

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO¹

Flávia Moreira Guimarães Pessoa²

Roberto Wagner Xavier de Souza³

Aline Almeida Cardoso⁴

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é analisar e pontuar acerca dos Direitos Fundamentais com ênfase na liberdade de expressão, comunicação e informação, mas também de discutir acerca da natureza sócio-jurídica dos meios de comunicação de massa, traçando um panorama histórico-normativo, social e político da construção dessas liberdades na ordem jurídica brasileira. Propõe ainda, ponderar sobre a regulamentação da liberdade de expressão, trazendo a tona o conflito entre os princípios constitucionais, os quais revestem o ordenamento jurídico pátrio e a Lei 5.250/67, atual lei de imprensa, após a Constituição de 1988 e a ADPF 130, recentemente proposta pelo Partido Democrático Trabalhista. Por fim, caracterizar a necessidade de regulamentação da liberdade de expressão, discriminando os projetos que auspiciam tal tarefa para um melhor exercício desse direito, gerando referenciais normativos, com vistas à consecução do ideário de justiça.

DEFINIÇÃO E CONTEÚDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

¹ ¹ O presente artigo foi fruto das discussões havidas no âmbito do grupo de pesquisa “Hermenêutica Constitucional Concretizadora dos Direitos Fundamentais e Reflexos nas Relações Sociais”, projeto de pesquisa “Direitos fundamentais e manipulação do discurso jurídico: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e sua repercussão na sociedade através dos meios de comunicação”. Artigo elaborado com o apoio do PIBIC e do PAIRD da Universidade Federal de Sergipe.

² Juíza do Trabalho Substituta (TRT 20ª Região), Professora Adjunto da Universidade Federal de Sergipe, Especialista em Direito Processual pela UFSC, Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela UGF, Doutora em Direito Público pela UFBA, líder do grupo de pesquisa “Hermenêutica Constitucional Concretizadora dos Direitos Fundamentais e Reflexos nas Relações Sociais” da Universidade Federal de Sergipe.

³ Bacharelado em Direito, 10º período, da Universidade Federal de Sergipe e bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC/ CNPq - UFS

⁴ Acadêmica de Direito do 6º período da Universidade Federal de Sergipe. Bolsista do PIBIC da Universidade Federal de Sergipe

A definição do que vêm a ser os direitos fundamentais remonta à idéia de direitos humanos, direito natural, direitos do homem. Na doutrina nacional quanto internacional, inúmeras são as denominações.

Ingo Wolfgang Sarlet elucida que a doutrina jurídica caracteriza como ambígua, heterogênea e ausente de consenso a base conceitual e terminológica para cada termo da expressão direitos fundamentais⁵.

Uma das mais empregadas, inclusive a mais adequada segundo os doutrinadores pátrios é a de caracterizar esses direitos como Direitos Fundamentais do Homem, a qual é, para os doutrinadores mais tradicionais, a que resume a concepção do mundo, além de trazer para o direito positivo as prerrogativas que concretizam em garantias a dignidade, liberdade e igualdade humanas⁶.

O caráter fundamental que reveste esses direitos denota a sua essencialidade, pois tratam de situações e estados jurídicos sem os quais não há como dar sustentáculo à vida, a liberdade e a igualdade; direitos naturais por excelência. Desta forma, os Direitos Fundamentais são a positivação de direitos que promanam do plano jusfilosófico e jusnaturalista para o plano sociológico e juspositivista. Bonavides apregoa que ao se vincular tais direitos fundamentais à liberdade e dignidade humana conduz ao caráter universal, natural, inalienável, imprescritível, ou ainda sagrado, dos direitos do homem⁷.

Sob o manto desse entendimento, a qualificação de Fundamentais do Homem deixa claro que há igualdade entre todos, não apenas formalmente reconhecida, mas também concreta e materialmente efetivada. O exercício do direito além de legitimá-lo confirma seu plano de validade.

A expressão Do Homem decorre do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, demonstrando o caráter universal e titularidade dos direitos fundamentais. Um exemplo claro da aplicação da aplicação desse princípio é a leitura ampliada do art. 5º, *caput*, da CF de 1988, de onde se pode depreender e sustentar que todos os direitos fundamentais que se destinam à proteção e promoção da dignidade também assegurados aos estrangeiros⁸ não residentes no País, desde que estejam sob a tutela do ordenamento jurídico brasileiro. Uma manifestação da característica universal à titularidade dos direitos fundamentais.

⁵ SARLET, 2008, p. 33

⁶ SILVA, 2005, p.178.

⁷ BONAVIDES, 2005, p. 562

⁸ Para José Afonso da Silva, “Quando o art. 1º põe a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito faz uma proclamação de valor universal, aí sim abrangente do ser humano.” (SILVA, 2005, p.193). Além disso o inciso LI do art. 5º garante que não será concedida extradição a estrangeiro por crime político e de opinião.

Segundo o professor Carlos Ayres Britto, a circunstância do humano confere uma dignidade primaz, um fator legitimador fundamentado no Estado e na Sociedade.⁹ Ao reconhecer e positivar o caráter essencial de tais direitos, o ordenamento jurídico, em especial a Carta Magna, confere e chancela valores que asseguram aquilo que caracteriza a dignidade plena e ao mesmo tempo confirma a legitimidade e eficácia do ordenamento.

Divididos em gerações ou dimensões o direito à liberdade de expressão, comunicação e informação a primeira e terceira gerações. É nessa passagem entre as gerações, observa-se que há uma mudança do foco, ou seja, do objeto a que se destina ou protegem os direitos fundamentais. Sua existência transpassa o tempo, mas suas cargas ideológicas tentam ser alteradas, em virtude dos fatos sociais que suscitam a prática legislativa e judiciária para o estabelecimento de novas concepções.

O direito à comunicação como direito de 3ª geração ou dimensão, demonstra de forma concentrada, que a comunicação e expressão permanecem como fonte de legitimação para os valores vindouros. Há uma evolução que acompanha as novas concepções e auspícios da sociedade, mas os outros direitos fundamentais não deixaram de ter sua relevância. Permanecem no âmago dos novos direitos, os quais sem a reafirmação dos valores anteriores não integrariam o plano de existência.

Apesar de revestidos desta aplicabilidade imediata, há elementos no art. 5º da CF que se configuram como programáticos, ou seja, carecem de uma regulamentação legislativa para a persecução de diretrizes e imposições da sociedade perante o Estado e vice-versa.

A Constituição de 1988, por ser uma constituição analítica, devido aos dispositivos legais que dispõe, 246 artigos e 74 disposições transitórias, salvaguarda uma série de reivindicações, conquistas e preceitos, os quais prezam pela harmonia dos princípios constitucionais, quando não, são alvo de uma Hermenêutica Constitucional criteriosa que privilegia princípios e normas em detrimento de outros, mas sem retirar-lhes o relevo e obliterar seu conteúdo axiológico. Há assim, várias ideologias que permearam a formação dos direitos fundamentais, o que possibilitou a formação e consolidação de normas e preceitos que visavam atender aos anseios da sociedade, marcada pelo regime anterior, a ditadura militar¹⁰.

Para o exercício do direito se faz necessário mais que a positivação de direitos e formas de agir, em termos processuais. Deve-se ter uma interpretação que no mínimo estabeleça a prática efetiva e eficaz dos direitos fundamentais.

⁹ BRITTO, 2007, p. 26.

¹⁰ A ditadura militar no âmbito jurídico e político o Estado brasileiro é tido como Estado Autoritário de Direito, ao contrário da nova ordem instaurada pela CF de 1988, O Estado Democrático de Direito.

A Hermenêutica Jurídica Constitucional Moderna aponta para o método interpretativo de concretização, o qual busca pôr termo às incertezas e querelas jurídicas. Esse método considera a interpretação constitucional uma concretização e que onde houver obscuridade ou lacuna, o intérprete poderá determinar o conteúdo material da Constituição.

Norberto Bobbio salienta que as lacunas existentes no sistema jurídico, existem, pois nenhuma ordem jurídica é completa¹¹. Em outras palavras, a regulação normativa é eficaz na medida de sua aplicabilidade e não nas suas imperfeições, pois na falta de um Direito Natural posto e cogente, procura-se atingir seu objetivo, balizando-se pelo ideal de justiça.

A Hermenêutica dos Direitos fundamentais requer meios de investigação que transcendam os métodos de interpretação tradicionais aliada a uma análise sistêmica e teleológica da norma que corrobore a efetividade dos direitos fundamentais, cuja “força de irradiação” alcança o Direito Civil e por que não dizer o Direito Privado e seus institutos, tornando-os províncias do Direito Constitucional.¹²

Os direitos fundamentais são a síntese da liberdade nas Constituições. Representam um constitucionalismo mais consistente e nítido, haja vista a disposição dos direitos fundamentais na Carta Magna de 1988, a qual deu-lhes esse vulto de consistência e nitidez. A CF de 1988 trouxe os direitos fundamentais logo no início da Carta Política e a previu um título próprio destinado aos princípios fundamentais, o que não é descabido.

Essa característica denota de pronto a intenção do legislador Constituinte, de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional como núcleo essencial da Constituição e tornar robusta a idéia da primazia desses princípios e regras, como conteúdos basilares do Estado Democrático de Direito.

Resta claro, a supremacia da Constituição em razão de outras formas e ramos do direito, uma supremacia decorrente, principalmente, da superposição dos Direitos Fundamentais, que são as ramificações dos Princípios Fundamentais do Estado Democrático de Direito. O privilégio dado a direitos, tais como a liberdade de expressão, chancelam a democracia, pilar desse Estado.

VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PONDERAÇÃO DE VALORES

¹¹ BOBBIO, 2006, p.140

¹² BONAVIDES, 2005, p.481

Numa perspectiva atual reconhecem-se os direitos fundamentais como tendo uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. Em sua significação objetiva “os direitos fundamentais representam as bases do consenso sobre os valores de uma sociedade democrática, ou seja, sua função é a de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático escolhido pelos cidadãos”. Já em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais “têm a função de tutelar a liberdade, a autonomia e a segurança dos cidadãos, não só em suas relações com o Estado, mas em relação aos demais membros da sociedade” (SAMPAIO, 2006, p. 34-35).

Tais dimensões são importantes porque uma das discussões mais atuais no debate relativo à publicização do direito privado ou mesmo da superação da dicotomia entre direito público e direito privado é aquela relativa à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A questão se coloca no sentido se existe tal vinculação. Respondendo-se afirmativamente à primeira indagação, é preciso observar em que medida se dá tal vinculação.

Atualmente existe certa tendência em aceitar a eficácia privada dos direitos fundamentais. Esse entendimento, entretanto, não exclui concepções que negam a eficácia frente terceiros. Em termos gerais, pode-se dizer que a grande discussão atual é em que medida ou intensidade se dá essa vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Conforme ressalta Alexy (2002, p. 511) as questões a serem equacionadas são o “como” e o “em que medida” se dá a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para que se possa analisar tal questão, mister apontar-se as teorias ou concepções sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Isso é feito mediante a análise de cinco teorias principais: 1) as que negam a eficácia perante terceiros; 2) as que atribuem eficácia mediata; 3) as que atribuem eficácia imediata; 4) as que formulam imputação ao Estado; 5) a teoria integradora.

De acordo com Juan Maria Bilbao Ubillos (2003, p.299), as concepções que negam a eficácia frente a terceiros justificam de que tal eficácia “pode ser uma espécie de cavalo de tróia que destrua o sistema construído sobre a base da autonomia privada”. Com efeito, são poucos os autores que negam a relevância dos direitos fundamentais na esfera do direito privado, mas ainda há aqueles que consideram desnecessária ou perigosa tal aplicação.

A teoria da eficácia mediata, ou eficácia indireta, foi inicialmente formulada por Günther Düring e recebeu apoio decisivo ao ser adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão

no famoso caso Luth¹³. Os postulados dessa teoria foram assim resumidos por Wilson Steinmetz (2004, p. 136-137): a) as normas de direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre particulares por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos, próprios do direito privado; b) a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares está condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, em primeiro plano, e do juiz e Tribunal, em segundo plano; c) ao legislador cabe o desenvolvimento concretizante dos direitos fundamentais por meio da criação de regulações normativas específicas que delimitem o conteúdo, as condições de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares; d) ao juiz e aos tribunais, ante o caso concreto e na ausência de desenvolvimento legislativo específico, compete dar eficácia às normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação dos textos de normas imperativas de direito privado, sobretudo daqueles textos que contêm cláusulas gerais¹⁴.

Fixados tais pontos principais, verifica-se que, para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não incidem nas relações entre particulares como direitos subjetivos constitucionais, mas como normas objetivas de princípio ou como sistema de valores ou ordem objetiva de valores. Dessa maneira, possuem uma eficácia “modulada” legislativamente ou segundo parâmetros dogmáticos interpretativos e aplicativos específicos do direito privado.

A teoria da eficácia imediata ou direta, por seu turno, foi inicialmente formulada por Hans Carl Nipperdey e adotada pela primeira vez, segundo Steinmetz (2004, p. 164) pela Câmara Primeira do Tribunal Federal do Trabalho na Alemanha em 1964. Da mesma forma que a teoria da eficácia mediata, essa teoria também atribui aos direitos fundamentais uma dupla dimensão, objetiva e subjetiva, e uma eficácia operante em todo ordenamento jurídico.

¹³ O caso Lüth refere-se a uma ação cominatória contra uma conclamação ao boicote público formulado por Erich Lüth contra o filme *Amada Imortal*. O Tribunal de Justiça de Hamburgo sentenciou no sentido de que o Sr. Erich Lüth se absteresse de pedir e conclamar as pessoas, através de seu Clube de Imprensa, a boicotar o filme, com fulcro em disposição do Código Civil alemão. Lüth recorreu ao Tribunal Federal Constitucional alegando violação do direito fundamental à liberdade de expressão, que envolveria a possibilidade de influir sobre as pessoas por meio do uso da palavra. O Tribunal Constitucional, em 15 de janeiro de 1958, deu provimento ao recurso interposto, decidindo que ao Judiciário cabe sempre examinar se os dispositivos legais a serem aplicados guardam compatibilidade material com os direitos fundamentais. Assim, prevaleceu a visão de que o juiz civil está vinculado aos direitos fundamentais e que há um efeito irradiante desses direitos sobre o direito privado (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 263).

¹⁴ As cláusulas gerais constituem em formulações legais de caráter genérico e abstrato, com natureza de diretriz, cujos valores serão ponderados pelo juiz na análise do caso concreto. Têm a função de dotar o código de maior mobilidade, mitigando regras mais rígidas. Ademais, têm a função de integração dos diferentes princípios e direitos adotados em nossa sociedade pluralista, consistindo na possibilidade de o juiz aplicar a lei com ampla liberdade axiológica, ponderando os interesses em conflito no caso concreto. Têm, ainda, a função de instrumentalizar as normas jurídicas aos fins teleologicamente considerados pelo legislador.

A diferença básica está no fato de a teoria da eficácia imediata propor a aplicação direta de normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Steinmetz (2004, p. 168) resumiu, dessa forma, as premissas básicas dessa teoria: a) as normas de direitos fundamentais conferem ao particular uma posição jurídica oponível não só ao Estado, mas também aos demais particulares; b) os direitos fundamentais são e atuam como direitos subjetivos constitucionais, independentemente de serem públicos ou privados; c) como direitos subjetivos constitucionais, a não ser que a constituição estabeleça de forma diversa, operam eficácia independentemente da existência de regulações legislativas específicas ou do recurso interpretativo-aplicativo das cláusulas gerais do direito privado.

A teoria da imputação ao Estado, desenvolvida por Jürgen Schwabe, entende que tanto os problemas que a teoria dos direitos à proteção pretende resolver como o problema da vinculação aos particulares a direitos fundamentais são explicados e resolvidos no marco teórico dos direitos fundamentais como direitos de defesa ante o Estado (STEINMETZ, 2004, p. 175). Segundo Schwabe, toda lesão de direito fundamental entre particulares deve ser imputada ao Estado, porque a lesão, em última análise, resulta de uma permissão ou não proibição estatal.

A teoria integradora, por seu turno, propõe um modelo em três níveis que integra as três teorias básicas: teoria da eficácia mediata, teoria da eficácia imediata e teoria da imputação. Foi desenvolvida por Alexy (2002, p. 516) e possui três níveis: o dos deveres do Estado, o dos direitos ante o Estado e o das relações jurídicas entre particulares.

A teoria da eficácia mediata, para Alexy, situa-se no nível dos deveres do Estado. Os direitos ante o Estado situam-se no segundo nível, seguindo-se a teoria de Schwabe. O particular, em conflito com outro particular, tem o direito fundamental a que o judiciário leve em consideração os princípios fundamentais que apóiam a sua posição. Já no terceiro nível, situa-se a eficácia imediata de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. Contudo, nos três casos, resulta uma eficácia imediata dos direitos fundamentais. Alexy (2002, p. 521) define a eficácia imediata levando em consideração que “por razões fundamentais, na relação cidadão/cidadão, existem determinados direitos e não direitos, liberdades e não liberdades, competências e não competências que, sem essas razões, não existiriam” .

Apontadas as teorias relativas à aplicabilidade das normas fixadoras de direitos fundamentais nas relações privadas, destaque-se a tendência jurisprudencial dos tribunais

brasileiros em aplicar diretamente os direitos fundamentais. Tal tendência foi reforçada pela decisão do STF, nos autos do Recurso Extraordinário nº. 201.819/RJ, julgado em outubro de 2005, através do voto divergente do Ministro Gilmar Mendes que decidiu pela aplicação dos direitos fundamentais concernentes ao contraditório, ao devido processo legal e à ampla defesa ao processo de exclusão de sócio de entidade¹⁵.

Na esfera trabalhista, aliás, a aplicação direta dos direitos fundamentais é ainda mais patente, principalmente nos casos de assédio moral ou revista íntima, tendo o Tribunal Superior do Trabalho, por diversas vezes se manifestado no sentido de assegurar ao empregado o respeito ao direito fundamental de intimidade e dignidade da pessoa humana¹⁶.

¹⁵ Convém transcrever a ementa do acórdão, que discorre sobre as diversas teorias, bem como aponta o estágio atual de discussão da matéria: “Sociedade civil sem fins lucrativos. União Brasileira de Compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido. I. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. II. Sociedade civil sem fins lucrativos. Entidade que integra espaço público, ainda que não-estatal. Atividade de caráter público. Exclusão de sócio sem garantia do devido processo legal. Aplicação direta dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. Recurso Extraordinário desprovido”. (STF, 2ª Turma, RE 201819, RJ Relator (a): Min. Ellen Gracie, Redator Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 11.10.2005).

¹⁶ Como exemplo, pode ser citada a seguinte ementa: Dano moral. Presença de supervisor nos vestiários da empresa para acompanhamento da troca de roupas dos empregados. Revista visual. 1. Equivale à revista pessoal de controle e, portanto, ofende o direito à intimidade do empregado a conduta do empregador que, excedendo os limites do poder diretivo e fiscalizador, impõe a presença de supervisor, ainda que do mesmo sexo, para acompanhar a troca de roupa dos empregados no vestiário. 2. O poder de direção patronal está sujeito a limites inderrogáveis, como o respeito à dignidade do empregado e à liberdade que lhe é reconhecida no plano constitucional. 3. Irrelevante a circunstância de a supervisão ser empreendida por pessoa do mesmo sexo, uma

Conquanto a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas venha ganhando espaço no cenário jurídico nacional, é preciso deixar patente os critérios para a referida aplicabilidade. Com efeito, conforme ressalta Sarlet (2006, p. 400), “o modo pelo qual se opera a aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre os particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas”.

Neste aspecto, convém ressaltar que, no julgamento do RE 201.819, cujo acórdão já mencionado, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes foi enfático ao afirmar a necessidade de verificação das peculiaridades da cada caso concreto. Tanto assim que conclui a decisão afirmando: “estando convencido, portanto, de que as particularidades do caso concreto legitimam a aplicabilidade dos direitos fundamentais referidos (...), peço vênua para divergir, parcialmente, da tese apresentada pela eminente relatora”.

Tal aplicação diferenciada justifica-se porque, em realidade, quando se pugna pela aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, está-se diante de um conflito de direitos fundamentais: o princípio da autonomia privada e o princípio fundamental que se requer a aplicação. A solução, então, seria a mesma dos diversos casos de conflitos entre direitos fundamentais: a ponderação em cada caso concreto¹⁷.

Nesse contexto, impõe-se a fixação de parâmetros ou *standards* no sentido de estabelecer pautas para os casos de colisão, com o objetivo de se garantir a segurança jurídica¹⁸. Consoante menciona Daniel Sarmento (2006, p. 271), a fundamentação jurídica das decisões judiciais tem sido deficiente nesse ponto.

vez que o constrangimento persiste, ainda que em menor grau. A mera exposição, quer parcial, quer total, do corpo do empregado, caracteriza grave invasão à sua intimidade, traduzindo incursão em domínio para o qual a lei franqueia o acesso somente em raríssimos casos e com severas restrições, tal como se verifica até mesmo no âmbito do direito penal (art. 5º, XI e XII, da CF).4. Despiciendo, igualmente, o fato de inexistir contato físico entre o supervisor e os empregados, pois a simples visualização de partes do corpo humano, pela supervisora, evidencia a agressão à intimidade da Empregada.5. Tese que se impõe à luz dos princípios consagrados na Constituição da República, sobretudo os da dignidade da pessoa, erigida como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III), da proibição de tratamento desumano e degradante (art. 5º, inciso III) e da inviolabilidade da intimidade e da honra (art. 5º, inciso X). 6. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento para julgar procedente o pedido de indenização por dano moral. (TST RR - 2195/1999-009-05-00, DJ - 09/07/2004, 1ª Turma).

¹⁷ Nesse sentido, transcreve-se a posição de Sarlet (2006, p. 401): “(...) no âmbito da problemática da vinculação dos particulares, as hipótese de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõe sempre uma análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratado de forma similar às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteada pela ponderação dos valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um”.

¹⁸ É a segurança jurídica que traz estabilidade às relações sociais juridicamente tuteláveis, em face da certeza a ela inerente. A segurança jurídica inibe o arbítrio e a violência e dá amparo às relações entre as pessoas e o Estado e entre as pessoas entre si. De acordo com a concepção tradicional, a ordem é essencial tanto à vida

Um dos fatores fundamentais ressaltado por Sarmento (2006, p. 272) como elemento para a ponderação é a “existência e o grau de desigualdade fática entre os envolvidos”. Dessa forma, quanto mais intensa for a desigualdade, mais intensa será a proteção do direito fundamental em jogo. Acrescenta que o princípio da igualdade material “não apenas permite, mas antes impõe, na ordem jurídica brasileira, a proteção das partes mais débeis nas relações privadas” (SARMENTO, 2006, p. 274).

Outro fator destacado por Sarmento (2006, p. 278) é a autonomia do ator privado, mesmo na hipótese de uma relação jurídica manifestamente assimétrica. É que a autonomia privada constitui um valor essencial nos Estados Democráticos, exprimindo também “uma importante dimensão da idéia de dignidade da pessoa humana”. Contudo, nem todas as manifestações da autonomia privada dispõem da mesma proteção constitucional com a mesma intensidade. Nesse sentido, assinala o referido autor que a tutela da autonomia privada, no que se refere às questões existenciais, é muito mais intensa do que a conferida às decisões de caráter econômico-patrimonial. Assim, nosso ordenamento transige muito mais com as restrições à liberdade contratual do que com aquelas impostas a outras liberdades mais fundamentais, ligadas às opções e projetos de vida de cada pessoa humana.

Conforme ressalta Sarmento (2006, p. 278), no campo das relações econômicas, a essencialidade do bem é um critério importante na aferição da intensidade conferida à proteção à autonomia privada, enfatizando: “Quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo e menor a tutela da autonomia privada”.

Outro ponto destacado pelo autor é que a lesão do direito fundamental pode decorrer não apenas de um ato unilateral de outro agente privado, mas também de algum negócio

individual quanto à vida coletiva. Segundo Theophilo Cavalcanti Filho (1964, p. 8), essa necessidade de ordem, que traz consigo a segurança, é de tal modo profunda que tem todas as características de um fato espontâneo e natural. Assinala o autor que o objetivo primeiro do direito é a exigência de ordem e de segurança. Acrescenta que da mesma maneira que o homem cria segurança, no que diz respeito ao ambiente natural, através do conhecimento científico e da técnica, estabelece, através das normas “uma certeza e segurança na sua vida de relações, de modo a permitir a vida em sociedade” (CAVALCANTI FILHO, 1964, P. 54). A perspectiva contemporânea da segurança Jurídica aponta, por seu turno, sua dúplice natureza. Consoante lição de Almiro do Couto e Silva (2005, p.3), a segurança jurídica se ramifica em duas partes. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que tradicionalmente envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado, até mesmo quando estes se qualificarem como atos legislativos, ou seja, se refere à proteção do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Já a perspectiva subjetiva da segurança jurídica volta-se à idéia da proteção à confiança. Couto e Silva (2005, p. 6) ressalta, ainda, que os princípios da segurança e da proteção à confiança são elementos conservadores inseridos na ordem jurídica, destinados à manutenção do *status quo* e a evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou na conduta do Estado, o que acaba provocando tensão com as tendências modernizadoras do Estado.

bilateral, cuja validade dependa do consentimento formal do próprio afetado. Essa questão liga-se à controvérsia sobre a validade da renúncia ao exercício de direitos fundamentais. Existem, nesse caso, dois limites a serem respeitados, os quais foram expostos pelo autor: “a vontade do titular do direito deve ser autenticamente livre (...) e a renúncia do exercício não pode importar em lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana, nem ao núcleo essencial dos direitos fundamentais do indivíduo” (SARMENTO, 2006, p. 282).

Apontados alguns critérios para a ponderação de interesses no âmbito da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, passa-se à análise da aplicação dos direitos fundamentais **de proteção à intimidade, privacidade e honra.**

DIREITO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO À HONRA, PRIVACIDADE E INTIMIDADE

A Constituição Federal, no inciso X do artigo 5º, determina serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Vê-se, portanto, que dessa forma, erigiu expressamente tais valores humanos à condição de direito individual dos cidadãos.

Segundo José Afonso da Silva (2007, p. 206), a leitura do dispositivo nos traz, desde logo, uma questão, a de que a intimidade foi considerada um direito diverso de outras manifestações de privacidade¹⁹, tais como a vida privada, honra e imagem das pessoas. Vê-se, assim, que a nossa Carta Magna preferiu adotar uma concepção fracionária dos direitos da personalidade, entendimento este defendido por Elimar Szaniawski (1993, p.367). Tal autor, contudo, prefere a denominação “direito ao respeito à vida privada”, seria uma tipificação dos direitos da personalidade, um direito pertencente a todos os indivíduos de terem seus direitos extrapatrimoniais protegidos, de não terem suas vidas privadas investigadas e divulgadas, uma garantia de paz, de liberdade da vida pessoal e familiar e um dever imposto a terceiros de não se intrometerem na vida privada alheia.

Utiliza-se a expressão “direito à privacidade” em sentido amplo, de modo a comportar toda e qualquer forma de manifestação da intimidade, privacidade e até mesmo da

¹⁹ O direito à privacidade, enquanto direito de personalidade, traduz aquilo que seria considerado o mínimo para a formação da própria personalidade. In: FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direito – A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996, p.131.

personalidade da pessoa humana.²⁰ Dessa forma, direito à privacidade consiste fundamentalmente na faculdade de todo e qualquer indivíduo de impedir a intromissão de terceiros em sua vida particular e familiar, bem como o acesso a informações íntimas e privadas que não quer que se tornem de conhecimento público. Segundo Cunha Junior (2008, p. 661), privacidade “é o direito de ser deixado em paz, direito de estar só (right to be alone)”.

Em uma interessante alusão ao direito da privacidade, Guilherme Peña de Moraes (2008, p. 528) diz ser ele “relativo à convivência entre pessoas humanas, delimitadas por três esferas concêntricas e sobrepostas.” De acordo com ele, há a esfera mais ampla, a social, na qual os indivíduos procuram satisfazer os seus interesses enquanto membros de uma sociedade, abarcando os fatos que são suscetíveis do conhecimento de todos. Já na esfera privada, menos ampla que a primeira, as pessoas procuram satisfazer os seus interesses enquanto membros de uma comunidade, tendo em vista que naquela participam indivíduos que conhecem determinados segredos da pessoa e desta fazem parte na vida cotidiana, excluindo-se, em geral, apenas a coletividade, que fica fora dos limites dessa esfera. Por fim, há a terceira esfera, a mais restrita, a esfera individual ou íntima, na qual os indivíduos procuram satisfazer os seus interesses isolados do grupo social, constituindo o âmbito da vida no qual o indivíduo pode manter-se em total segredo diante da coletividade e das pessoas de seu convívio e onde a proteção se dá de forma absoluta.

Neste último setor, simboliza-se a parte mais recôndita do direito à privacidade, ao passo que “intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre outros.” (FERRAZ JUNIOR, 1992, p. 79) Sobre essa esfera íntima da pessoa humana na qual ela tem o direito e o poder de evitar legitimamente a intromissão e interferência de terceiros, Silva (2007, p. 207) aponta que ela abrange, no sentido mais restrito da exclusão do conhecimento de terceiros sobre dados pessoais, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas e o segredo profissional.

Resta ainda atual e acertada a afirmação de Pontes de Miranda (1932, p.125) sobre o indivíduo ter o direito de velar por sua intimidade, de reservar-se, de não permitir que sua vida seja desvelada a outrem, mantendo-a protegida da curiosidade pública.

²⁰ Nesse sentido, assevera José Afonso (2007, p. 206): “[...] preferimos usar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou.”

O direito à intimidade é uma consequência da nova dinâmica social do mundo moderno contemporâneo. Há a necessidade da pessoa humana de encontrar na solidão aquela paz, equilíbrio e tranqüilidade, continuamente comprometidos pelo ritmo da vida moderna, de permanecer isolada, se quiser, subtraída ao alarde e à publicidade, fechada na sua intimidade, resguardada dos olhares curiosos e ouvidos atentos, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada.

Pode-se dizer que o direito à intimidade é um direito fundamental e também um direito da personalidade, e nesse sentido, originário, essencial, inerente a todo e qualquer indivíduo, exercitável *erga omnes*, irrenunciável e imprescritível.

A Constituição Federal ao dispor a respeito da tutela da intimidade do indivíduo, levou em conta o artigo XII da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em que "ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na família, no seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem o direito à proteção de lei contra tais interferências ou ataques". O Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, também inspirou o legislador constitucional, ao assegurar que "ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação."

Ainda sobre os direitos fundamentais apontados, diz-se ser também inviolável a honra. Honra, segundo José Afonso da Silva (2007, p. 207), "é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação. É o direito fundamental da pessoa resguardar essas qualidades."

Deve-se entender por honra não apenas a consideração, o bom nome e a boa fama, mas também o sentimento íntimo, a consciência da própria dignidade pessoal. Ela, portanto, "consiste na dignidade pessoal refletida na consideração alheia e no sentimento da própria pessoa" (COSTA JÚNIOR, 1970).

Esse direito tem importância tão elevada que o código penal brasileiro tipificou a sua violação como crime, podendo-se configurar a calúnia (artigo 138 CP), a injúria (artigo 140 CP) ou a difamação (artigo 139 CP).

Do mesmo modo que a honra, o direito à imagem também é elencado no artigo 5º, inciso X, da Carta Magna como direito fundamental. "Trata-se de assegurar aspecto físico que há de ser igualmente resguardado contra violações para que a proteção à vida seja cabal", no escólio de André Ramos Tavares (2002, p. 448). No mundo moderno, a proteção da imagem

deve ocorrer, inclusive, quanto aos meios de comunicação. Estes têm se desenvolvido muito, criando-se uma variedade midiática, abrangendo jornais, revistas, filmagem e monitoramento dos cidadãos nas ruas e ambientes fechados, todas estas sujeitas e possíveis veiculadoras de desonras ou degradações da imagem humana.

O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO (COMUNICAÇÃO)

O indivíduo está ligado ao Estado, na base da formação do Estado. Mais especificamente, quando abriu mão de parte da liberdade de que dispunha, em prol de segurança. Desta feita, formou-se o Estado que se tornou o protetor das liberdades. No entanto, o mesmo Estado que protege carece de proteção. Assim, as normas que edita têm o intuito de regular o exercer das liberdades e suas limitações.

A origem da sociedade e do Estado se confunde, para muitos autores. Para uns o Estado e a sociedade existiram sempre, desde que o homem vive sobre a Terra, integrado numa organização social provida de poder e com autoridade para determinar o comportamento do grupo. Para outros, a sociedade existiu antes do Estado e após um período, o Estado foi criado para atender às necessidades ou às conveniências dos grupos sociais. Uma terceira vertente considera como Estado a sociedade política dotada de certas características bem definidas. (DALLARI, 2007)

Os meios pelos quais os órgãos institucionalizados do Estado e da Sociedade Civil se desenvolvem, legitimam a maneira pela qual cada indivíduo desses participa. Remete ao direito da livre manifestação de pensamento, de opinião, a liberdade de expressão, comunicação e informação.

A liberdade de comunicação decorre da liberdade de expressão, pois o ato de expressar, tornar exterior, público, de ampliar a esfera do conhecimento, de levar a informação, objetiva traduzir em sinais que possam ser compreendidos, a possibilidade de fazer dessa liberdade um direito que se manifesta na essência do pensamento e se expande até a necessidade do saber. Necessidade que vai além da ordem material, pois mesmo que provido de bens necessários a sua sobrevivência, o ser humano continua a almejar o convívio com seus semelhantes, estabelecer contato com eles, físico, emocional e intelectual.

O que faz da liberdade mais que um estado é, praticamente, uma exceção a uma norma interior e exterior. Essa norma interior que se mostra clara quando se tem a consciência de que há a possibilidade e a identidade de livre ser. Consciência que embora inscrita em uma norma interior se faz presente na norma superior positiva²¹. Exterior é a norma que tem o poder de exprimir essa liberdade em uma desvinculação a padrões e impedimentos. No exercício das relações subjetivas, nas quais se insere o simples ato de comunicar-se, há a clara visualização que o conteúdo, muitas vezes, não se vincula a forma, a modelos.

O entrelaçar dessas duas normas desemboca na contínua construção do conceito de liberdade. A relação entre a norma interior e exterior, é o elo existente entre o plano das idéias, dos valores intrínsecos e dos valores exteriores.

O ser humano como ser social precisa no relacionar com seus semelhantes desenvolver formas de comunicação que, além de eficazes nos meios em que se propagam, manifestem de maneira mais íntegra possível o conteúdo semântico que se deseja informar. Tolher essa possibilidade é restringir o acesso à informação, mas também ceifar a liberdade, direito de extrema relevância, após o direito à vida.

Assim, pode-se inferir que logo após o direito à vida tem-se o direito dela dispor, livremente, sem é claro atentar contra ela mesma, pois um limite intrínseco a qualquer direito é o de não se autodepreciar, macular-se ou auto-extinguir no seu exercitar. A liberdade não pode ser diferente. Além de uma característica natural do ser humano, a de comunicar-se, não pode ela atentar contra a sua própria natureza de social ser. Parte-se para a concepção de função social da comunicação, pois a liberdade de comunicação deverá ser protegida sempre que cumprir sua função social, mas será submetida a controle quando incorrer em abuso.

Ao positivar a liberdade de comunicação, foi o Constituinte taxativo ao estatuir o caráter essencial e evolutivo da comunicação e da informação. Essa evolução se faz latente na construção de uma sociedade livre. Livre para pensar, agir, informar e ser informada, na busca de ideais balizados na consecução da justiça, do acesso a esta e em conformidade com a solidariedade que objetiva justificar o individual na construção do coletivo.

A doutrina brasileira faz distinção entre as liberdades de informação e expressão. Enquanto a primeira trata do direito individual de comunicar livremente os fatos e ao direito difuso de se obtê-los, a liberdade de expressão tutela o direito de externar essas idéias e opiniões, ou seja, a manifestação do pensamento humano. A liberdade de informação se

²¹ BRITTO, 2007, p. 73-74

insere na liberdade de expressão. Quando se tratar da liberdade de expressão e comunicação, inclui-se a de informação. Informação que não pode prescindir da verdade, mas se submete a um critério de prevalência, pois há exercício do direito de informação quando a finalidade da manifestação for comunicar fatos noticiáveis²².

Essas liberdades atendem de forma inegável ao interesse público, pois perpassam o caráter individual e erigem-se a uma dimensão coletiva, principalmente, quando se está a lidar com um meio de comunicação social ou de massa. Mais que relevante, quando inseridas no contexto da cidadania.

O exercício da cidadania está diretamente ligado à possibilidade e a necessidade de participação. A integração desses dois fatores, possibilidade e necessidade, faz da comunicação fator preponderante na manifestação da cidadania, no respeito às diversidades culturais, étnicas, religiosas, sociais e econômicas em plena sintonia com a dignidade da pessoa humana. Essas diversidades são acompanhadas de ideologias, que mesmo que antagônicas, têm o direito de expressar seus pontos de vista, suas cargas axiológicas e práticas, culminando no pluralismo de idéias que perfazem do direito à comunicação um centro difusor e democrático, sem restrições de natureza política.

Nas últimas duas décadas do Século XX e início deste, houve mudanças no campo sócio-econômico, político, cultural, da ciência e da tecnologia. A globalização crescente da economia, das comunicações, da cultura, da massificação do conhecimento e da falta de controle perante as conseqüências desse avanço, gera apreensão e auspícia mudança de concepções, valores e de uma nova ética para reger as relações sociais, reguladas pelo Direito.

Dentre esses novos valores e concepções encontra-se o primado que se deve estabelecer à comunicação e não aos conteúdos da decisão de informar. Entende-se assim a liberdade não como liberdade à comunicação, mas por meio de comunicação. (FERRAZ JÚNIOR, 2003)

A construção histórico-jurídica nas constituições brasileiras denota como foi construído o direito à liberdade de expressão e comunicação, o qual foi marcado por períodos de alternâncias ideológicas antagônicas. Essas vieram a suscitar alterações drásticas no seio da sociedade e na afirmação de valores que ora se confrontavam, ora se harmonizavam com os direitos fundamentais das gerações ou dimensões a eles contemporâneos.

²² BARROSO, 2007, p.80-81.

Desde a Constituição do Império havia a garantia da liberdade de expressão, que foi mantida até a Constituição de 1937. No entanto, durante o Estado Novo, durante o governo do presidente Getúlio Vargas, o princípio constitucional da liberdade de manifestação de pensamento desapareceu. Adotou-se a censura como meio de debelar a publicação, divulgação ou a reprodução de certas informações, muitas vezes consideradas como ideais que atentavam contra a segurança nacional. A censura veio a reprimir a liberdade de expressão²³. Em 1939, Getúlio Vargas cria o Departamento de Imprensa e Propaganda, o DIP, o qual era responsável pela censura aos meios de comunicação e divulgação do Estado Novo.

Aquilo que fosse contrário ou criticasse ao presidente não poderia ser publicado. Ao passo que restringia determinadas publicações, o DIP promovia uma propaganda política de enaltecimento à figura do presidente Vargas. Tal atividade possuía o intuito de legitimar o regime político instaurado, bem como o culto à figura do líder, que era considerado como o Pai da Nação.²⁴

A Constituição de 1946, a Constituição Liberal, foi a responsável por colocar e assegurar, na nova ordem jurídica, a manifestação do pensamento. Nesse período conhecido como o período da redemocratização, a nova Carta Política tratava da livre manifestação do pensamento, sem dependências da censura, exceto no tocante a espetáculos e diversões públicas, onde cada um respondia por atos abusivos que fossem cometidos, de acordo com a disposição legal.

Em 1951, ao retomar o poder, Getúlio Vargas editou a lei da imprensa, Lei 2.083 de 1953, regulamentando os crimes de imprensa. Essa lei trouxe várias distorções, dentre elas a desmedida repressão à liberdade de imprensa.

A Constituição de 1967, outorgada durante a ditadura militar, não aboliu o princípio da liberdade de manifestação de pensamento, mas conferiu limites que restringiam a aplicação deste princípio, atrelando-o aos parâmetros da ordem pública e dos bons costumes. Havia assim, uma manipulação do discurso e uma interpretação forçosa que estava a serviço do poder vigente e que tentava legitimar, a todo custo, uma hermenêutica pautada no autoritarismo, pois o objetivo era embasar a ditadura às custas do ideário nacional, o que invertia a seqüência lógica da afirmação dos valores. Primeiro o legalismo, depois a

²³ Disponível em < http://pt.pandapedia.com/wiki/Liberdade_de_expressão >. Acesso em 06 de novembro de 2008.

²⁴ Disponível em < <http://www.tvcultura.com.br/aloescola/historia/cenasdoseculo> >. Acesso em 26 de novembro de 2008.

legitimidade e não um juízo dialético e construtivo para a consolidação do direito a liberdade de expressão.

A Carta Magna de 1967, com as alterações feitas pela Emenda 01/1969, restringiu a liberdade à livre manifestação do pensamento impondo sanções jurídicas que visavam conter abusos do direito individual, os quais intuía fazer frente ao governo. Destaque-se que essa restrição veio positivada junto aos direitos e garantias individuais daquela Constituição.

Não se podem esquecer dos Atos Institucionais, normas de natureza constitucional expedidas entre 1964 e 1969 pelos governos militares que se sucederam após a deposição de João Goulart em 31 de março de 1964. Foram promulgados 17 atos institucionais, que, regulamentados por 104 atos complementares, conferiram um alto grau de centralização à administração e à política do país. Dentre os Atos Institucionais destacou-se o AI-5²⁵ o qual vigorou de 13 de dezembro de 1968 a 31 de dezembro de 1978, que ao contrário dos atos anteriores a ele, possuía vigência por tempo indeterminado.

O AI nº. 5 o mais abrangente e autoritário de todos os AI's pois, na prática, revogou os dispositivos constitucionais da Carta de 1967, além de reforçar o poder discricionário do regime militar. O AI-5 justificou uma série de atos de censura, repressão e autoritarismo, em defesa da segurança nacional em detrimento da liberdade de expressão.

Outro ponto relevante é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, assinada em 10 de dezembro de 1948, a qual tem o Brasil como signatário. Com ela o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto culminante no século XX. Ela discrimina o direito a que toda a pessoa tem a liberdade de pensamento e consciência, de opinião e de expressão. Configura-se então como o estatuto da liberdade dos povos.

Além dela há a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como o Pacto de San José da Costa Rica, o qual traz que reafirmou os valores elencados na DUDH²⁶, mas também esclareceu e detalhou o grau de abrangência e a forma de exercício da liberdade de pensamento e expressão. Frise-se que logo após sua entrada em vigor, no mesmo ano, findou a vigência do AI-5.

Com a promulgação da Constituição de 1988 houve uma mudança radical nas bases do ordenamento jurídico. Havia a possibilidade de se restaurar todas as seqüelas deixadas pelo regime anterior. Estava formado o Estado Democrático de Direito, mas que ao mesmo tempo

²⁵ AI – Ato Institucional

²⁶ Declaração Universal dos Direitos do Homem

que se promulgava uma nova Constituição, esta vinha a recepcionar praticamente todos os diplomas legais anteriores que deveriam ser reinterpretados à luz da Constituição e dos seus princípios norteadores.

Após um período de estagnação, onde o país sofria com as limitações impostas pelo regime militar, a elevação da liberdade de comunicação ao status de preceito fundamental garante que todo e qualquer ato que venha a ameaçá-lo e que não esteja sob o manto de outros direitos fundamentais ou derivados desses, atenta contra a ordem jurídica, contra a Constituição e deve ser repreendido. Além disso, sua dimensão *erga omnes*, que a todos se dirige, é conteúdo basilar para a afirmação de uma sociedade democrática.

O art. 5º da CF em seus incisos IV, V, VI, IX e XIV²⁷ mostra as formas de criação, expressão, manifestação do pensamento, liberdade de consciência e de informação. Enquanto que os incisos XII, LII, LX e LXXII *a*) e LXXII *b*)²⁸ do mesmo art. 5º asseguram e protegem o acesso à informação ao mesmo tempo que estabelecem limites a sua divulgação. Não se

²⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade nos termos seguintes:

[...]

IV – é livre a manifestação do pensamento sedo vedado o anonimato;

V – é assegurado o direito de resposta , proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias;

[...]

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

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

²⁸ Art. 5º:

[...]

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

[...]

LII – não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

[...]

LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

[...]

LXXII – conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

pode esquecer dos arts. 220 a 224²⁹ da CF, Da Ordem Social, que tratam da Comunicação Social.

O delineamento dado pela Carta Política de 1988 pela Declaração e Convenção citadas denota que a liberdade de comunicação é um conjunto de direitos, formas, meios e processos que tornam possível a criação, difusão, expressão, esclarecimento e a formação do pensamento. Em outras palavras, é um conjunto de direitos que auxilia na consolidação de outros direitos e que são essenciais para a concretização da dignidade da pessoa humana.

O que se pode perceber de pronto com tais dispositivos normativos constitucionais é que a liberdade de comunicação está intimamente relacionada a uma gama de direitos implícitos e explícitos na Carta Magna.

Os explícitos são identificáveis ao se vislumbrarem os incisos citados do art. 5º e os dispositivos constantes nos tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário. Isso está em plena conformidade com o §2º do art. 5º da CF ao expressar 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”. Especialmente, quando a Emenda Constitucional 45 veio a qualificar os tratados internacionais, quando aprovados por três quintos de cada casa do Congresso Nacional, o status de emenda constitucional (art. 5º §3º da CF), tornando-se mais que explícitos.

Os implícitos são perceptíveis ao se fazer uma interpretação sistemática e criteriosa de toda a Constituição em paralelo com os tratados internacionais e com os princípios norteadores do ordenamento jurídico.

Permeados por características mais que jurídicas, como já destacado, os direitos à liberdade de expressão, comunicação e informação são instrumentos essencialmente sociais e o seu compartilhar é uma disposição natural. A mídia, os meios de comunicação de massa devem se fundar em diretrizes sociais. A legitimação maior de um direito é dirigir-se ao maior número de destinatários possível. Quando se trata de liberdades, em especial as até aqui tratadas, essa destinação deve ser socialmente irrestrita.

²⁹ Os artigos 220 a 224 da CF tratam da comunicação social. Estes artigos expressam a não restrição a manifestação de pensamento, criação, expressão e informação, sob qualquer forma ou veículo, de acordo com o que está disposto na Constituição. Além disso, impõe as diretrizes e princípios, os quais devem os programas e emissoras de rádio e televisão atender, regulam acerca da propriedade de empresa jornalística, da outorga, concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens e do Conselho de Comunicação Social, o qual é órgão auxiliar do Congresso Nacional no tocante a concessão, permissão e autorização dos serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens.

A FUNÇÃO SÓCIO-JURÍDICA DA MÍDIA

As mídias de que se dispõe, atualmente, acompanham a evolução tecnológica, haja vista, que elas são criadas e desenvolvidas com o intuito de dar uma maior velocidade, fidelidade, facilidade e portabilidade à informação, transformando a comunicação em meio e método eficaz de vulto econômico, cultural, social e jurídico. A mídia tornou-se um instrumento de inclusão social, de participação política, de multiplicação de conhecimento e fonte difusora de ideologias; úteis para a vida diária do cidadão e como elementos de contato social. Como fonte de informação, a mídia visa criar meios para o exercício da democracia, de maneira mais participativa para aqueles que dispõem e podem dispor dos meios de imprensa, perfazendo de forma concreta o princípio basilar da Constituição de 1988; a dignidade da pessoa humana.

Esse princípio serve tanto como anteparo ou limite dos direitos existentes no ordenamento jurídico pátrio, como fundamento axiológico para o seu correto exercício. Assim, a democracia implica a soberania popular e a distribuição equitativa dos poderes. Os meios de comunicação perfazem esses poderes, pois a democracia numa sociedade não prescinde o exercício do poder de comunicar, o qual auxilia na construção da dignidade.

A idéia de liberdade de comunicação social expressa um diálogo social, ou seja, o exercício público da liberdade de comunicação e expressão pelos órgãos de comunicação de massa, que o diferencia do diálogo interpessoal. Este seria abarcado pela simples intersubjetividade que marca as relações humanas, podendo se estabelecer através do contato livre e direto entre os interlocutores.

O poder exercido pelos meios de comunicação social adquire um delineamento mais amplo. Com o aumento e a transformação dos processos comunicativos, nas sociedades contemporâneas, por intermédio dos avanços tecnológicos, incrementam-se as possibilidades das liberdades comunicativas e informativas mediante os recursos da informática e das telecomunicações. Ampliam-se as liberdades fundamentais, até mesmo como instrumento de proteção dos direitos fundamentais em geral, mas também são incrementados os abusos e ameaças a direitos como os da personalidade e do segredo de justiça.

Há duas visões distintas sobre a natureza do papel desempenhado pelos meios de comunicação de massa. Uma delas seria a integradora, a qual os vislumbra como instituições esclarecedoras, norteadoras, divulgadoras da cultura humana auxiliando no conhecimento do passado e na compreensão do presente. Assim, são instrumentos vitais para a integração social e para a governabilidade, e que não possuem um poder absoluto e total. A outra seria a crítica³⁰, a qual considera que os meios de comunicação de massa não contribuem de forma positiva na formação de uma opinião pública independente e pluralista, mas suscitam a manipulação e a deturpação da opinião pública. (FARIAS, 2004)

A eclosão de novos direitos, de novas concepções ou formas de exercício de direitos e deveres torna-se comum na Sociedade de Informação. Sociedade caracterizada pelo uso contínuo de meios de comunicação eletrônicos de massa, tais como a Internet, a TV Digital, o Celular e os Sistemas de Vídeo-Conferência em *real time*. Esses meios suscitam, continuamente, uma resposta imediata por parte do cidadão confundindo e conflitando o que vem a ser interesse público e interesse do público. Eis a tão apregoada inversão de valores no contexto da comunicação social.

O interesse público é aquele que a todos se dirige e a todos se destina, para concretização do bem comum e que está ligado diretamente à administração da coisa pública, seja ela vinculada aos poderes constituídos ou por estes concedida, a exemplo dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens que carecem da outorga do Poder Executivo.³¹

O interesse do público vem a ser aquilo que ao público, em geral, desperta algum interesse ou motivação. A exemplo das telenovelas, programas de rádio, programas de entretenimento, ou ainda, notícias que geram comoção nacional tais como a morte de um ídolo do esporte, de um artista que tenha sido vítima de um crime hediondo, catástrofes naturais e crimes que ocorrem no seio familiar e que tenham sido cometidos pelos seus próprios integrantes.³²

O interesse do público pode vir a coadunar com o interesse público e vice-versa, no entanto, o sustentáculo das liberdades comunicativa e informativa é a capacidade de a todos se

³⁰ Umberto Eco classifica a referida função crítica como Apocalíptica, o que, segundo Edilson Farias, a reveste de uma conotação pejorativa, sendo preferível utilizar-se da expressão crítica.

³¹ *Caput* do art. 223 da Constituição Federal.

³² Registre-se que casos, tais como, o assassinato da atriz Daniela Perez, em 1992, filha da autora de novelas globais, Glória Perez, cujo crime gerou um movimento que culminou com a alteração da Lei de Crimes Hediondos; a morte do piloto de Fórmula 1 Ayrton Senna da Silva em 1994; dos integrantes do grupo musical Mamonas Assassinas em 1996 e mais recentemente as catástrofes naturais ocorridas no sul do Brasil e os casos Nardoni e Eloá são exemplos de notícias que geraram forte comoção nacional e deram altos picos de audiência para as emissoras, em especial as de abrangência nacional e de canal aberto.

destinar, não apenas a uma parcela da sociedade, mas todo o conjunto. O que ratifica esse entendimento é que, ao se fazer uma análise acerca do papel da fundamentalidade desses direitos, compreende-se que não deve haver uma seletividade a quem se destina o direito de comunicar e ser comunicado, mas sim a maneira como se expressa a informação e o tipo de informação. A todos ela se dirige, mas nem todos a ela se vinculam.

Ao conceder o *status* de norma fundamental às liberdades comunicativas, automaticamente, o Constituinte tachou e revestiu a mídia, ou seja, os diversos meios de imprensa, de diretrizes sociais. O cuidado com o conteúdo da informação, o tipo de informação, a forma como a comunicação é estabelecida, sua regulamentação e as diversas formas de expressão de que se pode dispor, fazem da mídia o liame entre o ideal e o real, entre a norma escrita e a aplicada, entre o direito em potencial e o direito líquido e certo.

Os meios de comunicação social adquiriram funções que transparecem na importância que o acesso, a recepção e a difusão dos pensamentos idéias, opiniões, notícias e informações têm para a formação do cidadão, de sua personalidade, bem como de uma equilibrada convivência social. Esse equilíbrio deve se pautar num comprometimento sócio-jurídico, ético e moral, pois na atualidade, as dicotomias existentes entre a norma e a moral predominam junto a formação da opinião pública.

Edilson Farias relembra que os meios de comunicação social relacionam-se com a opinião pública. Aliás, costuma-se asseverar que o escopo primordial da liberdade de comunicação social é servir a uma opinião pública independente, pluralista e estimada como uma instituição basilar para a democracia.³³

A busca por uma resposta jurisdicional acerca de questões levadas a cabo pela mídia tais como, as recentes discussões sobre a utilização de células-tronco embrionárias ou os crimes contra a vida praticados por pais contra filhos e vice-versa, demonstrou como a influência da imprensa, junto a opinião pública, pode mudar a interpretação e gerar novos conflitos e concepções de direitos e de justiça.

Isso pode desembocar em uma conseqüência radical onde “O ‘Direito’ deixa de ser um direito porque não está mais firmemente fundado na dignidade inviolável da pessoa, mas se faz que dependa da vontade do mais forte” (VALADIER, 2003, p.100).

³³ FARIAS, 2004, p. 121-122

O papel da mídia na construção da cidadania se faz, então, presente em diversas áreas do direito. Sendo o direito constituído de fatos jurídicos, os quais são fatos sociais por natureza, a liberdade de expressão, comunicação e de informação, de que se serve o direito, tem função social de alta relevância, chegando a ser mais que jurídica; metajurídica ou suprajurídica.

Em cada ramo do direito seja substantivo³⁴ ou adjetivo³⁵, a publicidade dos atos processuais, a criação de normas, publicação de editais e processos manifestam de forma explícita tal função. Isso pode ser verificado desde a reformulação de políticas públicas de cunho integrador social ao suscitar da prática legislativa, ou ainda o provimento judicial.

A caracterização do papel desempenhado pela mídia legitima sua essencialidade e justifica as limitações a ela impostas e que ela impõe, numa dualidade antológica entre o possível e o determinado, entre o dever e o direito.

Ao positivizar os direitos fundamentais em questão, o ordenamento jurídico se vale da função informativa e comunicativa dessas liberdades e as transforma em fontes legitimadoras, formadoras e propulsoras de outros direitos. Além disso, dá tónus aos princípios jurídicos, garantindo-lhes a qualidade de normas ou ainda, referendando-os no plano da validade e da eficácia.

O Título VIII “Da Ordem Social” no qual está incluso o Capítulo V, da Comunicação Social da Carta Magna consagra no *caput* do art. 220 que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”, observado o que dispõe a CF. Essa observação abre espaço a uma série de interpretações que ora são conflituosas, ora garantidoras de direitos. Em suma, o art. 220 confere aplicabilidade mediata ao disposto no art. 5º no que tange a liberdade de expressão e comunicação, sem retirar-lhe a aplicabilidade imediata.

O que é imediato por natureza pode, também, de forma mediata ser exercido, mas não o contrário. Não pode vir a desnaturar o imediatismo, o qual é aplicado aos direitos fundamentais de acordo com o estabelecido na CF. Seriam regras que corroboram normas e princípios, de forma a esclarecer o exercício de direitos e o reconhecer de sua indispensabilidade.

³⁴ Direito material: o direito civil, o direito penal, direito do trabalho, etc.

³⁵ Direito processual: direito processual penal, processual civil, processual do trabalho.

Em meados da década de 90, o Poder Judiciário passou a se valer, mais efetivamente, dos meios de comunicação de massa contemporâneos, quando a Internet passou a ser explorada no Brasil. Importante destaque a de se dar a lei 11.419 de 19 de dezembro de 2006 que dispõe sobre a informatização do processo judicial. Segundo esta lei o envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais por meio eletrônico são admitidas mediante a utilização de assinatura eletrônica. A transmissão eletrônica pode ser efetuada através de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores.

A sociedade passou a ter acesso a *Web*³⁶ e desenvolveu uma forma de comunicação interativa, mas como a Internet ainda demanda um custo que para a maioria da população se faz dispendioso, o Poder Judiciário se faz presente, também, no rádio desde a criação pelo governo getulista, em 22 de julho de 1935, do Programa Nacional, hoje A Voz do Brasil³⁷. Ressalte-se que o Judiciário possui apenas cinco minutos diários da programação e o Tribunal de Contas da União – TCU dispõe de um minuto às quartas-feiras.

No meio televisivo o Judiciário elabora programas através de suas respectivas assessorias de imprensa, mas que são produzidos pela iniciativa privada e exibidos em emissoras públicas, as quais ainda não possuem audiência vultosa.

Neste instante, faz-se necessário registrar o caráter obrigatório da vinculação ao sistema radiodifusor brasileiro da transmissão do programa a Voz do Brasil. O art. 38, alínea e, da lei 4.117 de 1962, o Código de Telecomunicações Brasileiro, disciplina a obrigação, determinando às emissoras de radiodifusão, exceto as de televisão, a retransmitirem das dezenove às vinte horas, excluindo sábados, domingos e feriados, o programa oficial dos Poderes da República. Frise-se que a lei 9.504 de 30 de setembro de 1997 trata da propaganda eleitoral gratuita e obrigatória, a qual deve ser exibida na imprensa, no rádio e na televisão no período eleitoral e da propaganda partidária em período não eleitoral.

Essa obrigatoriedade vem a corroborar o alcance e a concepção social dos meios de comunicação. Contudo, algumas emissoras conseguiram, mediante liminar, suspender a retransmissão do programa a Voz do Brasil. Alegam que a obrigatoriedade fere a Constituição

³⁶ *Word Wide Web* ou simplesmente *Web* significa a rede mundial de computadores os quais estão conectados formando um elo de comunicação e tráfego de dados.

³⁷ Disponível em < http://www.radiobras.gov.br/radioagencia/historico_voz.php>. Acesso em 29 de dezembro de 2008.

Federal nos seus artigos 5º e 220, porém a questão aguarda posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

No legislativo, cerca de vinte projetos já tramitaram na Câmara dos Deputados com o intuito de alterar o Código de Telecomunicações Brasileiro, com relação a essa obrigatoriedade ou de como ela está disposta na lei, mas todos foram arquivados. Atualmente, está em andamento o projeto de lei PL-595 de 2003 de autoria da deputada Perpétua Almeida do PC do B / AC. O projeto tramitou pela Câmara dos Deputados de 01 de abril de 2003 até 22 de novembro de 2006, tendo sofrido algumas emendas, e foi remetido ao Senado, onde não há nenhuma atividade legislativa acerca deste projeto.³⁸

O papel sócio-jurídico e político da mídia ainda está aquém das necessidades e auspícios de toda a sociedade. Há uma política de foco da informação, a qual se centraliza em questões que gerem celeumas ou impactos culturais e sociais que interessam a uma parcela da sociedade. Isso vem a desnaturar, de certa forma, o caráter social irrestrito da comunicação. Tal aspecto é passível de ser vislumbrado ao verificar que canais públicos que divulgam informações acerca dos poderes constituídos, como TV Senado, TV Câmara e TV Justiça compõem o rol dos canais de TV fechada, os chamados canais à cabo, os quais carecem de assinatura³⁹.

Outro aspecto constante nos meios de comunicação de massa é a prática reiterada de divulgação de notícias ou informações que violam direitos fundamentais, tais como a intimidade e a vida privada. Em suma, enquanto a intimidade se refere à particularidade de cada um, a vida privada se dirige às relações interpessoais de cada indivíduo.

Mesmo havendo essa distinção entre ambos, esses direitos estão protegidos pelo ordenamento jurídico, bem como a liberdade de expressão e comunicação, amparados pelo manto da fundamentalidade. Todos são direitos fundamentais e que se destinam à proteção da dignidade da pessoa humana, o que vem a denotar que um conflito entre direitos é em sua essência um conflito social.

A maneira pela qual se podem dirimir tais conflitos tem sido alvo de grande parte da doutrina constitucional, pois há a discussão acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais

³⁸ Disponível em < <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/default.asp> >. Acesso em 29 de dezembro de 2008.

³⁹ Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei – PL 29/2007, de autoria do Deputado Paulo Bornhausen, que visa dispor acerca da organização e exploração das atividades de comunicação social, em especial a regulação das TV's por assinatura. Disponível em < <http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=433799> >. Acessado em 02 de janeiro de 2009.

frente aos direitos civis ou direitos privados. Inúmeros processos que tramitam no Judiciário e que litigam sobre indenizações de cunho moral, cujo objetivo é obliterar os efeitos produzidos pela ameaça, pelo dano e pela falta de desvelo frente a direitos personalíssimos fundamentais, demonstram a relevância dessa discussão.

O que se mostra latente, quando se trata da eficácia dos direitos fundamentais, é o respeito a tais direitos por parte dos poderes públicos, pois o Estado que garante esses direitos é o mesmo que deve respeitá-los e protegê-los. Eis a eficácia vertical dos direitos fundamentais marcada pela hierarquia e desigualdades existentes entre o Estado e o indivíduo. Por outro lado, há a eficácia horizontal dos direitos fundamentais que é caracterizada pela idéia da existência de igualdade entre os particulares, em suas relações, mitigando o princípio da autonomia de vontade.

A idéia de que há igualdade entre os particulares leva a lembrar as relações sociais existentes, por exemplo, entre o empregador e o empregado, entre o consumidor e o fornecedor. Há um claro desnivelamento entre cada um desses indivíduos e nas relações que entre eles se estabelecem. Denota-se que a eficácia vertical é mais plausível, pois além de considerar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, rechaça que a ofensa às liberdades e à dignidade da pessoa humana promanam, também, das relações interindividuais.

Quando se trata da comunicação social não é distinto. Uma empresa jornalística não pode ser equiparada a uma pessoa física quando se está diante de um conflito, do ponto de vista material, especialmente ao lidar-se com direitos da personalidade. Por óbvio, não se pode tolher o direito de comunicar, de informar e de ser informado, pois como já citado anteriormente, o limite intrínseco para o exercício de qualquer direito é o de não se autodepreciar ou autoextinguir. No entanto, ao lidar-se com uma perspectiva objetiva a dos direitos fundamentais não se visualiza, prioritariamente, a questão material, mas sim o respeito aos valores que são fundamentais.

A constitucionalização de todos os ramos do direito, em especial o direito privado, visa garantir a maior efetividade da norma constitucional. O direito civil, direito privado por excelência, deve se sobrepujar diante do direito constitucional, tanto para encontrar sua validade como para haver uma maior efetividade do direito infraconstitucional, pois uma norma só é válida se encontra respaldo na *Lex Suprema*. Para tanto deve existir a interpretação de acordo com o que está constitucionalmente posto.

A reconstrução dos valores nela elencados passa a ser tarefa que vai além da função social da mídia e perpassa a liberdade de comunicação social.

5 A LEI DE IMPRENSA

De acordo com LANER⁴⁰, a legislação brasileira de imprensa remonta à época em que o Brasil era colônia de Portugal. Aplicava-se a lei portuguesa de 12 de julho de 1821, a qual expressava que, a contenção dos excessos da livre manifestação do pensamento pela imprensa seria de responsabilidade do Júri. A formação do Juizado de Fato ou Júri Escabinado, foi oficializado pela outorga do Decreto de 22 de Novembro de 1823, assinado por Dom Pedro I, mas o Júri Popular continuava a julgar os crimes de imprensa. Após a independência do Brasil em 1822, e a instituição da Constituição outorgada pelo imperador, em 1824, foi publicada uma nova lei de imprensa, de 20 de setembro de 1830, a qual regulava o artigo 179, parágrafo 4º da Constituição, que mantinha penas corporais e pecuniárias. Essa lei dispunha acerca do Tribunal de Imprensa, o qual era dividido em Júri e Acusação e de Julgação.

Com a República o país ganhou um novo Código Penal, o qual regulava os crimes de imprensa. Já em 1921 foi assinado o decreto 4.291, considerado a 1ª Lei de Imprensa do período republicano, o qual tinha o intuito de debelar o anarquismo, mas o mesmo trazia restrições e penalidades à imprensa, em especial a escrita, pois esse era o meio difusor dos ideais anarquistas no Brasil.

Ainda, de acordo com LANER, em 1934, Vargas baixa o decreto 24.776 que vem a revogar as disposições vigentes, mas que já feria os princípios da liberdade de expressão. Houve o retorno do Júri, composto por cinco pessoas para julgar os crimes de imprensa, instaurou-se a censura prévia à imprensa, a prisão especial para os condenados que cometessem crimes de imprensa e penas em dobro quando o delito atingisse a pessoa do Presidente da República. Em 1939, foi criado o Departamento de Imprensa e Propaganda, o DIP, que tinha por objetivo censurar aos meios de comunicação e aplicar a lei em voga.

Com o fim da ditadura de Vargas, foram estabelecidas regras mais flexíveis cessando a censura prévia, através do Decreto-lei 8.356 de 1945. No entanto, em 1950 Getúlio Vargas volta ao poder através do voto popular, mas com uma gama de opositoristas, entre eles o seu

⁴⁰ LANER, Vinícius Ferreira. A lei de imprensa no Brasil . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=146>>. Acesso em 01 jan. 2009.

maior expoente, o jornalista Carlos Lacerda. Em 1953, é sancionada a lei 2.083 a qual retrocedeu em diversos pontos nos quais o decreto-lei anterior havia avançado. Além disso, a lei era desprovida de técnica jurídica, devido as suas imprecisões e nada dispunha acerca dos meios eletrônicos de comunicação. Destaque-se que a Televisão havia sido inaugurada no Brasil com sua primeira transmissão em 18 de setembro de 1950, por Assis Chateaubriand, cuja emissora, posteriormente, veio a se chamar TV Tupi.

A lei 2.083 de 1953 vigorou até a edição da atual lei de imprensa, a lei 5.250 de 9 de fevereiro de 1967. Contudo, antes de ser sancionada, houve uma série de sensíveis modificações na lei revogada, em virtude dos atos institucionais e complementares que vieram a suspender artigos da Constituição de 1946 e boa parte da legislação infraconstitucional. Observe-se que a lei 5.250 é contemporânea da Constituição de 1967. A lei trazia em seu âmago o que já havia sido disposto na Constituição.

Em meio a uma série de críticas, pela comunidade internacional, a atual lei de imprensa, à época da ditadura militar, legitimava uma gama de penalidades e restrições ao exercício regular da liberdade de expressão. Frise-se que o Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual em seu artigo 19, como já explicitado no capítulo 2, vislumbra a liberdade de opinião e de expressão, vedando a existência de fronteiras ao cidadão, no intuito de não ser perseguido ou inquietado por opiniões ou mesmo por procurar, receber e difundir informações e idéias por qualquer meio de expressão.

Durante a vigência do governo militar, da Constituição de 1967 e da Emenda 01/1969, a lei 5.250 se encontrava em perfeita sintonia com a ordem jurídica e política internas instauradas, apesar das ressalvas já apontadas. Com a promulgação da Carta Magna de 1988, boa parte dos dispositivos contidos na lei, que em tese foi completamente recepcionada pela nova Constituição, não coadunavam com os princípios e normas assumidos pela nova ordem constitucional, a começar pela conversão do Estado Autoritário de Direito, em Estado Democrático de Direito.

Após quase vinte anos de promulgação da Constituição de 1988, de sessenta anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de trinta anos da entrada em vigor e de mais de quinze anos de ratificado pelo Brasil, o Pacto de San José da Costa Rica e de uma série de processos que tramitam no Judiciário que questionam a constitucionalidade dos dispositivos, via controle difuso, ou seja, de forma concreta no curso de cada uma das ações, foi

apresentada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT, a ADPF 130.⁴¹

5.1 - A ADPF 130

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é um dos tipos de ações que podem ser propostas com o intuito de questionar e verificar a constitucionalidade de um ato normativo, ou seja, se a norma está em conformidade com a Constituição.

A Constituição da República Federativa do Brasil é um tipo de Constituição rígida. Essa rigidez decorre da maior dificuldade para alterá-la do que as demais normas jurídicas, ou seja, as normas infraconstitucionais.

Para alterar a Constituição, exige-se processo legislativo típico e complexo, de acordo com o que se estabelece no art. 60 da Carta Magna de 1988⁴², em perfeita conformidade com a concepção de Hans Kelsen acerca do ordenamento jurídico. Para Kelsen, numa ordem jurídica, as normas estão dispostas verticalmente, em degraus ou no formato de uma pirâmide, e no topo encontra-se a Constituição, legitimando as normas a ela inferiores. A Constituição é a base do ordenamento jurídico, com ela, todas as leis devem estar em perfeita consonância, tanto com seus princípios como com as regras nelas dispostas, sejam normas de organização, cogentes ou simplesmente declaratórias.

Para alguns filósofos do direito existe uma forte dicotomia entre a rigidez constitucional e a democracia, pois quando uma constituição é promulgada, moldada em parâmetros rígidos, há a proibição de que se retorne aos temas decididos, de forma mais aberta e participativa. Exige-se uma qualificação para as alterações do texto constitucional.

No entanto, embora não seja de todo descabido tal entendimento, parece que esta rigidez que se atribui à Constituição visa, tão somente, blindar valores que são tidos como primordiais tanto para o exercício da democracia, da cidadania, da harmonia entre os poderes constituídos, da soberania nacional e da segurança jurídica como para a consecução da

⁴¹ A ADPF proposta foi é subscrita pelo Advogado e Deputado Federal, pelo Rio de Janeiro, Miro Teixeira e pelo advogado Erasto Villa-Verde Filho. É importante ressaltar que o Deputado exerce a função legislativa a mais de nove legislaturas, sendo a atual a 6ª consecutiva e não havia até então proposto ação nesse sentido. Miro Teixeira foi, inclusive, membro da Assembléia Nacional Constituinte que aprovou a Constituição de 1988.

⁴² O art. 60 da CF determina como a Constituição pode ser emendada, alterada e quem possui legitimidade para propor as alterações.

dignidade da pessoa humana. Assim, em prol destes valores embutidos expressa ou tacitamente na Lei Maior, deve-se respeitar o que nela está disposto, pois ao passo que engessa certos valores, a interpretação, de acordo com o que está constitucionalmente posto, gera a possibilidade, inclusive, de se poder exprimir livremente acerca desses valores. Não se altera seu conteúdo, mas se pode dar uma nova concepção ao que consagrado está.

Devido a essa supremacia e rigidez faz-se necessário utilizar mecanismos de controle e de fiscalização da conformidade das normas infraconstitucionais à Constituição. Esse controle pode ser estabelecido de modo difuso ou concentrado.

No ordenamento jurídico pátrio, o controle Concentrado⁴³ é exercido exclusivamente pelo STF⁴⁴ e é sempre abstrato, ou seja, quando declarado, a todos se destina, *erga omnes*, de efeito vinculante e em regra possui efeito *ex tunc*, isto é, retroativo ao momento de quando o ato normativo foi introduzido no ordenamento.

É de se destacar, no entanto, que a lei que a regulamenta a ADPF, lei 9.882/99, determina em seu artigo 11 que motivado pela segurança jurídica ou por excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros restringir os efeitos da ADPF ou decidir que sua eficácia passe a vigorar a partir do seu trânsito em julgado ou outro momento posterior a ser fixado.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF, é uma forma de controle constitucional concentrado, um instituto novo no direito brasileiro, inaugurado no ordenamento jurídico pátrio com a Magna Carta de 1988. Mais do que isso, é uma criação do direito brasileiro, sem paralelo no direito comparado, mas que pode ter se servido de alguns institutos da legislação de outros países, tanto por parte do legislador constituinte, o qual elaborou a Constituição, quanto o legislador ordinário, que editou a norma específica.

Segundo o professor Carlos Augusto Alcântara Machado desde que a CF foi promulgada, a ADPF havia sido prevista, mas não possuía a compreensão de seu alcance ou extensão. Com o advento da EC 03/93 o dispositivo foi mantido, mas renumerado⁴⁵.

Em virtude de ser uma norma de eficácia limitada, ou seja, que necessita de regulação legal⁴⁶, foi editada em 03 de dezembro de 1999 a lei 9.882, a qual regulamentou a ADPF,

⁴³ De acordo com Pedro Lenza, o controle concentrado de constitucionalidade recebe essa denominação pelo simples fato de “concentrar-se” em um único tribunal.

⁴⁴ STF –Supremo Tribunal Federal

⁴⁵ MACHADO, 2005, p. 434

definindo as regras procedimentais para sua proposição e processamento. De acordo com a lei, a ADPF é cabível nos casos em que haja descumprimento de preceito fundamental, pois segundo o *caput* do art. 1º da lei 9.882/99, a ADPF é cabível quando “tiver por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público”. Pode-se perceber o caráter preventivo e repressivo desta ação constitucional, ao vislumbrar-se os verbos evitar e reparar.

De acordo com o professor Dirley da Cunha Júnior a nova lei sedimentou e retificou o entendimento da Suprema Corte acerca do controle concentrado de constitucionalidade, assim como, estendeu o controle a todos os atos infralegais, tais como portarias, decretos, etc; que venham a ferir preceitos fundamentais, mesmo que anteriores à Constituição atual⁴⁷.

O descumprimento constante na nomenclatura da ADPF vai além do conceito de inconstitucionalidade compreendendo inconformidades constitucionais indiretas; atos jurídicos não normativos, desde que sejam atos do poder público, inclusive as omissões. As demais ações constitucionais de controle de constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN, Ação Direta de Constitucionalidade – ADC ou ADECON, vinculam-se aos atos normativos; às leis.

Quanto aos preceitos fundamentais, a doutrina jurídica destaca que seriam normas qualificadas que veiculam princípios e servem de norteadores para a interpretação das demais normas constitucionais, ou seja, tanto regras como princípios que servem de base para o ordenamento. (LENZA, 2008)

Consenso há com relação a alguns preceitos os quais são considerados fundamentais, tais como:

- a) os princípios fundamentais da CF, os quais determinam a estrutura política do Estado brasileiro, os arts. 1º ao 4º da CF;
- b) os direitos e garantias fundamentais, o art. 5º da CF e que podem ser extensivos aos direitos sociais presentes nos arts. 6º ao 8º e 10;
- c) as cláusulas pétreas, art. 60, §4º, incisos I a IV⁴⁸;

⁴⁶ Registre-se que esse entendimento já havia sido firmado pelo Supremo Tribunal Federal, nos precedentes: AgRegAI 145.860, Rel. Min. Marco Aurélio j. em 09 fev. 1993; AgRegAI 144.834-2, Rel. Min. Ilmar Galvão j. em 16 mar. 1993; AgRegPet 1.140-7, Rel. Min. Sydney Sanches DJU de 31 mai. 1996, p. 18.803.

⁴⁷ CUNHA JÚNIOR, 2007, P.401

⁴⁸ Art. 60 da CF

[...]

d) os princípios constitucionais sensíveis do art. 34, VII⁴⁹;

e) as normas de organização política do Estado e de organização dos poderes.
(CUNHA JÚNIOR, 2007)

A ADPF é uma ação constitucional especial e que objetiva provocar a jurisdição constitucional concentrada do STF para tutelar a supremacia dos preceitos mais importantes da CF. No entanto, a jurisprudência do STF anterior à edição da norma que regulamenta a ação, bem como o §1º do art. 4º da lei 9.882/99⁵⁰, caracteriza a subsidiariedade da ação, de maneira que ela só será acolhida pela Suprema Corte, caso não haja no sistema jurídico outra ação que possa afastar a lesão a preceito fundamental. Em palavras outras, está relegada ao segundo plano, pois desde que seja possível mover outra ação direta de controle concentrado de constitucionalidade, para tutelar preceito fundamental, a ADPF não poderá ser proposta.

Após sobejar todas essas características acerca da ADPF, pode-se dizer que a ADPF 130⁵¹ que versa sobre a inconstitucionalidade da Lei 5.250 / 67⁵² preencheu todos os requisitos necessários a sua proposição e acolhimento perante a Corte Suprema, como, assim o fez.

Em virtude de ser uma lei que foi editada na vigência da Constituição anterior, a lei de imprensa foi, ao que parece, recepcionada pela atual Magna Carta de 1988. Sendo assim, não poderia ser alvo de ADIN, pois esta ação só é cabível para atos normativos que foram editados na vigência da atual Constituição. Além do mais, tal dispositivo infraconstitucional se vincula diretamente a Direitos Fundamentais e a Ordem Social, especificamente à Comunicação Social, os quais são claramente visualizados como preceitos fundamentais.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

⁴⁹ Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

[...]

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

⁵⁰ O §1º do art. 4º da lei 9.882/99 determina que “não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

⁵¹ A petição inicial impetrada pelo Partido Democrático Trabalhista encontra-se nos Anexos.

⁵² A lei 5.250 /67 atualizada encontra-se nos Anexos. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5250.htm>. Acesso em 01 de janeiro de 2009.

Desta feita, configuram-se os requisitos necessários para a proposição da ADPF, o que é corroborado com o que dispõe o inciso I, parágrafo único do art. 1º da lei 9.882/99, haja vista que há controvérsia constitucional sobre lei que é anterior à Constituição de 1988.

Quanto ao mérito da questão, a ADPF 130 visa caracterizar que dispositivos contidos na lei 5.250/67 foram derogados, não recepcionados e outros carecem de interpretação conforme a Constituição; pelos incisos IV, V, IX, X, XIII e XV do art. 5º e também no que diz respeito aos arts. 220 a 223, todos da CF.

A ação proposta caracteriza as disposições normativas, por ela impugnadas, como insubsistentes, tanto por terem sido produzidos em pleno Estado Autoritário; aspecto temporal, como por terem sido instrumentos destinados à manutenção do regime ditatorial e por restringir a liberdade de comunicação; aspecto material. Classifica a lei em questão como pouco apropriada, em sua redação atual, e que não propicia a manutenção do equilíbrio social entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade. Equilíbrio social que é finalidade intrínseca do direito.

A ADPF enumera os dispositivos conflitantes com a ordem constitucional e requer que se declare toda a lei como revogada. Ou ainda, caso o entendimento seja diverso para abrogar⁵³ a lei, formula pedido alternativo de que alguns dispositivos sejam revogados: a parte inicial do §2º do art. 1º, as expressões “[...] espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei”; o §2º do art. 2º; a íntegra dos artigos 3º, 4º, 5º, 6º, 20, 21, 22, 23, 51, 52, 61, 62, 63, 64 e 65; a parte final do art. 56, as expressões “[...] e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa”; §§ 1º e 3º do art. 57; §§ 1º e 2º do art. 60.

Peticiona, também, que os §1º do art. 1º; a parte final do *caput* do art. 2º; do art. 14; do inciso I do art. 16; do art. 17; do art. 37 e em relação à lei geral seja fixada, pela Corte Suprema, interpretação conforme a Constituição de 1988.

Não se pode olvidar do pedido de medida liminar formulado. Na ação são enumeradas várias ementas de processos pretéritos onde há evidências de abusos e ameaças cometidos por atos administrativos e judiciais que se fundamentam na lei 5.250/67. Com isso, estaria caracterizado o *periculum in mora* e “a extrema urgência ou perigo de lesão grave” com base no art 5º, §§ 1º e 3º da lei 9.882/99, para que fosse concedida a medida liminar pelo ministro

⁵³ Revogação implica na não aplicação de um direito, sendo este tornado sem eficácia e substituído por outro. Há duas espécies de revogação: a derrogação, que é a revogação de parte de uma lei ou ato normativo e a abrogação, que é a revogação total da lei ou ato normativo.

relator, *ad referendum*, ou seja, monocraticamente, pelo ministro que viesse a relatar o processo. O pedido consiste em que se determine aos juízes e tribunais do país a suspensão do andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais e quaisquer medidas relacionadas com o objeto da ADPF, excetuando-se os decorrentes da coisa julgada até o julgamento do mérito da Arguição.

Em 21 de fevereiro de 2008, o relator da ADPF, o Min. Carlos A. Britto, concedeu a medida cautelar⁵⁴. Digno de registro o trecho da decisão:

Ora bem, a atual Lei de Imprensa — Lei nº 5.250/67 —, diploma normativo que se põe na *alça de mira* desta ADPF, não parece mesmo serviente do padrão de democracia e de imprensa que ressaui das pranchetas da nossa Assembléia Constituinte de 1987/1988. Bem ao contrário, cuida-se de modelo prescritivo que o próprio Supremo Tribunal Federal tem visto como tracejado por uma ordem constitucional (a de 1967/1969) que praticamente nada tem a ver com a atual, conforme se depreende dos seguintes julgados: PET 3.486, da relatoria do ministro Celso de Mello; RE 402.287-AgR, da relatoria do ministro Carlos Velloso; RE 348.827, da relatoria do ministro Carlos Velloso; RE 423.141-AgR, da relatoria do ministro Gilmar Mendes; RE 447.584, da relatoria do ministro Cezar Peluso; RE 289.533-AgR, de minha relatoria; entre outros.

É o quanto me basta para entender configurada a plausibilidade do pedido (*fumus boni juris*) em sede ainda cautelar. E quanto ao requisito do perigo na demora da prestação jurisdicional (*periculum in mora*), tenho que não se pode perder uma só oportunidade de impedir que eventual aplicação da lei em causa (de nítido viés autoritário) abalroe esses tão superlativos quanto geminados valores constitucionais da Democracia e da liberdade de imprensa. Valho-me, pois, do § 3º do art. 5º da Lei nº 9.882/99 (Lei da ADPF) para, sem tardança, **deferir parcialmente** a liminar requestada para o efeito de determinar que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos e os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que versem sobre os seguintes dispositivos da Lei nº 5.250/67: a) a parte inicial do § 2º do art. 1º (a expressão “... a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem ...”); b) o § 2º do art. 2º; c) a íntegra dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 20, 21, 22, 23, 51 e 52; d) a parte final do art. 56 (o fraseado “...e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa...”); e) os §§ 3º e 6º do art. 57; f) os §§ 1º e 2º do art. 60; g) a íntegra dos arts. 61, 62, 63, 64 e

⁵⁴ Registre-se que é vacilante a nomenclatura da medida em questão. A petição inicial a chama de medida liminar, consoante a lei 9.882/99, enquanto o órgão julgador a denomina medida cautelar. A decisão liminar completa encontra-se nos Anexos.

65. Decisão que tomo *ad referendum* do Plenário deste STF, a teor do § 1º do art. 5º da Lei nº 9.882/99. (MC ADPF-130-7).

Em 27 de fevereiro de 2008, o Pleno do Supremo Tribunal Federal conheceu a ação, por voto da maioria de seus membros, exceto pelo Min. Marco Aurélio de Melo, e também por maioria referendou a liminar⁵⁵ deferida pelo relator. Ficou, pois, estabelecido prazo de cento e oitenta dias a contar daquela sessão, para que retornasse o feito afim de que se julgasse o mérito.

No entanto, em 04 de setembro de 2008, tendo em vista a expiração do prazo estabelecido na medida cautelar apreciada pelo Pleno do STF resolveu-se, mais uma vez por maioria dos votos, sendo vencido o Min. Marco Aurélio de Melo, a questão de ordem⁵⁶ suscitada pelo Min. Relator, estendendo o prazo por mais cento e oitenta dias, juntamente com os efeitos da liminar que foi concedida e que foi corroborada pelo Pleno. Alegou o eminente Ministro relator, não ter sido possível apreciar de forma definitiva o feito, em virtude de outros julgamentos, tais como a ADI 3.510, pesquisa com células-tronco embrionárias, e a PET 3.388, demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol.

Por fim, há de se destacar que em nenhum momento a legislação que regulamenta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental se refere a possibilidade de suspensão do julgamento da ADPF ou de sua prorrogação, por qualquer período, muito embora, compreende-se que em sede de liminar, pode-se suspender os efeitos da norma que viola os preceitos fundamentais, seja essa suspensão em todo ou em parte.

Valeu-se o Supremo Tribunal Federal da analogia ao parágrafo único do art. 21 da lei 9.868/99, a qual dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Nos moldes desta norma, ao conceder a medida cautelar, o STF pode suspender o julgamento dos processos que envolvem a lei ou ato normativo questionado, devendo julgar a ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena da liminar perder a sua eficácia.

5.2 - Propostas de uma Nova Lei de Imprensa

⁵⁵ O Acórdão proferido pelo Pleno encontra-se nos Anexos

⁵⁶ A questão de ordem julgada pelo pleno encontra-se nos Anexos.

As propostas para a alteração da lei de imprensa ou ainda para a elaboração de uma nova legislação que seja revestida pelos princípios que compõe o ordenamento jurídico democrático, instaurado pela Constituição de 1988, não são recentes. Pode-se citar como exemplos, PLC⁵⁷ 4667/1998 que regula a manifestação da liberdade de pensamento e revoga a lei 5.250/67, PLC 2937/2000 altera o §1º do art.1º e o art. 7º da lei 5.250/67.

Projeto de lei que causou maiores discussões foi o PLS⁵⁸ 173 de 1991, apresentado pelo Senador Josaphat Marinho, o qual tramitou no Senado Federal de 24 de maio de 1991 a 28 de fevereiro de 2007, sendo, então, arquivado. Contudo, em 26 de setembro 1992 o projeto foi encaminhado para a Câmara dos Deputados, onde passou por alguns substitutivos, dentre eles o que foi proposto pelo relator na Câmara do projeto, Deputado Vilmar Rocha, membro da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC.

O substitutivo por ele apresentado em 30 de abril de 1997 e que foi aprovado pela CCJC, por unanimidade, é considerado como um dos projetos de melhor juridicidade e técnica legislativa⁵⁹. Junto a este projeto foram pensados outros que possuíam o mesmo intuito; alterar ou editar uma nova lei de imprensa. Mas desde 22 de maio de 2005 o projeto encontra-se estagnado.

Atualmente, há um projeto que tramita no Senado, de autoria da Senadora Serys Slhessarenko. O projeto é mais simples, com apenas oito artigos, que dispõem sanções penais e cíveis, bem como o exercer da ação de direito de resposta, estabelecendo o foro competente para essa proposição⁶⁰.

O projeto PLS 382⁶¹, da senadora Serys, está revestido de viabilidade jurídica e política, por dois motivos. Primeiro por ser contemporâneo a ADPF 130, haja vista que foi proposto em 14 de outubro de 2008, em plena discussão acerca da necessidade e aplicabilidade da atual lei de imprensa e da viabilidade da regulamentação da liberdade de expressão.

⁵⁷ PLC – Projeto de Lei da Câmara dos Deputados

⁵⁸ PLS – Projeto de Lei do Senado

⁵⁹ Cópia do projeto após o substitutivo encontra-se nos Anexos.

⁶⁰ Faz-se pertinente lembrar acerca dos inúmeros processos que tramitam no judiciário, movidos por fiéis da Igreja Universal do Reino de Deus. Boa parte desses foi promovido em virtude de notícias publicadas na Folha de São Paulo, no Globo, A Tarde, Extra, as quais denunciavam o enriquecimento dos líderes, pastores e bispos dessa Igreja. Logo surgiram, nos mais diversos lugares do país, ações judiciais movidas por adeptos da Igreja Universal que se diziam ofendidos pelo teor da reportagem.

Tendo em vista tal fato, o projeto de lei busca resolver a questão determinando o foro competente para a proposição das ações, dando uma maior segurança jurídica e processual.

⁶¹ Cópia do Projeto PLS – 382 encontra-se nos Anexos.

Em segundo lugar, porque o projeto traz em seu bojo uma preocupação clara com o número de processos que tramitam no judiciário, os quais não possuem parâmetros mais objetivos para mensurar economicamente os danos causados pelo abuso do poder de imprensa, isto é, por extrapolar os limites da liberdade de expressão em detrimento de outros direitos.

Ainda que haja resistência quanto ao estabelecimento de uma nova norma, por parte da doutrina, pois há entendimento que a nova ordem constitucional não carece de regulamentação para a liberdade de expressão em virtude da norma-princípio ser de aplicabilidade imediata, entende-se que a regulamentação da liberdade de expressão não interfere no imediatismo de sua aplicabilidade. Uma nova lei visaria proteger o exercício dessa liberdade de forma que não se venha a ferir outro direito de cunho fundamental. Entretanto, há o argumento de que as relações que o PLS 382 tenta regular, tal como outros projetos, visando revogar a lei 5.250/67, sequer deveriam ser reguladas por lei, já que essa prática apenas objetiva manter a tradição legislativa no Brasil, de regulamentar e definir direitos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caráter histórico e imprescritível dos direitos fundamentais denota que o tempo não vem a limitá-los ou desvirtuar suas bases axiológicas, nem tampouco conduzir ao fenecer desses direitos. O estabelecer e a manutenção da liberdade de expressão vêm-se corroborados por tal entendimento.

O Direito como ciência ou prática dinâmica deve possuir referências, do contrário não poderá balizar a intensidade e quais as concepções que permeiam os valores sociais.

O juízo dialético acerca da função e aplicação das normas induz sempre a considerar a norma antecedente para a construção de uma nova norma. Inclusive, na atividade jurisdicional, o juiz está vinculado à lei, mas nada impede que possa adequar o caso específico a uma interpretação mais concretista baseada nos princípios constitucionais. Se a norma não se adequar à realidade social não pode ter eficácia, porém não se pode deixar de prestar a

atividade jurisdicional, em razão da inaplicabilidade da lei. Para toda questão levada ao judiciário deve haver a prestação jurisdicional⁶².

O arcabouço processual, especialmente, os *writs* constitucionais, supre grande parte da segurança jurídica almejada pelos direitos fundamentais, no que tange a liberdade de comunicação e informação. Auxiliam, esses *writs*, na interpretação que estabelece o mínimo necessário à prática efetiva e eficaz das liberdades, como integram os referenciais a que se referiu, anteriormente.

No entanto, ainda há forte resistência para assumir que os direitos fundamentais não estão a serviço do ordenamento com o intuito de apenas garanti-lo, mas as demais normas devem, também, buscar respaldo nesses direitos. As relações jurídicas abarcadas pelo direito privado têm sua autonomia no tocante ao que regulamentam e a forma como estão estabelecidos seus dogmas, entretanto, caso venham a ferir outros direitos necessitam resolver o conflito com base na melhor interpretação constitucional e nos direitos fundantes da Constituição. Não se pode comparar o conteúdo valorativo da liberdade de expressão a outros direitos que não estão revestidos pelo manto da fundamentalidade.

O que não se está a erigir é que a liberdade de expressão, comunicação e informação seja um direito absoluto ou esteja num patamar normativo superior a outras normas constantes na Constituição. Todas estão no mesmo plano hierárquico-normativo. Há a admissão de que as normas se distinguem quanto aos valores que carregam, ou seja, uma hierarquia axiológica a reconhecer que no tocante a essas liberdades são valores superiores mais fundamentais que outros elencados pelo direito privado.

No tocante a lei de imprensa, configura-se a evidência de sua desatualização, ainda assim, não se deixa de verificar a necessidade dessa normalização. Muito embora, há de se ter cuidado ao tachar a lei de imprensa de “entulho autoritário e ultrapassado”, pois boa parte das normas em vigor promana de ordenamentos pretéritos, inclusive da ditadura militar.

A justificativa mais plausível para sua atualização não coaduna com o entendimento de que há uma tradição no ordenamento brasileiro de que todo direito mereça ser definido ou regulamentado. A justificação mais coerente é que na Constituição Federal há uma série de princípios conflitantes, pois quando da convocação do Poder Constituinte, várias ideologias a incrementaram e estes conflitos podem ser obliterados pelo provimento judicial, por políticas sociais do poder Executivo, mas principalmente pela atividade legislativa.

⁶² O Art. 5º, XXXV estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Após quase vinte anos da publicação da CF e vários debates e provocações judiciais acerca da lei de imprensa; depois de nove anos da regulamentação da ADPF, veio ser proposta ação com o intuito de extrair a lei 5.250/67 do ordenamento. Ao requerer que o STF tornasse sem efeito a legislação supra, conduziu-se ao entendimento que, a partir de então, os meios de comunicação ficariam submetidos aos códigos civil e penal. Em palavras outras, a proteção aos direitos fundamentais é específica, mas coibir o abuso ao direito pode se valer do direito comum. Eis um manifesto contra-senso.

A regulamentação de um direito fundamental não macula a aplicabilidade imediata deste. Corrobora a sua aplicação, pois houve a preocupação por parte do Estado em prover procedimento para o melhor exercício do direito, gerando menos conflitos, proporcionando referenciais para a tutela jurisdicional, provocando e trazendo a todos os poderes constituídos a responsabilidade e a atuação para a consecução do ideário de justiça.

A Constituição, implícita e explicitamente, enumera vários direitos fundamentais, os quais são regulamentados por leis infraconstitucionais. A critério de exemplo, tem-se as discussões acerca da lei de cotas para as universidades e da instituição da lei contra a homofobia, que visam regulamentar o direito fundamental a igualdade. *Data Venia* o entendimento contrário de boa parte da doutrina, entende-se que a regulamentação do direito a liberdade de expressão e comunicação é necessária e imprescindível como referencial sócio-jurídico dentro da realidade brasileira, pois instrumentaliza o acesso a um melhor exercício do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 2. ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ARISTÓTELES. **Obra Jurídica**. 2. Ed. Tradução Dr. Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direito da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. *In Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações*, org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARCELOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 3, p. 17-54, jul./ set. 2006.

BECARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A dignidade da pessoa humana**: uma questão central para o momento pós-moderno. *Revista do Tribunal Regional Federal – 3ª Região*. São Paulo: IOB, n. 77, p. 9-20, maio/jun. 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília - UNB, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como categoria Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. vol. 1. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Direito Constitucional**. 2 ed., rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. Direito Civil e Dignidade da pessoa humana: um diálogo constitucional contemporâneo. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 385, p. 113-126, jan./ fev. 2006.

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

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado *in* **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, nº 1, 1992.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves O Devido Processo Legal Substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 Anos da Constituição Federal. **Revista Jurídica**. v. 6, n. 60 - Maio/2004. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_60/Artigos/Art_Olavo.htm Acesso em 19.03.06.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de Expressão e Comunicação**: teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago . A doutrina dos princípios jurídicos e a teoria dos direitos fundamentais como partes de uma teoria fundamental do direito. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 3, p. 95-112, jul./ set. 2006.

GONCALVES, Wilson Jose. **Comunicação jurídica**: perspectiva da linguagem forense. Campo Grande: UCDB, 2002.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**: a luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica-política. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre 1991.

HONESKO, Vitor Hugo Nicastro. **A norma jurídica e os direitos fundamentais**. São Paulo: RCS, 2006.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: Neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 859, p. 81-91, maio/ 2007.

LANER, Vinícius Ferreira. A lei de imprensa no Brasil . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=146>>. Acesso em 01 jan. 2009.

LECLERC, Henri; THÉOLLEYRE, Jean-Marc. **As mídias e a justiça**: Liberdade de imprensa e respeito ao direito. Tradução de Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru, SP: Edusc, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 479 p. (Manuais para concursos e graduação).

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2004.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech* . **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 4, p. 53-106, out./dez. 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 4, p. 23-52, out./dez. 2006.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil In: BARROSO, Luís Roberto (org). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 193-284.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direito de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

VALADIER, Paul. **Moral em desordem: um discurso em defesa do ser humano**. Tradução Paulo Meneses, SJ. São Paulo: Edições Loyola, 2003.