ainda se o magistrado proferir decisão liminar sem sequer ter conhecimento do material a ser divulgado. Por isso, eventual deliberação deve ser tomada após a devida ciência pelo magistrado do conteúdo do que seria publicado.¹⁸⁰

Tendo conhecimento de que a censura prévia é algo reprovável pela Constituição Federal, alguns veículos de comunicação abusam do direito de expressão e, muitas vezes, ao noticiar um fato criminoso, desconsideram a condição de inocência da pessoa investigada, até prova em contrário.

Tal abuso cometido pelos veículos midiáticos, por vezes, ultrapassa a esfera da “simples” invasão da privacidade do cidadão, chegando até mesmo a influenciar nas decisões judiciais.

Sérgio Ricardo de Souza relembra um fato importante da história judiciária brasileira sobre o tema:

(...) como o dos “irmãos Naves”, vítimas da prepotência estatal, da incompetência policial e de outros fatores, dentre os quais a própria divulgação prematura de seus nomes e de suas imagens vinculadas a um hediondo “latrocínio” que nunca existiu de fato, a não ser na mente criativa de autoridades policiais incompetentes e torturadoras e de uma imprensa sem compromisso com a verdade e tendenciosa.¹⁸¹

¹⁸⁰CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*, cit., p. 177.

¹⁸¹SOUZA, Sérgio Ricardo de. op. cit., p. 154.

O caso dos “irmãos Naves” ocasionou uma condenação social, bem como uma pressão que levou a Judiciário a condenar pessoas inocentes, cuja honra foi ferida pelo sensacionalismo do meios de comunicação.

Há casos, portanto, em que o Judiciário age com negligência, pressionado pela opinião pública, assim como pelos veículos de comunicação. Trata-se de um equívoco por parte daquele Poder, cuja principal atribuição, no caso de uma investigação criminal, é garantir o amplo acesso ao devido processo legal, garantindo o investigado o direito de defesa, em busca da verdade material.

Permitir que a investigação realizada pelos meios de comunicação ou que a opinião pública sobreponham-se à investigação judicial é um erro grave.

Deste modo, o caso “irmãos Naves” deve servir de exemplo para posteriores investigações criminais, de modo que os erros judiciários sejam evitados.

Por outro lado, os meios de comunicação têm o dever de bem informar a sociedade. No entanto, quando se trata de notícia que envolva a prática de fatos delituosos, os veículos têm o dever de manter o cuidado de, ao noticiar o fato, não impor à sociedade um juízo de valor desprovido de provas irrefutáveis.

Outro fato recente relacionado ao tema que merece ser destacado, embora diga respeito ao direito inglês, é o “caso Murdoch”.

Antes de adentrar ao caso, necessário se faz um breve intróito acerca do direito inglês, extraído de material jornalística:

Por obra de pensadores como John Lock, David Hume, Adam Smith e Stuart Mill, o Reino Unido é a pátria tanto do liberalismo ético, aos quais tem sido razoavelmente fiel desde a chamada Revolução Gloriosa de 1688. A abolição da exigência de licenciamento dos jornais em 1694 e a derrubada gradual de outras restrições a partir do século XVIII inspiraram os revolucionários franceses e serviram de modelo à liberdade de imprensa. É especialmente significativo que, em 2012, esse país conclua pela necessidade de uma regulamentação mais restritiva da mídia.¹⁸²

¹⁸²COSTA, Antonio Luiz M.C. Tudo pode ser demais. Reino Unido: o país que inventou a liberdade de imprensa busca formas de conter seus abusos. *Carta Capital*, ano 18, n. 727, p. 56, 12 dez. 2012.

Rupert Murdoch criou a rede Fox. Atualmente detém 37% dos jornais britânicos, 39% da BSkyB (maior rede de TV paga) e uma das maiores editoras do país, a Harper-Collins.¹⁸³

O caso iniciou-se em 2007, quando o editor do tablóide britânico, *News of the World*, do Grupo Murdoch, foi preso, acusado de grampear ilegalmente telefones e e-mails de celebridades a fim de obter manchetes sensacionalistas.

O escândalo de telefones grampeados por jornalistas levou à descoberta de outros jornais ligados à empresa-mãe, *News Corporation*, acusados de também participarem ativamente em novos escândalos que continuaram a ser descobertos.

A matéria jornalística já citada, de autoria de Antonio Luiz M.C. Costa bem relata o fato-chave que desencadeou no fechamento do tablóide:

A gota d'água foi o caso de Milly Dowler, adolescente de 13 anos seqüestrada e assassinada em 2002. Em 4 de julho de 2011, a polícia afirmou que o jornal, além de acessar o correio de voz da menina desaparecida, deletara parte das mensagens ao encontrar a memória cheia, para abrir espaço a outras que pudessem ouvir, o que teria suprimido evidências e dado falsas esperanças de que Milly ainda vivia.

Comprovou-se mais tarde que, embora o jornal tivesse de fato hackeado o celular, a exclusão das mensagens fora automática. Mas o estrago estava feito. O escândalo tomou tais proporções que não bastaram a prisão de 86 envolvidos (incluindo Brooks, Coulson, dezenas de jornalistas dos grupos News Corp., Trinity Mirror e Express e ao menos 12 policiais), o inquérito parlamentar, o fechamento definitivo do jornal de 168 anos (logo após a debandada dos anunciantes) e a desistência da News Corp. do controle integral da BSkyB.¹⁸⁴

Tais excessos podem transformar o Reino Unido de precursor da liberdade de imprensa ao primeiro povo ocidental a regulamentar tal liberdade.

O caso Murdoch é um típico exemplo de abuso da liberdade de expressão, passível de restrição pelo Poder Judiciário.

O que se tem defendido no decorrer deste trabalho é que a liberdade de expressão deve ser vista como a regra, tendo em vista que o Brasil é uma

¹⁸³COSTA, Antonio Luiz M.C. op. cit., p. 56.

¹⁸⁴Id. Ibid., p. 56-57.

sociedade democrática, onde o papel da imprensa é de fundamental importância.

No entanto, em caso de abuso do exercício daquela liberdade, cabe ao Judiciário, quando acessado, intervir de modo a sopesar os direitos envolvidos e fazer valer aquele que, no caso prático, prevalece de fato.

4.5.1. A posição atual do Supremo Tribunal Federal. Análise de caso

O presente subtítulo tem por escopo analisar algumas decisões emitidas pelo Supremo Tribunal Federal acerca do assunto abordado por este trabalho.

A primeira decisão que merece ser abordada é a proferida nos autos do Agravo de Regimental em Agravo de Instrumento, da 2ª Turma, em março de 2011 (AI 705630).

Referido recurso pretendia rever a decisão, do ministro Celso de Mello, que absolveu um jornalista do pagamento de indenização por danos morais. O voto do ministro acompanhado, por unanimidade, pelos demais ministros da Segunda Turma, afirmava que o conteúdo da nota publicada expressava o exercício concreto da liberdade de expressão, ao invés de, como alegado pelo recorrente, evidenciar ato ilícito contra a honra do suposto ofendido. Dentro de uma sociedade democrática, torna-se intolerável a repressão estatal ao pensamento, quiçá quando a crítica é inspirada pelo interesse coletivo e decorrente da prática legítima de uma liberdade pública constitucional.¹⁸⁵

¹⁸⁵E M E N T A: LIBERDADE DE INFORMAÇÃO - DIREITO DE CRÍTICA - PRERROGATIVA POLÍTICO-JURÍDICA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL - MATÉRIA JORNALÍSTICA QUE EXPÕE FATOS E VEICULA OPINIÃO EM TOM DE CRÍTICA - CIRCUNSTÂNCIA QUE EXCLUI O INTUITO DE OFENDER - AS EXCLUDENTES ANÍMICAS COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO DO “ANIMUS INJURIANDI VEL DIFFAMANDI” - AUSÊNCIA DE ILICITUDE NO COMPORTAMENTO DO PROFISSIONAL DE IMPRENSA - INOCORRÊNCIA DE ABUSO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO - CARACTERIZAÇÃO, NA ESPÉCIE, DO REGULAR EXERCÍCIO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO - O DIREITO DE CRÍTICA, QUANDO MOTIVADO POR RAZÕES DE INTERESSE COLETIVO, NÃO SE REDUZ, EM SUA EXPRESSÃO CONCRETA, À DIMENSÃO DO ABUSO DA LIBERDADE DE IMPRENSA - A QUESTÃO DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO (E DO DIREITO DE CRÍTICA NELA FUNDADO) EM FACE DAS FIGURAS PÚBLICAS OU NOTÓRIAS - JURISPRUDÊNCIA – DOCTRINA - JORNALISTA QUE FOI CONDENADO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANOS MORAIS - INSUBSISTÊNCIA, NO CASO, DESSA CONDENAÇÃO CIVIL - IMPROCEDÊNCIA DA “AÇÃO INDENIZATÓRIA” – VERBA HONORÁRIA FIXADA EM 10%

Celso de Mello ressaltou, também, que a liberdade de imprensa compreende o direito de informar, de buscar informações, de opinar e de criticar. A Constituição Federal, portanto, garante o direito à crítica jornalística e esta é plenamente aceitável contra os indivíduos que exercem funções públicas. Neste caso, o interesse social - que legitima o direito de criticar- sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas ou as figuras notórias, exercentes, ou não, de cargos oficiais.

O ministro afirmou, ainda, que o direito de crítica encontra suporte legitimador no pluralismo político, que representa um dos fundamentos em que se apóia, constitucionalmente, o próprio Estado Democrático de Direito.

Uma segunda decisão que merece ser analisada é a proferida nos autos da ADI 4451.

(DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA - RECURSO DE AGRAVO PROVIDO, EM PARTE, UNICAMENTE NO QUE SE REFERE AOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. - A liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar. - A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas ou as figuras notórias, exercentes, ou não, de cargos oficiais. - A crítica que os meios de comunicação social dirigem às pessoas públicas, por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade. - Não induz responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender. Jurisprudência. Doutrina. - O Supremo Tribunal Federal tem destacado, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, a necessidade de preservar-se a prática da liberdade de informação, resguardando-se, inclusive, o exercício do direito de crítica que dela emana, por tratar-se de prerrogativa essencial que se qualifica como um dos suportes axiológicos que conferem legitimação material à própria concepção do regime democrático. - Mostra-se incompatível com o pluralismo de idéias, que legitima a divergência de opiniões, a visão daqueles que pretendem negar, aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais), o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado – inclusive seus Juízes e Tribunais – não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as idéias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência comparada (Corte Européia de Direitos Humanos e Tribunal Constitucional Espanhol). AI 705630 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/03/2011, DJe-065 DIVULG 05-04-2011 PUBLIC 06-04-2011 EMENT VOL-02497-02 PP-00400 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 435-446).

Tal ação foi proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert), com o fim de contestar resolução do Tribunal Superior Eleitoral que interpretou a Lei Eleitoral (9.504/97) que, segundo a associação, impedem as emissoras de veicular programas que venham a degradar ou ridicularizar candidatos nos três meses que antecedem as eleições. Defende que a referida proibição estaria impedindo manifestações de humor nas rádios e nas TVs.

Um dos primeiros questionamentos levantado pelo relator, ministro Carlos Ayres Britto, foi acerca da natureza do “humor”, se ele pode ser considerado imprensa. Caso a resposta fosse afirmativa, como foi segundo o ministro, deveria ser se aplicado aos casos as mesma coordenadas da decisão da Corte na ADPF 130 sobre liberdade de imprensa.

No acórdão proferido restou consignado que não compete ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. Acrescentou que não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha.

Os ministros suspenderam dispositivos da Lei Eleitoral que vedavam a veiculação de charges e humor com candidatos em emissoras de rádio e de televisão, por maioria de votos. O julgamento se deu no período das eleições gerais de 2010. O relator, ministro Ayres Britto, defendeu a liberdade de imprensa durante o período eleitoral. Ressaltou que trata-se do “momento em que o cidadão mais precisa de informação, e informação com qualidade”.

No entanto, o acórdão ressalta que a liberdade de expressão não é absoluta e isenta de responsabilidades. Acrescenta que o indivíduo responde, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeita-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V.

Uma ressalva interessante feita no acórdão ora em análise esclarece que o processo eleitoral não é estado de sítio (art. 139 da CF). Deste modo, a vedação à crítica jornalista realiza neste período não é justificável. Segundo o acórdão,

Apenas se estará diante de uma conduta vedada quando a crítica ou matéria jornalísticas venham a descambar para a propaganda política, passando nitidamente a favorecer uma das partes na disputa eleitoral. Hipótese a ser avaliada em cada caso concreto.¹⁸⁶

¹⁸⁶EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISOS II E III DO ART. 45 DA LEI 9.504/1997. 1. Situação de extrema urgência, demandante de providência imediata, autoriza a concessão da liminar “sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado” (§ 3º do art. 10 da Lei 9.868/1999), até mesmo pelo relator, monocraticamente, ad referendum do Plenário. 2. Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu. Vale dizer: não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da Constituição Federal: liberdade de “manifestação do pensamento”, liberdade de “criação”, liberdade de “expressão”, liberdade de “informação”. Liberdades constitutivas de verdadeiros bens de personalidade, porquanto correspondentes aos seguintes direitos que o art. 5º da nossa Constituição intitula de “Fundamentais”: a) “livre manifestação do pensamento” (inciso IV); b) “livre [...] expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação” (inciso IX); c) “acesso a informação” (inciso XIV). 3. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a imprensa mantém com a democracia a mais entranhada relação de interdependência ou retroalimentação. A presente ordem constitucional brasileira autoriza a formulação do juízo de que o caminho mais curto entre a verdade sobre a conduta dos detentores do Poder e o conhecimento do público em geral é a liberdade de imprensa. A traduzir, então, a ideia-força de que abrir mão da liberdade de imprensa é renunciar ao conhecimento geral das coisas do Poder, seja ele político, econômico, militar ou religioso. 4. A Magna Carta Republicana destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como a mais avançada sentinela das liberdades públicas, como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Os jornalistas, a seu turno, como o mais desanuviado olhar sobre o nosso cotidiano existencial e os recônditos do Poder, enquanto profissionais do comentário crítico. Pensamento crítico que é parte integrante da informação plena e fidedigna. Como é parte do estilo de fazer imprensa que se convencionou chamar de humorismo (tema central destes autos). A previsível utilidade social do labor jornalístico a compensar, de muito, eventuais excessos desse ou daquele escrito, dessa ou daquela charge ou caricatura, desse ou daquele programa. 5. Programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de “imprensa”, sinônimo perfeito de “informação jornalística” (§ 1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V. A crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. Isso porque é da essência das atividades de imprensa operar como formadora de opinião pública, lócus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas, conforme decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. Decisão a que se pode agregar a ideia de que a locução “humor jornalístico” enlaça pensamento crítico, informação e criação artística. 6. A liberdade de imprensa assim abrangentemente livre não é de sofrer restrições em período eleitoral. Ela é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias. Tanto em período não-eleitoral, portanto, quanto em período de eleições gerais. Se podem as emissoras de rádio e televisão, fora do período eleitoral, produzir e veicular charges, sátiras e programas humorísticos que

A terceira decisão a ser analisada, de suma importância ao presente trabalho, é a proferida na ADPF 130, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, a qual considerou, em 06.11.2009, que a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

O ponto central da decisão é o de que a Lei de Imprensa deveria ser não recepcionada em sua integralidade, ante sua incompatibilidade principiológica com a Constituição Federal de 1988, a qual prevê uma ampla liberdade de informação e aquela lei, ao contrário, previa inúmeras restrições a tal liberdade.

Acerca da colocação supra, o relator da ADPF, ministro Carlos Ayres Britto aduziu:

O que em verdade se tem é uma realidade marcada por diplomas normativos ferozmente antagônicos em sua integralidade. Visceralmente contrários, em suas linhas e entrelinhas. Por isso que imprestável, o de menor escalão hierárquico, para tentativas de conciliação hermenêutica como de maior envergadura hierárquica, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de

envolvam partidos políticos, pré-candidatos e autoridades em geral, também podem fazê-lo no período eleitoral. Processo eleitoral não é estado de sítio (art. 139 da CF), única fase ou momento de vida coletiva que, pela sua excepcional gravidade, a Constituição toma como fato gerador de “restrições à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei” (inciso III do art. 139). 7. O próprio texto constitucional trata de modo diferenciado a mídia escrita e a mídia sonora ou de sons e imagens. O rádio e a televisão, por constituírem serviços públicos, dependentes de “outorga” do Estado e prestados mediante a utilização de um bem público (espectro de radiofrequências), têm um dever que não se estende à mídia escrita: o dever da imparcialidade ou da equidistância perante os candidatos. Imparcialidade, porém, que não significa ausência de opinião ou de crítica jornalística. Equidistância que apenas veda às emissoras de rádio e televisão encamparem, ou então repudiarem, essa ou aquela candidatura a cargo político-eletivo. 8. Suspensão de eficácia do inciso II do art. 45 da Lei 9.504/1997 e, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo, incluídos pela Lei 12.034/2009. Os dispositivos legais não se voltam, propriamente, para aquilo que o TSE vê como imperativo de imparcialidade das emissoras de rádio e televisão. Visa a coibir um estilo peculiar de fazer imprensa: aquele que se utiliza da trucagem, da montagem ou de outros recursos de áudio e vídeo como técnicas de expressão da crítica jornalística, em especial os programas humorísticos. 9. Suspensão de eficácia da expressão “ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes”, contida no inciso III do art. 45 da Lei 9.504/1997. Apenas se estará diante de uma conduta vedada quando a crítica ou matéria jornalísticas venham a descambar para a propaganda política, passando nitidamente a favorecer uma das partes na disputa eleitoral. Hipótese a ser avaliada em cada caso concreto. 10. Medida cautelar concedida para suspender a eficácia do inciso II e da parte final do inciso III, ambos do art. 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo. (ADI 4451 MC-REF, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-125 DIVULG 30-06-2011 PUBLIC 01-07-2011 REPUBLICAÇÃO: DJe-167 DIVULG 23-08-2012 PUBLIC 24-08-2012).

constitucionalidade que atende pelo nome de “interpretação conforme a Constituição”.

Além da supra consideração, o relator considerou o direito de informação como um direito fundamental e sobredireito da personalidade. É o trecho que se passa a transcrever:

Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos: prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras.

Por ser considerado um sobredireito da personalidade, o direito de informação se sobressai aos demais direitos da personalidade. Neste sentido, o acórdão ressalta que:

Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras.

É o que se tem defendido no decorrer deste trabalho, ou seja, a regra é a prevalência do direito à informação. Caso haja excessos ou abusos, será possível a responsabilização dos responsáveis, seja na esfera cível, quanto na criminal.

Sobre a responsabilidade penal dos profissionais de imprensa, a ADPF 130 também trouxe modificações, uma vez que a não recepção da Lei de Imprensa afasta os tipos penais nela previstos.

No entanto, isso não significa que aqueles que abusarem do direito à informação ficarão imunes à responsabilidade criminal. O acórdão assinalou a possibilidade de aplicar a legislação ordinária em vigor. É o que se extrai do trecho seguinte:

As matérias reflexamente de imprensa, suscetíveis, portanto, de conformação legislativa, são as indicadas pela própria Constituição, tais como: direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo; proteção do sigilo da fonte e responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação. diversões e espetáculos públicos; estabelecimento dos “meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente” (inciso II do § 3º do art. 220 da CF); independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua própria qualificação técnica (inciso XIII do art. 5º); participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social (§ 4º do art. 222 da CF); composição e funcionamento do Conselho de Comunicação Social (art. 224 da Constituição).

Luis Gustavo G.C. Carvalho faz uma observação importante, sobre a responsabilidade penal ora em análise:

“Importante consequência do julgamento é o fim da responsabilidade per cascades que vigorava sob a égide da Lei de Imprensa: a transferência de responsabilidade de um suposto autor do crime a outro, chegando a admitir a responsabilidade do editor por matéria escrita por outrem. Agora, isso não é mais possível: a responsabilidade penal será regida pelo Código Penal e é pessoal do autor da matéria, que deverá ser identificado pelos meios próprios da investigação criminal. Se a matéria for assinada, a autoria estará definida. Se a matéria não for assinada, aí, o inquérito ou termo circunstanciado deve procurar revelar seu autor, seja diligenciando junto ao órgão de imprensa, seja indiciando-a por outros meios, como a prova testemunhal.”¹⁸⁷

Outra modificação trazida pela não recepção da Lei de Imprensa é a impossibilidade de invocar a extinção da punibilidade pela retratação do agente no crime de injúria.

Passa-se agora às alterações sofridas no campo da responsabilidade civil dos meios de comunicação.

Antes de ser proferida a decisão na ADPF 130, o STJ já admitia a responsabilidade tanto do autor, quanto do proprietário da empresa jornalística,

¹⁸⁷CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. O Supremo Tribunal Federal brasileiro e o direito de imprensa: uma análise da decisão do STF na ADPF nº 130-DF. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos (Coords.). *Direito fundamentais em construção*: estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010. p. 204.

conforme súmula 221 daquela Corte. A súmula 281 complementa o assunto estabelecendo que “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.”

O acórdão proferido na ADPF 130 não contraria as citadas súmulas, de modo que ambas devem ser mantidas.

Um ponto que não foi trabalhado no acórdão, quanto à responsabilidade civil, diz respeito à natureza desta responsabilidade. A Lei de Imprensa previa uma responsabilidade subjetiva, baseada no dolo e na culpa. Deste modo, é provável que a jurisprudência mantenha o entendimento previsto na Lei de Imprensa, ou seja, opte pela responsabilidade subjetiva.¹⁸⁸

O item 7 do acórdão ora em análise aborda o tema referente à crítica jornalística. O acórdão relaciona a crítica jornalística ao interesse público, de modo que a censura daquela deve ser evitada para fins de preservar referido interesse.

Neste sentido, o trecho extraído:

O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e "real alternativa à versão oficial dos fatos" (Deputado Federal Miro Teixeira)

O acórdão encerra esclarecendo que, às causas decorrentes das relações de imprensa, aplicam-se as normas da legislação comum, tais como o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal.

Aduz, ainda que, o direito de resposta, embora também previsto na lei não recepcionada, é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua

¹⁸⁸ ANEXO I.

honra objetiva ou subjetiva. Embora a Lei de Imprensa não tenha sido recepcionada, o inciso V do art. 5º da Constituição Federal prevê o direito de resposta.

A partir da breve análise realizada sobre o acórdão proferido na ADPF nº 130, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal entende que a liberdade de expressão e de imprensa deve prevalecer sobre os direitos individuais da personalidade. Todavia, esses não ficam totalmente desamparados, de modo que, caso o indivíduo sinta que sua honra objetiva ou subjetiva foi violada, poderá pleitear, judicialmente, uma reparação civil e penal.

É o posicionamento que se vem defendendo no decorrer deste trabalho.

CONCLUSÕES

O presente trabalho desenvolveu-se, basicamente, sobre duas vertentes: a liberdade de expressão e informação jornalística como um direito constitucional a ser observado como regra e as suas limitações também constitucionais.

A liberdade de informação somente pode ser limitada pela própria Constituição Federal.

Incumbe ao direito regular as relações sociais, de modo a possibilitar a convivência em sociedade e um dos grandes desafios da doutrina constitucional moderna é conseguir fazer com que o interesse público prevaleça sobre os interesses privados.

Um grande recurso utilizado para diminuir a ocorrência de tais fatos é a divisão de poderes, assim como a previsão de direitos e garantias fundamentais. Visando resguardar tais direitos e garantias, a Constituição Federal brasileira gravou tais direitos com a cláusula da imutabilidade, com o fim de garantir que futuros legisladores não promovam mudanças maléficas.

Dentre tais direitos e garantias, encontram-se alguns estrutura coletiva, os quais visam proteger a sociedade como um todo, como a aqui trabalhada “liberdade de expressão ou de informação jornalística”. Tal liberdade exerce, na sociedade atual, um papel importantíssimo, de modo a garantir a autonomia da opinião pública, cujo objetivo principal é o controle da atividade estatal e a proteção do indivíduo ante os abusos provenientes tanto do Estado quanto de particulares.

Contudo, não é razoável que o exercício de um direito coletivo sempre seja sacrificado um interesse individual. Para que isso ocorra, o interesse coletivo deverá ser relevante o suficiente que justifique o sacrifício de um direito individual em benefício da coletividade.

Não existem direitos fundamentais absolutos, ilimitados. Haverá situações em que direitos fundamentais se chocarão a ponto de não poderem

conviver sem que haja uma redução e compatibilização entre eles. Um recurso de grande valia utilizado para sopesar tal conflito é o princípio da proporcionalidade.

Com as liberdades de expressão e comunicação não será diferente. Quando houver conflito entre a liberdade de informação jornalística e outro direito constitucionalmente assegurado, dever-se-á utilizar o princípio da proporcionalidade e analisar, no caso concreto, qual direito deve prevalecer, quando não for possível harmonizá-los. Deve-se sempre buscar equilibrar a aplicação dos direitos em conflito, reduzindo-se ambos proporcionalmente. No entanto, se tal solução não for viável, parte-se para a redução de um dos direitos em detrimento do outro.

A exclusão de um direito em prejuízo do outro somente deve ocorrer como última alternativa.

Quando restar demonstrado que o direito de determinado indivíduo foi invadido pelo exercício da atividade de imprensa, aquele poderá utilizar-se de algumas medidas garantidas pelo Estado, com o fim de re estabelecer o equilíbrio da relação. Ao ofendido é facultado requerer o direito de resposta, ressarcimento pecuniário pelos danos material e moral sofridos, além de sanções criminais.

Para que, efetivamente, seja alcançado o pleno exercício da liberdade de expressão torna-se necessária a liberdade de programação dos meios de comunicação social. Contudo, tal liberdade não é excluída diante da criação de um Conselho de Comunicação Social, o qual deve ter por intuito, unicamente, fiscalizar a liberdade de programação, de modo a evitar ou, em último caso, corrigir os abusos cometidos pelos veículos de imprensa.

Além da existência do Conselho de Comunicação Social, é preciso ressaltar a importância do Poder Judiciário como realizador de soluções de conflito entre a liberdade de expressão e os direitos individuais.

Compete ao Judiciário não exercer censura, mas compor interesses em conflito concretamente invocados, mediante o devido processo legal.

Em síntese, os seguintes procedimentos e conclusões podem ser sugeridos para a melhor ponderação dos interesses em conflito:

[i] A informação protegida tem de atender aos requisitos do interesse público, da verdade, da transparência e da imparcialidade. À ausência de qualquer desses requisitos pode-se não estar diante de um direito fundamental;

[ii] Delimitar o direito à privacidade (intimidade, honra e imagem), de modo a aceitar que determinadas pessoas não gozam de ampla proteção do referido direito, como por exemplo, as pessoas detentoras de cargos públicos ou similares, cujo interesse envolvido na atividade seja, de fato, público;

[iii] Ponderação de bens. Analisar, caso a caso, a hipótese para determinação de qual direito fundamental deve ceder para preservar o outro, observado o devido processo legal, com ampla defesa; e

[iv] Considerar que a liberdade de expressão e de informação jornalística, em tese, têm mais peso, quando contrapostas aos direitos à imagem e à honra. Estes últimos podem ser composto pecuniariamente.

Sem liberdade de expressão, não existe democracia.

Este trabalho procurou defender um mercado de comunicação onde a liberdade de expressão deve ser respeitada, porém, não se sobrepondo a todos os demais direitos. O modelo que se propõe é o baseado nas seguintes diretrizes: o Estado deve intervir, de modo a regular os meios de comunicação, a fim de aumentar a transparência no setor, evitar situações que restrinjam a livre circulação de ideias.

No entanto, essa regulação estatal deve ser neutra quanto ao conteúdo, evitando direcioná-lo conforme as convicções dos governantes.

A liberdade de expressão é a regra. A supressão de conteúdo pelo judiciário, grupos sociais ou demais poderes deve ser vista como medida de exceção.

REFERÊNCIAS

ABRAJI realiza pesquisa sobre uso da Lei de Acesso por jornalistas. *Fórum de Direito de Acesso a Informações Públicas*. Disponível em: <www.informacaopublica.org.br>. Acesso em: 20 nov. 2012.

ABRUCIO, Fernando. A Lei de Acesso à Informação e a cidadania. *Época*, São Paulo, 16 jun. 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/opiniao/fernando-abrucio/noticia/2012/06/lei-de-acesso-informacao-e-cidadania.html>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

BADENI, Gregório. *Libertad de prensa*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.

BARBOSA, Álvaro Antonio do Cabo Notaberto. *Direito à própria imagem*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*. São Paulo: Ed. Papagaio, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BINENBOJM, Gustavo. *Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e Brasil*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=328>. Acesso em: 12 maio 2012.

BOBBIO, Norberto. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. *Igualdade e liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei. *Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9833CCDEDE458FFC02F02902DC2E76F5.node2?codteor=912989&filename=PL+2126/2011>. Acesso em: 14 abr. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 14 abr. 2012.

_____. Presidência da República. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 14 abr. 2012.

_____. Presidência da República. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 14 abr. 2012.

_____. Presidência da República. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 14 abr. 2012.

_____. Presidência da República. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 15 abr. 2012.

_____. Presidência da República. Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 15 abr. 2012.

_____. Senado Federal. *Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968*. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=5&tipo_norma=AIT&data=19681213&link=s>. Acesso em: 14 abr. 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MACHADO, Jónatas E.M. *Reality shows e liberdades comunicativas*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

_____; MOREIRA, Vital. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRASCO, Alexandre de Oliveira Torres. *A liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. A Constituição e a TV. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 28 abr. 1992 e de 20 abr. 1992.

_____. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2003.

_____. O Supremo Tribunal Federal brasileiro e o direito de imprensa: uma análise da decisão do STF na ADPF nº 130-DF. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos (Coords.). *Direito fundamentais em construção: estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010.

CHEQUER, Claudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie* (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *É possível democratizar a televisão? rede imaginária – televisão e democracia*. São Paulo: Companhia das Letras e Secretaria Municipal de Cultura, 1991.

COSTA, Antonio Luiz M.C. Tudo pode ser demais. Reino Unido: o país que inventou a liberdade de imprensa busca formas de conter seus abusos. *Carta Capital*, ano 18, n. 727, 12 dez. 2012.

DECLARAÇÃO de Chapultepec. ANJ: Associação Nacionais de Jornais. Disponível em: <<http://www.anj.org.br/programas-e-acoes/liberdade-de-imprensa/declaracao-de-chapultepec>>. Acesso em: 14 abr. 2012.

DEMETRIO, Amanda. *Entenda o Marco Civil da internet e como ele muda sua rotina na web*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2012/07/entenda-o-marco-civil-da-internet-e-como-ele-muda-sua-rotina-na-web.html>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

DIRCEU, José. Repórter da Veja é flagrado em atividade criminosa. *Portal Vermelho*, 29 ago. 2009. Disponível em: <http://www.vermelho.org.br/noticia.php?id_secao=6&id_noticia=162545>. Acesso em: 10 out. 2012.

DUVAL, Hermano. *Direito a imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERNANDÉZ, Aguilera. *La libertad de expresión del ciudadano y La libertad de prensa o información*. Ed. Comades, 1990.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOVERNO mantém publicidade infantil de *junk food*. Folha de S. Paulo, 30 jan. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/1222604-governo-mantem-publicidade-infantil-de-junk-food.shtml>>. Acesso em: 28 fev. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: RCS Ed., 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

_____. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

INTERNET. *Michaelis*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=Internet&CP=94556&typeToSearchRadio=exactly&pagRadio=50>>. Acesso em: 24 out. 2013.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

LIMA, Venício A. de. *Política de comunicações: um balanço dos governos Lula [2003-2010]*. Publisher Brasil, 2012.

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, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002.

_____. A liberdade de expressão entre o naturalismo e a religião. *Boletim da Faculdade de Direito* – Universidade de Coimbra, v. 84, p. 89-187, 2008.

MACHADO, Jónatas E.M. Liberdade de expressão, interesse público e figuras públicas e equiparadas. *Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra*, v. 85, p. 73-109, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEYER-PFLUG, Samatha Ribeiro. *Liberdade de expressão e o discurso do ódio*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed. , 2000. t. 4.

MOREIRA, Luiz Roberto Curado. A problemática do dano á imagem. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3189>>. Acesso em: 03 out. 2012.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *Derecho de la vida privada y libertad de información, un conflicto de derechos*. 3. ed. México: Siglo Veintiuno, 1987. (Nueva Criminología).

OTONDO, Teresa Monteiro. Experiência: TV Cultura: a diferença que importa. In: RINCÓN, Omar (Org.). *Televisão pública: do consumidor ao cidadão*. São Paulo: Friedrich Ebert Stiftung, 2002.

PAESANI, Líliliana Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

PIERANTI, Octavio Penna. *O Estado e as comunicações no Brasil. Cadernos Ebape.br*, v. 4, n. 3, out. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cebape/v4n3/v4n3a08.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2012.

SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia: ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Controle judicial dos limites constitucionais à liberdade de imprensa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

STROPPIA, Tatiana. *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010.

TAVARES, André Ramos. Constituição de 1988 em vinte anos de consolidação: a cidadania como emblema constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 15-22, out./dez. 2008.

_____. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Direito constitucional brasileiro concretizado*. São Paulo: Método, 2006.

_____. *Direito constitucional da empresa*. São Paulo: Método, 2013.

ANEXO I

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE

IMPrensa E Democracia. Relação de Inerência entre Pensamento Crítico e Imprensa Livre. A Imprensa como Instância Natural de Formação da Opinião Pública e como Alternativa à Versão Oficial dos Fatos. Proibição de Monopolizar ou Oligopolizar Órgãos de Imprensa como Novo e Autônomo Fator de Inibição de Abusos. Núcleo da Liberdade de Imprensa e Matérias apenas Perifericamente de Imprensa. Autorregulação e Regulação Social da Atividade de Imprensa. Não Recepção em Bloco da Lei nº 5.250/1967 pela Nova Ordem Constitucional. Efeitos Jurídicos da Decisão. Procedência da Ação. 1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Lei de Imprensa. Adequação da Ação. A ADPF, fórmula processual subsidiária do controle concentrado de constitucionalidade, é via adequada à impugnação de norma pré-constitucional. Situação de concreta ambiência jurisdicional timbrada por decisões conflitantes. Atendimento das condições da ação. 2. Regime Constitucional da Liberdade de Imprensa como Reforço das Liberdades de Manifestação do Pensamento, de Informação e de Expressão em sentido genérico, de modo a abarcar os direitos à produção intelectual, artística, científica e comunicacional. A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome "Da Comunicação Social" (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de "atividades" ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana,

assim como do mais evoluído estado de civilização. 3. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DE SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE QUE SÃO A MAIS DIRETA EMANAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E O DIREITO À INFORMAÇÃO E À EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO CONSTITUCIONAL SOBRE A COMUNICAÇÃO SOCIAL. O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional "observado o disposto nesta Constituição" (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da "plena liberdade de informação jornalística" (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação. 4. MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS. O art. 220

é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a "livre" e "plena" manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisação à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa.

5. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano

maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos.

6. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado "poder social da imprensa".

7. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa

assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e "real alternativa à versão oficial dos fatos" (Deputado Federal Miro Teixeira). 8. NÚCLEO DURO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E A INTERDIÇÃO PARCIAL DE LEGISLAR. A uma atividade que já era "livre" (incisos IV e IX do art. 5º), a Constituição Federal acrescentou o qualificativo de "plena" (§ 1º do art. 220). Liberdade plena que, repelente de qualquer censura prévia, diz respeito à essência mesma do jornalismo (o chamado "núcleo duro" da atividade). Assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu, sem o que não se tem o desembaraçado trânsito das ideias e opiniões, tanto quanto da informação e da criação. Interdição à lei quanto às matérias nuclearmente de imprensa, retratadas no tempo de início e de duração do concreto exercício da liberdade, assim como de sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988 prevê para o "estado de sítio" (art. 139), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. As matérias reflexamente de imprensa, suscetíveis, portanto, de conformação legislativa, são as indicadas pela própria Constituição, tais como: direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo; proteção do sigilo da fonte ("quando necessário ao exercício profissional"); responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação; diversões e espetáculos públicos; estabelecimento dos "meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente" (inciso II do § 3º do art. 220 da CF); independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua própria

qualificação técnica (inciso XIII do art. 5º); participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social (§ 4º do art. 222 da CF); composição e funcionamento do Conselho de Comunicação Social (art. 224 da Constituição). Regulações estatais que, sobretudo incidindo no plano das consequências ou responsabilizações, repercutem sobre as causas de ofensas pessoais para inibir o cometimento dos abusos de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção de interesses privados em face de eventuais descomedimentos da imprensa (justa preocupação do Ministro Gilmar Mendes), mas sem prejuízo da ordem de precedência a esta conferida, segundo a lógica elementar de que não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso. Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, "a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público".

9. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País após o rótulo de "plena" (§ 1º do art. 220).

10. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI 5.250 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. 10.1. Óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa que se orne de compleição estatutária ou orgânica. A própria Constituição, quando o quis, convocou o legislador de segundo escalão para o aporte regratório da parte restante de seus dispositivos (art. 29, art. 93 e § 5º do art. 128). São irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema.

10.2. Incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/67 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de

substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescandível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País.

10.3 São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/67 com a Constituição, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de "interpretação conforme a Constituição". A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo pro indiviso.

11. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, "de eficácia plena e de aplicabilidade imediata", conforme classificação de José Afonso da Silva. "Norma de pronta aplicação", na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta.

12. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não

recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

(ADPF 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213- PP-00020)